

# JUSTICIA Y DERECHO

**PUBLICACIÓN SEMESTRAL**

No. 28, AÑO 15, JUNIO DE 2017



**TRIBUNAL  
SUPREMO  
POPULAR  
REPÚBLICA DE CUBA**

## MISIÓN

Impartir justicia y asegurar la tramitación y solución de los asuntos judiciales con apego a la ley, sentido de lo justo, racionalidad, prontitud, respeto a las garantías de las partes, transparencia y cumplimiento oportuno y efectivo de las decisiones, contribuyendo así a la realización plena de los derechos y al cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, al bienestar de la ciudadanía, la seguridad jurídica, la sostenibilidad y el desarrollo de la sociedad socialista.

## VALORES INSTITUCIONALES

Sentido de lo justo

Independencia

Imparcialidad

Transparencia

Probidad

Humanismo

Honestidad

Calidad

Responsabilidad

Patriotismo

---

## SUMARIO

---

- 3 | • *Consideraciones sobre el proceso ejecutivo y la cuestión cautelar*  
M.Sc. Ranulfo A. Andux Alfonso
- 11 | • *El contrato de producción cooperada ante la inversión extranjera*  
Esp. Yamilet Calvo Quevedo, Esp. Teresa A. Méndez García
- 24 | • *Presupuestos para el acierto judicial en torno a la prueba laboral en Cuba*  
Esp. Aymee Fernández Toledo
- 48 | • *Visión teórica y judicial del derecho de seguridad social*  
Lic. Yulier Aldana Medero
- 63 | • *La simulación como causal de ineficacia de los actos jurídicos*  
Esp. Marta Acosta Ricart
- 77 | • *Presupuestos dogmáticos para un nuevo enfoque de los efectos de la preterición (I)*  
Dra. Yanet Alfaro Guillén
- 105 | • *El contrato de compraventa de vivienda en Cuba*  
Dra. Teresa Delgado Vergara
- 125 | • *La prohibición de indefensión: elemento esencial de la tutela judicial efectiva*  
Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez, Lic. Luis A. Hierro Sánchez
- 151 | • *Renunciabilidad de la acción civil resarcitoria en el proceso penal cubano*  
Esp. Gladys M. Hernández de Armas, Esp. Vicente J. Peguero Pérez
- 161 | • *Fuentes del Derecho y actividad judicial*  
Dr. Carlos J. Bruzón Viltres, M.Sc. Lianet B. Palacio Castillo
- 176 | • *Actualidad judicial*  
Lic. Celaida Rivero Mederos
- 184 | • *Prontuario de usos idiomáticos (II)*  
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

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

Director  
*Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez*

Consejo editorial  
*Esp. cor. Ismael Lema Águila*  
*M.Sc. Carlos Manuel Díaz Tenreiro*  
*Esp. Vivian Aguilar Pascaud*  
*Esp. Maricela Sosa Ravelo*  
*Esp. Lilitiana 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  
*Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez*

Corrección  
*Cecilia Meredith Jiménez*

Composición  
*Roberto Armando Moroño Vena*

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

RNPS 0504  
ISSN 1810-0171

Publicación semestral  
Año 15, no. 28, junio de 2017

# CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCESO EJECUTIVO Y LA CUESTIÓN CAUTELAR

---

M.Sc. Ranulfo A. Andux Alfonso  
juez profesional titular, TSP

ES COMÚNMENTE ACEPTADO en la doctrina que el proceso declarativo y ejecutivo (y más modernamente el cautelar) son manifestaciones típicas de la función jurisdiccional; la simple noción sobre la efectividad de la tutela judicial nos conduce a que, a la declaración del derecho (proceso de declaración), le sucede su ejecución (proceso de ejecución), que puede sintetizarse en la expresión de «declaración seguida de ejecución», remitidas, obviamente, solo a las declaraciones de condena (dar, hacer o no hacer).

Existen supuestos en los que la ejecución no está precedida de una declaración jurisdiccional, como es el caso de los títulos a los que la ley les reconoce fuerza ejecutiva, pudiendo ser de los que se forman judicialmente, a los que se les dota de tal eficacia que no vale entender que se generen como consecuencia de un acto jurisdiccional, en tanto la ausencia de actividad declarativa, o los que, siendo resultado de una actividad declarativa, no proviene esta de un órgano jurisdiccional o, por último, aquellos títulos convencionales, formados como resultado de los negocios concertados libremente entre sujetos con capacidad para ello. Todos nos conducen, directamente, al juicio ejecutivo.

Lo anteriormente expuesto evidencia la autonomía del proceso de ejecución por su propia sustantividad, no vinculado, necesariamente, al proceso de declaración; de ahí, el desacierto legislativo de los cuerpos procesales que colocan a la institución bajo el título «De la ejecución de las sentencias».<sup>1</sup>

El juicio ejecutivo es una clase especial de proceso de ejecución, cuya naturaleza y tratamiento legislativo obliga, para su comprensión, a considerar, aunque de manera muy elemental, sus antecedentes históricos.

<sup>1</sup> J. Montero Aroca *et al.*: *Derecho jurisdiccional*, t. 2, 2.ª ed., p. 12.

Partiendo de la existencia de la sentencia con autoridad de cosa juzgada, o de cualquier otro título, surge en estos países la denominada fórmula ejecutiva. Para que la sentencia pueda ejecutarse, la parte se dirigirá al tribunal pidiendo que se le libere una certificación de la sentencia que esté provista de la fórmula ejecutiva. En realidad, es una orden para que proceda a la ejecución.

En el Derecho italiano, la fórmula dice: «Ordenamos a todos los *ufficiali giudiziari* que sean requeridos y a cualquiera que corresponda, poner en ejecución el presente título, al ministerio público a dar asistencia, y a todos los oficiales de la fuerza pública ayudar cuando sean legalmente requeridos».

En España, el antecedente histórico-jurídico más inmediato de casi toda iberoamérica (y con mayor fuerza de Cuba) data del siglo XIV, cuando, en los contratos públicos, estaba en uso establecer cláusulas ejecutivas (el deudor se sometía, con sus bienes, a la ejecución) que, en caso de incumplimiento, operaba como si en su contra se hubiera dictado sentencia ejecutoria, firme.

A partir de 1360, en el ordenamiento sobre administración de justicia de Sevilla, se encuentran las primeras regulaciones legales del juicio ejecutivo, que tiene su mayor expresión en la Ley de 20 de mayo de 1396 (en el reinado de Enrique III),<sup>2</sup> extendida a toda Castilla por la Lex Toledana de los reyes católicos, recogida en la nueva y novísima recopilación, con la cual se equiparaba el título ejecutivo a la sentencia. Se concebía el juicio ejecutivo sobre la base del conocimiento incompleto intercalado en la ejecución, por su sumariedad y la provisionalidad consecuente, y quedaba diseñado el juicio ejecutivo como un proceso de ejecución con una fase de declaración, amén de las disquisiciones doctrinales sobre su naturaleza declarativa, o propiamente ejecutiva, que más adelante se trata; de ahí, la definición de Pedro Gómez de la Serna, autor de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) de 1855, en cuanto a que el juicio ejecutivo es aquel «en que sólo se trata de llevar a efecto lo ya resuelto por autoridad pública, o lo que consta en un título a que la ley da tanta fuerza como a la sentencia ejecutoriada».<sup>3</sup>

Los antecedentes aducidos marcaron el sendero del tratamiento legislativo posterior, concretado en la LEC de 1881, hasta nuestros días, con las reformas sucesivas, pasando por la de 1984 y la de 2000.

La acción ejecutiva se fundamenta en un título ejecutivo, que constituye la síntesis esencial de esta; por sí sola es fundamento de la pretensión, sin requerir de ninguna otra alegación y, por ello, no se precisa de la prueba como carga, que da sustantividad al principio *nulla executio sine titulo*.

Solo los créditos privilegiados en atención a su naturaleza son los que pueden ser tutelados por vía del proceso ejecutivo: sujetos a requerimientos formales (extrínsecos), referidos a su enunciación en la norma positiva, y materiales (intrínsecos), relativos a su suficiencia, a los fines de su eficacia ejecutiva, presupuesto del juicio ejecutivo, los cuales requieren una obligación pecuniaria, líquida, vencida y exigible.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 195. «La Ley de 1396, en la redacción de 1480,<sup>o</sup> ordenaba a los jueces que cuando cualesquiera personas les mostraren “cartas, ¡ contratos públicos, ¡ recaudos ciertos de obligaciones”, de cualesquiera deudas que les fueren devidas, las dichas justicias las cumplen, ¡ lleven a devida execucion, leyendo passados los plazos de las pagas, no leyendo legitimas qualesquier excepciones, que contra los tales contratos fueren alegadas». La Lex Toletana añadía al final de la Ley de 1396 dos frases trascendentales: «I esto mismo mandamos que se guarde, pidiéndose execucion de sentencia passada en “cosa juzgada”».

La equiparación entre sentencia y título notarial se ha producido y, también, el error de sistemática de regular aspectos generales de la ejecución en una institución especial.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 197.

Se trata de títulos civiles y mercantiles, resultantes de la fusión de los dos ordenamientos; véase, por ejemplo, la referencia del Artículo 1.429 de la LEC de 1881<sup>4</sup> y la correlativa enunciación de la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral (LPCAL) de 1977, ley instrumental cubana.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Artículo 1.429. «La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

Solo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes:

1. Escritura pública con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante.

2. Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante el Juez competente para despachar la ejecución.

3. La confesión hecha ante Juez competente.

4. Las letras de cambio, pagarés y cheques en los términos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque.

5. Cualesquiera títulos al portador a nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y éstos, en todo caso, con los libros talonarios. Resultando conforme la confrontación, no será obstáculo a que se despache la ejecución de la protesta de falsedad del título que en el acto hiciere el director o la persona que tenga representación del deudor, quien podrá alegar en forma la falsedad como una de las excepciones del juicio.

6. Las pólizas originales de contratos mercantiles, firmadas por las partes y por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado que los intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dichos agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos.

7. Los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley 4/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión.”

<sup>5</sup> Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977. Artículo 486. «Tendrán fuerza ejecutiva los siguientes títulos líquidos, vencidos y exigibles:

1. Los testimonios de escrituras públicas expedidos con arreglo a la ley;

2. Los documentos privados cuyo reconocimiento o el de su firma se pida y obtenga en diligencia previa a la ejecución, de acuerdo con el artículo 487;

3. La confesión de la deuda en diligencia previa a la ejecución.

A este efecto, no serán útiles el reconocimiento de documento o firma ni la confesión prestada o que se haya obtenido de cualquier modo en otro proceso;

4. Los cheques y los pagarés, nominativos o a la orden, y las letras de cambio con sus correspondientes protestos, sin necesidad de reconocimiento de librador, aceptante, avalista o endosante, siempre que no hubieren opuesto tacha de falsedad de la firma o de la aceptación en sus respectivos casos, al tiempo del protesto o de la notificación del mismo, a las demás personas obligadas al pago;

5. Los propios documentos, aunque sólo contra el librador del cheque, el emisor del pagaré o el aceptante de la letra, aún sin el protesto, mediante el reconocimiento a que se contrae el apartado 2) de este artículo».

No basta con la certeza del crédito a partir del título, sino que se requiere de la concurrencia del requisito del vencimiento, la liquidez y la exigibilidad.

El vencimiento y la exigibilidad son elementos consustanciales al juicio ejecutivo, que se inicia, admitida la promoción, con un requerimiento de pago, obligación solo exigible por el vencimiento del término para su cumplimiento, por incurrir en mora el deudor.

La obligación crediticia ha de ser líquida o liquidable, entendiéndose por tal la deuda que «se cuantifica o expresa en una suma determinada de dinero»,<sup>6</sup> ya sea en la moneda nacional en curso o extranjera. El supuesto de liquidez puede comprenderse solo cuando se trate de obligaciones de dar, referidas a cosas o especies objetivamente computables en dinero o de deudas que sean liquidables por los procedimientos establecidos en la ley; así lo regula, por ejemplo, la LEC, Ley No. 1/2000 (artículos 517, 520, 572, 573 y 574).

El proceso ejecutivo se inicia con la presentación del escrito promocional (más que demanda por impropia, al no tratarse de un juicio declarativo), en el que, necesariamente, habrá que referirse al título que lo genera y demás documentos que deban acompañarse con el ejercicio de la acción, cuyo pedimento ha de ser que se despache ejecución contra el deudor por el monto de la deuda, los intereses devengados (ordinarios y moratorios) y los que puedan devengarse durante el proceso, más las costas, sin perjuicio de su liquidación posterior, como de ordinario acontece en los procesos declarativos, e indicando los bienes de aquel susceptibles de ser embargados, lo que deviene requisito esencial de procedibilidad y constituye su sustento, sin lo cual carecería de virtualidad el proceso, en su finalidad.

El examen de la promoción, para su admisión, discurre por la evaluación de la capacidad (objetiva y subjetiva) del órgano jurisdiccional para conocer del asunto, y considerar las cuestiones de fondo (presupuestos formales y sustanciales), tales como elementos de validez formal del título, su eficacia ejecutiva y, obviamente, la cuestión cautelar en el modo que se deduzca.

Admitida la promoción, sin solicitud de diligencia previa y constatados los requerimientos legales del título esgrimido, se procede a dictar la resolución fundamental del juicio ejecutivo, el auto que despacha la ejecución, que no tiene carácter definitivo sobre la validez del crédito y el título, sino que se funda en la apariencia del derecho del que pueda estimarse la existencia del crédito o su inexigibilidad, sin audiencia del deudor, amén de que, posteriormente, en proceso declarativo, de controvertirse, se estime lo contrario y se disponga el embargo asegurativo de la obligación dineraria, en defecto del pago, para lo que debe ser previamente requerido, en cumplimiento de lo también dispuesto en tal sentido por esa resolución.

---

<sup>6</sup> Cortés Domínguez y Moreno Catena: *Derecho procesal civil, parte especial*, p. 156.

Algunas legislaciones, como la española, admiten la consignación o depósito en subsidio del pago, con lo que inhiben el embargo,<sup>7</sup> el proceso continúa su curso, con la oposición a la ejecución, en la cual cambia el carácter sumarísimo del procedimiento, para dar fase a una tramitación sumaria, única manera por la que se puede impedir que el deudor inicie realmente la ejecución, hasta que se satisfaga el crédito del ejecutante (acreedor), determinante de su efecto suspensivo.

En este contexto, se trasluce la función de la medida cautelar, dirigida al aseguramiento de la ejecución interesada, que comprende, además, la efectividad inmediata de esta, no obstante la especificidad del embargo ejecutivo, con exclusión de cualquier otra del catálogo que la ley señala genéricamente, válidas en otras clases de proceso de naturaleza declarativa, que garantizan una efectiva tutela judicial y otorgan a las partes y, al tribunal, amplios poderes, que se traducen en la flexibilidad para adoptar medidas conducentes a evitar la lesión o daño del derecho y, por el método de la no taxatividad, una gran libertad para seleccionar la cautela más apropiada a las circunstancias, incluyendo las medidas innominadas y anticipativas, a fin de evitar los peligros inherentes a la duración del proceso judicial y sus irregularidades (tanto normativas como de su actuación) y, con ello, garantizar, incluso *a priori*, antes de la interposición de la demanda, la efectividad futura del derecho que se afirma en aquella, previniendo de la frustración del resultado de dicho proceso.

Las dilaciones del proceso, a veces indebidas, pueden atentar contra la realidad de la tutela que se solicita y se obtiene de los órganos de justicia.

Es, precisamente, la imposibilidad de la declaración instantánea, mediante sentencia de un derecho reclamado, la necesidad de que esta solo puede ser el resultado de la actuación de un proceso jurisdiccional, la causa última de los riesgos de ineffectividad, incluso en los procesos de naturaleza sumarísima, como el que se trata, de donde se deduce el fundamento común a todo el régimen de las medidas cautelares y su finalidad: «para las partes el proceso es un tránsito obligado, pero que podría, en su mente ser prescindible, para llegar al cumplimiento o a la ejecución de la sentencia, la autoridad del tribunal desaparece si esto no puede asegurarse y verificarse».<sup>8</sup>

La oposición deducible por el deudor, en el proceso ejecutivo, solo puede remitirse a la alegación de las causales expresamente determinadas

<sup>7</sup> LEC de 1881. Artículo 1.446. «Cuando el deudor consignare la cantidad reclamada en la moneda pactada, o en pesetas, cuya convertibilidad a dicha moneda quede acreditada, con el fin de evitar los gastos y molestias del embargo reservándose el derecho de oponerse a la ejecución, se suspenderá el embargo y la cantidad se depositará en el establecimiento designado para ello.

Si la cantidad consignada no fuere suficiente para cubrir la deuda principal y las costas se practicará el embargo por la que falte».

<sup>8</sup> A. Gelsi Bidart y E. Vescovi: *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*.

por la ley, tipificadas en correspondencia con la naturaleza del asunto de que se trata, un título con apariencia de derecho, que goza a su favor con la presunción de legitimidad, de ahí su fuerza ejecutiva, que no admite, en este estado de la tramitación, contra él, el uso de la gama de excepciones generalmente admitidas que puede esgrimir el demandado, en cualquier proceso declarativo, pues terminaría por desnaturalizarse la tutela que se le depara al crédito por vía del juicio ejecutivo, de modo que se trata de una oposición limitada, referida a excepciones formales y materiales, taxativamente determinadas por la ley, con exclusión de cualquier otra.

La expresión semántica de la denominación de la posición del deudor, frente al requerimiento de pago, despachada la ejecución, no evidencia su verdadera naturaleza, no es una simple oposición, más que ello, se concreta en una demanda de oposición o incidental, interesando que no se siga adelante la ejecución, sustentada en algunas de las causas legales (más que excepciones), que solo se autorizan a tal fin; entonces, el procedimiento se sintetiza a la interposición de la demanda incidental por el deudor, con muy restringidas posibilidades de oposición que, en el supuesto de no producirse o resultar inoficiosa por rebasar las férreas limitaciones de la ley, al no existir variación procesal respecto a la ejecución despachada, se manda a seguir adelante la ejecución, contenido de la sentencia de remate, que se dicta en consecuencia.

Atendiendo a las limitaciones a la oposición en el juicio ejecutivo, que contiene una sumaria fase de conocimiento, el pronunciamiento recaído que resuelve lo procedente, se haya deducido oposición o no, no puede producir la excepción de cosa juzgada material.

Algunos, como Cortés Domínguez, aseguran que «estos procesos producen la eficacia de cosa juzgada, con reserva de derecho».<sup>9</sup>

Otros procesos, como el cambiario o el monitorio, quedan comprendidos entre los juicios ejecutivos, llamados especiales; el primero, reservado a títulos valores, que tienen aparejada la ejecución y parten, a su vez, del privilegio del crédito y del acreedor, frente al deudor, con iguales consideraciones, referentes al limitado conocimiento y las posibilidades de defensa, con la ya indicada inversión de la posición procesal de las partes, en la que el ejecutado (aparente demandado o demandado impropio) asume la carga de la prueba.

El proceso monitorio, por su parte, también está concebido para la protección del derecho de crédito, con una función esencialmente ejecutiva, que tiene como rasgo fundamental que el título exigido (cual premisa del proceso, ejecutivo en fin) no es necesariamente resultado de la actividad del deudor, en su producción, sino que puede provenir de terceras personas o del propio acreedor;<sup>10</sup> de ahí que, a diferencia del juicio ejecutivo o

<sup>9</sup> Cortés Domínguez y Moreno Catena: *Op. cit.*, p. 175, 1.<sup>er</sup> párr.

<sup>10</sup> LEC, 2000. Artículo 812. «Casos en que procede el proceso monitorio. 1. Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago, de deuda dineraria, vencida y exigible,

del cambiario enunciado antes, aquí el título requiere de mínimas exigencias formales y de contenido, con una primera fase no jurisdiccional, hasta que, frente al impago del deudor, se le franquea el trámite de oposición que, para esta clase de proceso, se sustanciará por el cauce que corresponda (sumario u ordinario), con lo que el proceso concluye propiamente con el pago o el despacho de la ejecución. Finalmente, la sentencia que resuelve la oposición tiene la eficacia plena de cosa juzgada.

## **BREVE COMENTARIO, A MANERA DE CIERRE**

La economía de mercado, en la que forzosamente se inserta toda la economía mundial, con mayor o menor preponderancia, precisa de fórmulas jurisdiccionales que acentúen la seguridad jurídica, dotando al acreedor de mecanismos que garanticen de diferente manera la defensa del crédito en dicho contexto, atendiendo al modo de su documentación y estimulando, cada vez más, su utilización en el tráfico mercantil.

Estamos en presencia de procesos ejecutivos sumarios, o sumarios con acentuada función ejecutiva, como afirman algunos en la doctrina, que privilegian el crédito contenido en el título con apariencia de derecho, que la ley determina, con gran intensidad probatoria, que releva al acreedor, básicamente, de la obligación de alegar y probar, y lo dota del poder de pedir, sin ninguna otra exigencia, para la realización de su crédito, que se despache ejecución contra el deudor.

La naturaleza, trascendencia y uso, cada vez más reiterados, de los procesos ejecutivos, demandan de una mayor atención de los legisladores y de los operadores jurídicos, en particular de la judicatura, a fin de procurar su efectivi-

---

de cantidad determinada, que no exceda de cinco millones de pesetas, cuando la deuda de esa cantidad se acredite de alguna de las formas siguientes:

1°. Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentran, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor.

2°. Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dichos apartados, podrá también acudir al proceso monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes:

1°. Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera.

2°. Cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos».

dad, en defensa del crédito, para la viabilidad del tráfico jurídico y mercantil, lo que, como colofón de estas notas, invita, modestamente, a su reflexión.

## BIBLIOGRAFÍA

- Casasús, Juan J. E.: *Ley de enjuiciamiento civil vigente en Cuba*, vol. I, t. 3, 2.<sup>a</sup> ed., Editorial Cultural S. A., La Habana, 1955.
- Castán Tobeñas, José: *Derecho civil español, común y foral*, t. 2 y 3, Madrid, 1945.
- Cortés Domínguez, Valentín y Víctor Moreno Catena: *Derecho procesal civil, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Couturé, Eduardo: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, Argentina, 1993.
- Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. 2, 4.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1996.
- Gelsi Bidart, Adolfo y Enrique Vescovi: *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales, Montevideo, 1974.
- Grillo Longoria, Rafael: *Derecho procesal civil II*, 3.<sup>a</sup> ed., Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1986.
- Guasp, Jaime: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1948.
- La Plaza, Manuel de: *Derecho procesal civil español*, vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- Manresa y Navarro, José M.: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil reformada*, t. 4, 6.<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid, 1946.
- Montero Aroca, Juan *et al.*: *Derecho jurisdiccional*, t. 3, 3.<sup>a</sup> ed., J. M. Bosch Editor S. A., Barcelona, 1993.
- Portela, Guillermo: *Tratado de Derecho procesal*, t. 2, Imprenta y Librería La Moderna Poesía, La Habana, 1923.
- Sánchez Roca, Mariano: *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, vol. VI, t. 2, 3.<sup>a</sup> ed., Lex, La Habana, 1959.

## Legislación

- Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977*, Editorial Orbe, La Habana, 1978.
- Ley de enjuiciamiento civil española hecha extensiva a Cuba*, Editorial Lex, La Habana, 1959.
- Ley No. 1/2000, de 7 de enero, Ley de enjuiciamiento civil española.
- Código civil cubano, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989.
- Código de Comercio de Cuba (actualizado)*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.

## EL CONTRATO DE PRODUCCIÓN COOPERADA ANTE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

---

---

*Esp. Yamilet Calvo Quevedo, jueza profesional titular,  
TPP de Villa Clara*

*Esp. Teresa A. Méndez García, presidenta,  
Sala de lo Económico, TPP de Villa Clara*

**N**UESTRO PAÍS, ANTE los desafíos que enfrenta para alcanzar un desarrollo sostenible, voltea en torno a nuevas propuestas y a la reevaluación de políticas económicas que permitan contribuir al avance económico, en función de una sociedad socialista próspera, por lo que el reordenamiento de la economía se convierte en una premisa esencial que precisa nuevas formas de propiedad reconocidas en la Constitución de la República, como la de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas; y, con respecto a la propiedad estatal, prevé la transmisión total o parcial de objetivos económicos con carácter excepcional, si ello resulta útil y necesario al país.<sup>1</sup>

En los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución, aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, se aborda la inversión extranjera, con el fin de acceder a financiamiento externo, tecnologías y nuevos mercados, insertar productos y servicios cubanos en cadenas internacionales, y generar otros efectos positivos hacia la industria doméstica, sobre la base del respeto a la ley, la soberanía e independencia de la nación y el beneficio mutuo.

Todo ello está instrumentado en la Ley No. 118, «De la inversión extranjera», promulgada el 3 de marzo de 2014, norma que fija las bases legales de este asunto en el territorio nacional.

La evaluación y análisis del contrato de producción cooperada, como nueva modalidad de la inversión extranjera en el suelo patrio, es propósito de este trabajo, que profundiza en aristas tales como *concepto, características, naturaleza y ámbito de aplicación*, entre otras, a partir de su regulación legal. Nuestra atención se centra en una de sus variantes más complejas: los contratos de asociación económica internacional, motivación que tiene su génesis en el impacto de este tipo de sujetos en procesos sometidos a la jurisdicción económica.

<sup>1</sup> Constitución de la República de Cuba, Artículo 23.

## GENERALIDADES

### Antecedentes de la ley de inversión extranjera actual

La realización de producciones cooperadas con intereses extranjeros no constituye una experiencia nueva en Cuba. A partir de la promulgación del Decreto Ley No. 50, de enero de 1982, sobre asociaciones entre entidades cubanas y extranjeras, se concertaron numerosos acuerdos de esa naturaleza, considerados como una de las modalidades de la inversión extranjera autorizadas por la ley, junto a la creación, en menor cantidad, de empresas mixtas de capital nacional y foráneo.

La experiencia derivada de la aplicación del Decreto Ley No. 50, unido a las condiciones político-económicas imperantes, sin la existencia del campo socialista, una economía mundial globalizada y fuertes tendencias hegemónicas en el campo político y militar, condujeron a que se dictara una nueva norma para la inversión extranjera: la Ley No. 77, de 5 de septiembre de 1995, con el propósito de ampliar y facilitar el proceso de participación de aquella en la economía nacional, que permitiera obtener recursos financieros, tecnológicos y nuevos mercados en el sector productivo y de los servicios, en función del desarrollo sostenible del país y de la recuperación económica.

A partir de la dinámica que ha caracterizado el proceso de inversión extranjera en Cuba, con fundamento en que la práctica demostró que existían otras figuras contractuales ágiles y flexibles, las que arrojaron resultados económicos favorables para cada una de las partes contratantes, como otras modalidades para la inversión extranjera en el país, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (CECM), el 6 de diciembre de 2000, adoptó el Acuerdo No. 3827, que facultaba a las entidades estatales con personalidad jurídica a concertar contratos para la producción cooperada de bienes o la prestación de servicios, como nuevas formas de inversión extranjera, y establecía el nivel y procedimiento para su aprobación, el cual fue complementado por la Resolución No. 37, de julio de 2001, dictada por el Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica (MINVEC),<sup>2</sup> mediante la cual se establecieron las normas de procedimiento para el registro, control y supervisión de estas nuevas figuras contractuales, a saber, contratos de producción cooperada, de administración productiva y de administración hotelera.

Luego de evaluar las experiencias adquiridas, y en vista de los positivos resultados alcanzados para la economía nacional, el CECM, en noviembre de 2004, emitió el Acuerdo No. 5290, con el fin de ajustar la normativa para un mejor desarrollo y control de esta actividad.

<sup>2</sup> El MINVEC pasó a ser el actual Ministerio de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera (MINCEX).

Las nuevas formas de inversión se caracterizan por su pronta y ágil aprobación en relación con las formas de inversión que comprendía la extinta Ley No. 77 de 1995, y por la flexibilidad en su implementación, lo cual favorece el desarrollo de los negocios con la pequeña y mediana empresa en el territorio nacional.

Así, el 29 de enero de 2007, el MINVEC emitió la Resolución No. 13 (derogó la 37 de 2001), que estableció nuevas pautas para el referido procedimiento, actualizó las normas para la presentación, evaluación, aprobación, extinción, control y supervisión de los contratos de producción cooperada (CPC) de bienes o para la prestación de servicios y de los contratos de administración productiva, de servicios u hoteleros.

Los frecuentes cambios que han tenido lugar en la economía nacional, como consecuencia de la actualización del modelo económico cubano, regido por los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución, aconsejaron la revisión y adecuación del marco legal de la inversión extranjera, a los efectos de ofrecer mayores incentivos a esta, asegurar que la atracción del capital extranjero contribuya eficazmente a los objetivos del desarrollo económico sostenible del país y a la recuperación de la economía nacional, sobre la base de la protección y el uso racional de los recursos humanos y naturales, y del respeto a la soberanía e independencia nacionales, como consecuencia de lo cual se promulgó la vigente Ley No. 118, «De la inversión extranjera», de 3 de marzo de 2014, y su Reglamento, de 9 de abril de ese mismo año que, entre otras normativas y acuerdos, deroga la supramentada Resolución No. 13.

La Ley No. 118 introduce algunas modificaciones con respecto a su antecesora de 1995. Una de ellas consiste en agrupar, bajo la clasificación de contratos de asociación económica internacional (CAEI), algunas figuras contractuales que, con posterioridad a la Ley No. 77, fueron reconocidas como modalidades de la inversión extranjera por acuerdos del CECM.

Resulta necesario destacar que la nueva ley menciona varios ejemplos de CAEI en el Artículo 13.2,<sup>3</sup> pero se observa que no se trata de una enumeración cerrada. En tanto, los CPC, con independencia de su regulación en la nueva legislación sobre contratación económica,<sup>4</sup> continúan instrumentándose, mediante los vigentes acuerdos 3827 y 4616,<sup>5</sup> ambos del CECM.

<sup>3</sup> Como CAEI clasifican, entre otros, los contratos a riesgo para exploración de recursos naturales no renovables, construcción, producción agrícola, administración hotelera, productiva o de servicios y contratos para la prestación de servicios profesionales.

<sup>4</sup> Decreto No. 310, de 17-12-12, «De los tipos de contratos», Artículo 110.1.

<sup>5</sup> El Acuerdo No. 3827, de 6-12-2000, establece las bases del procedimiento para concertar CPC de bienes o servicios, y de administración hotelera y productiva con personas naturales o jurídicas extranjeras, en correspondencia con su objeto social o empresarial.

## NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CPC

Históricamente, desde que se conoce el concepto de *inversión*, esta ha consistido en la aportación de bienes o capitales en función de acometer un negocio en común y estar a instancia de las utilidades que se logren, las cuales son repartidas en directa correspondencia con la aportación de los socios.

La definición del CPC, no por equivocación, se enuncia en el sentido que etimológicamente tiene el concepto de *suministro*, o sea, con la acepción de proveer y suministrar cosas o efectos.

Desde el punto de vista etimológico de las palabras, *producción cooperada* es el concierto de dos o más personas para asumir, conjuntamente, una producción determinada, o sea, aquella en la cual ambos socios, en caso de ser solo dos, conciben llevar a cabo una producción, pero en ella, para lograr la verdadera cooperación con el fin determinado, se debería poner de manifiesto algún tipo de sociedad de las que previamente se definen en la Ley de la inversión extranjera.<sup>6</sup>

En el CPC, las partes obtienen la seguridad y la estabilidad en la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, siempre por un período de tiempo limitado (tres a cinco años), con la posibilidad excepcional de extensión, y no admite, en ningún caso, la exclusiva.

Del típico contrato de compraventa, lo separa el que, en este, el pago del precio de las mercancías entregadas o servicios prestados, generalmente, no se hace depender de los resultados obtenidos por el receptor, en la comercialización de estos. En la producción cooperada, se produce una relación de crédito para aplazar del cumplimiento de la obligación de pago, según los resultados de la comercialización.<sup>7</sup>

Se trata de un contrato mixto, que puede incluir varios objetos contractuales, tales como suministro de materias primas, productos semielaborados, asistencia técnica, etc., de los que traen sus características esenciales, al regularlos en el contrato de producción cooperada.

### Definición

El CPC de bienes o para la prestación de servicios es aquel que se concierda con el propósito de desarrollar una determinada producción de bienes o prestación de servicios, en virtud del cual se suministran o financian –o ambas– tecnología, materias primas, equipamiento, productos semielaborados y asistencia técnica, a cambio del pago del precio que se pacta por

<sup>6</sup> La inversión extranjera adopta algunas de las modalidades siguientes: empresa mixta, CAEI o empresa de capital totalmente extranjero. Ley No. 118, de 3 de marzo de 2014, Artículo 13.1.

<sup>7</sup> Colectivo de autores: *Temas de Derecho mercantil cubano*, p. 374.

cada uno de estos conceptos, a partir de la comercialización de la producción o del servicio.<sup>8</sup>

### **Caracteres de este tipo de contrato**

El Artículo 113 del Decreto No. 310 enumera claramente los aspectos que caracterizan a este tipo de relación contractual, entre los que cabe mencionar que su objetivo siempre debe estar dirigido al desarrollo de una producción o la prestación de un servicio determinado que represente ahorro para el país, a fin de sustituir importaciones y/o fomentar la exportación, no obstante, consideramos válido significar que, en este tipo de contrato, no se realizan aportaciones por los contratantes ni se crea un fondo común ni se comparten las utilidades del negocio .

Otro elemento que distingue la relación contractual está dado por el hecho de que la responsabilidad de dirigir, administrar y gestionar el contrato le compete exclusivamente a la parte cubana, a la cual se le autoriza una cuenta bancaria independiente para las operaciones que se deriven del negocio en cuestión, con el objetivo de que pueda honrar las obligaciones contraídas, mediante el correspondiente contrato, la que deberá ser tramitada por el organismo patrocinador, de acuerdo con lo estipulado por el Banco Central de Cuba.

Las obligaciones de pago que se deriven de la relación con la parte extranjera deberán ser debidamente pactadas en la concertación del contrato, siempre a partir de la comercialización de la producción o los servicios objeto de este. La selección del suministrador no podrá estar sujeta a la condición de exclusividad a favor de las partes, sino que deberá regirse por el proceso de concurrencia legalmente establecido en el país, todo lo cual se encuentra previsto en el capítulo 5 del Decreto No. 325, de 9 de abril de 2014, «Reglamento de la Ley de la inversión extranjera».

El procedimiento a seguir para la aprobación de los CPC de bienes o para la prestación de servicios se inicia con la propuesta del organismo patrocinador al que pertenece la entidad cubana que figurará como parte del contrato, que deberá ser presentada al MINCEX, el que, luego de efectuar las evaluaciones que procedan, lo presentará a consideración del CECM, como autoridad facultada para su aprobación definitiva.<sup>9</sup>

Durante el proceso de evaluación de los contratos, el MINCEX se hará asesorar por la Comisión de evaluación de negocios con inversión extranjera, órgano con similares funciones a la otrora Comisión de control de operaciones, aprobada por el Acuerdo No. 4616, de 9 de diciembre de 2002, del CECM.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Decreto No. 310, Artículo 112.

<sup>9</sup> Ley No. 118, Artículo 22.1 y 2.

<sup>10</sup> Decreto No. 325, Artículo 34.1.

El contrato de administración productiva o de servicios se define como «aquél por el cual se concierta la administración de líneas de producción, instalaciones productivas o de servicios, o de una parte de las actividades que se realizan, por un período determinado, a cambio del pago que se acuerde, condicionado a los resultados de la gestión de administración realizada en correspondencia con los indicadores pactados»,<sup>11</sup> el cual está diseñado para lograr mejores servicios o producciones a favor del cliente, alcanzar una mayor rentabilidad en las instalaciones o líneas de producción, beneficiarse de una marca mundialmente reconocida y de la publicidad y comercialización internacional de la parte gerente, aprovechar sus habilidades, sistemas, diseños, procedimientos y métodos de probada eficiencia y, en algunos casos, acceder a su financiamiento, entre otros aspectos, además de cumplir con los requisitos establecidos para los CPC de bienes para la prestación de servicios. En estos contratos, la parte extranjera deberá aportar *knowhow*, tecnología o mercado, basado en su experiencia industrial o comercial en el tipo de actividad que administre.

Por último, el contrato de administración hotelera se define como

el acuerdo por escrito entre el titular de un hotel (entiéndase por *La titular* una empresa o entidad estatal cubana o sociedad mercantil de capital totalmente cubano o mixto) y una compañía profesional de administración de hoteles (*La gerente*), mediante el cual esta acepta la responsabilidad que le otorga *La titular* de asumir y realizar eficientemente la administración y comercialización de los servicios que presta el hotel a cambio del pago de honorarios; y sin que se produzca transferencia alguna de la propiedad u otro derecho real del hotel.

Los objetivos que se persiguen con este tipo de contrato son los mismos que para los contratos anteriores y se sigue igual procedimiento para su aprobación.

El modo de proceder para la información, control y supervisión en la ejecución de los diferentes tipos de contratos referidos, una vez aprobados, se rige por lo dispuesto en la Ley No. 118 y su Reglamento, en los que se exponen las particularidades relacionadas con la adquisición de vehículos, y para las inversiones e importaciones que se generen como consecuencia de aquellos.

Las modificaciones a los contratos solo podrán ser autorizadas por el CECM, a través del procedimiento descrito con anterioridad.

Los CPC de bienes para la prestación de servicios abarcan diversos sectores de la economía. Una parte considerable de estos corresponde al

<sup>11</sup> Decreto No. 310, Artículo 114.

Ministerio de Industrias (hoy, en el país, hay más de 50 contratos de administración hotelera, con cadenas de reconocido prestigio internacional, entre las que cabe mencionar: Sol Meliá, Accor, Barceló e IberoStar).

Los CPC de bienes o para la prestación de servicios, así como de administración hotelera, productiva y/o de servicios, requieren para su otorgamiento la escritura pública y entrarán en vigor al momento de su inscripción en el Registro mercantil.

## **IMPACTO EN SEDE JUDICIAL DE LOS CAEI**

La motivación por el estudio de los CAEI tiene como causa la existencia y funcionamiento de esta modalidad de contrato en el territorio de la provincia de Villa Clara, específicamente en la cayería norte, lo que ha derivado en la promoción –ante la Sala de lo Económico del TPP– de demandas en procesos ordinarios y ejecutivos por motivo de impagos.

La ley vigente define la asociación económica internacional (AEI) como la unión de inversionistas nacionales y extranjeros dentro del territorio nacional, para la producción de bienes, la prestación de servicios o ambos, con finalidad lucrativa, que comprende las empresas mixtas y los CAEI.<sup>12</sup>

Para la Dra. Natacha Teresa Mesa Tejeda,<sup>13</sup> los CAEI constituyen

[...] un acuerdo de voluntades entre inversionista nacional e inversionista extranjero para realizar actos propios de una [AEI], sin crear una persona jurídica [...] no surge una persona jurídica nueva diferente de las partes [...] se trata de un contrato de naturaleza colaborativa. Generalmente son contratos de tracto sucesivo o larga duración [por lo que, obviamente, al ser signatarios una parte cubana y una extranjera] se trata de un contrato internacional [...].<sup>14</sup>

El enunciado anterior concuerda perfectamente con lo refrendado en el Artículo 2 f) de la Ley de la inversión extranjera, así como lo definido en el instrumento notarial que legitima la creación de la AEI, texto que ratifica el particular referente a la no creación de una persona jurídica diferente a las partes.

De los conceptos precedentemente enunciados, se colige que los CAEI son una forma de materialización de tales asociaciones, lo que no significa que toda AEI dé lugar a una nueva persona jurídica, cuestión que sucede con las empresas mixtas, nunca con los CAEI.

<sup>12</sup> Ley No. 11, Artículo 2 a).

<sup>13</sup> Colectivo de Autores: *La inversión extranjera en Cuba. Una visión desde el Derecho*, p. 11.

<sup>14</sup> Colectivo de autores: *Lecturas para el empresario*, p. 31.

## Características

Las AEI tienen, entre otras características, las siguientes: <sup>15</sup>

a) no implican la constitución de una persona jurídica distinta a la de sus partes;

b) pueden tener por objeto la realización de cualquier actividad contenida en la autorización;

c) las partes tienen libertad para estipular todos los pactos y cláusulas que entiendan convenir a sus intereses, con tal de que no infrinjan el objeto autorizado, las condiciones de la autorización o la legislación vigente; y

d) cada parte contratante hace aportaciones distintas, que constituyendo una acumulación de participaciones de las cuales son propietarias en todo momento y, aunque sin llegar a constituir un capital social, les es dable llegar a formar un fondo común, siempre y cuando quede determinada la porción de propiedad de cada una de ellas.

Los CAEI pueden tener como objeto la administración hotelera, productiva o de servicios o la prestación de servicios profesionales. Los contratos de administración hotelera tienen, entre sus objetivos, lograr mejores servicios al cliente o producciones con mayor calidad, beneficiarse con el uso de una marca reconocida y con la publicidad, así como la comercialización y promoción internacionales del inversionista extranjero. Poseen las peculiaridades que se expresan seguidamente:

- el inversionista extranjero actúa en representación del inversionista nacional, en lo que respecta al contrato de administración firmado;
- no se comparten utilidades; y
- el pago al inversionista extranjero se condiciona a los resultados de su gestión.

En tanto, los CAEI para la prestación de servicios profesionales tienen, entre otros, los rasgos siguientes:

- se suscriben con compañías extranjeras consultoras de reconocido prestigio internacional; y
- tienen por objeto la prestación conjunta de servicios de auditoría, asesoría contable, servicios de avalúos y finanzas corporativas, servicios de reingeniería organizacional, mercadotecnia y gestión de negocios e intermediación de seguros.

## Regulación jurídica

Al igual que lo exigido para esta modalidad de CAEI, los anteriormente referenciados requieren, para su validez, la forma de escritura pública, y su

<sup>15</sup> Ley No. 118, Artículo 15.1.

entrada en vigor se produce al momento de su inscripción en el Registro mercantil.

Una vez otorgado un CAEI, no pueden cambiar sus partes, salvo por acuerdo entre ellas, con la aprobación de la autoridad que concedió la autorización. Su terminación se rige por lo dispuesto en él, sujeto a lo previsto en la legislación vigente.

El análisis de la regulación jurídica de las diversas modalidades de la inversión extranjera, en particular de los CAEI, evidencian fallas respecto a las normas que implican su funcionamiento en el mercado interno cubano, lo que impacta directamente en su aplicación práctica. Un ejemplo de ello es lo relacionado con los CAEI en cuanto a las atribuciones que les corresponden a las partes, al momento de la comercialización con otras entidades, pues no se determina si esta figura debe contratar la comercialización de productos y servicios en territorio nacional en los contratos suscritos con otros entes, por lo que la parte cubana asume esta obligación, para luego dividir sus beneficios con su contraparte extranjera; o si ambas partes deben contratar de forma solidaria con un tercero, cliente o suministrador nacional y, por ende, concertar contratos de forma tripartita.

El Artículo 15.1 a) de la Ley No. 118 prevé que, con la concertación de los CAEI, no se constituye nueva persona jurídica, por lo que es necesaria la delimitación de facultades que posee cada una de las partes en la ejecución del contrato, particular que enfatizan los artículos 25.1 y 2, 28.2, 30.2 y 34, todos de la norma enunciada, así como el 15.2 de su Reglamento; sin embargo, algunas de estas asociaciones están funcionando como nuevas personas jurídicas colectivas y suscriben contratos a título de estas –situación que no escapa al territorio villaclareño–, con lo que se vulnera la letra de la Ley de la inversión extranjera y se provocan dificultades a quienes contratan con ellos en dicha forma.

Pese a existir total claridad en cuanto a que las partes en los CAEI conservan su respectiva personalidad, ello no impide que estas puedan pactar la constitución de condominio sobre determinados bienes, o la ejecución de determinados actos de gestión por parte de una de ellas, en nombre de todas.

De lo que se trata es de que, en defecto de pacto lícito de las partes, como el de conferir mandato a alguna para actuar en nombre de todas a determinado efecto, hay que presumir que los actos de cada una por separado no obligan a las demás y que deben actuar conjuntamente para lograr total eficacia, de donde se deduce la necesidad de pactar todos los pormenores en el contrato que se suscriba, el que puede tener por objeto la realización de cualquier actividad que le sea autorizada a las partes.

## Estudio de casos en sede judicial

Las anteriores reflexiones armonizan con el contenido de los asuntos conocidos en sede judicial, con motivo de los reclamos por vía de demandas interpuestas ante la Sala de lo Económico del TPP de Villa Clara, las que no fueron admitidas a las entidades promoventes, debido a que, en la relación procesal establecida, fue demandada la AEI como ente y no la parte o partes dentro del CAEI, supuestamente responsable/s del incumplimiento, aspecto que abordaremos en lo adelante de manera más acabada, con las peculiaridades tenidas en cuenta en cada asunto:

1. Demanda promovida en proceso ejecutivo por la Empresa de Diseño e Ingeniería de Cienfuegos, con motivo del incumplimiento de contrato específico de documentación técnica y de inversiones de la obra Pueblo Laguna del Este (Expediente 89 de 2015).

2. Demanda establecida en proceso ordinario por la Empresa de Materiales de la Construcción de Villa Clara en virtud del incumplimiento de un contrato de suministro (Expediente 96 de 2015).

3. Demanda interpuesta por la Empresa de Materiales de la Construcción de Ciego de Ávila, por el incumplimiento de un contrato de suministro. (Expediente 113 de 2015).

En los expedientes anteriormente indicados, como punto convergente, existe un contrato suscrito únicamente entre la AEI como cliente y la empresa estatal cubana de que se trata, en su condición de prestatario o suministrador, según el caso, sin que figuren como partes, durante la concertación de estos las entidades que conforman la AEI. Se constata la inexistencia de cláusulas vinculantes con la responsabilidad que cada una de ellas contrae, de manera independiente, con el incumplimiento de las obligaciones concertadas.

Lo anteriormente expuesto colapsa con la posibilidad de establecer adecuadamente la relación jurídico-material y, consecuentemente, demandar a la parte o las partes dentro del CAEI, supuestamente responsable/s del incumplimiento, a lo que se une la carencia de pacto expreso que ofrezca la posibilidad de arremeter contra el patrimonio común creado, tal cual refrenda la Escritura pública 3891, de 17 de noviembre de 2000, sobre CAEI, otorgada por la licenciada Olga Lidia Pérez Díaz, notaria con competencia nacional y sede en la Notaría Especial del Ministerio de Justicia, la que, en su cláusula decimocuarta, relativa a la exigencia de responsabilidad, establece la obligación de las partes integrantes de la AEI de responder, de forma solidaria e ilimitada, frente a terceros, de las deudas y obligaciones conjuntas contraídas por las partes y, en tal sentido, les ofrece la posibilidad a los acreedores de dirigirse contra los posible saldos y bienes existentes en el fondo común creado por las partes en virtud del contrato de asociación.

Sentado lo anterior, se infiere que las insuficiencias en la adecuada constitución de la relación procesal o material, de carácter sustantivo en los procesos promovidos, no obedecen esencialmente a la falta de conocimientos o preparación de los representantes procesales de las partes involucradas en los conflictos, sino que dicha problemática es atribuible a defectos en la concertación del negocio jurídico vinculante entre las partes, tal cual se ilustrara en los párrafos precedentes.

El fenómeno aludido resulta, por ende, imputable, de manera directa, a las partes contratantes, las que, al momento de proceder a la firma de tales contratos, han estado al margen de las normativas vigentes en materia de inversión extranjera y al propio instrumento legal que legitima la existencia de la AEI, ya enunciadas, e incluso a lo que preconiza el Lineamiento No. 10 de la política económica y social del Partido y la Revolución, en lo relativo al papel preponderante del contrato en las relaciones económicas: debe exigirse por la calidad del proceso de negociación, elaboración, firma, ejecución, reclamación y control del cumplimiento de estos, como instrumento esencial para la gestión económica, omisiones que van en detrimento de la contraparte negociadora de la AEI, pues, si bien se deduce que dicha actuación no resulta intencionada, lo cierto es que esta carencia de personalidad jurídica de las AEI traspolada a los contratos objeto de estudio le vetan a aquella la viabilidad de la tutela judicial procurada y, por tanto, no se concede el acceso a la justicia.

Lo anteriormente explicado deriva en que tampoco pueda cobrar vigencia, en los casos objeto de análisis, el instituto de la gestión sin mandato, a que se contrae el Artículo 15.2 del Decreto No. 325, pues no existe actuación de una parte en nombre de otra, sino por una persona jurídica inexistente, que no se encuentra respaldada por mandato alguno para actuar en representación de las partes que la integran; o responder de forma conjunta y solidaria por las obligaciones contraídas en los contratos suscritos, a tenor de lo establecido en el instrumento público constitutivo.

## **CONCLUSIONES**

1. El fenómeno de la inversión extranjera le ha permitido a nuestro país, sobre la base del más estricto respeto a la independencia y la soberanía nacional, el logro de avances cualitativos en el orden económico-social, incentivándose la implementación de nuevas modalidades de esta, entre las que se distinguen los CAEI.
2. En la provincia de Villa Clara, existen modalidades de CAEI que actúan y suscriben contratos como persona jurídica, nueva y distinta de las partes que la integran, lo que vulnera la letra de la Ley No. 118 de 2014, y sus disposiciones complementarias y que, a su vez, trasciende la

validez de los negocios concertados con terceros, imposibilitando el acceso a la justicia, frente al conflicto que se suscita.

3. Se precisa el estudio y análisis por las partes contratantes –durante las fases previas a la concertación del contrato, cuando una de estas concorra como AEI– de las normativas vigentes en materia de inversión extranjera, a los efectos de establecer las cláusulas que permitan determinar la delimitación de facultades y la responsabilidad de las que la conforman y evitar que actúen como persona jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

- Burguet Rodríguez, R.: *Ley de la inversión extranjera en Cuba. Texto de la Ley, comentarios*, Editorial Sangova, S. A., Madrid, 1995.
- Chuin Soler, C. y M. A. Carrillo de Albarnoz: *Comentarios a la Ley de inversión extranjera*, Ediciones Ponton Caribe, S. A, CONAS, La Habana, 1995.
- Clemente Díaz, T.: *Derecho civil, parte general*, t. 1, ENPES, La Habana, 1998.
- Colectivo de Autores: *La empresa y el empresario en Cuba*, Ediciones ONBC, La Habana, 2000.
- \_\_\_\_\_ : *Temas de Derecho económico*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- \_\_\_\_\_ : *Temas de Derecho mercantil 1 y 2*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- \_\_\_\_\_ : *Lecturas para el empresario*, Ediciones ONBC, La Habana, 2009.
- \_\_\_\_\_ : *La inversión extranjera en Cuba. Una visión desde el Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2015.
- Marquetti Nodarse, H.: «La empresa cubana, principales retos que enfrenta», en *Revista de Economía cubana, coyuntura, reflexiones y oportunidades*, CEEC, marzo, La Habana, 2000.
- Vega Vega, J.: *Comentarios a la legislación cubana sobre asociaciones económicas con empresarios extranjeros*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1991.

## Legislación

- «Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 7, La Habana, primero de agosto de 1992.
- Código de Comercio (actualizado)*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.
- «Ley 77/95, “Ley de inversión extranjera en la República de Cuba”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 3, La Habana, 5 de septiembre de 1995.
- «Ley 118/2014, “Ley de la inversión extranjera”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 20, La Habana, 16 de abril de 2014.
- Decreto 310/2012, «De los tipos de contratos»*, 17 de diciembre de 2012.
- «Decreto 325/2014, “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.

- «Resolución No. 13/2007, de 29 de enero de 2007», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 7, La Habana, 7 de febrero de 2007.
- «Resolución No. 128/2014, “Reglamento de la Comisión de evaluación de negocios con inversión extranjera”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 20, La Habana, 16 de abril de 2014.
- «Acuerdo No. 3827/2000, para los contratos de administración hotelera y productiva», en [www.gacetaoficial.cu/iext-htm.htm](http://www.gacetaoficial.cu/iext-htm.htm) [Consulta: 20-4-2015].
- «Acuerdo No. 5290, de 11 de noviembre 2004, sobre los contratos de producción cooperada», en [www.gacetaoficial.cu/iext-htm.htm](http://www.gacetaoficial.cu/iext-htm.htm) [Consulta: 20-4-2015].

# PRESUPUESTOS PARA EL ACIERTO JUDICIAL EN TORNO A LA PRUEBA LABORAL EN CUBA

---

---

*Esp. Aymee Fernández Toledo*  
*jueza profesional, Sala de lo Laboral, TSP*

«[...] El hábito noble de examen destruye el hábito servil de creencia; la pregunta curiosa sigue al dogma, y el dogma que vive de autoridad, muere de crítica».

José Martí<sup>1</sup>

**P**ARECE UN CONTRASENTIDO que, a la decisión judicial, se le llame *fallo*. Y es que si bien, en sentido jurídico, el término *fallar* se identifica con la actividad que lleva a cabo el órgano decisor para adoptar una solución sobre un determinado conflicto, en el lenguaje común también significa «errar, fracasar, malograr, confundir y defraudar», entre otros sinónimos que, en esencia, son las antípodas de lo que se espera de la decisión judicial: acierto, claridad, argumentación, como presupuestos de la justicia. Se me ocurre, entonces, pensar que tal definición tiene el propósito de recordarle al juez, permanentemente, que es falible.

La causa del desacierto de una decisión judicial puede recaer en diversos aspectos, entre los que cobra singular relieve la insuficiente o deficiente admisión, disposición, práctica y/o valoración de las pruebas, por cuanto estas constituyen el sustrato mismo de los hechos de los cuales derivan una o varias consecuencias jurídicas que, a su vez, sirven de fundamento a la solución; ello visto en términos muy esenciales.

Por tal razón, la teoría procesal ha llegado a ubicar el tema de la prueba entre las garantías del proceso justo, comúnmente conocido, también, como debido proceso, a partir de la expresión inglesa «due process of law». Así, según Gimeno Sendra,

puede afirmarse que un ordenamiento procesal es respetuoso con el derecho a un proceso «debido» cuando ambas partes gozan de libertad de acceso a un juez independiente e imparcial y a un proceso en el que, presidido por los principios de contradicción, igualdad de armas y dispositivo, puedan formular sus pretensiones y defensas, practicar la prueba sobre los hechos que las fundamentan, obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho y ejercitar contra ella los recursos previstos por el ordenamiento que eviten los errores judiciales y que garanticen la aplicación uniforme del Derecho.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> J. Martí: «Los códigos nuevos», en *Obras completas*, t. 7, pp. 98-102.

<sup>2</sup> V. Gimeno Sendra: «El derecho a un proceso laboral con todas las garantías».

En atención a ello, este autor, junto a los clásicos principios de contradicción, igualdad de armas, dispositivo y aportación de parte, ubica los de rapidez, eficacia y economía en función del derecho a recibir una tutela judicial efectiva y, en lo que interesa a los efectos de este trabajo, el derecho a la prueba.<sup>3</sup>

Pero la prueba, como parte del debido proceso, también es entendida como un derecho humano primordial. En criterio de José Thomson, el debido proceso es un fundamento esencial del Derecho procesal moderno; pero, a la vez, una exigencia del ordenamiento de los derechos humanos. Esto ocurre —señala— porque los principios que informan el debido proceso son garantías no solo para el funcionamiento judicial en sí mismo, sino también porque involucran el cumplimiento de otros derechos fundamentales.<sup>4</sup>

Estas ideas encuentran expresión, como en todos los procesos, en el laboral, a cuyas notas particulares se dedica el presente trabajo, a partir de la necesidad de volver sobre los postulados doctrinales y legales a los que tiene que ceñirse el actuar de los órganos judiciales, en lo que a la prueba concierne, para cumplir con su deber de garante, frente a los justiciables.<sup>5</sup>

Descrita tal situación, resulta claro que el problema del que se ocupa este texto se centra en cuáles son los presupuestos teóricos sobre los que tiene que sustentarse la admisión, disposición, práctica y valoración de las pruebas para garantizar un proceso laboral justo, a cuya definición y fundamentación se dirige, en el entendido de que, más allá de la insuficiencia de la regulación procesal, existen asideros doctrinales y legales para construir una práctica judicial más garantista de los derechos de las partes y demás involucrados en los procesos.

## **NOCIONES GENERALES IMPRESCINDIBLES**

Varias son las acepciones del término *prueba* en el lenguaje jurídico, pues, mientras, para algunos, es el conjunto de recursos o medios a través de los

<sup>3</sup> Expresión de esta orientación es posible encontrarla, también, en las obras de autores como Ferrer Beltrán, Picó I. Junoy, Taruffo y Vigoriti, citados por Ariel Mantecón Ramos, en «Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil», pp. 9-11. Para el autor, el derecho a la prueba se descompone en varias facultades, entre ellas el derecho de las partes a: proponer los medios de prueba en relación con sus afirmaciones, la admisión de estos o una inadmisión motivada, la práctica de los admitidos, la intervención en dicha práctica y la obtención de una sentencia motivada, desde el punto de vista fáctico, a través de la valoración del material probatorio.

<sup>4</sup> J. Thomson: *Derechos humanos, garantías fundamentales y administración de justicia*.

<sup>5</sup> El Artículo 4 c) de la Ley 82, de 11 de julio de 1997, «De los tribunales populares», confiere a estos la misión de amparar la vida, la libertad, la dignidad, las relaciones familiares, el honor, el matrimonio y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

cuales se consiguen, en el contexto del proceso, determinados resultados, para otros es la actividad orientada a ese fin e, incluso, existen quienes la asocian con la fase del proceso en que se produce, asimilándola a *procedimiento*, y quienes la conciben como la demostración obtenida luego de ciertos actos, todas las cuales resultan válidas.<sup>6</sup>

Para Carnelutti, la prueba es «la comprobación de la verdad de una proposición».<sup>7</sup> La búsqueda de la verdad como fin del proceso y, en particular, de la prueba, fue sostenida por la doctrina procesal durante años. Así, surgió la diferenciación entre una «verdad formal» y una «verdad material», en estrecha relación con el rol y las facultades atribuidos a las partes y al órgano jurisdiccional en la conformación del objeto procesal y, por efecto de ello, en torno a las pruebas, que sirvió de justificación a la distinción entre el proceso civil y el penal. Al respecto, el citado autor señala críticamente que «[...] la verdad no puede ser más que una, de tal modo que, o la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad [...]».<sup>8</sup>

La teoría procesal moderna, inspirada en la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo veinte en adelante, admite, en cambio, que la búsqueda de la verdad constituye una aspiración inalcanzable. Por tanto, la actividad probatoria se encamina a lograr la convicción del juez acerca de hechos que sirven de base a una pretensión y de los cuales derivan determinadas consecuencias jurídicas previstas en la ley. A su vez, esa convicción se sustenta en el grado de certeza en torno a la existencia de los hechos.<sup>9</sup>

Al efecto, Mendoza Díaz apunta que

esa nueva lectura de los fines de la prueba elimina innumerables preocupaciones conceptuales: la verdad no es posible graduarla, ya que

<sup>6</sup> Al respecto, E. Vázquez Bote, en la definición refrendada en el *Diccionario Jurídico España*, señala que «la prueba puede concebirse desde ángulos diversos. Puede considerarse como una actividad lógica y material orientada en el mismo sentido de la realidad que se trata de averiguar, esto es, como operación y esfuerzo amparados en una verdad: es la prueba fin. Pero también puede valorarse como el conjunto particular de recursos que puede utilizarse para obtener aquella demostración: es la prueba medio». En sentido similar, J. Mendoza Díaz, en «La prueba en el proceso civil», p. 38, alerta sobre la diversidad de usos del término, a cuyo efecto refiere que «en ocasiones, es identificado como el medio o instrumento utilizado en el iter procesal; así, se habla de prueba de testigos o prueba documental. En otro orden, sirve para identificar una actuación procedimental y, en tal sentido, se dice que el proceso está abierto a pruebas, o en plazo de pruebas. Es usado también para identificar un resultado y, en esa dirección, indicamos que se logró la prueba que se esperaba del hecho litigioso, o sea, el hecho resultó probado. Un mismo término puede ser utilizado para identificar válidamente un medio, un procedimiento y un resultado».

<sup>7</sup> F. Carnelutti: *La prueba civil*, p. 38.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>9</sup> *Vid.* J. Montero Aroca: «Particularidades de la prueba en el proceso laboral. Procedimiento, objeto y medios. Especial referencia a la prueba documental». Es a lo que el referido autor llama «la renuncia a la verdad».

se obtiene o no, mientras la certeza es un estado que permite varios niveles de realización (es posible lograr mayor certeza, o menor, sobre la ocurrencia de un hecho). En la medida en que esta categoría se acerque a niveles absolutos, mayor aproximación tendrá a un ideal de verdad.<sup>10</sup>

En el presente análisis, no puede prescindirse de la referencia al objeto del proceso, por cuanto este marca los límites entre los que se mueve la actividad probatoria. El objeto del proceso laboral lo constituyen los hechos que sirven de base a la pretensión. Montero Aroca realiza una distinción entre «objeto del proceso» y «objeto del debate». En el primero, sitúa a «la pretensión, entendida como petición *fundada* que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida»,<sup>11</sup> en tanto el segundo está conformado por el objeto del proceso más lo que él denomina «resistencia» u oposición, frente a la pretensión para definir la actitud que, ante esta, puede asumir el demandado. Así, señala que, a diferencia de la pretensión, la resistencia no tiene que ser fundada, sino que puede consistir en la simple negativa. No delimita el objeto del proceso, pero puede ampliar la materia del debate y, consecuentemente, los elementos que debe abarcar la congruencia de la sentencia y que, aun cuando no exista resistencia, el proceso continuará teniendo un objeto.

En sentido general, se admite que no todos los hechos requieren prueba, sino solo los controvertidos, categoría que identifica a los que hayan sido negados o no admitidos por la parte demandada. En consecuencia, no precisan demostración los hechos confesados o admitidos, tampoco los notorios, sobre lo cual trataré al referirme al proceso laboral cubano. El Derecho, en cambio, no ha de ser probado, por cuanto su conocimiento es parte de la formación de los magistrados, salvo en el caso del Derecho extranjero cuya aplicación se reclame.

Por derivación del proceso civil, en el laboral ha prevalecido el principio de aportación de parte, lo que se traduce en que «cada parte ha de probar los hechos previstos en la norma a la que ésta anuda las consecuencias o efectos jurídicos y que se concretan en la exigencia de que el actor pruebe los hechos constitutivos de la pretensión y el demandado los impeditivos, extintivos o excluyentes».<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 39.

<sup>11</sup> J. Montero Aroca: *La acumulación en el proceso laboral*, p. 13. En el texto citado, la cursiva es mía para significar, precisamente, que son los hechos en los que se funda la pretensión los que delimitan el ámbito de conocimiento, aun cuando este pueda extenderse a otras cuestiones relacionadas, o no, opuestas por el demandado y la concreción que sufra lo contenido en la demanda en actos posteriores del proceso, como pueden ser las alegaciones que dan inicio a la comparecencia laboral y las que suceden a la práctica de las pruebas. Ese ámbito de conocimiento opera tanto en la primera instancia como en las siguientes.

<sup>12</sup> Gimeno Sendra: *Op. cit.*, p. 6.

En este sentido, Mendoza Díaz, siguiendo a un amplio sector de la doctrina española, define, como hechos *impeditivos*, «aquellos que impiden que la norma jurídica alegada por el actor despliegue su eficacia» (ejemplo: frente a una demanda por despido ilegal, se opone la solicitud de baja presentada por el trabajador); *extintivos*, «los que no impiden que se produzca el efecto pedido por el actor, pero lo hacen desaparecer por la existencia de una causa posterior» (ante una pretensión de ejecución de una sentencia que dispuso la restitución del empleado a la plaza que ocupaba, como resultado de su exoneración en un proceso sobre indisciplina, se opone la amortización de la plaza sobrevenida, cual resultado de un proceso posterior de reordenamiento laboral); y *excluyentes*, los similares a los extintivos, que solo despliegan su eficacia, si son alegados por el demandado (ejemplo: la prescripción).<sup>13</sup>

Montero Aroca, a partir del imperio del principio dispositivo en el proceso laboral español, sostiene que son las partes quienes han de aportar los hechos al proceso, lo cual presupone la posibilidad de admitir como existentes los hechos alegados por la parte contraria, que tiene por consecuencia su fijación por el juzgador sin practicar pruebas al respecto, y la carga de probar los hechos controvertidos, que implica solicitar el recibimiento a prueba y los medios de prueba concretos que han de practicarse o, en sentido opuesto, sufrir los efectos de su inactividad en atención a que el juez no puede apreciar hechos que no hayan sido probados por la parte que los alegó.<sup>14</sup>

Excepción a ello la constituyen las pruebas para mejor proveer, que pueden ser acordadas de oficio, pero en tal caso «la discreción del juzgador debe ser guiada por el principio de que él no debe suplir lo que pudo y debió hacer la parte, esto es, aportar las pruebas que convinieran a su derecho; sino que las diligencias han de servirle para solventar sus propias dudas frente al material probatorio ya aportado, o confirmar o desmentir algún extremo importante de este».<sup>15</sup>

Se constata así que el principio de aportación de parte tiene un carácter casi absoluto en el proceso laboral español. Sin embargo, no opera de igual manera en otros ordenamientos que reconocen al órgano jurisdiccional la posibilidad de acordar pruebas, de oficio, como complemento de la actividad de las partes e, incluso, en suplencia de su inactividad, al situar el interés público presente en los procesos del trabajo por encima de la autonomía de la voluntad de las partes. Asimismo, es posible, en determinadas circunstancias, que la sentencia se aparte de los hechos alegados y probados.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> J. Mendoza Díaz: «Actitudes del demandado» (tesis), p. 13.

<sup>14</sup> Montero Aroca: «Particularidades de la prueba...».

<sup>15</sup> *Vid.*, en este sentido, M. Alonso Olea y R. M. Alonso García: *Derecho procesal del trabajo*, p. 223.

<sup>16</sup> *Cfr.* Ley orgánica procesal del trabajo de la República Bolivariana de Venezuela (LOPTRBV), artículos 5, 6, 71 y 156; Código procesal del trabajo de Paraguay, Artículo 129; y Ley procesal del trabajo de la República de Perú (LPTRP), Artículo 29.

Consecuente con el carácter protectorio del Derecho del trabajo a favor de la parte más débil de la relación laboral, varias legislaciones han establecido la inversión de la carga de la prueba en determinados supuestos. Por ejemplo, en España, se toma en consideración la disponibilidad o dominio de la prueba por la parte que sostiene el hecho, de tal manera que, si las fuentes de prueba se encuentran en poder de la contraparte, es a esta a quien corresponde su aportación al proceso y su negativa injustificada pudiera ocasionar tenerla por confesa en relación con el extremo al que se refería. Asimismo, en los procesos por despido por motivos de discriminación «corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».<sup>17</sup> En Venezuela, corresponde al empleador la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo, al tiempo que, cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo, gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuera su posición en la relación procesal.<sup>18</sup> Por su parte, la ley peruana, al establecer la carga de prueba, prevé que corresponde a las partes probar sus afirmaciones y, esencialmente, al trabajador, probar la existencia del vínculo laboral y del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto; y al empleador, probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo, así como la causa del despido, al tiempo que contempla la presunción de certeza de los datos remunerativos y de tiempo de servicios que contenga la demanda, cuando el demandado no acompañe a su contestación los documentos exigidos, no cumpla con exhibir sus planillas y boletas de pago, en caso de que le hayan sido solicitadas o no haya registrado en planillas ni otorgado boletas de pago al trabajador que acredita su relación laboral.<sup>19</sup>

El establecimiento de presunciones *iuris tantum*, basado en el desequilibrio entre las partes, inherente a la relación de trabajo, conlleva a que quien pretenda desvirtuarlas tenga que probar un supuesto de hecho contrario al que las sustenta y que, por tanto, impida que ellas operen. Puede sostenerse, entonces, el desplazamiento de la carga de la prueba hacia la contraparte.

Sin embargo, en los restantes supuestos, no existe una verdadera y total inversión de la carga de la prueba, sino reglas de distribución, a partir del criterio de facilidad probatoria.<sup>20</sup> Nótese que, con frecuencia, la parte

<sup>17</sup> Gimeno Sendra: *Op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>18</sup> Cfr. LOPTRBV, Artículo 72.

<sup>19</sup> Cfr. LPTRP, artículos 27 y 40.

<sup>20</sup> Alonso Olea y Alonso García: *Op. cit.*, pp. 209-210. En sentido similar, A. A. de Diego, en «La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria», identifica

favorecida no está totalmente eximida del deber de probar, sino que deberá desarrollar una actividad probatoria mínima, encaminada a ilustrar la existencia de la situación de la que pretende beneficiarse, de modo que pueda abrirse paso una de las reglas de excepción señaladas, por ejemplo, en el despido por motivos de discriminación, para que pueda exigirse al empleador la demostración de la inexistencia de esa causa o, de existir un motivo justificado ajeno a aquel, el empleado debe aportar pruebas o indicios reales de que la resolución del vínculo obedece a discriminación.

La valoración que realiza el juez, *a priori*, a partir de las alegaciones de las partes, en torno a la naturaleza de los hechos, incide en la admisibilidad de las pruebas propuestas por estas. Las pruebas han de ser pertinentes y útiles. La pertinencia se refiere a la relación entre la prueba y el hecho controvertido al que va dirigido, de modo que este forme parte de los que sustentan la demanda o la oposición y que tengan relevancia para la decisión, mientras que la utilidad atañe al medio de prueba en sí y su relación con lo que, de él, se pretende obtener.

Las pruebas que versan sobre hechos no contenidos en la demanda, o su eventual oposición, sobre hechos admitidos o sobre aquellos que sean intrascendentes, irrelevantes de cara al contenido del fallo, han de ser consideradas impertinentes. En cambio, las pruebas que no sean idóneas o adecuadas para la demostración de un determinado particular, o superfluas, han de estimarse inútiles.

Pero no solo son atendibles los mencionados elementos de pertinencia y utilidad; para ser admisibles, las pruebas también han de ser legales, no solo en el sentido de su previsión por el ordenamiento jurídico o su no contradicción con este, sino de su obtención por medios lícitos, de modo que deben resultar rechazadas las que hayan sido logradas por medio de la vulneración de derechos fundamentales.

La admisión de las pruebas tiene un carácter vinculante para el juez, de ahí que esté obligado a practicarlas, salvo pronunciamiento en contrario debidamente fundado.

## LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL CUBANO

La Convención internacional de derechos humanos, adoptada y proclamada por la Resolución 217-A (III), de 10 de diciembre de 1948, por la Asam-

---

este supuesto como «carga de la prueba dinámica», que ubica frente a lo que la doctrina procesal ha reconocido como «prueba diabólica» o imposible. Así, sostiene que «la carga dinámica de la prueba es un medio excepcional que desplaza el *onus probandi* hacia quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales, fácticas y de oportunidad, en el contexto del principio de buena fe y solidaridad procesal, que incluso podría perjudicar a quien aporta dichos medios».

blea General de las Naciones Unidas, en el Artículo 8, consagra el derecho de acceso a la justicia, al disponer que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley, en tanto el Artículo 10 reconoce el derecho de toda persona a ser oída públicamente y, con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, en condiciones de plena igualdad, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal, disposición que, genéricamente, comprende el derecho a la prueba, lo que también puede deducirse de la formulación del Artículo 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, adoptado mediante la Resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, por ese organismo, en el que se establece el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, instrumentos de los cuales Cuba es signataria.

No existe en la Constitución de la República ningún precepto que reconozca el derecho a la prueba, ni siquiera como manifestación de los más genéricos derechos al acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva o el proceso justo.<sup>21</sup>

En el proceso laboral cubano, como resultado de la naturaleza indisponible de los derechos del trabajo, el carácter tutelar de sus disposiciones y el interés estatal en la protección de estas relaciones, la vigencia del principio dispositivo se reduce a las facultades de iniciación del proceso, proposición de pruebas, allanamiento y desistimiento, por cuanto el órgano jurisdiccional tiene atribuido un papel activo en su conducción, tanto por el impulso procesal que le corresponde, de oficio, como por sus amplias prerrogativas para inquirir, a las partes y terceros, disponer pruebas en el trámite ordinario y para mejor proveer o pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la demanda.<sup>22</sup>

*Prima facie*, la regulación de la prueba en el proceso laboral cubano se presenta insuficiente, si se toma en cuenta que solo dos preceptos se

<sup>21</sup> Al efecto, Mantecón Ramos (*Op. cit.*, p. 1), en el contexto de su análisis sobre la prueba en el proceso civil, luego de evaluar que en el modelo constitucional cubano el derecho a la prueba no alcanza el rango de fundamental, sostiene que «el patrón cubano del debido proceso —como sucede en muchos otros— no contempla un derecho específico a la prueba. Pero ello no impide que la norma procesal civil ordinaria garantice luego el derecho efectivo a probar».

<sup>22</sup> *Cfr.* Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), Artículo 696, con relación a los artículos del 38 al 45, sobre las facultades de los tribunales; 710, acerca de la posibilidad de disponer pruebas de oficio; 248, en cuanto a la prueba para mejor proveer; y 714, a propósito de la incongruencia *extra petita*.

refieren a ella: el Artículo 710, en el que se prevé el acto de comparecencia como el momento oportuno para que las partes propongan las pruebas de que intenten valerse, aporten las que dispongan o señalen los datos necesarios para que el tribunal las solicite, para la disposición de pruebas, de oficio, por el órgano jurisdiccional, la práctica de todas las admitidas y dispuestas en un solo acto o, de no ser ello posible, en sesiones posteriores, cuya duración total no exceda de 15 días, como garantía de los principios de celeridad y concentración que presiden el proceso, la posibilidad de las partes de recurrir en el mismo acto la denegación de pruebas, cuestión que se resuelve por el propio tribunal, sin ulterior recurso, sin perjuicio del derecho de la parte para reproducirla en aquellos casos en los que proceda el recurso de apelación contra la sentencia; y el Artículo 711, en el que se regulan, simplifícadamente, los medios de prueba y la forma de practicarlos.

En este punto, adquiere cardinal importancia la previsión de supletoriedad establecida en el segundo párrafo del Artículo 696 de la norma adjetiva, que remite la solución de todas las cuestiones no previstas en las regulaciones específicas del proceso laboral a las del civil, aplicación que, en ningún caso, podrá llevarse a cabo de manera automática, sino filtrando la norma civil supuestamente aplicable por vía supletoria, a través de las normas específicas del proceso laboral, analizadas en su integralidad y de los principios del Derecho del trabajo, tanto sustantivos como procesales, lo cual conllevará a decidir si la norma se aplica tal como ha sido formulada para el proceso civil o si, por el contrario, requiere ciertas adecuaciones a las características especiales del proceso laboral o deviene inaplicable.<sup>23</sup>

Así, para dar satisfacción al principio *non liquet*,<sup>24</sup> el juez del trabajo está obligado a desplegar una actividad de interpretación e integración del ordenamiento jurídico que ratifica su rol activo en la estructura del proceso y su posición como creador de Derecho.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> En idéntico sentido, se pronuncia Montero Aroca en sus «Particularidades de la prueba...», p. 7, cuando, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1977, dictada en el proceso de apelación 1348, apunta que «la remisión a la LEC en materia de prueba ha de interpretarse moderadamente, en el sentido de que, aun existiendo laguna legal en la regulación del proceso laboral, no podrá ser ésta cubierta por los preceptos de la ley supletoria si el acto que ha de realizarse se rige por principios contrarios a los que inspiran la ley procesal civil, siendo por ello por lo que, si la prueba en el proceso laboral se inspira en los principios de concentración e inmediación[...] es indudable que no podrá hacerse uso de los artículos de la LEC que regulan la actividad procedimental».

<sup>24</sup> En palabras de F. Cañizares Abeledo, «el vacío judicial no puede existir pues está sobre la cabeza del juzgador la espada de Damocles que representa la responsabilidad que le traerá aparejada su negativa de fallar» (*Teoría del Derecho*, p. 202).

<sup>25</sup> Esta posibilidad, sin embargo, no reconoce al juez como legislador. Su interpretación está contextualizada en un conflicto particular, en torno a una determinada situación fáctica; no es deliberada, sino que encuentra límites en los principios y valores superiores y esenciales del ordenamiento jurídico, como los de legalidad, seguridad jurídica y justicia que, en definitiva,

La insuficiencia de la regulación legal encuentra solución, en parte, en la interpretación que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) ha realizado de la norma procesal civil, para atemperarla a la naturaleza y características propias del proceso laboral y lograr una práctica judicial más uniforme, en los términos que lo facultan la Constitución de la República y la Ley de los tribunales populares.<sup>26</sup> Así, el Acuerdo No. 36, de 8 de marzo de 1988, establece reglas para la celebración de las comparecencias en los procesos laborales de primera instancia,<sup>27</sup> desarrolladas, con mayor precisión, en la Instrucción No. 194, de 8 de julio de 2009.

De esta forma, se configuran un grupo de elementos que caracterizan el proceso del trabajo en Cuba y que, a su vez, lo distinguen del que impera en otras latitudes.

El principio de aportación de parte, formulado en el Artículo 244 de la LPCALE, se relativiza en alto grado, pues, establecida la necesidad de la prueba en correspondencia con los hechos debatidos, el tribunal está obligado a complementar la actividad probatoria de las partes, suplir su inactividad e, incluso, anticiparse a la posición que adopte cualquiera de ellas.

Ello encuentra asidero en el grado de certeza que debe alcanzar para resolver el conflicto y en la propia naturaleza del proceso laboral que tiene como presupuesto un desequilibrio entre las partes litigantes, determinado por el papel preponderante del empleador frente al empleado. Si a ello se añade la posibilidad del trabajador de comparecer por sí o representado por personas no versadas en la ciencia jurídica, a pesar del elevado nivel de instrucción que, como regla, muestra la población cubana, se comprenderá fácilmente que, muchas veces, aquel no dispone del conocimiento acerca de la existencia o idoneidad de determinados medios, mayormente documentos, para acreditar ciertos hechos, sin soslayar que, de común, no se encuentran en su poder o a su alcance porque su custodia corresponde al empleador o a otras fuentes oficiales. Así sucede, por ejemplo, con las plantillas de cargos y de personal, las nóminas u otros.

También puede suceder que el trabajador no domine el hecho del cual puede beneficiarse y que, en consecuencia, no lo alegue, lo que no releva al tribunal de indagarlo, si aflorara del debate, y apreciarlo, si quedara acre-

---

garantizan la credibilidad y confianza de la población en el sistema judicial y que es válida y vinculante, únicamente, para ese caso. *Vid.*, en este sentido, Morales González y Fernández Toledo, «Antinomia y desregulación en el Derecho laboral cubano: la función integradora del juez», pp. 87-104.

<sup>26</sup> *Cfr.* Constitución de la República de Cuba, Artículo 121, tercer párrafo; Ley No. 82 de 1997, «De los tribunales populares», artículos 15, segundo ordinal, y 19, incisos g) y h).

<sup>27</sup> En ese momento, todavía era posible, con carácter general, recurrir en apelación las sentencias dictadas por los tribunales municipales populares, lo que fue modificado con la entrada en vigor del Decreto Ley No. 176, de 15 de agosto de 1997, y ratificado por el Código de trabajo (CT), Ley 116, de 20 de diciembre de 2013, y sus disposiciones complementarias.

ditado como resultado de la prueba, aun cuando esta no hubiera nacido de la parte interesada, con fundamento también en el principio de legalidad que, en determinados casos, lo autoriza para exceder el objeto procesal.<sup>28</sup>

Los argumentos antes mencionados justifican, pues, las amplias facultades de que dispone el órgano judicial, que operan como un mecanismo de equilibrio de las posiciones de ambas partes. En consecuencia, la aportación de las pruebas será exigida, racionalmente, a quien esté en mejores condiciones de proporcionarlas que, por lo general, será el empleador, cuya reticencia puede dar lugar al delito de desobediencia.<sup>29</sup> De ahí que la inexistencia de reglas de inversión de la carga de la prueba en el ordenamiento procesal laboral cubano no constituya, por sí, un motivo de indefensión para el trabajador, ni siquiera en aquellos casos en que el empleador es un sujeto no estatal.<sup>30</sup>

A semejanza de otros ordenamientos jurídicos del trabajo, el cubano también prevé algunas presunciones, como la de la existencia de la relación laboral por el hecho de hallarse el empleado desarrollando un trabajo sin oposición del empleador, contemplada en el Artículo 23 (segundo párrafo) del CT o la de la dependencia económica con el(la) causante de la viuda o el viudo de matrimonio formalizado, establecida en el Artículo 152 del Reglamento de la Ley de seguridad social, supuestos en los cuales corresponde, a la parte que pretenda beneficiarse de la presunción, la probanza de los hechos que le sirven de base o, a quien pretenda destruirla, la acreditación de su inexistencia.

A diferencia de lo que acontece en otras legislaciones, en la ley rituarial cubana, todos los procesos laborales, a excepción de los que tienen por objeto derechos de seguridad social a largo plazo, discurren por un cauce común, por lo cual no existe una formulación particular de los medios de prueba según tipos de procesos.

Similar relativización a la descrita en líneas anteriores sufre el consabido principio de que «a confesión de parte relevo de pruebas», habida cuenta de que pudiera resultar conveniente someter a verificación determinados hechos, no obstante su aceptación por ambas partes,<sup>31</sup> posibilidades que, lamentablemente, no siempre son utilizadas por los órganos jurisdiccionales.

<sup>28</sup> Cfr. LPCALE, Artículo 714.

<sup>29</sup> Me refiero al empleador en la forma que lo define el Artículo 9 b) del CT, que comprende a los empleadores estatales y a los privados.

<sup>30</sup> De hecho, esta facultad judicial, debidamente conjugada con la aplicación de algunos de los principios del Derecho del trabajo, como el protectorio y el de irrenunciabilidad de derechos, constituyen valiosas herramientas para la solución, en sede jurisdiccional, de los conflictos de trabajo en que se vean involucrados empleados del sector no estatal de la economía, toda vez que su protección por la norma sustantiva resulta insuficiente.

<sup>31</sup> Cfr. LPCALE, Artículo 260.

les y son fuente de decisiones desacertadas, contrarias a la justicia, como razón esencial del Derecho.

En el proceso laboral que se desarrolla en primera o única instancia, el momento procesal oportuno para la proposición de las pruebas, conforme a la ley, es el acto de comparecencia, pero ello no impide que las partes puedan proponerlas en el escrito de demanda, en cuyo caso tendrán que ratificar o modificar su propuesta en la comparecencia. En ambos supuestos, el tribunal está obligado a pronunciarse en cuanto a su admisibilidad y, también, deberá exponer los motivos de las pruebas que rechaza y disponer las que estime que han de practicarse de oficio.

La posibilidad de acordar pruebas desde la radicación de la demanda favorece la concentración y la celeridad del proceso, al tiempo que exige del juez mayor profundidad en el estudio de las actuaciones, lo cual resulta sumamente importante con vistas a su preparación para el acto de la comparecencia y la posterior decisión del asunto.

Corresponde al tribunal un papel activo en la conducción de la comparecencia, por lo cual debe procurar todos los elementos que sean necesarios para el esclarecimiento del objeto del proceso, en el entendido de que ello condiciona la necesidad de la prueba, le permite pronunciarse en este sentido y fija el ámbito en el que ha de expedirse su decisión y la de los tribunales superiores en los casos en que, siendo procedente legalmente, se establezca el recurso de apelación o el procedimiento de revisión, en atención a los principios de igualdad y contradicción.<sup>32</sup>

La sagacidad y perspicacia del juez es cardinal en este tema, toda vez que «las malas pruebas determinan una situación peor que la determinada por la falta de pruebas»,<sup>33</sup> pues, si bien en ambos casos, está latente la

<sup>32</sup> A propósito del proceso civil, Mendoza Díaz (*Op. cit.*, p. 43), citando a Vázquez Sotelo, expone que «en la actualidad, con argumentos técnicos, pero también ideológicos o sociológicos, se afirma que, para poder exigir al juez dictar sentencias justas, es preciso dejarle en libertad para que pueda procurar la prueba necesaria sobre las afirmaciones realizadas por las partes. De ese modo, el juez no solo podrá conocer bien los hechos a los cuales debe aplicar correctamente la ley, sino que, además, en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales, puede neutralizar el desequilibrio que con frecuencia se produce en el proceso civil, en función de la posición social o económica de los litigantes y de la calidad técnica de los profesionales que los representan», de lo que sigue que, incluso en el proceso civil, se ha abierto camino la noción del juez, no ya como aquel tercero equidistante de las partes a quien le corresponde decidir acerca de lo que le es servido por estas, consecuencia del principio dispositivo y cuyas facultades en torno a la prueba son siempre negativas, es decir, para decidir las que admite y las que no, pero nunca para acordar pruebas de oficio o, a lo sumo, solo en aquellos casos en que del resultado de las practicadas le resulte necesario esclarecerse sobre algún particular de estas, ya en el momento de dictar sentencia, que sirve de fundamento a la prueba para mejor proveer, sino como servidor público, dispensador de justicia, noción que presupone facultades más amplias en la dirección del proceso, así como mayor oralidad y publicidad de este.

<sup>33</sup> F. Carnelutti: *Sistema de Derecho procesal civil*, vol. II, p. 458.

posibilidad de arribar a una decisión desacertada, existe mayor probabilidad de injusticia cuando la prueba no ha contado con la calidad requerida.

Nota distintiva del Derecho del trabajo en Cuba ha sido la dispersión normativa, en estrecho vínculo con la dinámica cambiante de las relaciones de producción, situación que, unida a otros factores, como la inexistencia de una doctrina científica propiamente cubana, el carácter aislado y fragmentario de las investigaciones de la materia, la desactualización de los textos publicados y la escasa publicación de estudios actualizados, condiciona que el dominio del derecho sustantivo requiera años de estudio y entrenamiento, requisito que resulta esencial, especialmente en los procesos sobre derechos laborales, para poder orientar adecuadamente la prueba.

El tribunal queda vinculado por su proveído en cuanto a la prueba, de manera tal que no puede dejar de practicar las dispuestas, salvo que desaparezca su necesidad o que le resulte imposible, casos en los cuales está obligado a emitir el correspondiente pronunciamiento con la fundamentación necesaria.

En la ley adjetiva, no se prevé un orden particular para la práctica de las pruebas, aunque la Instrucción No. 194 recomienda que, salvo la existencia de razones que lo desaconsejen, se comience por la confesión judicial, seguida de la testifical, la pericial, la documental, la de reproducciones y la de reconocimiento judicial.

Llegado este punto, conviene analizar algunos aspectos particulares sobre los medios de prueba que matizan las reglas generales previstas para el proceso civil, para lo cual, en sentido metodológico, se respetará el orden establecido por la referida Instrucción.

En relación con la confesión judicial, a diferencia del proceso civil, pueden prestarla los representantes legales o estatutarios de los centros laborales u otros dirigentes administrativos que concurren a la comparecencia por delegación de aquellos, aun cuando los hechos sobre los que han de deponer no tienen un carácter personal por estar relacionados con el ejercicio de sus cargos, de lo que están exceptuados los abogados o asesores jurídicos, pues no actúan por delegación, sino en representación de los empleadores, según se aclaró mediante el Acuerdo No. 159, de 29 de octubre de 1985, Dictamen No. 239, del CGTSP.<sup>34</sup>

Es importante considerar la improcedencia de la presentación por escrito de las posiciones o interrogatorios, con base en los principios de oralidad y sencillez preponderantes en los procesos del trabajo, sin perjuicio de que las partes se auxilien de notas que les faciliten su participación en el acto,

<sup>34</sup> En el proceso civil, el objeto de la confesión está constituido, siempre, por hechos personales (Artículo 263, LPCALE); y los representantes de las personas jurídicas, en los casos en que así se disponga, emiten las respuestas a las preguntas de su contraparte por medio de informe escrito (Artículo 279).

lo cual fue aclarado en el Acuerdo No. 258 del CGTSP, que dio origen al Dictamen No. 100, de 14 de junio de 1980.

Contrario a lo que acontece en el proceso civil, en el laboral, esta prueba no tiene valor pleno, posición fijada en el Acuerdo No. 59 (10 de marzo de 1981), Dictamen No. 122, del CGTSP, que se fundamenta en la posibilidad que ofrece el Artículo 714 del texto rituario de resolver el conflicto en forma diferente a la planteada por las partes, en correspondencia con la legalidad socialista, disposición que, a su vez, es consecuencia de la naturaleza irrenunciable e indisponible de los derechos del trabajo.

La presunción de inocencia y el derecho a la defensa, como pilares del proceso penal justo, condicionan la imposibilidad de practicar la prueba de confesión en los procesos civiles y laborales respecto de hechos que constituyan delito,<sup>35</sup> precisamente porque, conforme a la naturaleza particular de esta prueba, el obligado no puede negarse a prestarla y sus respuestas negativas o evasivas pueden conllevar a una declaración de confeso en su perjuicio, lo cual se contrapone a los mencionados principios.

Esta limitación debe imperar, por analogía, en todos los procesos del trabajo que tengan por objeto una violación de la disciplina, pues, más allá de que el hecho pueda ser constitutivo de delito, o no, su carácter sancionador presupone la inocencia del trabajador y, consecuentemente, la carga de la prueba recae, en principio, sobre el empleador.

Nota distintiva del proceso laboral cubano es contar con una fase extrajudicial previa que se sustancia ante órganos colegiados integrados por trabajadores de las entidades en las que se constituyen, contra cuyas decisiones se interponen las demandas.<sup>36</sup> En consecuencia, los tribunales, para resolver, han de tener a la vista las actuaciones practicadas por esos órganos, que incluyen, en lo esencial, la reclamación, el acta de la comparecencia (en la que debe constar el resultado de las pruebas que hayan sido practicadas), las actas de las pruebas practicadas con posterioridad a la comparecencia, si fuera el caso, y el acuerdo adoptado, los que se incorporan al proceso judicial por la vía documental.<sup>37</sup>

Esta situación quiebra el principio de inmediación por cuanto el juez deja de estar en contacto directo con las fuentes de prueba que permitieron al órgano de solución previo arribar a su decisión, lo que resulta particularmente relevante en relación con la prueba testifical, cuya naturaleza se distorsiona, por lo cual es más recomendable que esta se reproduzca ante los jueces,

<sup>35</sup> Cfr. LPCALE, Artículo 263.

<sup>36</sup> Cfr. artículos 167 y 175 del CT, vigente desde el 18 de junio de 2014.

<sup>37</sup> En correspondencia con el Artículo 706 (último párrafo) de la LPCALE, el Acuerdo No. 452 (2 de noviembre de 1978), Dictamen No. 35, del CGTSP, dispuso la incorporación al proceso judicial de los antecedentes de los consejos de trabajo que, siguiendo la evolución del proceso laboral, luego, fueron sustituidos por los órganos de justicia laboral de base, actualmente órganos de justicia laboral.

de manera tal que su conocimiento se obtenga de forma inmediata porque ello proporciona una información invaluable que va más allá de lo plasmado en el acta antecedente, a partir del lenguaje gestual del declarante, la forma de expresarse, el grado de seguridad que revele, los detalles que sea capaz de aportar, entre otros aspectos, y abre la posibilidad de dilucidar cualquier particular que no hubiese sido suficientemente abundado.

En relación con la prueba testifical, la Instrucción No. 194 establece dos prácticas sumamente útiles; la primera, su registro en un acta aparte que se anexa a la principal, lo cual posibilita que las personas que comparecen en calidad de testigos, una vez prestada su declaración, puedan retirarse de la sede judicial, con un impacto favorable para ellos y para el país, tanto en términos organizativos como económicos; y la segunda, llevar a dicha acta un resumen de las preguntas formuladas y las respuestas ofrecidas, variante que simplifica el acto.

La prueba se practica de forma oral, con las prevenciones o advertencias necesarias acerca de las posibles causas que pudieran concurrir para no declarar y la obligación de veracidad, mediante las preguntas que las partes le formulen al testigo, que puede ser interrogado, también, por la parte contraria y por el tribunal, a quien corresponde evitar que se formulen preguntas impertinentes, sugestivas o capciosas. Resulta inadecuada la práctica apreciada en algunos tribunales municipales de rechazar pruebas testificales al momento de la admisión de la demanda por no haberse acompañado el interrogatorio, pues ello se contrapone a la previsión expresa del Artículo 711 de la ley rituaría.

Es improcedente la tacha de testigos,<sup>38</sup> lo que no obsta para que las partes puedan denunciar aquellas cuestiones que puedan incidir en la veracidad de su testimonio y que, incluso, se propongan, admitan y/o dispongan pruebas con relación a ello para ser valoradas, de conjunto con el resto del material acumulado, en la sentencia.

En los últimos años, se ha hecho más frecuente que las partes pretendan incorporar testimonios al proceso por la vía de documentos notariales, en franca distorsión de la naturaleza inmediata de la prueba testifical. En estos casos, la fe pública notarial abarca solo la capacidad e identidad del otorgante, pero no se extiende al contenido de sus afirmaciones, cuya veracidad deberá ser demostrada por cualesquier otros medios, pues, de no ser así, resulta una prueba endeble, con poco valor o ninguno.

Aun cuando la referida Instrucción establece que el acta de esta prueba se firmará por el deponente, los miembros del tribunal y el secretario, es

<sup>38</sup> En el proceso laboral, más que en ningún otro, es difícilmente alcanzable la ajenidad al conflicto que subyace en la esencia de este medio de prueba porque, al desencadenarse en el seno de un colectivo de trabajo, quienes disponen de información al respecto son, comúnmente, parte de él o cercanos a alguna de las partes de la relación de trabajo. Además, la institución de la tacha conspira contra la celeridad intrínseca del proceso laboral.

saludable que también se suscriba por las partes presentes y sus representantes procesales, en evitación de posteriores reclamaciones acerca del contenido reflejado o la forma en que se practicó e, incluso, para su mejor dilucidación, de ser el caso, ello con base en el Artículo 332 de la ley procesal, que establece esa formalidad para el documento homólogo que se confecciona en el proceso civil.<sup>39</sup>

Respecto de la prueba documental, es de particular significación su reproducción oral, de manera que se someta a contradicción y puedan plantearse las impugnaciones que la ley autoriza<sup>40</sup> para ser resueltas en la sentencia. Es incorrecta la práctica de disponer la unión de los documentos a las actuaciones para ser valoradas al momento de adoptar la decisión del asunto, con desconocimiento del citado principio de contradicción y de la publicidad que confiere transparencia a la actuación judicial.

Asimismo, deviene trascendental el registro en el acta del contenido de los documentos examinados, particularmente en los casos en que estos son exhibidos y no se unen a las actuaciones, pues, sobre ellos, habrá de pronunciarse la sentencia, en un sentido u otro e, igualmente, cuando se trate de documentos que sustentan hechos comunes a varios procesos, habida cuenta de que su omisión puede dificultar, en grado sumo, el control de la prueba por los tribunales superiores.

Aunque no se halla expresamente previsto en los citados artículos 710 y 711 de la ley procesal y tampoco en la instrucción comentada, nada obsta para que, en el proceso laboral, se considere la llamada prueba de presunciones, siempre que conste debidamente probado el hecho que sirve de base a la presunción judicial.<sup>41</sup>

Por imperio del principio de concentración, las pruebas deben practicarse en un único acto o en sesiones posteriores, cuya duración total no exceda los 15 días. Debe resaltarse la importancia de agotar todas las pruebas necesarias antes de cerrar la fase probatoria y pasar a las alegaciones finales de las partes, a fin de que estas cumplan su verdadera función de fijar, definitivamente, los términos en que ha de expedirse la sentencia.

<sup>39</sup> Se refiere la ley al testigo, si puede hacerlo, el tribunal, el secretario y los demás concurrentes.

<sup>40</sup> Cfr. Artículo 258 (LPCALE), que regula la impugnación de los documentos públicos y privados por falta de legitimidad, de autenticidad o de exactitud.

<sup>41</sup> La llamada presunción judicial no es un medio de prueba en sí, sino una determinada interpretación que procede extraer de un hecho probado, de acuerdo con las reglas de la experiencia y la razón, que la parte interesada reclama que sea acogida por el órgano decisor, lo cual difiere de la práctica, de algunos abogados, de invocar la prueba de presunciones para convocar a una interpretación afín al interés que representan, en ciertos supuestos apartada de las más elementales reglas de la lógica, pero que no es una deducción necesaria del hecho referido e, incluso, a la presunción misma de extremos de hecho que no han sido acreditados.

Desnaturaliza la institución de la prueba para mejor proveer, también permitida en el proceso laboral, la práctica de no disponer o tener por renunciados determinados medios de prueba y, una vez cerrado el debate, disponerlos para mejor proveer, por cuanto ello afecta sensiblemente la contradicción, en especial porque, de común, desatendiendo lo previsto en la Instrucción No. 194, se deja de citar a las partes para que intervengan en el acto.

Especial mención merece el principio de intermediación, pues, además de las notas a que antes he hecho referencia, en cuanto al contacto directo del juzgador con las fuentes de prueba, también presupone la identidad plena entre los jueces que intervienen en la práctica de aquellas y los que dictan la sentencia. Al respecto, no existe disposición expresa en la ley procesal y, tampoco, en la Instrucción No. 194.

Durante años, fue frecuente en la práctica judicial, a partir de la separación temporal entre ambos actos y la organización del servicio que prestan los jueces legos que, sobre todo en cuanto a estos, difirieran. Para paliar esa situación, el Acuerdo No. 93, Dictamen 276 (30 de septiembre de 1987), consideró recomendable que «siempre que sea factible, los jueces que acuerden la sentencia sean los mismos que intervinieron en el acto de la comparencia y dado el caso que se celebren actos posteriores de práctica de pruebas por otros jueces, lo sean estos», con lo cual dejó abierta la posibilidad de que, en determinados casos, se infrinja ese principio, posición que ha de ser abandonada por cuanto su respeto se erige en una garantía para el justiciable, máxime cuando el CT, en el Artículo 168 i), referido a los principios procesales rectores de la solución de conflictos, lo refrenda expresamente.

No obstante, su vulneración no puede conducir, automáticamente, a la nulidad de las actuaciones, sino mediante la previa valoración del grado en que esa infracción ha comprometido la objetividad de la valoración y decisión del caso, de lo cual dependerá que tenga un efecto invalidante o no.

La interpretación del material probatorio está presidida por la máxima *in dubbio pro operario*,<sup>42</sup> por el principio de primacía de la realidad<sup>43</sup> y por las

<sup>42</sup> El «favor de la duda» es entendido por Podetti («Los principios del Derecho del trabajo», p. 149) como una manifestación del principio protectorio. Así señala que «para la aplicación del principio de favor de la duda —entendida esta como indeterminación del ánimo entre dos extremos contradictorios— debe ser insuperable. Insuperabilidad una vez agotado el examen de las normas en cuestión o de la meritación de la prueba según el caso. A propósito de si el principio *in dubbio* comprende solo a la interpretación de las normas (Vázquez Vialard) o si también rige en la apreciación de la prueba (Allocati; Justo López; Krotoschin, pero restrictivamente) es más congruente con el principio protectorio el criterio amplio. Por cierto, que no cabe aplicarlo en caso de deficiencia probatoria del trabajador en el *onus probandi* a su cargo, sino cuando coexisten pruebas aportadas por ambas partes y, acabado su examen cuidadoso, quede colocado el juez en incertidumbre sobre la realidad de los hechos».

<sup>43</sup> «En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que acontece en el

reglas de la sana crítica, como manifestación del principio de libre valoración de las pruebas, por aplicación supletoria del Artículo 43 de la norma adjetiva. La complejidad de este proceso ha sido objeto de tratamiento reiterado por la doctrina.

Al efecto, señalaba Carnelutti que

la apreciación de las pruebas constituye a veces un procedimiento sencillo, otras veces una trama complicadísima, que exige el empleo de aptitudes lógicas y prácticas de primer orden. Se trata de ordenar las pruebas que, con frecuencia, son muchas y variadas, de apreciar cada una por separado; de ponerlas después en contacto, comparándolas; de comprobar un orden de deducciones con otro; de tener cuenta cuidadosa de los detalles; de escoger con cautela las reglas de experiencia; de vigilar con atención los enlaces de los silogismos. Basta pensar en la apreciación de una prueba testimonial un tanto compleja, para comprender dicha dificultad y dicho valor: la edad, la inteligencia, la cultura, la honradez, el interés de los testigos, la verosimilitud, la concordancia de las deposiciones, la coherencia o la pugna de ellas con las presunciones o con los documentos, son las múltiples faces que presenta el problema de la apreciación.<sup>44</sup>

En estrecha relación con lo anterior, ha de significarse la importancia de la motivación de la sentencia, que deriva del principio de sana crítica, en relación con la prueba.

Comúnmente, a la motivación de las sentencias se le ha asignado el cumplimiento de tres funciones esenciales, a saber: la de lograr una mayor confianza del ciudadano en la Administración de justicia derivada de la constatación de que su caso ha sido examinado con detenimiento; una actividad de autocontrol que sirve a la evitación de posibles errores judiciales y, por último, aquella consistente en la facilitación del derecho de defensa manifestado en la posibilidad de utilizar todos los recursos que la ley otorga contra una sentencia definitiva.<sup>45</sup>

La ley instrumental cubana no prevé la obligación de motivación de la sentencia en cuanto a la prueba, pues el Artículo 718, en el que se regulan los requisitos de la sentencia que se dicta en el proceso común que, a su vez, constituye un referente para el resto de los procesos, solo exige consignar una relación de las pruebas practicadas.

terreno de los hechos (Plá Rodríguez). La consecuencia práctica es que comprobada la inadecuación documental o contractual a la realidad de la relación laboral de que se trate, son de directa aplicación las normas que la rigen, a despecha de la que se aparentó». (*Ibid.*, p. 150).

<sup>44</sup> Carnelutti: *Sistema...*, p. 158.

<sup>45</sup> J. M. Asencio Mellado: «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2».

Pero es que las exigencias del debido proceso, y la posición de garante que tiene el órgano jurisdiccional frente a los derechos de las partes, le obligan a exteriorizar los motivos de su convicción, por lo cual debe exponer con claridad, racionalidad y detalle los hechos que ha estimado probados y los elementos de prueba que los sustentan. En el decir de García Amado, «la ausencia de motivación es sinónimo de arbitrariedad o encierra una presunción muy fuerte de arbitrariedad, esto es, de ejercicio de una voluntad que pretende escaparse a cualquier control».<sup>46</sup>

El Acuerdo No. 37 (8 de marzo de 1988), del CGTSP, concretó la obligación de reflejar, en los *resultando* de la sentencia, las pruebas admitidas y practicadas, incluidas las dispuestas de oficio, y de razonar, en los *considerando*, los hechos que quedaron demostrados, de acuerdo con el resultado de las pruebas practicadas, las que debían ser valoradas de conjunto y por separado, con plena observancia de la congruencia entre esto y lo que constara en las actuaciones del proceso.

La Instrucción No. 227 (19 de febrero de 2014), del propio órgano, avanzó respecto a su predecesora, al exigir reflejar no solo las pruebas propuestas, las admitidas y las acordadas de oficio, ya fuera en la fase ordinaria o para mejor proveer, sino, además, su objeto, lo cual hace posible un mayor control de las decisiones judiciales a este respecto. A su vez, enfatizó en la correspondencia que debe existir entre el resultado de la prueba, según obre en las actuaciones y los hechos que se declaren probados y fijó, como premisas o guías para la valoración, la racionalidad y la sana crítica, a partir de la evaluación separada y conjunta de los medios de prueba, con la recomendación de atender a su incidencia en la decisión adoptada.

Y es que la exigencia de motivación de la sentencia no se satisface, en lo que a este trabajo interesa, con la sola mención de los medios de pruebas propuestos, admitidos, dispuestos y practicados, incluidos sus concretos objetos, sino que ha de extenderse al íter formativo de la convicción, que comprende no tanto la secuencia de operaciones mentales desarrolladas por el juez para conformar el acontecimiento histórico de la sentencia, que se ubica en una dimensión interna de ese proceso, como la interpretación que se confiere a cada uno de los medios de prueba en particular y en sus interrelaciones, que conllevan, racionalmente, al establecimiento de esos hechos, conclusión a la que pudiera arribar el tribunal que los ha enjuiciado y cualquier otra persona común, en el entendido de que la sentencia está obligada a convencer.

<sup>46</sup> J. A. García Amado: «El papel de juez» (ponencia).

## **BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN**

Antes de analizar el asunto propuesto, es necesario advertir que el procedimiento de revisión, en el ordenamiento procesal cubano, se encuentra hipertrofiado, como consecuencia de varios aspectos, entre ellos la desaparición del recurso de apelación, a partir de la instauración de un nuevo sistema de justicia con la promulgación del Decreto Ley No. 176 (15 de agosto de 1997), imperante hasta la entrada en vigor del actual CT y su Reglamento, que ratificaron sus presupuestos, en el que existe una fase previa, de composición obrera, que actúa como única instancia en los supuestos de aplicación de medidas disciplinarias que no afectan definitivamente el estatus de los trabajadores y contra cuyas decisiones se abre la vía judicial, en los restantes casos de indisciplina o ante reclamaciones originadas por la presunta violación de los derechos del trabajo, en los cuales los tribunales municipales constituyen la única instancia judicial, a lo cual se une la laxitud con que aparecen formuladas las causales de revisión, la posibilidad de las partes y terceros interesados de instar este procedimiento directamente y la inexigencia de presupuestos formales en los escritos de promoción, que han conllevado a que, de ser un recurso extraordinario, en el sentido amplio del término, haya pasado, en la práctica, a tener un uso común y frecuente, por constituir la única posibilidad de reexamen de las actuaciones en la vía judicial; de ahí que la actuación del juez deba revestirse de precauciones adicionales en la valoración del acceso a este medio.

Como derivación de estos aspectos, el asunto de la prueba en este procedimiento de revisión presenta diversas aristas. Destaca, como se apuntó anteriormente, la amplia formulación de sus motivos. El Artículo 178 del CT establece la posibilidad de interesarlo contra las sentencias firmes dictadas por los tribunales municipales populares en materia de derechos del trabajo o cuando, en procesos sobre disciplina, se hubiera aplicado inicialmente la medida disciplinaria de separación definitiva de la entidad, siempre que, en dicha resolución, se aprecie improcedencia, ilegalidad, arbitrariedad o injusticia notoria o que se conozcan nuevos hechos, de los que no se tuvo noticias antes o aparezcan nuevas pruebas.

El primero de esos motivos, es decir, el referido a la improcedencia, ilegalidad, arbitrariedad o injusticia notoria de la sentencia combatida es tan abarcador que permite combatir casi todos los quebrantamientos formales y materiales que se produzcan en el proceso, incluidos los relativos a la admisión y práctica de las pruebas, lo cual obliga a ponderar con mucho celo, sin desatender la naturaleza excepcional del procedimiento de revisión, el grado de compromiso para las garantías de las partes y la incidencia de

la cuestión en la decisión adoptada en el proceso de instancia, en el entendido de que solo justifican la modificación de la sentencia firme, por la afectación que ello supone a la seguridad jurídica, aquellas infracciones de tanta relevancia que afectan sensiblemente alguno o varios aspectos en el orden expresado.

En la segunda de las citadas causales se comprenden los supuestos de nuevas pruebas, institución que no ha tenido suficiente tratamiento en la doctrina laboral cubana, salvo algunas definiciones expresadas en sentencias de la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular (TSP), en casos concretos sometidos a su conocimiento.

En este sentido, Martínez Girón, al comentar la jurisprudencia española relacionada con los recursos laborales y, en particular, las pruebas documentales que se acompañan a la solicitud de estos, señala que debe tratarse de documentos que no obran en los autos porque la parte interesada no pudo razonablemente aportarlos en el acto de juicio, que es, como regla, el momento hábil del proceso para la aportación de la prueba documental, por lo cual toda la valoración gira en torno a si la parte pudo presentar el documento que ahora pretende incorporar en el momento procesal oportuno o no. Además, considera nuevos los documentos de fecha posterior a la celebración del juicio, pues, los anteriores a este gozan de una presunción de que la parte pudo aportarlos de la misma manera que ahora los reclama a los efectos del recurso y concluye con la imposibilidad de subsanar en esta vía la negligencia probatoria en la instancia de cualquiera de los sujetos de la relación jurídica procesal, criterio que comparto, aunque, en la práctica judicial cubana, en ocasiones excepcionales, se hayan llegado a admitir en revisión pruebas que no reúnen esos requisitos, especialmente por estar asociadas a ellas una deficiente o insuficiente actividad del órgano judicial de instancia, lo cual se fundamenta en razones de justicia.<sup>47</sup>

La anterior postura puede verificarse en varias sentencias dictadas por la Sala de lo Laboral del TSP: 114, 164, 274 y 374, todas de 2015, recaídas, por su orden, en los procesos de revisión 172, 118, 194 y 417 del referido año.

La parte promovente de la revisión tiene que demostrar el motivo que invoca; por tanto, *ab initio*, a quien reclama, es exigible una actividad probatoria suficiente para la admisión del procedimiento, es decir que tiene que acompañar a su solicitud las pruebas en las que se basa para impugnar la sentencia laboral firme, obligación que se desatiende con frecuencia al sustentarse el *petitum* en un cuestionamiento deliberado de la convicción del tribunal de instancia. Si bien la cognición judicial en revisión no está restringida, salvo por el objeto del proceso y las demás cuestiones

<sup>47</sup> Martínez Girón: «La prueba en los recursos laborales (interpretación y alcance del Artículo 231 de la Ley de procedimiento laboral)».

íntimamente relacionadas con él, en los términos previstos en el Artículo 714 de la LPCALE, la declaración de hechos probados y, en particular, la valoración que el órgano judicial hubiera hecho del material probatorio para arribar al establecimiento de aquellos, solo pueden ser cuestionadas cuando se aparten diametralmente de las reglas de la lógica, la experiencia y la razón, de tal forma que sus deducciones resulten forzadas o arbitrarias, pero no con base en la interpretación personal que, de ello, haga la parte promovente, en respeto al principio de intermediación.

Admitida a trámite una solicitud de revisión, pueden acordarse, a instancia de parte o de oficio, y practicarse otras pruebas que no hubieran acontecido en la instancia, con sujeción a las mismas reglas previstas en la Instrucción No. 194 o reproducirse nuevamente aquellas para profundizar en aspectos que no quedaron suficientemente esclarecidos.

Aunque la sentencia de revisión, en atención a su carácter extraordinario, se expide, como regla, sobre las cuestiones planteadas por las partes y, por ello, no necesariamente conlleva la reproducción del hecho y una reevaluación de las pruebas, en determinados casos, es conveniente que así se haga.

## **CONCLUSIONES**

1. La regulación legal de la prueba, en el proceso laboral cubano, es insuficiente, no obstante, existen presupuestos doctrinales y legales que, interpretados y aplicados correctamente por los órganos judiciales, pueden preservar los derechos y garantías de todos los involucrados en los procesos originados en conflictos de trabajo, cualquiera que sea su naturaleza.
2. En el orden subjetivo, nada de lo que acontece en la sede judicial es ajeno a la conciencia del juez acerca de la relevancia de su actuación para la vida de las personas que participan del conflicto, denominación que va más allá de las partes en su definición procesal y a cuya satisfacción han de enfocarse todos los actos y resoluciones judiciales.
3. La práctica de las pruebas, en tanto sustenta los hechos que luego se subsumen en unas determinadas normas jurídicas, de las que derivan unas consecuencias que se expresan en la solución del conflicto, demanda del juez sumo cuidado, sagacidad, profundidad y detalle, en función de las garantías de un proceso justo.
4. Para garantizar una correcta admisión, disposición, práctica y/o valoración de las pruebas, son presupuestos el dominio técnico, por parte de los jueces, de las normas sustantivas y procesales rectoras de la materia laboral, así como los principios y reglas de interpretación propios de la

especialidad y las pautas trazadas por el CGTSP y la Sala de lo Laboral del TSP, la debida información y estudio del asunto y la preservación de una intachable ética profesional, que es la mayor garantía de la justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Olea, Manuel y Rosa María Alonso García: *Derecho procesal del trabajo*, 15.ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- Asencio Mellado, José María: «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del Artículo 24.2», en *Revista del Poder Judicial*, no. 4, diciembre de 1986, en CD-ROM del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, 2004.
- Cañizares Abeledo, F.: *Teoría del Derecho*, 1.ª reimp., Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979.
- Carnelutti, Francesco: *El arte del Derecho*, Buenos Aires, 1946.
- \_\_\_\_\_ : *La prueba civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955.
- \_\_\_\_\_ : *Sistema de Derecho, proceso civil*, vol. II, tr. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTHEA, Argentina, 1944.
- De Diego, Alonso A.: «La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria», en [newsletter.adimra.org.ar/files/.../Informe%20General%20de%20Diego.p](http://newsletter.adimra.org.ar/files/.../Informe%20General%20de%20Diego.p) [consulta: 4/2/2015].
- García Amado, Juan Antonio: «El papel de juez» (ponencia, III Convención Latinoamericana de Derecho), Universidad de Antioquia [s. m. d.].
- Gimeno Sendra, Vicente: «El derecho a un proceso laboral con todas las garantías», en CD-ROM del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, 2004.
- Mantecón Ramos, Ariel: *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*, Ediciones ONBC, La Habana, 2010.
- Martínez Girón, Jesús: «La prueba en los recursos laborales (interpretación y alcance del Artículo 231 de la Ley de procedimiento laboral)», en [www.rexurga.es/pdf/COL115.pdf](http://www.rexurga.es/pdf/COL115.pdf).
- Mendoza Díaz, Juan: «Actitudes del demandado» (tesis para optar por el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas), La Habana, 1999.
- \_\_\_\_\_ : *El proceso ordinario de conocimiento. Actitudes del demandado*. Ediciones ONBC, La Habana, 1999.
- \_\_\_\_\_ : «La prueba en el proceso civil», en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, La Habana, diciembre de 2005, pp. 38-51.
- Montero Aroca, Juan: *La acumulación en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- \_\_\_\_\_ : «Particularidades de la prueba en el proceso laboral. Procedimiento, objeto y medios. Especial referencia a la prueba documental», en CD-ROM del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, 2004.

Morales González, Nancy y Aymee Fernández Toledo: «Antinomia y desregulación en el Derecho laboral cubano: la función integradora del juez», en *Justicia y Derecho*, año 12, no. 22, pp. 87-104.

Podetti, Humberto A.: «Los principios del Derecho del trabajo», en *www.libroparatodos.com/bookmarks/detail/Los-principios-del-derecho-del-trabajo/onecat/Libros-elec-tronicos+Derecho/12/all\_items.html* [Consulta: 14-12-16].

Thomson, José: «Derechos humanos, garantías fundamentales y administración de justicia», en CD-ROM del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, 2004.

## **Legislación**

Acuerdo No. 258, Dictamen No. 100, de 14 de junio de 1980, CGTSP.

Acuerdo No. 59, Dictamen No. 122, de 10 de marzo de 1981, CGTSP.

Acuerdo No. 159, Dictamen No. 239, de 29 de octubre de 1985, CGTSP.

Acuerdo No. 36, de 8 de marzo de 1988, CGTSP.

Acuerdo No. 37, de 8 de marzo de 1988, CGTSP.

«Constitución de la República de Cuba», en *www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm* [Consulta: 14-12-16].

«Declaración universal de los derechos humanos», en *www.un.org/es/universal-declaration-human-rights* [Consulta: 14-12-16].

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

Instrucción No. 227, de 19 de febrero de 2014, CGTSP.

«Ley No. 26636, Ley procesal del trabajo de la República de Perú, de 14 de junio de 1996», en *www.congreso.gob.pe/comisiones/1995/trabajo/337.htm*.

«Ley orgánica procesal del trabajo de la República Bolivariana de Venezuela, de 13 de agosto de 2002», en *Gaceta Oficial*, no. 37.504, Caracas, 13 de agosto de 2002 (versión digital).

«Ley No. 742/61, Código procesal del trabajo de la nación paraguaya, de 30 de agosto de 1961» (versión digital).

«Ley No. 712 de 2001, Código procesal del trabajo de Colombia, de 5 de diciembre de 2001» (versión digital).

«Ley No. 18.345, Código de procedimiento laboral de la nación argentina» (versión digital).

«Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico», en *Código civil y leyes civiles cubanas*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.

«Ley 116, de 20 de diciembre de 2013, Código de trabajo y legislación complementaria», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord. no. 29, La Habana, 17 de junio de 2014.

«Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril 1995. Aprueba el texto refundido de la Ley de procedimiento laboral y modificaciones posteriores», Ministerio de Justicia e Interior del Reino de España, en *www.ua.es/oia/es/legisla/procedimientolaboral/rdl2\_1995\_002.htm*.

# VISIÓN TEÓRICA Y JUDICIAL DEL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL

---

*Lic. Yulier Aldana Medero  
juez suplente, TMP de Holguín*

**S**E AFIRMA QUE el Derecho engloba una amplia diversidad de contenidos que, si bien resultan parte integrante del todo (ciencia del Derecho), se entienden de distinta forma, al presentar elementos específicos que los diferencian entre sí. De ahí que se haga referencia a la existencia de varias ramas jurídicas: Derecho constitucional, civil, penal, de trabajo, de autor, entre otras.

Tal afirmación es aceptada de forma universal con independencia de las opiniones divergentes —e, incluso, contrarias— que existen respecto a la autonomía o no de un contenido jurídico en relación con otro, posiciones que se refuerzan aun más cuando una materia está intrínsecamente relacionada con una rama jurídica ya conformada y aceptada.

En este supuesto, está el caso de la seguridad social que, en Cuba, como en otros Estados, un sector mayoritario de la academia la considera parte integrante del Derecho de trabajo (DT); sin embargo, constan evidencias demostrables que denotan su existencia como una rama jurídica autónoma, desde lo científico, lo legislativo y lo institucional.

Se ha de reconocer la estrecha relación que mantiene con el DT, en parte, debido a que el empleado, a la par de resultar uno de los beneficiarios y contribuyentes de la seguridad social, se presenta como sujeto en el denominado Derecho laboral (DL); quizás por ello, se han tratado como una sola rama jurídica.

En consecuencia, en el ámbito judicial cubano, pocos hablan de normas de derecho de seguridad social (DSS), pero existen, aunque muchas de ellas estén imbricadas entre las establecidas para el DT, lo cual pretendo demostrar aquí.

Antes de adentrarme en este último aspecto, realizo un estudio sobre su surgimiento y definición, además de demostrar su carácter de rama autónoma del Derecho en Cuba, desde los fundamentos exigidos por la doctrina para alcanzar la referida condición.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DSS

Para entender cómo surge el DSS, nacional e internacionalmente, es necesario explicar cómo se inserta la seguridad social en el Derecho.

Su devenir histórico discurre por diferentes etapas, la primera de estas matizada por la existencia de organizaciones de ayuda que transitaron de formas muy simples a complejas; ejemplo de ellas lo constituyen las creadas en el Egipto faraónico, Grecia, Roma, Medio Oriente y en las culturas americanas precolombinas, basadas en la ayuda mutua para socorrer a los más necesitados, en orden general, ante desastres naturales.

Como apunta Nugent,<sup>1</sup> «[...] las comunidades antiguas idearon sus propios mecanismos para atenuar, hasta donde les era posible, los infortunios que desde siempre padece la humanidad [...]».

Luego de la primera revolución industrial,<sup>2</sup> se produce el surgimiento de algunas instituciones de ayuda social que poseían una organización más compleja: ahorro personal, mutualidad, seguro personal, responsabilidad civil y asistencia pública o social, hasta culminar en la seguridad social, en general, encaminadas a amparar al empleado. La presencia del Estado era muy limitada o inexistente en el modo de garantizar tal protección.

El surgimiento del primer seguro social<sup>3</sup> constituyó el antecedente inmediato de lo que actualmente se conoce por seguridad social, así como la primera expresión de normar jurídicamente las aspiraciones humanas reflejadas en ella y, así, conferirle obligatoriedad y exigibilidad al responsabilizar al Estado como sujeto gestor de esta política social, encargado de garantizar y velar por su cumplimiento.

La seguridad social, como sistema de protección integral, aparece, por primera vez en el hemisferio occidental, a partir de la *Social security act*,<sup>4</sup> del 14 de agosto de 1936, promulgada por el presidente Franklin D. Roosevelt, criterio asumido por diferentes autores<sup>5</sup> y al cual me sumo.

Esta concepción de integralidad establecía varias causales, ante las cuales las personas eran objeto de protección, y una serie de instituciones con relaciones orgánicas y de cooperación, lo que significó un pilar importante en la conformación del DSS, al menos en América.

<sup>1</sup> R. Nugent: *La seguridad social: su historia y sus fuentes*, p. 606.

<sup>2</sup> Su surgimiento se produce en Gran Bretaña. Significó el remplazo del trabajo manual por la industria y la manufactura. Inicialmente, fueron mecanizadas las industrias textiles y el desarrollo de los procesos del hierro. Las innovaciones tecnológicas más importantes fueron la máquina de vapor y la denominada Spinning Jenny, una potente máquina relacionada con la industria textil.

<sup>3</sup> Surge a iniciativa del canciller alemán Otto von Bismarck, tras ser aprobado por el Parlamento un proyecto de seguro obligatorio para accidentes y enfermedades, el 15 de julio de 1883, con el objetivo de proteger a los trabajadores de la industria en forma obligatoria, contra el riesgo de enfermedad y la contingencia de la maternidad.

<sup>4</sup> Ley de seguridad social de los Estados Unidos de Norteamérica. Establece la primera regla de administración pública estadounidense destinada a sostener un estado de bienestar, e instituye un sistema de protección social a escala federal.

<sup>5</sup> Nugent: *Op. cit.*, p. 612.

A partir de la segunda mitad del siglo xx, se produjo la consolidación del DSS, lo cual se fundamentó en la elaboración de varias disposiciones jurídicas a nivel global,<sup>6</sup> que consagraron principios, instituciones, funciones, relaciones jurídicas, los sujetos beneficiarios de las prestaciones, fuentes, derechos, deberes, así como otros elementos que conforman este derecho.

## SURGIMIENTO DEL DSS EN CUBA

Con la aprobación, en 1913, de la Ley de seguro social para militares, surgen los denominados seguros, con lo que se comienza a conferir determinada exigibilidad al disfrute de la seguridad social, aunque no en la concepción universal de protección a la población, ante riesgos y contingencias. No obstante, comenzaba su regulación jurídica y, con ello, la inserción de esta en la ciencia del Derecho.

Las fuentes históricas consultadas<sup>7</sup> indican que, durante las primeras cuatro décadas del siglo xx, los seguros sociales en Cuba alcanzaron un desarrollo notable. Entre 1915 y 1948, se crearon varios instrumentos legales de esta naturaleza.

En la Constitución de 1940,<sup>8</sup> por primera vez en Cuba, se incluye un precepto sobre la seguridad social. Su Artículo 65 estableció el seguro social de la siguiente forma: «[...] como un Derecho Irrenunciable e Imprescriptible de los trabajadores, con el concurso equitativo del Estado, los patronos y los propios trabajadores, a fin de proteger a estos de manera eficaz contra la invalidez, la vejez, el desempleo y demás contingencias del trabajo; reconociendo el derecho de jubilación por antigüedad y el de pensión por causa de muerte [...]».

Pese a ese reconocimiento constitucional, hasta 1958, como afirma Martín Sánchez,<sup>9</sup> los programas de seguridad social eran eminentemente sectoriales y con una generalizada corrupción administrativa.

En 1959, con el triunfo revolucionario, tal situación comenzó a experimentar un cambio sustancial. Entre las medidas inicialmente adoptadas, estuvo la de garantizar los fondos a las cajas de retiro para solventar las pensiones de los trabajadores.

El primer sistema integral de seguridad social en Cuba se establece con la Ley No. 1100 de 1963; sin duda, un momento trascendental en la consolidación del DSS cubano. Con ella, el Estado pasa a ser el máximo responsable de garantizar el cumplimiento de los DSS para todos los ciudadanos.

<sup>6</sup> Entre tales leyes, la de Nueva Zelanda, las declaraciones iberoamericanas (1972 y 1976), la del reino de España (1994) y la de Ecuador (2009).

<sup>7</sup> A. Morales Cartaya: *La seguridad social en Cuba. Realidades y retos*.

<sup>8</sup> H. Pichardo: *Documentos para la historia de Cuba*, t. 3.

<sup>9</sup> A. R. Martín Sánchez: *Aproximación al derecho de la seguridad social*, p. 7.

Con la aprobación del texto constitucional de 1976, continúa el respaldo legal a la seguridad social en Cuba; sus preceptos son incluidos en los artículos del 46 al 49 y, con posterioridad a las modificaciones de las que fue objeto el texto, se establecen del 47 al 50.

Con el paso del tiempo, se hizo necesario perfeccionar el sistema de seguridad social (SSS), para lo cual se promulga la Ley No. 24 de 1979, la que permitió una distribución más justa de los fondos destinados a esta política. A partir de entonces, el sistema se integró por dos regímenes: el de seguridad social y el de asistencia social. Las transformaciones continúan y, con la Ley No. 73, «Del sistema tributario»,<sup>10</sup> se estableció la contribución por parte del trabajador. Antes de esta, solo aportaban el Estado y el empleador.

La Ley No. 24 fue derogada por la No. 105, «De seguridad social (LSS)», de 27 de diciembre de 2008, actualmente vigente, que posee su reglamento en el Decreto No. 283, de abril de 2009. Esta ley introduce un nuevo cambio, al agregar, a los dos regímenes existentes, los especiales, por lo que la normativa cubana del DSS se adecua a la realidad socioeconómica imperante.

A partir de la aprobación de los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución,<sup>11</sup> en 2011, se perfeccionó lo relativo al DSS.<sup>12</sup>

## **ACERCAMIENTO A LA DEFINICIÓN DE DSS**

Para ofrecer una definición del DSS es requisito indispensable partir de qué se entiende por seguridad social, pues constituye la esencia de dicha rama jurídica.

Se afirma<sup>13</sup> que es definida, como tal, por primera vez, en la Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reunida en Filadelfia, Estados Unidos, en 1944, en la cual quedó enunciada de la siguiente forma: «La seguridad social engloba un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos [...]».

<sup>10</sup> Derogada por la Ley No. 113 de 2012.

<sup>11</sup> Lineamientos 165 y 166.

<sup>12</sup> Dos ejemplos de ello lo constituyen: el Decreto Ley No. 297 de 2012, que regula el régimen especial de los miembros de las cooperativas de producción agropecuaria; y el 298 del propio año, que establece el de los usufructuarios de la tierra.

<sup>13</sup> M. Pasco Cosmópolis: «¿Son los sistemas privados de pensiones formas de la seguridad social?», pp. 169-170.

A lo largo del tiempo, han existido dos tendencias predominantes: una, la enmarca en una definición de hecho; y otra, la inserta como una ciencia del Derecho, y ofrece una definición de DSS. Me afilio a la primera, pues considero que, en el ámbito cubano, la seguridad social se proyecta como una política de protección a toda la población, especialmente a sectores vulnerables, ante determinados riesgos y contingencias, la que se concreta en un sistema institucionalmente estructurado, que se ejecuta y controla de forma centralizada y tiene, en el Estado, a su principal responsable.

En cuanto al DSS, Rodríguez Mancini se pronuncia de la siguiente forma: «Definimos al Derecho de Seguridad Social como el conjunto de normas, principios y técnicas que tienen el objeto de satisfacer necesidades individuales derivadas de la producción de determinadas contingencias valoradas como socialmente protegidas».<sup>14</sup> Por su parte, Ruiz Moreno afirma: «[...] el derecho de la seguridad social es el conjunto de normas jurídicas que regulan el servicio público de la seguridad social [...]».<sup>15</sup>

En el ámbito cubano, considero que el DSS es el conjunto de normas jurídicas que establecen los principios e instituciones sobre los cuales se fundamenta el SSS, emanadas de la voluntad estatal y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento, las cuales refrendan los derechos y obligaciones de los sujetos beneficiarios de la protección que se establece, así como los procedimientos a ejecutar para el otorgamiento de las prestaciones previstas por ley.

## **EL DSS COMO RAMA AUTÓNOMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO**

Hasta la actualidad, el contenido del DSS ha sido identificado, por académicos y legisladores, como parte integrante de otras disciplinas jurídicas, fundamentalmente del DT, por lo cual, de esta forma, se anula su autonomía.

Entiendo el carácter autónomo del DSS como rama jurídica. Por ello, expongo los elementos que, a mi juicio, demuestran su independencia científica, legislativa e institucional, con énfasis especial en su deslaboralización; y abogo, además, por su necesaria autonomía didáctica.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> J. Rodríguez Mancini: *Curso de Derecho del trabajo y la seguridad social*, 3.<sup>a</sup> ed., p. 706.

<sup>15</sup> Á. G. Ruiz Moreno: *La deslaboralización del derecho de la seguridad social y su autonomía con respecto del Derecho laboral*.

<sup>16</sup> Hierrezuelo Rivas en *Autonomía jurídica del derecho migratorio en el ordenamiento jurídico cubano*, expresa al respecto: «Con relación a la autonomía del Derecho, decimos que hay criterios coincidentes entre diferentes autores, al expresar Nuri Rodríguez Olivera y Carlos López Rodríguez, Andrés Rodhe Ponce, Humberto Jiménez Sandoval, Rolando Pavó Acosta, y Sydney Guerra, la existencia de distintos significados de autonomía, al decir de

## Su objeto y sujetos

En los estudiosos del Derecho, es criterio predominante que el objeto de cualquiera de sus ramas es regular relaciones sociales, que surgen, se desarrollan, modifican o extinguen, en una esfera determinada.

En cuanto al objeto del DSS, luego del análisis pertinente, es correcto decir que lo constituye la regulación del conjunto de relaciones sociales que surgen, se modifican o extinguen, en el ámbito de la protección estatal a la ciudadanía y a otras personas comprendidas, contra los riesgos y las contingencias sociales establecidas previamente por ley.

A tenor de lo dispuesto por el Código de trabajo (CT) cubano, el objeto del DT es regular las relaciones jurídico-laborales,<sup>17</sup> que son aquellas que surgen de la vinculación del trabajador con las entidades laborales, mediante el contrato de trabajo o la designación para desempeñar una ocupación o cargo, o como resultado de la elección para ejercer determinadas funciones y se recibe, a cambio, la remuneración establecida en cada caso. Por ello, respecto al DSS, se comprueba que tienen objetos distintos.

Respecto a los sujetos del DSS, inicialmente, se pudiera decir que son todas las personas que habitan una comunidad de un país determinado, aunque no trabajen nunca; tal es el caso de un inválido desde su nacimiento o un anciano que nunca trabajó formalmente y que, por razón de su edad o enfermedad, no tiene forma de sostenerse económicamente y, en consecuencia, recibe protección social.

En Cuba, resultan sujetos, por un lado, todo beneficiario del SSS y, por otro, el Estado, como ente regulador exclusivo de lo referente a protección social. En cambio, los sujetos del DT son los trabajadores formales, bien sean empleados o empleadores.

Por lo tanto, el DSS presenta un sujeto más amplio que el DT, puesto que no solo abarca a los trabajadores, pertenezcan al sector público o al privado, y a sus familias, sino que protege, además, a los desempleados y,

---

éstos: autonomía jurídica, también denominada científica o dogmática, entre las que se va a refrendar una interrelación, dada por su conjunto de normas regido por principios, con objeto propio y por otros elementos; autonomía legislativa, cuando sus normas integran un conjunto orgánico con independencia formal (así, por ejemplo, tienen autonomía legislativa las normas que integran un Código); autonomía institucional, a partir de la existencia en la disciplina jurídica de que se trate de diferentes instituciones con características particulares, y que van a desempeñar varias funciones encaminadas muchas de ellas a la protección de los derechos de las personas; y autonomía didáctica, cuando una materia jurídica o un conjunto de normas es motivo de una enseñanza separada, en pos de su sistematización».

<sup>17</sup> Al respecto, Viamontes Guilbeaux, en *Derecho laboral cubano. Teoría y legislación*, p. 28, afirma que «[...] el objeto del Derecho Laboral no es el trabajo sino la regulación de las relaciones que surgen y mantienen los hombres entre sí, es decir, relaciones sociales que surgen en el ámbito laboral, o sea, de la actividad productiva o de la prestación de servicios».

de manera general, a toda la ciudadanía e, incluso, a extranjeros radicados en territorio nacional.

### **Su método o mecanismo de regulación**

Por lo general, se entiende por método de regulación jurídica el modo en que uno de los sujetos que interviene en la relación actúa sobre el otro u otros y establece una forma de ordenación de las relaciones jurídicas que surgen, se mantienen, se modifican o extinguen, en un ámbito específico.

La profesora Viamontes Guilbeaux<sup>18</sup> anota que se puede hablar de tres grandes métodos, al menos en Cuba: el dispositivo o de igualdad de las partes en la relación jurídica, donde prima el consenso de voluntades entre los sujetos; el impositivo o de subordinación, que sería lo contrapuesto al primero; y el mixto, que resulta una combinación de los precedentes.

En atención a lo anterior, al analizar qué método se emplea en las relaciones que regula el DSS en Cuba, debe tenerse en cuenta que el Estado es el sujeto activo en este tipo de vínculos y, además, son estatales las instituciones que administran y controlan lo relativo a la seguridad social, elementos propios del método impositivo; no obstante, también hay presencia del dispositivo, en atención a que las personas, aun cuando reúnan los requisitos establecidos, pueden no hacer uso de los beneficios, es decir, pueden decidir libremente si acogerse a la protección social, o no; por tanto, no existe una norma jurídica que niegue que las prestaciones son renunciables. Al estar presentes ambos mecanismos, se considera correcto afirmar que se está en presencia del método mixto, como forma de regulación en esta rama jurídica.

### **Principios generales del DSS cubano**

Considero que estos principios generales de la seguridad social en Cuba<sup>19</sup> forman parte, también, del DSS cubano, lo cual está fundamentado en que la primera es el núcleo esencial de este derecho.

*Principio de universalidad.* Consistente en que todos los ciudadanos cubanos y los extranjeros residentes de forma permanente en la República están comprendidos en el SSS y, por lo tanto, son amparados por él. Este principio se refrenda en el Artículo 1 de la Ley No. 105 de 2008 (LSS).

*Principio de igualdad.* Implica que todo ciudadano cubano, o extranjero residente permanente en la República de Cuba, debe ser amparado de igual forma, ante una misma situación riesgosa o contingencial (LSS, artículos 2 y 19).

*Principio de comprensividad.* Es el amparo ante los riesgos y las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y, en general, las

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 32-33.

<sup>19</sup> E. Viamontes Guilbeaux: *Guía de estudio de derecho laboral y de seguridad social*, p. 29

condiciones de vida de toda la población, desde su nacimiento hasta su muerte (LSS, artículos 3 y 4).

*Principio de solidaridad.* Consistente en que cada cual aporta al SSS, según su capacidad económica y recibe prestaciones de acuerdo con sus necesidades; de este modo, se contribuye a la redistribución de las riquezas nacionales con justicia social (LSS, Artículo 6).

*Principio de unidad.* Hace referencia a la organización funcional centralizada del SSS cubano, con el objetivo de evitar fallas de organización o de distribución de recursos; de ahí que este actúe como uno solo<sup>20</sup> y funcione con criterios adecuados y coordinados (LSS, Artículo 1).

*Principio de integridad.* Consiste en que las prestaciones que se confieren deben cubrir, en forma plena y el menor término posible, la contingencia o riesgo de que se trate; de igual manera, deben atemperarse y responder a las necesidades reales de los sectores poblacionales destinatarios de aquellas (LSS, artículos del 8 al 11).

*Principio de tecnicidad.* Esencialmente, está referido al detallado procedimiento técnico que se sigue para el otorgamiento de las prestaciones de la seguridad social, y a que, para trazar políticas sociales de protección, se tienen en cuenta aspectos demográficos e instrumentos estadísticos que brindan datos determinantes, tal es el caso de los censos poblacionales (LSS, artículos del 19 al 28 y el 112, y Decreto No. 283 de 2009).

## Fuentes del DSS cubano

Por *fuentes*, de forma general, se entiende el fundamento u origen de un fenómeno, el lugar de donde emana o se produce. En consecuencia, cuando se refiere al origen de la norma jurídica, se hace alusión a los hechos que le dan nacimiento, a las manifestaciones de la voluntad humana, a los usos o prácticas sociales que la generan.

En Derecho, es criterio predominante hablar de fuentes *materiales* (aquello que produce su surgimiento, lo que determina su contenido) y *formales* (su expresión externa). En atención a lo anterior, los autores consideran fuentes del DSS cubano las siguientes:

### Fuentes materiales

Tales fuentes están constituidas por situaciones riesgosas y contingenciales específicas, derivadas de acontecimientos naturales y/o actos humanos, que colocan a la persona en estado de necesidad: maternidad, vejez, desamparo familiar total, enfermedades y accidentes (comunes o de

<sup>20</sup> Quizás basado en este principio, el Lineamiento 166 de la política económica y social del Partido y la Revolución, plantea: «[...] De forma paralela debe integrarse todo el trabajo social en un único centro coordinador».

índole profesional). Todas ellas sirven de base para la producción jurídica en materia de seguridad social.

Al formalizarse una relación laboral, en los ámbitos estatal y no estatal, la persona que adquiere la condición de *empleado* se convierte en sujeto del DSS, por ser contribuyente y porque, dada su condición y llegado el momento, será protegido por el SSS.

La política social del Estado cubano tiene como centro la protección de la dignidad del ser humano, mucho más si es una persona necesitada de ayuda; de ahí que cada avance en la perfección del amparo social se debe, en gran medida, a la observancia estatal de los principios socialistas.

El Artículo 5 de la Constitución de la República (de 24 de febrero de 1976, modificada en 1978, 1992 y 2002) establece que el Partido Comunista de Cuba es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado y, por tanto, que sus disposiciones, necesariamente, son fuentes para el DSS, como lo son para otras ramas jurídicas. La política partidista en materia de seguridad social es la política del Estado cubano y se concreta en la producción de nuevas normas jurídicas o en la modificación o extinción de las ya existentes.

El movimiento sindical cubano ha expuesto y defendido sus aspiraciones en materia de protección, ante determinadas situaciones desventajosas para la salud de los trabajadores, su economía e, incluso, vida; y ha logrado la regulación jurídica de estas, con lo que se posibilita la incorporación de valores, principios y normas que protejan su trabajo y su familia.

### **Fuentes formales**

*Constitución de la República de Cuba.* Los artículos 47, 48, 49 y 50 de nuestra ley de leyes establecen las pautas esenciales que rigen el SSS.

*Leyes en materia de seguridad social.* Mediante leyes, el legislador regula lo concerniente al SSS y establece los derechos, obligaciones, principios, definiciones, situaciones, requisitos, procedimientos... que comprenden los contenidos de este derecho.

*Disposiciones normativas complementarias.* Este tipo de fuentes está en estrecha relación con las anteriores, pues, si bien aquellas establecen los principios y las pautas en lo relativo al DSS, estas van a lo específico, las particularidades, a un desarrollo de su contenido y su puesta en funcionamiento. Por lo general, se presentan en forma de reglamentos, a través de decretos leyes y decretos. Una de ellas está constituida por las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP).<sup>21</sup>

<sup>21</sup> El Artículo 88 e) de la Constitución le confiere iniciativa legislativa al CGTSP; y el Artículo 19.1 de la Ley No. 82, «De los tribunales populares» establece, entre las facultades de este, transmitir a los tribunales las instrucciones de carácter general recibidas del Consejo de Estado, así como evacuar las consultas que le formulen sus propias salas, los tribunales, el fiscal general de la República y el ministro de Justicia.

Otras, las resoluciones y circulares de la administración pública, que contribuyen en la forma de tramitar los beneficios que prevé el DSS. También, los convenios de la OIT, en materia de seguridad social, firmados y ratificados por Cuba.

## EL DSS EN EL SISTEMA JUDICIAL CUBANO

A pesar de no existir un reconocimiento oficial de que el DSS es una rama autónoma de nuestro ordenamiento jurídico, existen normativas que son llevadas a vías de hecho en el sistema judicial cubano y consagran los preceptos emanados de esta rama.

El procedimiento para la solución de conflictos que se susciten en materia de DSS —en el régimen general y en el de asistencia social—, en sede administrativa o judicial, se estipula en las siguientes disposiciones legales: Ley No. 7, «De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico» (LPCALE), de 19 de agosto de 1977; Ley No. 105 de 2008 (LSS); Ley No. 116, «Código de trabajo», de 20 de diciembre de 2013; Decreto No. 283 de 2009, «Reglamento de la LSS»; y Decreto No. 326, «Reglamento del CT», de 12 de junio de 2014.

Para analizar la solución de estos litigios, hay que partir de la doble clasificación que poseen las prestaciones monetarias que ofrece el SSS cubano, a corto y a largo plazo, ya que las reclamaciones, ante inconformidad de los sujetos con derecho a ellas, es diferente.

Se consideran *prestaciones monetarias a corto plazo* los subsidios por enfermedad o accidente (común o profesional), las prestaciones económicas por maternidad y la pensión provisional por invalidez parcial. La autorización y pago de estas constituye una responsabilidad directa de las administraciones de las entidades laborales en los sectores comprendidos en el régimen general.

Las *prestaciones monetarias a largo plazo* se establecen por: edad, invalidez (parcial y total) y fallecimiento, las cuales son tramitadas por la filial municipal del Instituto Nacional de Seguridad Social (INASS) y aprobadas por su instancia provincial, lo que es válido para los diferentes regímenes del SSS cubano. Esta doble clasificación incide en que las formas de tramitar las inconformidades sean diferentes.

Cuando se produce la causal que provoca el derecho del beneficiario de régimen general a disfrutar de las prestaciones a corto plazo, y este está en desacuerdo con lo decidido por la administración de su entidad laboral, solo podrá reclamar en sede administrativa, ante el órgano de justicia laboral de base (OJLB)<sup>22</sup> correspondiente a la entidad a la que pertenece el trabajador,

<sup>22</sup> El Artículo 73 del Decreto No. 283 de 2009 dispone que «el trabajador tiene el derecho a establecer reclamación ante el Órgano de Justicia Laboral de Base o, en su caso, el

sin que prescriban las acciones para demandar el reconocimiento de los derechos de seguridad social, en virtud del Artículo 16 de la Ley No.105.

La reclamación del trabajador se establece ante cualquier miembro del OJLB, utilizando una de las dos vías siguientes: un escrito (con copia) en el que hace constar, breve y claramente, los hechos que la motivan, y en el que propone las pruebas de que intenta valerse; o solicitud verbal ante el miembro del órgano, quien extiende acta contentiva de las manifestaciones del reclamante y las pruebas que propone, con copias para este y el demandado. El mencionado órgano, desde el día siguiente a recibir la reclamación, cuenta con un término de hasta 24 días hábiles para emitir el fallo y notificarlo a las partes (Artículo 173 del CT vigente).

De persistir la inconformidad del trabajador, luego de conocer el fallo de dicho órgano, tiene 10 días para presentar la demanda ante el tribunal municipal popular (TMP) competente, por conducto del OJLB, el cual cuenta con 3 días hábiles para ello (Artículo 175 del CT y Artículo 213 del Decreto No. 326).

Este tribunal tiene un máximo de hasta 24 días hábiles para dictaminar sobre el asunto, a tenor de lo establecido en el Artículo 176 del CT, el cual, además, establece que, contra lo dispuesto por esta instancia, no cabe recurso alguno. No obstante, la sentencia del TMP puede ser impugnada, mediante procedimiento de revisión, presentado ante la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular, dentro de los 90 días posteriores a la notificación de dicha sentencia (artículos 178 y 179 de la Ley No. 116).

La revisión procederá contra la sentencia firme dictada por el TMP, cuando, con posterioridad a su firmeza, se conozcan hechos de los que no se tuvo noticias antes, aparezcan nuevas pruebas o se demuestren fehacientemente la improcedencia, ilegalidad, arbitrariedad, o injusticia notoria de estas.

En el caso de las prestaciones a largo plazo, cuando la decisión asumida por la filial provincial del INASS (institución que realiza el dictamen final para su aprobación o denegación) cause inconformidad en el que tiene derecho a recibirlas, puede recurrir a la vía administrativa, en proceso de revisión, ante el director general de dicho organismo, en el término de 30 días hábiles, a partir del siguiente a la fecha de notificación. Este proceso es tramitado por la filial municipal del INASS y debe ser resuelto en 90 días, contados a partir del siguiente al que se recibe la notificación de lo dispuesto por la filial provincial.

---

que resuelve los conflictos laborales de la entidad, conforme al procedimiento específico vigente para resolver los conflictos de derecho, si considera que se ha vulnerado su derecho a recibir la protección establecida por la Ley de seguridad social ante su enfermedad o lesión».

Las resoluciones del director general del INASS, en cuanto a prestaciones a largo plazo, causan estado y, contra ellas, los interesados pueden iniciar procedimiento judicial ante la Sala de lo Laboral del tribunal provincial popular (TPP) competente, en el término de 30 días hábiles, a partir de la fecha de la notificación (LSS, artículos 97-104).

Para ejercer la acción, están legitimados el trabajador, jubilado o pensionado y, en caso de fallecimiento de estos, los familiares beneficiarios que estimen vulnerado su derecho por la resolución administrativa; además, el INASS, contra sus propias resoluciones definitivas que hayan creado derechos a favor de personas determinadas, siempre que, para los efectos de su impugnación en la vía judicial, su órgano superior máximo haya declarado (en resolución fundada) que aquellas son lesivas a los intereses públicos (LPCALE, Artículo 727; e Instrucción No. 192/2009, del CGTSP).

La reclamación se establece mediante la presentación de una demanda por escrito que deberá contener los requisitos establecidos en el Artículo 728, en relación con el 706 de la LPCALE. Toda vez que se admita,<sup>23</sup> será radicada en el libro oficial habilitado para estos procesos.

En los casos en que el demandante no sea el INASS, se tendrá a este como contraparte, representado en cada territorio por el director de la filial provincial, con quien, en lo sucesivo, el tribunal se entenderá para todo lo que resulte pertinente (Artículo 225 del Reglamento de la Ley No. 105).

Para resolver el punto controvertido, el tribunal se atenderá a lo dispuesto en los artículos del 730 al 732 de la ley de trámites. La sentencia dictada por el TPP deberá estar en correspondencia con lo dispuesto en los artículos 714 y 718 de la LPCALE, que resulten de aplicación en los procesos de seguridad social.

Las sentencias que dicten las salas provinciales podrán ser combatidas, mediante recurso de apelación, dentro de los 10 días siguientes al de su notificación, el que será resuelto por la Sala de lo Laboral del TSP. Contra lo dispuesto por esta instancia, solo cabe establecer procedimiento de revisión.

La solución de las inconformidades que pueden ocurrir, como resultado del otorgamiento de las prestaciones que ofrece el régimen de asistencia social, posee una escasa regulación en la normativa cubana, que solo incluye la vía administrativa, lo cual se deduce a partir de lo estipulado en el Artículo 267 del Decreto No. 283 de 2009: «En caso de inconformidad del interesado con la decisión adoptada, puede formular la reclamación correspondiente ante el director provincial de Trabajo y [el] de la Isla de la Juventud o del director de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y

<sup>23</sup> La práctica judicial indica que, en estos casos, rara vez, no se admite una demanda presentada.

Seguridad Social dentro del término de los treinta días hábiles siguientes a partir de la notificación».<sup>24</sup>

Esta constituye una deficiencia de la normativa cubana de seguridad social, pues en caso de que la persona necesitada de protección por este régimen esté inconforme con lo dispuesto por la administración no le asiste facultad para recurrir a instancia judicial alguna para tramitar su reclamación.

## CONCLUSIONES

1. El DSS es el resultado de un complejo proceso histórico-evolutivo, cuya consolidación se efectúa con la inserción de la seguridad social en la ciencia del Derecho, en aras de volver obligatoria la prestación de este servicio público por parte del Estado y, a la vez, obligar a este a responsabilizarse de los instrumentos creados para gestionarlo y brindarlo.
2. La seguridad social es un fenómeno complejo, lo cual explica por qué todavía no ha sido enmarcada en una definición uniforme para todo el orbe. Por homologación, algo similar ocurre con el DSS, que es esencialmente el marco legal que regula sus normas, instituciones, principios, fines, valores y, de forma general, sus instrumentos normativos.
3. El DSS cubano, pese a ser considerado parte integrante del DT por un sector mayoritario de la academia, posee los fundamentos científicos establecidos por la doctrina para ser tratado como una rama jurídica autónoma.
4. Aunque en el ámbito judicial cubano no se reconocen normas específicas de DSS ni se cuenta con un procedimiento definido para esta materia, sí existen preceptos legales que le son propios a esta rama jurídica, aunque son incluidos en el DT.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Caracuel, Manuel: *Compendio de seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Alchourron, A y E. Bulygin: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- Blasco Lahoz, José Francisco: *Curso de seguridad social*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Briceño Ruiz, Alberto: *Derecho mexicano de los seguros sociales*, Harla, México, 1990.

<sup>24</sup> «Decreto No. 283/09, Reglamento de la Ley No.105/08, de seguridad social».

- Grisolia, Julio Armando: *Manual de Derecho laboral*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- Morales Cartaya, Alfredo: *La seguridad social en Cuba. Realidades y retos*, Editora Política, La Habana, 2004.
- Ojeda Avilés, Antonio: *El sistema común europeo de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Pasco Cosmópolis, Mario: «¿Son los sistemas privados de pensiones formas de la seguridad social?», en *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*, Lima, [s.m.d.].
- Pichardo, Hortensia: *Documentos para la historia de Cuba*, t. 3, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
- Rodríguez Mancini, Jorge: *Curso de Derecho del trabajo y la seguridad social*, 3.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Rodríguez Ramos, María José: *Sistema de seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1999.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo: «La deslaboralización del derecho de la seguridad social y su autonomía con respecto del Derecho laboral», en *Revista latinoamericana de Derecho Social*, no. 7, julio-diciembre de 2008.
- \_\_\_\_\_: *Nuevo Derecho de la seguridad social*, 12.ª ed., Porrúa, México, 2007.
- Vélez Pérez, Matilde Vivian: «La seguridad social y los grandes desafíos de la humanidad» (ponencia, VI Encuentro Interamericano de Derecho Laboral y de Seguridad Social), La Habana, octubre de 2008.
- Viamontes Guilbeaux, Eulalia: *Derecho laboral cubano. Teoría y legislación*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

## **Legislación**

- Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, modificada en 1978, 1992 y 2002.
- Convenio No. 3 de 1919, sobre la protección de la maternidad, OIT.
- Convenio No. 12 de 1921, sobre la indemnización por accidente de trabajo en la agricultura, OIT.
- Convenio No. 18 de 1925, sobre las enfermedades profesionales, OIT.
- Convenio No. 42 de 1934, sobre las enfermedades profesionales (revisado), OIT.
- Convenio No. 155 de 1981, sobre la seguridad y salud de los trabajadores, OIT.
- Convenio No. 183 del 2000 sobre la protección de la maternidad, OIT.
- Convenio No. 187 de 2006, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, OIT.
- Decreto-Ley No. 101, «Del régimen especial de la seguridad social de las Fuerzas Armadas Revolucionarias», La Habana, 1988.
- Decreto-Ley No.102, «Del régimen especial de la seguridad social del Ministerio del Interior», La Habana, 1988.
- Decreto-Ley No. 243, «Sobre la seguridad social de los sancionados penalmente a privación de libertad o a sus sanciones subsidiarias que trabajan», La Habana, 2007.

- Decreto-Ley No. 247, «De la seguridad social de los usufructuarios de tierra para el cultivo de tabaco, café y cacao», La Habana, 2007.
- Decreto-Ley No. 278, «Sobre el régimen especial de seguridad social para los trabajadores por cuenta propia», La Habana, 2010.
- Decreto-Ley No. 297, «Del régimen especial de la seguridad social de los miembros de las cooperativas de producción agropecuaria», La Habana, 2012.
- Decreto-Ley No. 298, «Del régimen especial de la seguridad social de los usufructuarios de tierra», La Habana, 2012.
- Decreto-Ley No. 306, «Del régimen especial de la seguridad social de los socios de las cooperativas no agropecuarias», La Habana, 2012.
- Decreto-Ley No. 312, «Del régimen especial de la seguridad social de los creadores, artistas, técnicos y personal de apoyo, así como la protección especial a los trabajadores asalariados del sector artístico», La Habana, 2013.
- Decreto No. 283, Reglamento de la Ley No. 105, «De seguridad social», La Habana, 2008.
- Instrucción No. 8, «Aclaraciones sobre la nueva legislación de maternidad para su mejor aplicación», MTSS, La Habana, 2004.
- Instrucción No. 192, «Sobre el procedimiento para la solución de las inconformidades con las resoluciones en materia de seguridad social a largo plazo», TSP, La Habana, 2009.
- Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, de 19 de agosto de 1977.
- Ley No. 105, «Ley de seguridad social», La Habana, 2008.
- Ley No. 113, «Del sistema tributario cubano», La Habana, 2014.
- Ley No. 116, «Código de trabajo», La Habana, 2014.

# LA SIMULACIÓN COMO CAUSAL DE INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

---

*Esp. Marta Acosta Ricart  
jueza profesional, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP*

**E**L ARTÍCULO 21 de la Constitución garantiza la propiedad personal sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y los demás bienes; mientras la Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, Código civil (CC), reconoce la compraventa y la donación como actos de transmisión de dominio de estos.

Por la experiencia alcanzada, por constituir un reclamo popular y ante la necesidad de contribuir a la solución de determinados problemas subsistentes en nuestra sociedad —que aconsejaban eliminar prohibiciones y flexibilizar limitaciones en los actos de transmisión de la propiedad de bienes tan importantes como la vivienda y los vehículos—, a los efectos de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los propietarios, se adoptaron decisiones políticas que llevaron a la promulgación y puesta en vigor del Decreto No. 292 de 2011, «Regulaciones para la transmisión de la propiedad de vehículos de motor», y el Decreto Ley No. 288 del propio año, modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, «Ley general de la vivienda».

La entrada en vigor de estas normas significó un factor importante en la vida jurídica del país, en especial, en lo que a materia de negocios se refiere. Luego del tiempo de aplicación transcurrido, y cuando ya la primera de las mencionadas fue derogada —por la disposición final sexta del Decreto No. 320 de 2013, que entrara en vigor el 3 de enero de 2014—, estamos en condiciones de realizar determinadas valoraciones del impacto que la aplicación de estas ha implicado en la realidad social y en el tráfico jurídico en particular; ello a partir de la percepción que nos ofrece el insuperable privilegio de desempeñarnos como operadores del Derecho.

## LA SIMULACIÓN

Para la doctrina, los negocios anómalos, en sentido lato, son aquellos en los que algunos de sus requisitos no se cumplen como debieran; pero, en sentido estricto, están caracterizados por suponer una deformación de una figura negocial, querida por quienes la crean para escapar de la regulación normal de los negocios, prevista y ordenada por las leyes.

La deformación del negocio puede tener diferentes significados:

— Perseguir una finalidad en violación de la ley (negocio fraudulento). Se trata de aquellos que se utilizan para eludir normas dictadas para regular otro negocio. Es una manifestación especial del fraude de la ley.

— Suplir una deficiencia del Derecho positivo que no recoge la forma de negocio correspondiente a la finalidad pretendida, o bien la ofrece ligada a dificultades e inconvenientes que las partes pretenden salvar.

— Negocio indirecto fiduciario: Aquel por virtud del cual una persona (fiduciante) transmite a otra (fiduciario) la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho para lograr una finalidad práctica de garantía —*fiducia cum creditore*— o de administración —*fiducia cum amico*—, para la cual no es jurídicamente necesaria tal transmisión («solo la falta de intención engañosa diferenciaría esta figura de la simulación»)<sup>1</sup>

— Encubrir, intencionadamente, una determinada realidad jurídica mediante la creación de una apariencia de negocio (negocio simulado).

La simulación jurídica es la antítesis de la verdad, y lo simulado, la contrapartida de lo verdadero. En toda simulación, hay una falsedad, pero referida exclusivamente a la causa; cuando la falsedad afecta a otros elementos del negocio, no es propiamente un caso de simulación.

Para Ferrara,

En la simulación los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto que no llevan a cabo realmente, o no en aquella forma visible de que se sirve como un instrumento para engañar a terceros. Con esa finalidad los contratantes, siguiendo sus particulares intenciones buscan el engaño en los terceros de buena fe, haciendo surgir en estos la idea de la existencia o la realización de un acto inexistente o no efectuado con las características que los simuladores externamente le atribuyen.<sup>2</sup>

Este autor, como requisitos de un negocio jurídico simulado, señala una declaración:

1. Deliberadamente disconforme con la intención.
2. Concertada entre las partes.
3. Con el fin de engañar a terceros.

Estima, además, que la nota más distintiva del negocio simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno (lo querido) y lo externo (lo declarado) están en oposición consciente. La simulación se presenta, cuando se pretende la configuración de un negocio jurídico inexistente, y cuando se enmascara un negocio con la forma de otro. «Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no

<sup>1</sup> D. Rubino: *El negocio jurídico indirecto*, p. 4.

<sup>2</sup> F. Ferrara: *La simulación de los negocios jurídicos*, 3.ª ed., p. 43.

existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un constante llamativo; el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto».<sup>3</sup>

El negocio jurídico simulado es aquel cuya apariencia externa está en absoluta contraposición con la realidad, bien porque no existe tal negocio, bien porque su esencia difiera de la que externamente presenta. Existe simulación cuando, con fines lícitos o ilícitos, bajo la apariencia de un negocio jurídico normal, se oculta otro propósito negocial, ya sea contrario a la existencia misma (simulación absoluta), ya el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa).

Un tanto coincidente con la denominación dada al respecto por Ferrara, para la mayoría de los tratadistas, constituyen elementos del negocio simulado:

- a) Una apariencia jurídica del negocio.
- b) Un acuerdo simulatorio entre las partes (*consilium simulationis*).
- c) Una *causa simulationis*, especial finalidad de la simulación, que puede ser lícita o ilícita y que, según sea, así serán los efectos del negocio simulado, si la simulación se descubre.

Comoquiera que la simulación se basa en el acuerdo simulatorio de las partes, no cabe en los negocios unilaterales.

### Simulación absoluta

Esta simulación se configura como un negocio jurídico total o absolutamente simulado, el cual, según Ferrara, «existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto sino tan solo la ilusión exterior que el mismo produce. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público»;<sup>4</sup> por lo que, en ese sentido, también, se le ha denominado *negocio vacío*, *inexistente* o *ilusorio*. Los contratantes, al concertar un negocio simulado, generalmente, tienden a la consecución aparente de una disminución del patrimonio para burlar el derecho de los acreedores. Entre los supuestos de simulación absoluta, suelen distinguirse los que tienden a una reducción del patrimonio y los que pretenden un aumento del pasivo.

La simulación obra frecuentemente en el ámbito de los contratos de enajenación a título oneroso, siempre dentro de la misma trayectoria de enajenación ficticia en fraudes acreedores. La detección de los casos de simulación contractual, ciertamente, es compleja.

«En la simulación absoluta hay una voluntad aparente tan solo, en la simulación relativa hay una voluntad aparente y otra verdadera; en la primera

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 173.

no hay más negocio que el simulado, en la segunda hay dos negocios, el aparente o simulado y el oculto o disimulado».<sup>5</sup>

### **Simulación relativa**

Consiste en la realización de un negocio jurídico, en tanto que, frente a terceros, se patentiza la existencia de otro diferente, e inexistente; de esta manera, el negocio verdadero se oculta tras el aparente, que tiende a producir el engaño frente a los demás; por eso, en la doctrina, se le ha denominado negocio *velado*, *enmascarado* o *disimulado*. La posibilidad jurídica en virtud de la cual pueden las partes hacer surgir un negocio de esta clase, afectado de simulación relativa, es el principio de libertad de contratación, entendido en el sentido de la capacidad para la realización indirecta de los negocios; por ello, el procedimiento de creación de estos, impregnados de simulación relativa, puede adquirir un matiz lícito, en tanto, con él, no se infrinja ningún precepto legal.

En los supuestos de simulación relativa, se aprecian dos actos o negocios: el que declaran los contratantes (totalmente inexistente y aparente) y el que permanece silenciado entre las partes, y que responde a una auténtica voluntad intencional de estas. Existe un acto verdadero, que se encubre con el ficticio que le sirve de máscara. «La simulación relativa consiste en disfrazar un acto, en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo otro distinto».<sup>6</sup>

La simulación relativa es una figura jurídica mucho más compleja (*simulatio non nuda*) que la simulación absoluta. En ella, no solo se ha de tener en cuenta el negocio simulado y el acuerdo sobre el encubrimiento, sino también el negocio jurídico ocultado, de tal manera que el aparente debe declararse nulo, pero queda intacto el contrato ocultado, que será eficaz, si reúne las condiciones para su validez.

La simulación total o absoluta, infractora de la legalidad, implica un vicio en causa negocial, mientras que la simulación relativa puede originar mayores consecuencias.

### **Efectos-régimen legal**

La eficacia del negocio disimulado, cuando es perfectamente legal, motiva la figura de la simulación llamada lícita; por el contrario, si no es legal, se habla de simulación fraudulenta e ilícita, en cuyo caso el acto solapado, por su ilicitud, se ve afectado de nulidad. La simulación no afecta al negocio, cuando exista una causa capaz de fundamentar el propio acuerdo contractual.

<sup>5</sup> D. Espín Cánovas: *Manual de Derecho civil español*, p. 524.

<sup>6</sup> Ferrara: *Op. cit.*, p. 205.

Los negocios anómalos (entre ellos, los de simulación relativa) no están condenados por el Derecho, en todo caso, dar satisfacción a intereses queridos por las partes no implica necesariamente realizar algo prohibido; el empleo de tales negocios puede quedar dentro del ámbito del lícito ejercicio de la autonomía de la voluntad sin que ello impida el control judicial sobre el fin práctico que se pretenda conseguir, a partir de la calificación de la causa concreta, ni signifique dejar de lado el principio general de la buena fe. No se puede confundir el negocio relativamente simulado con el de redacción oscura, ya que, en este caso, el problema sería básicamente de interpretación.

La apariencia creada por el negocio simulado puede ser destruida mediante el oportuno ejercicio de una acción de tipo declarativo, solicitando al órgano judicial tal destrucción. Tratándose de una simulación absoluta, será una acción de declaración negativa dirigida a constatar la inexistencia del negocio aparente, por falsedad de su causa, mientras que, en los casos de simulación relativa, su efecto es doble, pues, por un lado, se dirige a comprobar la inexistencia del negocio aparente, y, por otro, a probar la existencia del negocio disimulado; al efecto, la doctrina jurisprudencial mayoritaria tiene sentada una técnica basada en no exigir pruebas plenas, sino presunciones o indicios que facilitan el análisis de los hechos y que cooperan para obtener conclusiones indubitadas respecto a la calificación de un contrato como simulado.

El CC no regula la simulación bajo este nombre; sin embargo, el Artículo 67 e) reglamenta lo relacionado con la simulación absoluta, y el f) se refiere a la nulidad relativa. Por otra parte, el Artículo 68 de la propia norma establece la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad del acto jurídico, y señala que esta podrá ejercerse por parte interesada o por el fiscal; por tanto, están legitimadas activamente todas aquellas personas que tengan un interés legítimo en la declaración de nulidad del negocio simulado.

Tratándose de simulación relativa, no podrán las partes solicitar, con base en la simulación, la invalidez e ineficacia del negocio disimulado o encubierto porque es el que, efectivamente, han querido y nadie puede ir contra sus propios actos. Esta misma doctrina es aplicable a los herederos voluntarios de las partes que intervinieron en la simulación, ya que suceden en todos los derechos del causante. Otra consideración habría de estimarse en cuanto a los herederos especialmente protegidos, pues estos tendrían legitimación para impugnar, tanto el negocio simulado como el encubierto, para defender la porción de bienes que la ley les asigna en la herencia de su causante, debido a la intangibilidad de la legítima; la legitimación pasiva corresponde a todas las personas que fueron parte en el negocio, cuya nulidad se pretende, así como a los herederos o causahabientes de estos. Según establece el precepto antes mencionado, la acción podrá ejercerse en cualquier momento, por tanto, es imprescriptible.

Los negocios relativamente simulados y los reales indirectos se diferencian en que, mientras en los primeros, hay dos actos jurídicos (uno real y otro aparente, creado este, única y exclusivamente, para encubrir a aquel, por voluntad concordante de las partes), en los reales indirectos, el acto es absolutamente verdadero, aun cuando pueda producir efectos complejos. Los primeros persiguen una finalidad con una forma oculta bajo una aparente, los segundos logran un efecto equivalente o análogo al de otro tipo de contrato, que siguen una trayectoria oblicua y, como consecuencia de la combinación de varios actos, le dan precisamente el carácter complejo.

De lo que hasta ahora hemos apreciado, los negocios simulados van, desde los modos más elaborados hasta las formas más burdas, como supondría la realización de una escritura de donación; y, entre sus cláusulas, incluyen una relacionada con la obligación del donante de resarcir al donatario en determinada suma de dinero que consta en documento privado suscrito por ambas partes, de existir vicios ocultos. No dudo de la generosidad de nuestro pueblo, demostrada en no pocas ocasiones, pero no al extremo de ceder, de forma gratuita, bienes como los mencionados, a favor de personas con las que no los une ningún grado de parentesco, incluso, absolutamente desconocidos.

Esa situación no pasa inadvertida para los juzgadores, quienes, al resolver, lo hacemos con el mayor apego al Derecho. En tal caso, tomo como ejemplo la situación apreciada en un asunto, en el que la actora promovió un proceso ordinario de saneamiento por vicios o defectos ocultos del bien donado, contra el donante, interesando que a este se le condenara a pagarle 30 000 pesos convertibles; al proceso, se aportó una copia de la escritura de donación, con la siguiente cláusula: «Segunda: Que por la presente escritura el señor Y manifiesta su voluntad de donar, el vehículo motor, descrito en la cláusula que antecede, a la señora X y aun cuando se trata de un acto de liberalidad, dejan pactado que se obliga al donante, respecto al donatario al saneamiento por evicción y por los vicios o defectos ocultos del bien donado, siempre que estos no sean manifiestos o estén a la vista».

Unido a la escritura de donación, se aportó un documento privado, suscrito por ambas partes, legalizado en documento independiente por el propio fedatario que produjo la escritura, y que es del tenor siguiente:

DOCUMENTO PRIVADO

En el municipio de -----, provincia de -----, a los 21 días del mes de marzo de 2014

COMPARECEN

DE UNA PARTE: La señora X (con todas sus generales)

Y DE LA OTRA PARTE: El señor Y (con todas sus generales)

Ambas partes en el pleno ejercicio de sus derechos:

CONVIENEN

Primero: Que la primera de las comparecientes la señora X le entrega al señor Y la suma de 30 000 pesos convertibles.

Segundo: Que el señor Y se obliga a devolver dicha suma, en caso de que el camión que fue donado por él a la señora X tenga algún vicio o efecto oculto y la señora X a la devolución del mencionado bien al señor Y.

Como muestra de la veracidad de lo pactado entre las partes se firma por los presentes, a los 24 días del mes de marzo de dos mil catorce.

Lo anterior, con independencia del análisis técnico que pudiera generar la improcedencia del contenido de la cláusula segunda, no deja lugar a duda de que el acto de donación, formalizado por el instrumento público de referencia, resulta inexistente y fue utilizado para disimular una compraventa.

Precisamente en nuestro caso, contrario a lo que ocurre en otras latitudes, lo que más se da es el supuesto de simulación relativa en el campo de las compraventas, que aparece cimentada sobre una donación y, en tales condiciones, con ventaja para el vendedor, lo que pone en riesgo la garantía del comprador ante futuras acciones.

El negocio absolutamente simulado es nulo, una vez desaparecidas las apariencias que lo encubrían, de conformidad con el Artículo 67 e) del CC; mientras que, en el relativamente simulado, se debe distinguir entre el negocio aparente, exteriorizado, y el verdadero que, con el anterior, se oculta y encubre. En este caso, se produciría la nulidad del negocio aparente y podría subsistir el verdadero, oculto, siempre que reúna las condiciones necesarias legalmente para su clase, según el inciso f) del precepto mencionado anteriormente.

### **Desprotección del comprador, en compraventa disimulada con donación**

Resulta incuestionable que la entrada en vigor del Decreto No. 292 de 2011, «Regulaciones para la transmisión de la propiedad de vehículos de motor», derogado expresamente por la disposición final sexta del Decreto No. 320 de 2013 (entró en vigor el 3 de enero de 2014), y el Decreto Ley No. 288 de 2011, modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, «Ley general de la vivienda», significaron un punto importante en la vida jurídica de nuestro país, en especial, en lo que a materia de negocios se refiere, pues garantizan, a las personas naturales, la posibilidad de realizar sus negocios jurídicos traslativos de dominio, válidamente, mediante donación

o compraventa, relacionados con viviendas y vehículos, con la seguridad que significa su formalización ante notario público.

Sin embargo, comoquiera que, a los procesos, llega una mínima representación de la realidad, solo ante la existencia de conflicto, motivó mi atención la incidencia de asuntos en los que esto se advierte por la valoración de las pruebas, mientras que, en otros, se denuncia que, en la realización del negocio del que se trata, se incurrió en simulación relativa, fundamentalmente al formalizarse como donación lo que, en puridad, fue una compraventa, tanto de vehículos como de viviendas, situación que, por su presencia, en grado no despreciable, en procesos ante nuestros tribunales, presuponen una incidencia mayor en la realidad, que no solo pugna con la confianza y seguridad que debe ofrecer, en el tráfico jurídico, un negocio debidamente formalizado mediante instrumento público notarial, sino, además, con la probidad, transparencia que se requiere de las personas naturales, en la realización de negocios jurídicos, a través de buenas prácticas y apego a las normas legales vigentes, como presupuesto de un Estado de Derecho.

Si alguna duda podíamos abrigar sobre lo señalado, la despejamos, al recibir información actualizada que nos fue ofrecida por el Ministerio de Justicia, en la que se refleja con exactitud el comportamiento (detallado y actualizado), durante los cuatro primeros años de aplicación de las referidas normas, de la situación concurrente en negocios de viviendas y de vehículos.

### **Viviendas**

Contratos	2012	2013	2014	2015 (enero-mayo)	Total
Compraventa	16 289	16 938	22 967	11 751	67 945
Donación	48 596	47 203	49 510	16 647	161 956

Se evidencia que las escrituras de donación de viviendas autorizadas superan (en el 58%) a las de compraventa.

### **Vehículos**

Contratos	2012	2013	2014	2015 (enero-mayo)	Total
Compraventa	29 570	37 380	29 489	13 941	110 380
Donación	28 185	30 257	22 984	7 002	88 428

Cuando un negocio jurídico de compraventa se disimula, u oculta, simulando la existencia de una donación que nunca existió, la situación del comprador es de desventaja, en tanto, con su imprudente actuar, compromete su única garantía legal frente a acciones y hechos futuros, impidiéndole, fundamentalmente, el ejercicio de una acción de saneamiento que, en su acepción forense, es el de indemnizar el vendedor al comprador, respecto a todo perjuicio que haya experimentado por vicio de la cosa comprada o por haber sido perturbado en la posesión o despojado de ella.

El Artículo 340 del CC relaciona las obligaciones del vendedor, mientras que el 341 deja establecido que la evicción tiene lugar cuando, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compraventa, el comprador es desposeído de todo el bien adquirido, o parte de él.

Vale la pena preguntarnos ¿cuál sería la situación del supuesto donatario? En concreto, podría resarcirse, de prosperar una acción emprendida con éxito por tercera persona, al amparo del Artículo 378 del CC, pretendiendo la rescisión por inoficiosa de la donación simulada, con la que se enmascaró un contrato de compraventa, mientras que el 346.1 regula la obligación del vendedor de sanear por vicios o defectos ocultos del bien vendido, a fin de garantizar al comprador las cualidades que a aquel le atribuye el vendedor; y el 346.2 señala que el vendedor no es responsable de los vicios o defectos manifiestos o que estén a la vista. Para que el saneamiento por vicios o defectos ocultos pueda tener lugar es condición indispensable que los vicios sean ocultos y que, a causa de ello, no puedan ser conocidos por el adquirente.

Se trata, por tanto, de los llamados *vicios redhibitorios* que, por su importancia, permitan al comprador deshacer el contrato como consecuencia de haber quedado considerablemente disminuido el uso a que la cosa estaba destinada, y hacerla inútil para este. Rescindir, en este caso, significa deshacer el comprador la venta, según derecho, por no haber manifestado el vendedor el vicio o gravamen de la cosa vendida. Capitant define el vicio redhibitorio como «defecto oculto de la cosa vendida que al disminuir notablemente el uso para el cual se la destina, a causa de tornarla impropia para éste, permite al comprador no solo ejercer la acción de garantía contra el vendedor, sino también demandarlo por rescisión de la venta».

No cabe duda de que, cuando se escoge esta forma solapada de negociar, el mayor perjudicado es el comprador, quien pone a todo riesgo la suma de dinero dada en precio, mediante una venta que, por las razones que sean, los contratantes convinieron en disimular con una supuesta donación, pues, en tal situación, si el acto jurídico simulado de donación fue revocado por sentencia firme, o se presentaran vicios o defectos, en el bien, que disminuyan su uso, ¿qué perjuicio económico podría alegar haber tenido quien en, definitiva, lo adquirió a título gratuito? En caso de ser por parte del vendedor, podría incurrirse en responsabilidad penal relacionada con la evasión de impuestos.

## **SIMULACIÓN RELATIVA, PRESUNTA MOTIVACIÓN**

Según la clasificación ofrecida por Ferrara, componen la simulación una declaración deliberadamente disconforme con la intención, concertada entre las partes y con el fin de engañar a terceros; sin embargo, también puede darse para burlar la ley.

En nuestra realidad, lo único racionalmente concebible, cuando se incurre en simulación relativa, formalizando un acto de donación para enmascarar una compraventa, es que se hace con el propósito de evadir la obligación del impuesto fiscal o, al menos, reducirlo; no obstante, ello solo beneficiaría al vendedor, pues, con relación a la transmisión de la vivienda, según establece la Resolución No. 351 de 2011, del Ministerio de Finanzas y Precios, en la donación, el donatario (real comprador en el negocio simulado) paga un impuesto del 4% del valor de la vivienda; mientras que, en la compraventa, el vendedor y el comprador pagan un 4%. Entonces, si se afirma que, en tales situaciones, el propósito es evadir el impuesto fiscal, pudiera parecer paradójico afirmar que se ha incurrido en simulación relativa, y no se califique de fraude de ley, aspecto que intento dejar dilucidado.

Mientras que los negocios simulados persiguen una apariencia, es decir, son ficticios (no un medio para eludir la ley, sino para ocultar su violación), en los negocios en fraude de ley se persigue una realidad (son serios, reales, realizados y concebidos por las partes para conseguir un resultado prohibido), no se oculta el acto exterior, se deja expuesto y visible; en ellos, se combinan varios medios jurídicos con el único propósito de perjudicar la ley.

Aun cuando el fraude de ley está incluido entre los que la doctrina denomina *negocios anómalos*, se admite que la simulación puede tener el propósito de burlar la ley. Entonces, ha de concluirse que, cuando se hace para defraudarla, se incurre en simulación relativa, mediante la formalización de un acto simulado que pretende encubrir el verdadero, el disimulado. Esta particularidad, en cuanto a la existencia de dualidad de negocios, con las características señaladas, resulta determinante, pues aun cuando el propósito esté encaminado a no dar cabal cumplimiento de la ley, técnicamente, no ha de calificarse como fraude de ley, sino como simulación relativa.

Según se establece en la doctrina, en caso de que la ocultación del negocio hubiese sido realizada en fraude de las leyes fiscales, con el fin de eludir la satisfacción de un impuesto, el negocio subsiste, pero también subsiste la obligación de abonar, además del impuesto, el recargo correspondiente a la transgresión que con la simulación se pretendió. «So pena de dejar el vínculo desprovisto de eficacia jurídica, el Derecho no puede cruzarse de brazos ante la falta de cumplimiento por el deudor y tiene que adoptar disposiciones tendentes a asegurar la realización de la prestación debida»,<sup>7</sup> afirmación igualmente válida para las obligaciones tributarias. Este es un aspecto al que los tribunales deberán prestarle debida atención, cuando se resuelven asuntos en los que, habiéndose incurrido en simulación relativa, se formalizó como donación lo que, en puridad, es compraventa. Al estimarse válido el negocio jurídico de compraventa que,

<sup>7</sup> A. Díaz Pairó: *Teoría general de las obligaciones*, p. 198.

intencionalmente, fue disimulado por las partes, correspondería ordenar que el real vendedor pague el impuesto que corresponda.

Conviene destacar la tendencia doctrinal de conceder protección legal a los terceros de buena fe, frente a los casos de simulación, considerándose al tercero como dispensado frente a los supuestos de simulación. Se ha discutido si los efectos de la declaración de simulación pueden valer en perjuicio de terceros que no hayan sido parte en el negocio simulado. En principio, la declaración de nulidad del negocio se propaga a los posteriores negocios que, en aquel, tuvieron su fundamento y base, nadie puede transmitir más derechos que los que tiene. Sin embargo, al ser los autores del negocio simulado responsables de la creación de la apariencia, en la cual el tercero ha podido confiar, deben dejar que la apariencia valga contra ellos, sin posibilidad de impugnación. Por otro lado, la posición del tercero, especialmente si es de buena fe, merece la protección que aparece refrendada en nuestro Derecho.

La Ley No. 73 de 1994, «Del sistema tributario», en sus fundamentaciones, reconocía que era una necesidad crear, paulatinamente, una conciencia tributaria en nuestra población, que permitiera comprender el pago de tributos al Estado, como parte de un deber social, para cubrir los gastos en que este incurre con el fin de satisfacer los requerimientos de la sociedad. Esta ley y el Decreto Ley No. 169 de 1997, «De las normas generales y de los procedimientos tributarios», quedaron derogadas por la disposición final sexta de la Ley No. 113 de 2012 (entró en vigor el primero de enero de 2013), la cual establece que «constituye un deber la contribución ciudadana al sostenimiento de los gastos públicos, que entre otras formas tiene el pago de los tributos, la que redundará en que el Estado disponga de mayores recursos financieros para alcanzar mayor justicia social y satisfacer los requerimientos de la sociedad».

Para el Ministerio de Justicia, el comportamiento, en cuanto a la prevalencia de escrituras de donación con relación a las compraventas, está dado por los siguientes aspectos:

- En la donación, el donatario paga un impuesto del 4% del valor de la vivienda, mientras que, en la compraventa, tanto el vendedor como el comprador pagan ese porcentaje, a partir del precio declarado por las partes.
- La utilización del cheque de gerencia, como única vía de pago, incrementa trámites a la población, al tener que concurrir a la agencia bancaria.
- Insuficiente cultura jurídica de la población acerca de la responsabilidad y el alcance de los actos formalizados ante notario público.

Con relación al primer aspecto, ya dejé claro mi criterio; sin embargo, ha de abundarse en la similitud del monto del impuesto tributario que deben pagar los contratantes —tanto en la compraventa como en el caso del donatario, en la donación—, pues esto pudiera conllevar que, imprudentemente, se incurra en conductas como las analizadas, lo que, en todo caso,

podría remediarse estableciendo un impuesto superior para quien recibe el bien a título gratuito.

En lo que se refiere al segundo aspecto, debería añadirse que la exigencia de cheque de gerencia, como única forma de pago, a la vez que incrementa los trámites, presupone, para el comprador, dejar una huella en el sistema bancario que, tal vez, no sea de su interés.

En lo que concierne al aspecto anterior, se inserta el tercero, pues un análisis objetivo, nos permitiría asumir que, mayoritariamente, la población cubana nació con la Revolución, bajo el influjo de las prohibiciones que, en materia de negocios traslativos de dominio sobre viviendas y autos, perduraron por años —felizmente eliminadas por las normas que flexibilizaron su negociación entre particulares— y, por tanto, es portadora de una deuda, en cuanto a cultura y ética del negocio se refiere, por lo que, irreflexivamente, incurre en situaciones que llegan al absurdo, pues no podría calificarse de otro modo quien, para evitar el pago de un impuesto fiscal de solo el 4%, compromete el precio total pagado por el bien, que resulta una suma no despreciable; sin embargo, el fenómeno que se ha dado por generalizado, cuesta creer que sea absolutamente espontáneo.

Pienso que, tal vez, algunos notarios, frente a esa situación, no actuaron en correspondencia con la función que les impone el Artículo 10 de la Ley No. 50 de 1985, «Ley de notarías estatales», el cual establece que, entre las funciones y obligaciones del notario, está la de asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios (a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines), esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate.

Por asesoramiento notarial, se entiende aquella actividad del notario en que funciona como consejero e instruye a los interesados sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de sus actos, sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos de lo que se proponen alcanzar. En esta asesoría, el notario debe adecuar la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico que corresponda y autorizar un documento público que cumpla con los requisitos exigidos por la legislación vigente, a fin de conseguir los efectos deseados.

En este último aspecto, el asesoramiento, como parte de dicha función, coincide con uno de los principios que informan el Derecho notarial, en sentido amplio: el control de la legalidad. La acentuación de las funciones de control de legalidad en el actuar moderno constituye una tendencia manifiestamente demostrada.

En el ejercicio de sus funciones, el notario está sujeto a obligaciones de carácter genérico o específico, determinadas por la ley, y queda investido de derechos aunados a su actividad jurídica funcional, de los que no pueden estar excluidas las obligaciones de carácter ético.

El notario en nuestro Derecho, tiene como uno de sus oficios, el de ser consejero, asesor jurídico, y avenidor de quienes requieren su asistencia. Es en efecto misión suya la de instruir con su autoridad de jurisculto, a los interesados sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de la relación que quieren establecer, no menos que la de conciliar y coordinar, con la autoridad moral que le es propia, las pretensiones de las partes, en el ritmo del Derecho y la Ética.<sup>8</sup>

Considero que si el notariado cubano, en general, en debido cumplimiento de sus funciones, hubiese asesorado a los comparecientes —en especial, a los donatarios—, acerca de la situación riesgosa en que se colocaban (en el caso de estar «perfeccionando» una donación, con el propósito de encubrir una compraventa), resultaría poco probable que insistieran en su ilógico propósito.

En el informe del que me he servido, también se señala que, de enero a mayo de 2015, se incrementaron en un 23,94% las compraventas de viviendas y disminuyeron en un 12,5% las donaciones, en relación con igual período de 2014. Para realizar un análisis objetivo al respecto, no puede desconocerse que, según hemos conocido, en ese período, los notarios comenzaron a ofrecer resistencia a la realización de escrituras de donación, cuando no se trataba de parientes cercanos, lo que pudiera haber incidido en tal disminución, negativa que, presumiblemente, obedece a determinadas orientaciones. Sin embargo, no debe soslayarse que aún están vigentes las normas que regulan la compraventa y la donación de viviendas y vehículos: el Decreto Ley No. 288, modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, «Ley general de la vivienda».

Con relación a los vehículos, el Decreto No. 292 de 2011 («Regulaciones para la transmisión de la propiedad de vehículos de motor») fue derogado por la disposición final sexta del Decreto No. 320 de 2013 (entró en vigor el 3 de enero de 2014), sin que haya otra modificación en ese sentido. Por tanto, son lícitos los actos de donación, sin límite alguno por el grado de parentesco, o no, entre los contratantes.

## **CONCLUSIONES**

A partir de la entrada en vigor del Decreto No. 292 de 2011 (derogado por el 320 de 2013) y el Decreto Ley No. 288 del propio año, se produjo en el país un cambio trascendental en la esfera de las negociaciones jurídicas entre las personas naturales, respecto a bienes tan importantes como la vivienda y los vehículos; sin embargo, resulta contrastante que, en la actualidad, cuando las personas tienen la posibilidad de realizar estos negocios en de-

<sup>8</sup> J. Castán Toboñas: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, p. 49.

bida forma, se aprecia un fenómeno negativo, en cuanto a la reiteración de negocios anómalos, específicamente relacionados con simulación relativa, consistente en disimularse la compraventa, mediante la formalización de acto de donación, lo que ha llevado a este análisis, no solo por la falta de probidad que ello presupone, en el ámbito del tráfico jurídico, y las nefastas consecuencias, especialmente para el comprador, sino, además, por el debilitamiento de la conciencia tributaria, todo lo que pugna con la necesidad de fomentar en nuestra sociedad una verdadera cultura en el ámbito de los negocios.

## BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993.
- Castán Tobeñas, José: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Editorial Reus, Madrid 1946.
- China Guevara, Josefina: «Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie», en L. B. Pérez Gallardo e I. Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), *Derecho notarial*, t. 3, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008.
- De Castro, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1977.
- Degni, Francisco: *La compraventa*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho civil español*, v. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- Ferrara, Francisco: *La simulación de los negocios jurídicos*, 3.ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.
- Galgano, Francesco: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- Rubino, Domenico: *El negocio jurídico indirecto*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

# PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS PARA UN NUEVO ENFOQUE DE LOS EFECTOS DE LA PRETERICIÓN (I)

---

Dra. Yanet Alfaro Guillén

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

## LA SUCESIÓN FORZOSA: PRESUPUESTOS DISTINTIVOS

LOS ANÁLISIS DE la calificación del sistema legitimario suelen tratarse atendiendo a su naturaleza o aspecto funcional con los tipos de sucesión, sin embargo, pueden esbozarse los presupuestos de la necesaria distinción:

*Sistema legitimario*: Es el modo en el que cada ordenamiento concibe la dinámica de la sucesión forzosa, atendiendo a su aspecto funcional, su contenido, su aspecto formal o material y a su cuantía o extensión.<sup>1</sup> Existen sistemas legitimarios romanos/*pars debita* o germanos/*pars reservata*; *pars hereditatis*, *pars valoris*, *pars valoris bonorum*, *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*, *pars bonorum* o puramente simbólicos.

Forma de sucesión, en cambio, alude al modo en el que llega a ofrecerse la herencia, por la delación voluntaria en sus modalidades contractual o testamentaria, la legal que dimana de la norma y la legitimaria que, en el sistema legitimario germano, dimana siempre de aquella, pero en el romano –según se cumpla o no el deber de legítima por el testador– tendrá como fuente la voluntad o la ley.

*Legítima* es la categoría que alude a la porción del patrimonio reconstruido tras la muerte del causante, respecto a la cual la norma impone al testador la obligación de destinarla a determinadas personas, según la ordenación de las categorías anteriores.

De la Cámara Álvarez<sup>2</sup> apuntó que la determinación de la naturaleza jurídica de la legítima tributa, en buena medida, a la solución de muchos de los problemas que, en torno a esta se plantean. Es así que resulta necesario estructurar las distinciones que siguen.

La legitimaria es, sin duda, una tercera forma de sucesión, distinta de la testada e intestada, porque se viabiliza mediante una delación propia o independiente y, no por ello, califica un sistema legitimario como de reserva

<sup>1</sup> Estos dos últimos indicadores de calificación han sido desarrollados en algunos estudios consultados, v.gr. Leonardo B. Pérez Gallardo: «Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa», en *Derecho de sucesiones*, t. 2, p. 240.

<sup>2</sup> Vid. Manuel de la Cámara Álvarez: *Compendio de Derecho sucesorio*, 2.ª ed., p. 177.

legal. Además se presenta con contenido, sujetos, efectos y fundamentos propios y muy distintos a los de las sucesiones testada e intestada.<sup>3</sup> De estos elementos, la delación resulta el de mayor trascendencia, por ser el estadio del *íter* constitutivo del derecho hereditario, cuya configuración distingue por excelencia los tipos de sucesión, al permitir la concreción del ofrecimiento de la herencia, a partir de la vigencia de un título sucesorio demostrativo.

## Delación legitimaria

Existe una delación legitimaria autónoma o *tertius genus* que individualiza este tipo de sucesión. En los casos de cumplimiento del deber de legítimas, el llamamiento surge de la voluntad del testador y, en los casos de incumplimiento, dimana de la norma, pero no llega a ser ni voluntaria ni legal. Aunque coexiste con una u otra, presenta las siguientes atipicidades:

*1. Opera de distinto modo, según se trate del modelo de legítimas de reglamentación negativa o del de reserva legal:*

1. En el de reglamentación negativa o de freno, la delación mana de un límite legalmente establecido a la libertad de testar.<sup>4</sup> De forma natural, dimana del cumplimiento del deber de legítimas (o sea, de la voluntad del testador) y de forma impuesta del ejercicio exitoso de las acciones protectoras de la intangibilidad cuantitativa de la legítima (de la ley). En el de reserva legal o germano, la delación legitimaria se produce *ipso facto* con la muerte del causante y proceden directamente, y en todos los casos, de la ley.

2. En el de reglamentación negativa o romano, la delación nunca tiene un contenido atributivo directo,<sup>5</sup> sino de mero llamamiento, mientras que en el sistema germano con la delación legitimaria, a la vez que se ofrece, se atribuye directamente. Así, en el sistema de reglamentación negativa, si se cumple el deber legitimario por el testador vía *mortis causa*, la delación se

<sup>3</sup> Resulta muy interesante el criterio de Ortega Pardo, al estructurar las peculiaridades de la sucesión forzosa, no con la intención de demostrar su independencia, sino de indicar las peculiaridades que cobra el legitimario desde su condición de heredero. Advierte como particularidades las relativas al título de la sucesión, la composición de la cuota legitimaria, el cálculo de su cuantía, las acciones de defensa de los derechos legitimarios, la imposibilidad de actuación volitiva del causante en la determinación de estos sucesores y su específica finalidad (Ortega Pardo: «Heredero testamentario y heredero forzoso», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, no. 2, 1950, pp. 321-361).

<sup>4</sup> *Vid.* Luis de Gásperi: *Tratado de Derecho hereditario*, t. 3, p. 428.

<sup>5</sup> Sin embargo, Ortega Pardo, sin negar la configuración de reglamentación negativa que tiene el sistema legitimario español, considera que, en su regulación, la legítima es atribuida directamente por la ley a título de herencia (*vid.* Ortega Pardo: *Op. cit.*, p. 349; y Peña Bernaldo de Quirós: «La naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. xxxviii-iv, 1985, p. 865).

concreta únicamente con la vigencia de un título sucesorio sin viabilizar la atribución legitimaria que deberá verificarse mediante posteriores negocios jurídicos de adjudicación. De cumplirse íntegramente este deber mediante actos *inter vivos*, no tendría lugar la delación forzosa porque el legitimario nada deberá adquirir por causa de muerte. En cambio, de incumplirse dicho deber y vulnerarse en todo, o en parte, los derechos de los legitimarios, la delación adecuada debe producirse a partir de la firmeza de las resoluciones judiciales que estimen las acciones de defensa, sin que con ello se produzca atribución alguna.

Sobre la adquisición legitimaria, Vallet de Goytisolo<sup>6</sup> ha dicho que, en el sistema de reserva legal, se produce automáticamente, mediante una vocación legal forzosa que no requiere aceptación, mientras que, en el sistema de reglamentación negativa, la adquisición de la legítima discurre por vías diferentes:<sup>7</sup>

a) La adquisición del derecho a la legítima dimana *ope legis*, surge *ipso iure* al fallecer el causante.

b) El surgimiento concreto del derecho para asegurar y obtener el contenido efectivo de la porción, solo surge concretamente cuando, por incumplir el causante su deber de otorgar las legítimas a su respectivo destinatario, o de respetarla, se produce su correspondiente supuesto de hecho. Así nacen los derechos de impugnación por causa de preterición, desheredación injusta, inoficiosidad cualitativa o cuantitativa y los derechos de reclamación del suplemento, de rescisión de donaciones inoficiosas, etcétera.

c) La adquisición del contenido material de la legítima puede derivar de uno o varios actos dispositivos del causante –*inter vivos* o *mortis causa*– o bien subsidiariamente de la ley, *praeter* o *contra tabulas* y, en este último caso, tiene lugar como consecuencia del ejercicio con éxito de los correspondientes derechos de impugnación o reclamación.<sup>8</sup>

*II. Este tertius genus de delación, a diferencia de las otras dos, opera como límite a la libertad de testar en los sistemas pars debita y, en consecuencia, difiere la titulación sucesoria por la que se produce el llamamiento legitimario, según se haya cumplido el deber de legítimas por el testador, o no:*<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Vallet de Goytisolo: «Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 3, 1986, pp. 835 y ss; y «Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, no. 1, 1972, p. 12.

<sup>7</sup> Vallet afirma, sin embargo, que la legítima, como conjunto de derechos que aseguran al legitimario su adquisición, procede ciertamente de la ley no solo en cuanto a su cuantía sino también a su contenido y es así que nace de ella y no de la voluntad del causante, cualquiera que sea el sistema legitimario de que se trate (Vallet de Goytisolo: «Atribución...», pp. 6-9.

<sup>8</sup> *Cfr.*, también, Vallet de Goytisolo: «Atribución...», p. 5.

<sup>9</sup> Fijado este argumento, es imposible coincidir con la tesis que al respecto sostiene Linares Noci porque este autor sostiene que, para validar la existencia de este tercer

1. Cuando el legitimario ha sido protegido por el testador, el título sucesorio en virtud del cual se inviste de la condición de sucesor (imprescindible en el modelo sucesorio romano, dados los presupuestos para que opere la sucesión *mortis causa*) es el testamento en el que ha sido instituido por cualquier título,<sup>10</sup> pero el contenido de su derecho dimana de la ley y no de la voluntad del causante, quien, en virtud de la anterior, se encuentra obligado a satisfacerlo. En la sucesión propiamente testamentaria, en cambio, los sucesores heredan exclusivamente por la voluntad del testador, tanto en el *quantum* como en el *nomen*, es decir no hay sino margen a la voluntad del causante para la ordenación de quién y cuánto hereda. Por su parte, en la sucesión intestada, es la norma, únicamente, la que dispone el contenido y los sucesores. Entonces, para formar un tipo de sucesión diferente, se mezclan elementos de las anteriores, de modo que, en la sucesión legitimaria, la voluntad del testador se limita por la norma a efectuar el llamamiento, o no, pero nunca tiene cabida en cuanto a su contenido y, por ello, una vez agotado el margen volitivo (se cumpla el deber legitimario o no), la norma es la que determina el curso de la sucesión.<sup>11</sup>

2. Cuando el legitimario ha sido preterido, debe concebirse que el título sucesorio que le permite investirse de la condición es la sentencia firme que estima las acciones por preterición y, luego, al igual que en el caso del legitimario protegido, el contenido de su derecho dimana de la norma. En este caso, tanto la delación como su contenido, proceden de la ley limitando la libertad de testar. Por su parte, cuando el legitimario resulta lesionado, pero no preterido, su titulación sucesoria dimana —en parte— de la voluntad del causante, conforme al apartado que antecede, y en parte de la ley, como ocurre con el preterido. No por ello se trata de una sucesión legal porque, en la legitimaria, el ordenamiento jurídico deja margen a esa intervención de la voluntad del causante en el sentido de elegir el modo en el que se va a desplegar la protección (por actos *inter vivos* o *mortis causa*, el cumplimiento del deber propio de legítima o de la institución de heredero o legatario).

---

género de sucesión *mortis causa*, en todo caso, habrá que admitir que el único título para satisfacer el derecho legitimario será el de «heredero legal», con lo cual comienzan a torcerse sus argumentos hasta concluir que: en consecuencia, estará preterido el legitimario «no solo cuando el testador dispusiera de la legítima a favor de extraños, sino además cuando lo hiciera en beneficio de los propios legitimarios»; ello en atención a la condición sucesoria exclusivamente legal que estos últimos ostentan. *Vid.* Linares Noci: «Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, no. 1, 1989, pp. 54 y ss; y «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, no. 588, 1988, pp. 1493 y ss.

<sup>10</sup> Nótese que también puede haberse satisfecho la legítima por actos *inter vivos* de modo que, en estos casos, el título por el que se dio cumplimiento al deber legitimario se identifica con el negocio jurídico realizado por el testador lucrativamente a favor del legitimario (donación, cesión, condonación, etcétera.)

<sup>11</sup> *Vid.* González Palomino, *apud* M. Rivera Fernández: *La preterición en el Derecho común español*, p. 224, quien afirma que no es obligación del testador atribuir beneficio alguno al legitimario, cuyo derecho no deriva del testamento, sino de la ley.

Visto de este modo, es posible afirmar que, si bien en la sucesión legitimaria el estatus jurídico-sucesorio de legitimario depende de la voluntad del causante, ello es solo en lo relativo a la especificación del título por el que se satisface su derecho, pero en cuanto a su contenido, no tiene intervención alguna la *voluntas testatoris* porque dimana íntegramente de normas de *ius cogens*.

La asimilación de los planteamientos anteriores no ha sido pacífica. En varios e interesantes trabajos, Vallet de Goytisolo, Ortega Pardo y Peña Bernaldo de Quirós abordan el tema con la óptica que identifica al tipo de sucesión con el tipo de sistema legitimario. El primero,<sup>12</sup> en crítica a trabajos precedentes de Ortega Pardo<sup>13</sup> y Peña Bernaldo de Quirós,<sup>14</sup> en los que estos autores planteaban que la legítima regulada en el Código civil «produce un llamamiento legal forzoso» a los legitimarios, afirma que, según ese criterio, la legítima que regula el ordenamiento español responde a los caracteres de la denominada legítima germana: delación legal forzosa a título de heredero. Califica este análisis de simplista sin llegar a ser justo ni práctico por su falta de flexibilidad. Concluye que

la legítima es una institución formada en la historia, como todas las del derecho privado, modelada en la vida, puesta en contacto leyes y práctica jurídica, que las ha interpretado y adecuado en su aplicación, para ajustar la voluntad del testador –ley de la sucesión– y la protección de los justos intereses de los legitimarios, mientras que la significación de un artículo no viene definida únicamente por su texto, sino por sus antecedentes morfológicos y funcionales, por su contenido histórico presente y decisivo para el redactor, de modo que el fenómeno hereditario hay que referirlo al ciclo de significaciones precisas que ha tenido durante siglos.<sup>15</sup>

Vallet de Goytisolo, anteriormente,<sup>16</sup> había dejado claro lo inapropiado de que, por el solo hecho de otorgar menos al preterido, en una reforma en la que redujeron los efectos de la preterición intencional, su atribución intestada, consecuente con la invalidación de la institución de heredero, se hubiese transformado en una delación legal forzosa, la que no operaría como consecuencia y complemento de la invalidación, sino como un preexistente llamamiento directo e inmediato.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Vallet de Goytisolo: «Apuntes de Derecho sucesorio», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, no. 2, 1951, p. 428; y «Aclaraciones...», p. 834.

<sup>13</sup> Ortega Pardo: *Op. cit.*, pp. 361 y ss.

<sup>14</sup> Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, pp. 849 y ss.

<sup>15</sup> Vallet descartó la autonomía de la sucesión legitimaria en las legislaciones forales (Vallet de Goytisolo: *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. 1, p. 531).

<sup>16</sup> Vallet de Goytisolo: «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 1, 1986, p. 44.

<sup>17</sup> Vallet niega la autonomía de la delación forzosa en los ordenamientos forales (Vallet de Goytisolo: «Los complementos de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 26, no. 1, 1973, p. 40).

Estos autores, aunque con posiciones encontradas, debaten la existencia de delación legitimaria propia, a partir de su traspolación a otro modelo o sistema legitimario. La posición de Vallet de Goytisolo posee elementos contundentes, al refutar la protección de los derechos de los legitimarios lesionados, desde la concepción germánica de la legítima en el contexto del Derecho español, y puede añadirse que es incluso forzado y desprovisto de antecedentes que lo justifiquen y de argumentos concluyentes en el orden teórico. Sin embargo, cosa distinta es la concepción de la dinámica de la sucesión legitimaria en este contexto y, cuando se pierde de vista esta distinción, el análisis resulta circundante y muy poco productivo. Nótese cómo en la última cita, este autor descarta la posibilidad de que se viabilice la atribución legitimaria, mediante la titulación que resulta de las acciones de invalidación, pero solo por trastocarlo con el llamamiento legal o directo.

Otras voces niegan la autonomía de la delación forzosa, algunas con el mismo afán de sostener su inviabilidad en el sistema legitimario de reglamentación negativa o de freno<sup>18</sup> y otras con diversos argumentos.<sup>19</sup> De

<sup>18</sup> V.gr., Alguer plantea que la delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual (allí donde se admite) y la legítima, y que el llamamiento forzoso es un límite puesto al llamamiento voluntario (Alguer: «Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho civil VI», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. xxxvii, 1931, pp. 132 y ss). Albaladejo sostiene que la sucesión legitimaria, generalmente, no funciona como otra nueva forma de adquirir los bienes junto a la testada e intestada, sino solo como un límite a la libertad dispositiva del causante, de modo que únicamente se adquieren por sucesión forzosa cuando no se respeta la legítima y, por tanto, el testamento es invalidado en cuanto se viole aquella, adquiriendo los legitimarios la legítima en ese concepto de sucesión forzosa (vid. Albaladejo: *Curso de Derecho civil*, vol. v, p. 9). Rivas afirma que el Código civil español sigue un sistema legitimario de freno y no regula como un modo de adquirir por herencia a las legítimas, sino que asegura a los legitimarios e impone, a las facultades dispositivas del causante, una pluralidad de limitaciones legales y relativas con el fin de que los parientes íntimos y su cónyuge puedan recibir del patrimonio o de la herencia, determinada cuota o un usufructo, respectivamente, bien por donación o por disposición testamentaria del causante, bien por sucesión intestada abierta en defecto de testamento o por ineficacia de sus disposiciones, pero no la atribuye directamente por una tercera vía sucesoria (Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones común y foral*, t. 2, 4.ª ed., p. 1412). Vid., además, Vallet de Goytisolo: *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. iv, 2.ª ed., pp. 32 y ss; Díez-Picazo y Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. iv, 10.ª ed., p. 417; Busto Lago: «Artículos 806 al 822», en *Comentarios al Código civil*, 3.ª ed.; García-Bernardo Landeta: «La preterición en nuestro Código civil después de la última reforma del artículo 814», en *Revista Jurídica del Notariado*, no. 50, 2004, pp. 43 y ss, y «Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia. Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002», en *Revista Jurídica del Notariado*, no. 44, 2002, p. 275; Bermejo Pumar: «Atribuciones legales (Legítimas, derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas)», en Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 5, vol. 3, p. 73; y Álvarez Nata: «Artículos 657 al 661», en Berco-vitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3.ª ed., p. 821.

<sup>19</sup> Claude Chiffle señaló que con la legítima no se trató de establecer una delación legal de la cuota, sino de determinar cuál era cuantitativamente la cuota debida (Vallet de Goytisolo: «Las Legítimas según Claude Chiffle», en *Anuario de Derecho Civil*, t. xxvii,

estas últimas, valga analizar los criterios de Linares Noci,<sup>20</sup> que descartan la independencia de la sucesión forzosa, a partir de la dinámica de la preterición.

En cambio, otros autores españoles se refieren al *tertius genus* que constituye la delación forzosa, partiendo de la interpretación de los artículos 806 y 807 del Código civil. Según Peña Bernaldo de Quirós,<sup>21</sup> el Código civil regula un especial llamamiento de herederos, diferente al voluntario y al intestado, pues se funda solo en la ley, pero no es supletorio, sino forzoso; es un llamamiento general primario y estas diferencias existen en la forma de producirse y en su régimen. Asimismo, dejó claro que no siempre se suscita por el imperio legal, sino también por el cumplimiento del deber legitimario, o sea, por voluntad del causante. En la misma línea, pero con un acercamiento totalmente distinto, González Collado<sup>22</sup> afirma que no es necesario acudir a la forzosa como un tercer tipo de delación porque el legitimario adquiere *ex lege* sin tener que aceptar nada y sin poder renunciar tampoco, teniendo este modo adquisitivo plena eficacia independiente de cualquier elemento voluntarista que pudiera servirle de base. Estos autores se aproximan bastante a la concepción de la independencia de la delación

---

fasc. III, p. 684). Polaco niega la autonomía de la sucesión forzosa por entender que las legislaciones modernas no conciben a la sucesión necesaria en el sentido romano de la adquisición *ipso iure* de la herencia aun en contra de la voluntad del heredero (*apud* Ortega Pardo: *Op. cit.*, p. 358). Roca-Sastre Muncunill descarta la existencia de delación forzosa al afirmar que la ley no defiende cuota legitimaria alguna, sino que la reserva preventivamente al legitimario (*vid.* L. Roca-Sastre Muncunill: «Casuística legitimaria en el régimen del Código civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, p. 588). Bolás Alfonso la descarta solo porque interpreta que la regulación de la reducción como efecto de la preterición obedece únicamente a la intención de asimilar los regímenes de la preterición y la desheredación (*vid.* Bolás Alfonso: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 25, p. 224). García-Bernardo descarta, además, este tipo de sucesión, cuando afirma que el título legitimario no es un título *mortis causa* con un contenido positivo por el cual se adquiera herencia o legado, sino una figura jurídica con contenido negativo de facultades de defensa solamente (García-Bernardo Landeta: *Op. cit.*, p. 48). Zárata del Pino la concibe inmersa entre las delaciones testada e intestada (Zárata del Pino: *Curso de Derecho de sucesiones*, p. 191). Con otro análisis, *vid.* Anido Bonilla: «Uruguay», en C. N. Armella (coord.), *Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España*, p. 904.

<sup>20</sup> *Vid.* nota 8.

<sup>21</sup> Peña, como fundamento de orden histórico, agrega que el legislador español no se inspiró en el romanismo de *Las Partidas*, sino en el Fuero Juzgo, Fuero Real y Leyes de Toro, que establecieron la legítima tal cual ha llegado hasta nosotros. Este autor enumera ocho elocuentes supuestos en los cuales se patentiza el carácter forzoso y especial del llamamiento legitimario porque en ellos prevalece el régimen jurídico de la sucesión forzosa con independencia del que corresponde a los llamamientos testamentarios o legales supletorios (Peña Bernaldo de Quirós: *Op. Cit.*, pp. 863 y ss).

<sup>22</sup> González Collado: «El legitimario no es sucesor», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 3, p. 539.

legitimaria, solo que sus puntos de partida se ubican en la regulación del sistema germano en el Código civil español. Ofrecen un análisis que estructura este llamamiento del tipo legal forzoso y, con ello, se debilitan sus argumentos porque se ha visto que la delación legitimaria, si bien estará determinada en todos los casos por su carácter forzoso, no siempre tendrá a la ley como fuente.

Lacruz Berdejo<sup>23</sup> estima que hay tres supuestos en los cuales cabe hablar de verdadera vocación legitimaria, distinta a la testada e intestada porque el llamamiento opera a favor de los legitimarios afectados y no de los restantes sucesores legales. Los supuestos que enumera este autor son:

a) En los casos de protección parcial, en los que el perjudicado tiene derecho a recibir el complemento de su porción por ley y contra el testamento.

b) En el caso de desheredación injusta, en el que se llama por ley al desheredado, en concurrencia con el llamamiento voluntario a los restantes sucesores.

c) En los casos de preterición intencional, según establece el Artículo 814 del Código civil español porque se reducen las disposiciones testamentarias y se produce, a favor del preterido, un llamamiento legal contra el testamento –sucesión forzosa– idéntico al del injustamente desheredado.

El citado autor, en análisis interpretativo del Artículo 806 del Código civil español, concluye que, si el testador no puede disponer de la legítima, evidentemente, el llamamiento procede solo de la ley y que así lo confirma el precepto, al explicar la causa de la indisponibilidad, de modo que concibe una reserva, una atribución directa.

Goyena Copello<sup>24</sup> concibe la independencia de la sucesión forzosa por medio de su ubicación como una soberana forma de suceder.

En otros estudios,<sup>25</sup> se aborda el tema sin tomar partido entre una u otra alternativa, pero con tributo a la autonomía de la sucesión forzosa desde distintos ángulos.

<sup>23</sup> Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho civil*, vol. II, pp. 35-37; y Lacruz Berdejo et. al.: *Elementos de Derecho civil*, vol. III, pp. 354 y 364-365.

<sup>24</sup> Goyena Copello: *Tratado de Derecho de sucesión*, t. 2, 2.ª ed., pp. 507 y ss.

<sup>25</sup> V.gr. Miquel afirma que, en caso de preterición, lo que falta no es un título sucesorio al heredero forzoso preterido porque la ley se lo da, sino, al testamento, una declaración de voluntad testamentaria, que la ley exige al testador como carga formal para garantizar que tome en cuenta a los hijos o descendientes legitimarios que, además de legitimarios, son herederos *ab intestato* de primer orden y grado (Miquel González: «Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad. Comentario a la STS de 23 enero 2001», en *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 9, 2002, p. 536). Con igual criterio, *vid.* Zannoni: *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4.ª ed., p. 556. Quince Fanjul señala que, tras la reforma legislativa de 1981 en España, la regulación actual, en sede de preterición, avanza con respecto a la anterior, pues, tras la nulidad de la institución de heredero, en cuanto afecte a la legítima, se abre la sucesión legitimaria y se crea un nuevo título de imputación sucesoria (Quince Fanjul: «Preterición: interpretación del art. 814.3 Cc», en *Revista jurídica*

## Contenido

El contenido de la legítima lo conforma, según lo posibiliten las codificaciones nacionales, una porción alícuota y solo activa del patrimonio reconstruido del causante, de modo que, para su debida composición, son insuficientes los activos que existen tras su muerte, y que a esos valores se imputa el de las posiciones jurídicas activas de las que en vida el causante fue titular, siempre que sean transmisibles *mortis causa*, aunque hayan sido enajenadas gratuitamente, mediante actos *inter vivos*, por el testador. Este engranaje resulta del desarrollo doctrinal de la legítima, pero el legislador no suele darle cobertura directamente, aunque siempre regula sus proporciones y sus acciones de defensa que, en buena medida, delatan indirectamente su integración.<sup>26</sup>

La magnitud de la sucesión legitimaria se extiende sobre cierta porción transmisible del patrimonio del causante, aunque esta no se haya convertido en herencia, lo que sintoniza con el fundamento de este tipo de sucesión y le aleja notablemente del contenido de las sucesiones testada e intestada, cuya integración es idéntica, y se suscita, únicamente, a partir de la conformación de la herencia, sin expectativa alguna de inclusión de bienes, derechos o acciones anteriores del causante.

Lacruz Berdejo<sup>27</sup> plantea que, aunque la sucesión universal y el derecho del legitimario se expresan en partes alícuotas de un todo, en cada caso, se trata de un todo absolutamente diferente. La vinculación de la legítima con el resto de las porciones integrantes de la herencia se diferencia de la de estas últimas entre sí. La distinción está dada, fundamentalmente, por la delimitación de la eficacia de las disposiciones del testador, hechas a cargo de la porción libremente disponible mediante el sistema de inoficiosidad y su trascendencia a la integración de la porción legitimaria, bajo la rectoría del principio de intangibilidad cuantitativa de esta última.<sup>28</sup>

---

*de Asturias*, no. 32, p. 119). Pérez Gallardo afirma que el legitimario es solo reconocido por el testador, su configuración es legal, no voluntaria, aproximándose así al heredero *ab intestato* (Pérez Gallardo: «Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia Nro. 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*, no. 42, junio-diciembre, 2011, p. 11).

<sup>26</sup> El Código español lo regula con cierta suficiencia en sus artículos 818 y 819, pero no alcanza la eficiencia del legislador argentino que, en su Artículo 3602, regula que: «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del artículo 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias».

<sup>27</sup> Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: *Op. cit.*, vol. II, p. 33.

<sup>28</sup> Bermejo Pumar: *Op. cit.*, pp. 36 y ss.

## Sujetos

Legitimarios, herederos forzosos, herederos especialmente protegidos son algunos de los nombres de los destinatarios de la legítima. Aunque pudiera presentarse como un elemento poco trascendente en el análisis que viene hilvanándose, si se atiende al contenido de estas instituciones, sí trasciende como nota distintiva con respecto a las sucesiones testadas e intestadas. En estas últimas, los causahabientes serán siempre sucesores *mortis causa* a título de heredero o legatario, según el caso, cuyos contenidos son invariables. En cambio, en la sucesión legitimaria, los causahabientes pueden ver satisfecho su derecho a título propiamente legitimario, de herencia, de legado o de beneficios que el causante haya dispuesto *inter vivos*. La condición general que les agrupa es la de legitimario. Las particularidades de la institución de heredero o legatario a favor del legitimario son ajenas a estas instituciones en las sucesiones testada e intestada.

Fernández Camus<sup>29</sup> revela que, en época que no ha podido precisarse, surge en la legislación romana un nuevo sistema que le reconoce a una categoría de herederos *ab intestato* derechos efectivos y reales sobre el patrimonio hereditario, y de los cuales no pueden ser privados, a no ser que concorra justo motivo.

Algunos autores españoles han concebido la ubicación subjetiva del legitimario como heredero a partir de la interpretación del Artículo 806 del Código civil, siguiendo el criterio interpretativo gramatical, mientras que otros, guiados por una exégesis integradora, advierten las notables diferencias entre los sujetos beneficiados con la sucesión forzosa y los herederos. En la primera posición,<sup>30</sup> se les concibe como herederos con el argumento fundamental de que ningún análisis de la doctrina moderna puede negar la

<sup>29</sup> Fernández Camus: *Varias conferencias sobre los principios fundamentales del derecho hereditario*, p. 168.

<sup>30</sup> V.gr. Ortega Pardo considera al legitimario irrefutablemente heredero por imperativa atribución legal de esa condición, aunque venga matizada por una serie de peculiaridades y protegida con unas garantías específicamente establecidas para asegurar el fin especial de la sucesión forzosa; así lo afirma, a pesar del criterio de determinación de la sucesión a título universal para la institución de heredero, por entender que el heredero forzoso constituye una excepción a esta regla (*vid.* Ortega Pardo: *Op. cit.*, p. 361; Valverde y Valverde: *Tratado de Derecho civil español*, vol. v, 3.ª ed., p. 219; Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, pp. 850 y ss; Fernández Hierro: *La sucesión forzosa: estudio sobre las legítimas y las reservas en derecho común y foral*, pp. 15 y ss). Espinar los considera una especie de herederos legales –Espinar Lafuente: *La herencia legal y el testamento (estudio doctrinal y de derecho positivo)*, pp. 330-335. En el criterio de la mayoría de estos autores, se encuentran enarbolados fundamentos históricos, lo que es comprensible teniendo en cuenta la repercusión que todavía tiene la Novela 115 de Justiniano, en cuanto al deber del testador de instituir heredero al legitimario, aunque, por fortuna, en la actualidad, esta incidencia se mantenga fundamentalmente en el ámbito de las disquisiciones teóricas. Desde el panorama del Derecho colombiano y del Derecho chileno, Suárez Franco y Rivera González, respectivamente, los consideran también herederos (*vid.* Suárez

condición legal del legitimario. En cambio, otros autores estiman un estado distinto de la cuestión, sobre la base de la imprecisión terminológica del indicado precepto, al llamarlos herederos forzosos, la que se patentiza con la posibilidad de satisfacer la legítima por cualquier título y con la no responsabilidad por deudas del causante a cargo de los legitimarios, previstas en los artículos 815 y 818, respectivamente, del mismo cuerpo legal. En este grupo, no ha sido uniforme la calificación de estos sucesores.<sup>31</sup>

Franco: *Derecho de sucesiones*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 306; y Rivera González: «Chile», en C. N. Armella, *Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España*, p. 344.

<sup>31</sup> Algunos autores simplemente descartan que se trate de herederos comunes *v.gr.*, Vallet asegura que la inexactitud de la terminología del Código español solo obedece a la supervivencia histórica de un concepto superado y ello impide, a su tenor, catalogar al legitimario como heredero (Vallet de Goytisolo: «Apuntes...», p. 442). Albaladejo plantea que llamar *herederos forzosos* a los legitimarios es inexacto porque pueden ser, también, donatarios, legatarios, etcétera (Albaladejo: *Op. cit.*, p. 377. *Vid.*, además, Puig Brutau: *Fundamentos de Derecho civil*, t. 5, vol. III, 4.<sup>a</sup> ed., pp. 9-11; A. Domínguez Luelmo: «Artículos 806 al 810», en *Comentarios al Código Civil*, p. 924; y Busto Lago: *Op. cit.*, p. 964). Otros los consideran sucesores a título particular, *v.gr.*, Roca Sastre y Puig Brutau opinan que, cuando el Código civil español se refiere a herederos forzosos, en lugar de legitimarios, incurre en una imprecisión terminológica que no debe perjudicar la doctrina que desarrolla y que la concepción de la legítima como derecho a una parte alícuota del saldo activo de la herencia permite reforzar la doctrina del legado de parte alícuota (Roca Sastre y Puig Brutau: *Estudios de Derecho privado*, pp. 188-189). González Palomino los considera sucesores a título singular por un llamamiento de cuota derivado directamente de la ley (González Palomino: «El acrecimiento en la mejora», en *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*, pp. 73-143). Por último, en un tercer grupo, se incluyen los que lo conciben como sucesores especiales, *v.gr.* Lacruz afirma que el legitimario es muy peculiar porque está dotado de poderes que le constituyen en un supersucesor, al poder reclamar en la herencia una participación mayor a la que le asignó el causante, cuya voluntad aquí es rectificadora y contradicha, pero sobre todo puede reclamar bienes o valores que ya no están en el patrimonio del causante, que salieron de ese en perjuicio de sus derechos; así, el legitimario, cualquiera que sea la terminología legal, es una persona que tiene derechos sobre el patrimonio del causante (Lacruz Berdejo et al.: *Op. cit.*, p. 365). López Beltrán los concibe como sujetos con un título especial que les atribuye derechos específicos (López Beltrán de Heredia: «Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, no. 585, 1988, p. 361); con igual criterio, Rivera Fernández: «Artículos 814 al 815», en Ana Cañizares Laso et al., *Código civil comentado*, vol. II, pp. 850-851; y Bermejo Pumar: *Op. cit.*, pp. 65 y ss. Desde el Derecho argentino, Goyena Copello los considera simplemente legitimarios (Goyena Copello: *Op. cit.*, t. 2, p. 196). Espejo afirma que la condición de legitimario modifica algunas consecuencias de la titulación de este tipo de sucesor: si es legatario, modifica las normas de prelación entre legatarios; si es heredero, modifica su responsabilidad ante reclamaciones de la legítima de otros legitimarios, en la medida en que afecte a su propia legítima, también su responsabilidad en legados y por deudas ordinarias, no por ser heredero queda el legitimario vinculado a los actos del causante lesivos de su derecho (Espejo Lerdo de Tejada: «Artículos 806 al 810», en Ana Cañizares Laso et al., *Código civil comentado*, vol. II, p. 774; y *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, pp. 370-371). Con criterio similar, Ruiz-Rico Ruiz-Morón: «Legítima y Mejora», en Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho civil IV*, 5.<sup>a</sup> ed., p. 581. Torres García los considera propiamente

En el presupuesto subjetivo de la sucesión legítima, se inserta la polémica –sin equivalencia en las sucesiones testada e intestada– en cuanto a los derechos que le asisten al legitimario, a partir de la muerte del causante, en tanto adquiera lo que, por legítima, le corresponde, cuando la obtiene por título distinto al de heredero. Como plantea Lacruz Berdejo,<sup>32</sup> se discute con fuerza si la condición de legitimario reporta a su titular derechos superiores a los que comporta el título sucesorio elegido por el causante. La discusión pasa, en lo fundamental, por la controversia de si, en estos casos, resulta titular de la posesión civilísima, teniendo en cuenta que no hay una titulación sucesoria hereditaria.

Vallet de Goytisolo<sup>33</sup> considera que la posición del legitimario instituido legatario es idéntica a la del legitimario heredero, en cuanto a la inmediata adquisición de la posesión de los bienes legados. Plantea que no existe inconveniente en que la sucesión posesoria tenga como destinatario a algún no heredero, como puede ser un legatario, teniendo en cuenta que la posesión se transmite *ipso iure* con la muerte del causante y no cabe interrumpirla, si hay personas designadas en testamento para hacerla efectiva.

El legitimario es un sujeto del Derecho de sucesiones, con regulación normativa propia –que responde, en el caso cubano, a la satisfacción de una necesidad social– y se yergue como categoría independiente con contenido determinado, integrado por un conjunto de acciones de defensa de su derecho que le son inherentes y reconocidas en exclusiva. Las facultades que integran la posición jurídica del legitimario lo dotan de una condición sucesoria propia y no dependen del título escogido por el causante para cumplir su obligación. Surgen, en cambio, del régimen imperativo y particular de la sucesión forzosa, cuya realización requiere la existencia de esas facultades de los sucesores. Así, se consolida el estatus del legitimario, a partir de las limitaciones al caudal en servicio de los sucesores forzosos, de modo que, si bien el conducto adquisitivo del legitimario será el escogido por el causante, sus materiales los establece la ley. Específicamente, estas facultades serán todas aquellas que le permitan la realización de su derecho, en lo fundamental las que conducen a la defensa por violaciones,<sup>34</sup> pero no se cir-

---

legitimarios, *vid.* Torres García: «La legítima en el Código civil», en Álvarez González *et al.*, *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, p. 315. En este grupo, pero con conclusión totalmente diferente, se inserta González Collado, cuando afirma que el legitimario no es sucesor, sino un simple adquirente *ex lege* (González Collado: *Op. cit.*, p. 534).

<sup>32</sup> Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: *Op. cit.*, p. 37.

<sup>33</sup> Vallet de Goytisolo: «Apuntes de derecho sucesorio», en *Anuario de Derecho civil*, vol. 5, no. 3, pp. 902-903. Con igual criterio, *vid.* Puig Brutau: *Op. cit.*, p. 15. En contra, *vid.* Domínguez Luelmo: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, p. 30.

<sup>34</sup> *Id.* Fornieles: *Tratado de las sucesiones*, t. 2, 3.<sup>a</sup> ed., p. 84.

cunscriben a estas.<sup>35</sup> Tenemos, entonces, que, con independencia del título atribuido por el testador, el legitimario será siempre titular de las acciones impugnatorias para complementar su porción, o recibirla íntegra en los casos de preterición e injusta desheredación, las que dimanen de la condición de comunero y de la titularidad de la posesión civilísima.

## **Efectos**

La sucesión forzosa tiene efectos positivos que, respecto al causante, son los referidos a la posibilidad de determinar el modo en que da cumplimiento a su deber legitimario como manifestación del principio de libertad de testar y, respecto a los legitimarios, están referidos a la posibilidad de adquirir la legítima. También provoca efectos negativos que, a diferencia de los primeros, son exclusivos de esta forma de sucesión y se producen cuando se vulneran, en todo o en parte, los derechos legitimarios por medio de las atribuciones insuficientes, las desheredaciones injustas o las pretericiones. Para cada uno de estos supuestos, los ordenamientos jurídicos prevén un conjunto de acciones protectoras,<sup>36</sup> que resultan de vital importancia a la hora de calificar el sistema legitimario de que se trate.

## **Fundamento**

La sucesión testamentaria tiene, como único fundamento, la voluntad del causante, en tanto la intestada traslada este fundamento, ajustado al respeto, a la presunta voluntad del causante,<sup>37</sup> sumado al general de la necesidad del Derecho de sucesiones. El materialismo dialéctico rompe la estática de estas concepciones y las traslada a la dinámica de la comunidad familiar.<sup>38</sup> En cambio, la sucesión legitimaria, según ha ido evolucionando, ha ajustado su fundamento, pero conservando siempre su esencia ética,

<sup>35</sup> Entiéndanse incluidas las mencionadas porque todas tienen que ver con la adquisición de la cuota legitimaria, en cuanto a su cómputo, integración, imputación y adjudicación.

<sup>36</sup> *V.gr.*, Acciones de nulidad y de suplemento, entre las que se encuentran las acciones de reducción y de rescisión, cada una concebida en función de la extensión de la lesión legitimaria.

<sup>37</sup> A esto, los juristas del siglo xvii y los codificadores franceses del siglo xviii lo llamaron: testamento tácito (Peral Collado: *Sucesión intestada*, pp. 9-10).

<sup>38</sup> Rojina sistematiza el fundamento de la sucesión intestada mediante el enlace de elementos biológicos, psicológicos, sociales, económicos y jurídicos, entendido el primero como la perpetuidad de la especie y el instinto de conservación; el segundo, en el orden de los afectos; el tercero, como la conservación de la familia, que es indispensable para la organización social; y los dos últimos, entrelazados indisolublemente (Rojina Villegas: *Sucesión legítima y problemas comunes a los testamentarios e intestados*; y Engels: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, pp. 22 y ss).

protectora de la familia,<sup>39</sup> primero, con más fuerza patrimonialista y, luego, social. En la actualidad, se va trasladando el sostén de este tipo de sucesión a la función asistencial con la que algunos ordenamientos, como el cubano, ya lo conciben y deviene importante tutela a la incapacidad, la discapacidad y la minoridad.<sup>40</sup> No obstante, el fundamento de la sucesión *mortis causa* no es inmutable; por el contrario, con su evolución, se va reajustando a las nuevas exigencias que provee de cobertura.

### Precisiones finales

El sistema legitimario permite concebir el funcionamiento de la sucesión legitimaria de manera que, entre ambas categorías, existe una relación interactiva a modo de género (sucesión legitimaria)-especie (sistema legitimario), pero nunca de equivalencia. En los modelos de corte romanista, la sucesión forzosa limita la libertad del testador en cuanto a la disponibilidad de la porción legitimaria a favor de quienes no sean los sujetos que la norma indica, pero ello no implica que su contenido sea solo negativo, y su ámbito restringido a la sucesión testamentaria descartando su funcionamiento como tercer tipo de sucesión. En estos sistemas, la sucesión forzosa también tiene un contenido positivo: conceder al causante la elección de la vía para cumplir su deber, cuya violación sí pone en curso, nuevamente, efectos negativos que se concretan mediante las acciones de defensa de los lesionados. El resultado exitoso de estas acciones también deriva consecuencias positivas en cuanto a la titulación y adquisición del lesionado o preterido. La concepción de este sistema, restringida a una limitación de la libertad testamentaria, sin posibilidad de su autónomo funcionamiento, deja inconcluso el régimen jurídico de la sucesión forzosa e, indebidamente, tutelado al sucesor, sobre todo si se impone al legitimario la conminación de procurarse, en la intestada, el título sucesorio que no le otorga el testador, bajo el infundado presupuesto de «ser esa la única vía satisfactiva del preterido en un sistema de este tipo».<sup>41</sup> El modelo que adopte el sistema no riñe con su autonomía, solo que esta funcionará en dependencia de ello, tal cual sucede en el sistema romano, tanto cuando el testador cumple su deber de legítima, como en los casos de incumplimiento, de modo que su independencia no se reduce a justificar una mejor propuesta de defensa ante las violaciones. Es así que el legitimario, en su posición jurídica, encuentra tanto facultades negativas de impugnación o

<sup>39</sup> Vid. Fernández Camus: *Op. cit.*, p. 176; y Álvarez Coperochipi: *Curso de Derecho hereditario*, pp. 167 y ss.

<sup>40</sup> Pérez Gallardo: «El Derecho de sucesiones en cifras: Recapitulación y pronósticos», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 39, p. 736.

<sup>41</sup> García-Bernardo Landeta: «Preterición formal y material y nulidad de la institución», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 22, no. 2, p. 350.

defensa, como positivas de titulación y adquisición. Ello resuelve, en gran medida, los conflictos que colman al régimen jurídico del sucesor forzoso, sobre el que confluyen diversas titulaciones sucesorias, cuando se niega la valía de la que es legitimaria.

Pueden colegirse, además, los presupuestos distintivos de la sucesión legitimaria a la que, en cada ordenamiento civil, corresponderá un sistema legitimario cuya identificación permita determinar su funcionamiento.<sup>42</sup> Como tipo de sucesión, se integra siempre a la testamentaria o a la intestada porque, a diferencia de estas últimas, no opera nunca en exclusiva, sino en el contexto de una u otra, según el testador haya cumplido su deber legitimario, o no. A las ya vistas distinciones, se adicionan un conjunto de instituciones propias de este tipo de sucesión, como la mejora, el derecho al suplemento, la desheredación<sup>43</sup> y el especial funcionamiento del acrecimiento sucesorio.<sup>44</sup>

La independencia de la legitimaria, como forma de sucesión, no obedece a criterios injustificados ni mucho menos intrascendentes. Por el contrario, resulta sustentable, en el orden técnico, a partir del esbozo de los argumentos anteriores y trasciende a una protección más efectiva de los derechos legitimarios que, en los sistemas romanos –por operar como límite a las libertades del testador y no como forma de atribución directa– requieren un replanteamiento urgente.

Rivera Fernández,<sup>45</sup> en este orden de ideas, afirma que «[...] lo más razonable sería definir la situación jurídica del legitimario. Con ello se simplificaría enormemente la posición de los herederos forzosos en el ámbito de los conflictos sucesorios». Añade que, si se opta por crear un nuevo título sucesorio, como puede ser el de legitimario, se debe dotar de contenido, al igual que ocurre con los títulos de heredero y legatario, pero, en ningún caso, dejar apuntada su creación, como hace el párrafo primero del Artícu-

<sup>42</sup> Por ejemplo, la sucesión legitimaria en Cuba pertenece al sistema romano, de reglamentación negativa o de freno y es, a su vez, de tipo *pars bonorum*. Con independencia del modelo del que se trate, igual calificación puede hacerse en todo ordenamiento jurídico que conciba las legítimas.

<sup>43</sup> Nótese que las sucesiones testada e intestada también tienen instituciones y principios propios, que coadyuvan a sus autonomías, *v.gr.*, legado, sublegado, sustitución, revocación, albaceazgo, etcétera, y representación, principio de exclusión de grados..., respectivamente.

<sup>44</sup> *Vid.* Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, pp. 866-867.

<sup>45</sup> Este autor parte de entender que, con la previsión de efectos reductores de la preterición, se está atribuyendo al legitimario un título sucesorio que no es testamentario ni intestado, pero del que la ley no establece aún su régimen específico (Rivera Fernández: *La preterición en el...*, pp. 415-416; y «30 de enero de 1995. Preterición no intencional de hijo o descendiente extramatrimonial. Usufructo universal del cónyuge viudo. Cautela sociniana. Reducción de legado inoficioso. Indefensión», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, no. 38, p. 763.

lo 814 del Código civil español y, seguidamente, no configurar su régimen jurídico.

En efecto, la autonomía del título sucesorio legitimario requiere la regulación de su contenido, pero parece ya hecho en la propia norma, cuando regula el contenido de la legítima, identifica a los legitimarios y establece sus acciones de defensa.

A igual conclusión se acercó Espejo Lerdo de Tejada,<sup>46</sup> al afirmar que la legítima puede concebirse como título sucesorio, con consecuencias propias, que no excluye la existencia de otro título, sucesorio o no, a favor del legitimario y que le otorga una posición sucesoria no asimilable a ninguna otra. Concluye que este título funciona autónomamente para impugnar los actos lesivos de la legítima y, luego, justificar la adquisición de la porción que corresponde a los legitimarios.<sup>47</sup> Dicho autor defiende este criterio con mayor alcance que otros, pero centrado, fundamentalmente, en justificar la viabilidad de la legítima en la sucesión intestada y su autonomía solo en los casos de infracciones cuantitativas a la legítima, sin acudir a todos los presupuestos necesarios.

La mayoría de los códigos civiles latinoamericanos debieron estar impregnados por este criterio de independencia de la sucesión forzosa, al articular el sistema de efectos de la preterición, a partir de su adquisición, directamente derivada de las acciones de impugnación de los actos violatorios de su derecho, sin preverse la nulidad testamentaria. Es así que M. Ferrer<sup>48</sup> dice que el único presupuesto para el ejercicio de la acción de reducción es la prueba de la lesión legitimaria, previa demostración del vínculo familiar entre causante y lesionado, sin que sea necesaria la acreditación de título sucesorio.

<sup>46</sup> Espejo Lerdo de Tejada: «Artículo 658», en Domínguez Luelmo (coord.), *Comentarios al Código civil*, p. 773; «Artículos 806...», p. 775; y *La legítima...*, pp. 363 y 369-370.

<sup>47</sup> En la doctrina española, se han producido otros acercamientos al tema. Ilustraron al respecto Peña Bernaldo de Quirós y Ortega Pardo, pero desde análisis más centrados en la condición sucesoria del legitimario (*vid.* Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, pp. 849-907; y Ortega Pardo: *Op. cit.*, pp. 321-361). Recientemente, otros autores, como Domínguez Luelmo, Torres García y Reverte Navarro, lo han abordado solo en los supuestos de violaciones legitimarias (*vid.* Domínguez Luelmo: *El pago...*, p. 27; Torres García y Domínguez Luelmo: «La legítima en el Código civil I», en Gete-Alonso y Calera, *Tratado de Derecho de sucesiones...*, vol. 2, p. 1850). En trabajo precedente, esta autora coincide con el criterio de De la Cámara, en cuanto a que se produce una delación legitimaria autónoma en los supuestos de la legítima del cónyuge viudo, pero este último autor la niega en el resto de los casos –*vid.* «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», en *Derecho de sucesiones: presente y futuro*, p. 190; y De la Cámara Álvarez: *Op. cit.*, p. 199. Además, Torres García estima que la reforma que introduce la Ley No. 11, de 13 de mayo de 1981, a los preceptos del Código civil, avala la autonomía de la sucesión forzosa (*vid.* Torres García: *Op. cit.*, p. 305; y A. Reverte Navarro: «Reflexiones sobre la legítima en el Código civil», p. 4146).

<sup>48</sup>  *Vid.* F. A. M. Ferrer: «Artículos 3591 al 3638», p.171.

Los artículos 467 y 509.1 y 2 del Código civil cubano (CCC) y 658, 912.1 y 2 del español no constituyen verdaderos obstáculos porque:<sup>49</sup>

– Los artículos 467 y 658<sup>50</sup> son reguladores de los tipos de sucesión positivamente, pero omiten a la legitimaria como tercera forma de sucesión, sin que esta omisión sea invalidante porque, en artículos posteriores (492 al 495 del CCC y 806 y ss. del español), se regula de forma específica, por lo que resulta enteramente viable en ambos ordenamientos. Son preceptos

<sup>49</sup> No ha sido este el criterio seguido por Vallet, cuando, en interpretación del Artículo 658 del Código civil español, predecesor del 467 cubano, refiere que no hay sucesión legal forzosa (Vallet de Goytisolo: *Aclaraciones...*, p. 839) y reitera su criterio, cuando afirma que, en el régimen del Código civil, solo existen dos formas de delación hereditaria: la testamentaria y la intestada porque así resulta de los artículos 609 (referente a los modos de adquirir), 658 y 913 que, además, muestran el carácter subsidiario de la segunda respecto a la primera (*vid. Observaciones...*, p. 68, y *Atribución...*, p. 16). En sentido contrario, Peña sostiene que, aunque los artículos 658, 609 y 1009 del Código civil español parecen contradecir la existencia de un tercer modo de deferirse la herencia, deben ser entendidos como los demás preceptos que, respecto de las distintas relaciones jurídicas, establecen que estas han de regirse por el correspondiente negocio jurídico y rige lo que llama régimen primario inderogable de la relación jurídica. Estima, en este orden, que la sucesión forzosa forma parte de este régimen primario inderogable y aplicable, haya testamento o no, de forma tal que, existiendo testamento, el régimen de la sucesión viene integrado por:

a) Las normas imperativas y, entre estas, las que precisan el régimen de los herederos forzosos.

b) Las normas válidas establecidas por el testador.

c) Las normas dispositivas supletorias de la voluntad del testador, entre las que pueden estar las de la sucesión *ab intestato*.

Al no existir testamento, el régimen de la sucesión se integra por el imperativo primario de la sucesión forzosa y el legal supletorio, fundidos con primacía de las normas del primero (*vid. Peña Bernaldo de Quirós: Op. cit.*, pp. 868-869). Con similar criterio de integración con primacía, *vid. Albaladejo: Op. cit.*, p. 9. Lacruz sostiene que, si bien el significado de los artículos 658 y 912 del Código civil español es innegable, el hecho de que la adquisición del legitimario no figure entre esos como parte de los modos de suceder, no quiere decir que se opere siempre, y necesariamente, por medio de las sucesiones testada e intestada, sino que no existe una sucesión necesaria como regla general, ni tampoco con caracteres unitarios, en cambio, sí hay supuestos en los que el legitimario adquiere los bienes que integran su legítima por vías distintas de la testada y la intestada: por obra de la ley (*vid. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: Op. cit.*, p. 35; y Lacruz Berdejo *et al.: Op. cit.*, p. 364). Recientemente, en sus comentarios del Artículo 658, vuelve a disentir Martín Pérez, cuando plantea que, a partir de su redacción, queda descartada la autonomía de la sucesión forzosa en el ordenamiento español (*vid. Martín Pérez: «Artículo 658», en Cañizares Laso (coord.), Código civil comentado, vol. II, p. 245*).

<sup>50</sup> Espejo asegura que el Artículo 658 del Código civil español omite la legítima como tercer tipo de sucesión, por su actuación preponderante en la sucesión testamentaria como límite al testador. Concluye que el carácter clasificatorio general del precepto impide que en este se funde la vigencia o inexistencia de derecho alguno (Espejo Lerdo de Tejada: «Artículo...», pp. 773-774). Al respecto, discrepa Martín Pérez, al considerar que el precepto no contiene una mera clasificación y que su alegación sí puede estar fundada (Martín Pérez: *Op. cit.*, p. 245).

enunciativos o clasificadores, pero no restrictivos de otras posibles modalidades. En Cuba, se vislumbra una situación paralela en el caso de la imprevisión del contenido atípico de testamento, en la correspondiente norma de carácter general (*vid.* Artículo 476) y, luego, en otros específicos, se regulan atipicidades particulares en las disposiciones testamentarias (*v.gr.*, Artículo 469.2).

– Los artículos 509 y 912 son enunciativos de la apertura de la sucesión intestada. No impiden nada, solo viabilizan su procedencia, sin que pueda estimarse que están formulados bajo el sistema de *numerus clausus*.<sup>51</sup> Por el contrario, se muestran como el resto de los preceptos informados por el método normativo dispositivo propio del Derecho civil. Se puede entender que, en sus primeros apartados, omiten la excepción de la nulidad de la cláusula de institución de heredero operada por preterición, tras lo cual solo se debe abrir la *ab intestato*, cuando, satisfecha la legítima y cobrados los legados, si los hay, quede aún herencia por transmitir. La falta de previsión de la recalificación de la condición sucesoria de los instituidos, unida a la fatídica imperatividad de la fórmula anulatoria, impide evitar la apertura de la sucesión intestada, para encauzar la transmisión del contenido hereditario que quede tras la adquisición de la legítima.<sup>52</sup>

Finalmente, la delación legitimaria opera siempre que existen sujetos con derecho a la porción de la que el causante no puede disponer libremente, haya otorgado testamento o no. No solo en los casos en los que el testador haya incumplido su deber y, por tanto, no haya ofrecido titulación alguna al legitimario, sino también cuando lo atribuye. En el primer caso, ha sido más valorada su utilidad y más nítida su autonomía. Téngase en cuenta que, aun cuando se satisface el derecho legitimario, en todo o en parte, la titulación surge de la voluntad del causante o, en su defecto, de la ley, pero el contenido y los efectos de ese llamamiento están imperativamente regulados por la norma, lo que le confiere autonomía y relevancia.

<sup>51</sup> En este orden de ideas, Gete-Alonso y Calera e Hidalgo García estiman que el Artículo 912 del Código civil español omite supuestos de apertura de la sucesión intestada, pero, no por ello, deja de encauzarse esta sucesión, cuando los omitidos se tipifican (Gete-Alonso y Calera: «Artículo 912», en Cañizares Laso (coord.), *Código civil comentado*, vol. II, p. 1206, e Hidalgo García: «Artículo 912», en Domínguez Luelmo, *Comentarios al Código civil*, pp. 1019-1020).

<sup>52</sup> El Artículo 806 del Código civil peruano resuelve este escollo con la recalificación de la condición sucesoria de los instituidos por el testador, tras la satisfacción de la legítima, para que estos adquieran el sobrante a título de legado, descartando con ello la apertura de la sucesión intestada: «La preterición de uno o más herederos forzosos, invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos. Luego de haber sido pagada ésta, la porción disponible pertenece a quienes hubieren sido instituidos indebidamente herederos, cuya condición legal es la de legatarios». Así, a la vez que propicia una adecuada protección legitimaria, preserva la voluntad del testador.

Es, entonces, una delación compleja por la variedad de manifestaciones y de fuentes.

## **EL SISTEMA LEGITIMARIO CUBANO**

### **Función asistencial de la sucesión legitimaria en Cuba**

Tras la entrada en vigor del CCC, en 1987, se produce un contundente viraje en la esencia de muchas de las instituciones que regula. De los regímenes legales que establece este cuerpo normativo, puede que uno de los más invadidos por la reforma haya sido, precisamente, el legitimario. El antecesor Código civil español, extensivo a Cuba desde 1889 y con casi un siglo de vigencia en territorio cubano, establecía un sistema de legítima con el histórico arraigo de su concepción primigenia: la preservación de una conducta ética entre las personas con vínculos consanguíneos cercanos, con trascendencia a la conservación del patrimonio familiar dentro de la familia.

De una rápida lectura de los artículos 492 al 495, únicos dedicados al régimen que me ocupa, pudiera pensarse en el destierro normativo del sistema legitimario en Cuba. En primer orden, por la positivista simplificación de sus instituciones, expresada en la reducción de los preceptos ordenadores, la omisión de figuras fundamentales y las imprecisiones de la regulación actual. También por el cambio denominativo de sus instituciones, al suprimir toda referencia a la nomenclatura tradicional y sustituirla por la de herederos especialmente protegidos. Por último, pudiera coadyuvar a esta aparente conclusión la transición de la legítima cubana al régimen asistencial, como fundamento de esta forma de sucesión.

Justo en esto último radica el principal viraje operado en el ordenamiento cubano, a partir de 1988. La influencia de las codificaciones civiles en los países de Europa del Este determinó tal estado de cosas y, en este sentido, Pérez Gallardo<sup>53</sup> indica que el legislador cubano no hizo más que asimilar la preceptiva rusa, influida, a su vez, por otros códigos de aquella. El carácter asistencial lo determina la incorporación de los requisitos de dependencia económica, respecto al causante, e inaptitud para trabajar como presupuestos para el despliegue de la especial protección legitimaria, conjuntamente con el requerimiento de consanguinidad o relación conyugal.

Sin embargo, como se verá, estas modificaciones incorporaron nuevos matices a la sucesión legitimaria en Cuba, sin llegar a abolir la estructura del régimen anterior. Ello, lejos de constituir una ventaja, a la vez que nos permite afirmar la existencia de la regulación legitimaria en Cuba, nos coloca ante un verdadero quebradero de cabeza porque, en esta concurrencia

<sup>53</sup> Pérez Gallardo: «Los herederos...», p. 257.

de regímenes, el legislador cubano empleó hilos tan cortos que no permiten conducir una interpretación exitosa por sus longitudes, que conlleven a una solución satisfactoria a partir de la *ratio legis*. En este sentido, Pérez Gallardo<sup>54</sup> señala que «el resultado ha sido cual un implante de órganos vitales que agudiza el estado de salud, ya quebrantado de por sí, del receptor».

Siguiendo a este autor, se puede afirmar que, en el CCC, existe la previsión de la sucesión legitimaria<sup>55</sup> porque:

- Los herederos especialmente protegidos (HEP), al amparo del Artículo 492, constituyen un freno a la libertad de testar, igual que los legitimarios.<sup>56</sup>
- Los HEP deben ser atributarios de una parte del acervo patrimonial del testador y no de una cuota en concepto de alimentos.
- La parte que corresponde a los HEP asciende a la mitad del patrimonio del causante, porción similar a algunos ordenamientos legitimarios e igual a otros.
- La cuota que corresponde a los HEP puede satisfacerse por el causante por título distinto al sucesorio.
- Como todas las normas jurídicas que, en otros ordenamientos, tutelan la legítima, las cubanas son de *ius cogens*.

El nuevo régimen, desde su mero enunciado por la norma vigente, produce interrogantes que no contesta el articulado, en lo fundamental referidas a la determinación del momento en el que han de ser medidos los requisitos de dependencia económica e inaptitud para trabajar; a la renunciabilidad a la condición legitimaria y a la viabilidad de las causales de incapacidad relativa o indignidad sucesoria. Cada uno de estos tópicos amerita detallados análisis, pero, al solo efecto ilustrativo se abordarán, someramente, a continuación.

## Características

El sistema legitimario que regula el Código civil de 1987 tiene las siguientes características:

1. Es de tipo asistencial. Se traslada su fundamento a la asistencia de quienes pueden ver comprometida su supervivencia, tras el fallecimiento de un ascendiente, descendiente o cónyuge, lo que refuerza el contenido ético del deber legitimario.

Con la implantación del régimen asistencial, se produce en Cuba una restricción subjetiva en la sucesión legitimaria por la incorporación de requi-

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp. 261 y ss.

<sup>56</sup> Entre ambos sujetos, la diferencia fundamental viene a ser que la adquisición de la condición de HEP se viabiliza a través del cumplimiento de los requisitos de determinado vínculo consanguíneo y de dependencia económica respecto al causante por inaptitud para trabajar.

sitos que reducen el número de beneficiarios. El Artículo 493.1 del CCC regula que «son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes: [...]», y quedan establecidos los requisitos de asistencia por el enlace de una conjunción copulativa. Tal estado de cosas supone que no basta que uno u otro, a pesar de que pudieran perfectamente tipificarse de forma exclusiva, se ponga de manifiesto, sino que se requiere que la dependencia económica de los legitimarios respecto al causante se produzca por su incapacidad para trabajar.<sup>57</sup>

2. Es una legítima de arraigo romano y, por tanto, en atención a su aspecto funcional, pertenece al sistema de reglamentación negativa o de freno, que opera como una *pars debita* que el testador está obligado a atribuir a determinados sujetos.

3. La cuantía o extensión de la porción legitimaria la determina el ordenamiento jurídico en todos los casos y en ambas dimensiones: global e individual, y establece una cuantía alícuota e invariable para la primera, quienesquiera que sean los legitimarios, y la regla de la equidad para la segunda.<sup>58</sup>

4. A tenor de la interpretación del Artículo 494 del Código civil, puede ser satisfecha por cualquier título. Ello constituye un tributo legislativo a la preservación, aun en un sistema de legítimas, de la libertad de testar.

5. Según su contenido, es una legítima *pars bonorum*, lo que constituye una derivación de la característica anterior.

<sup>57</sup> La Sentencia No. 189, de 31 de marzo de 2003, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, del Tribunal Supremo Popular (SCA-TSP), estima como HEP a la viuda del testador porque cumplía ambos requisitos, además del conyugal; el segundo considerando de la Sentencia No. 75, de 31 de marzo de 2009 (SCA-TSP), expresa que «[...] la doctrina científica al estudiar [el] instituto de los herederos especialmente protegidos [...] demanda además la dependencia económica del causante y la no aptitud para trabajar –lo que le incorpora cierto carácter transitorio–, de tal suerte que esta especial protección no existe por el solo hecho del nacimiento ni por la formalización o reconocimiento judicial del matrimonio, o sea no es suficiente el vínculo parental o marital, es indispensable el cumplimiento de dos requisitos o requerimientos legales a saber [...]» y el segundo considerando de la Sentencia No. 296, de 29 de abril de 2005 (SCA-TSP), valora que «[...] al haberse fundado el fallo de la sentencia impugnada en el hecho de no haberse acreditado que en la recurrente concurrían los requisitos para que le alcance la condición de heredera especialmente protegida que concede el artículo cuatrocientos noventa y tres inciso uno del Código civil, al no demostrarse su dependencia económica con el testador, e incapacidad para trabajar, puesto que la misma en la actualidad recibe el veinticinco por ciento del salario que percibía como trabajadora, al aplicársele la resolución número seis de mil novecientos noventa y seis, tras diagnosticársele la enfermedad que padece de artritis reumatoide, que por otra parte, no se afirma [que] la incapacite para dedicarse a otras labores que estén fuera de las excluidas, según el resultado del peritaje médico realizado; con base en el amparo escogido, era obligado a aceptar tales presupuestos de hechos [...]».

<sup>58</sup> Vid. artículos 492 y 493, apartado segundo, del CCC.

6. Por su extensión o cuantía, se presenta como una legítima larga, en tanto comprende la mitad del patrimonio del causante.

7. Opera como una limitación a la facultad dispositiva del causante, que no se restringe a los actos *mortis causa*, sino que confina, igualmente, las actuaciones gratuitas del causante por actos *inter vivos*.<sup>59</sup> No obstante, tiene naturaleza *mortis causa* porque constituye un modo de adquirir la propiedad por causa de muerte.

8. Está articulado mediante normas de *ius cogens* que garantizan la rectoría del principio de intangibilidad de la legítima en los órdenes cuantitativo y cualitativo. Así, los artículos del 492 al 495 del CCC constituyen una manifestación del método imperativo en el ordenamiento de este tipo en Cuba.

9. Es una legítima de concurrencia o colectiva porque tienen derecho a percibirla todos aquellos sujetos que el CCC concibe como legitimarios sin prelación, excepto en el primer grupo, que corresponde a los descendientes porque, en él, sí se impone el inciso a) del Artículo 493.1 que, a partir del segundo grado en esta línea, concurren solo en caso de premuerte de los del primero.<sup>60</sup> Esta característica, como se verá, luego, incide en la determinación de los efectos de la total vulneración de la legítima.

10. No tiene cabida alguna en la sucesión intestada,<sup>61</sup> según las previsiones normativas, por cuanto se concibe exclusivamente en la sucesión testamentaria ex artículo 492 y siguientes, sin que las normas reguladoras de la *ab intestato* configuren su contenido, efectos, nomenclatura ni atisbo alguno que viabilice en su terreno este tipo de sucesión. De este modo, incurre el legislador en una omisión de aciaga trascendencia, por cuanto desnaturaliza el sistema asistencial con que concibe a la sucesión forzosa y su carácter concurrente o colectivo, razonamiento que queda claro, si se atiende a que son distintos los llamados sucesorios *ab intestato* y los legitimarios. Así, tenemos que, en la sucesión intestada, los HEP, en caso de ser descendientes, cónyuges o padres con especial protección adquirirán porciones iguales al resto de los sucesores legales que no ostenten tal condición, y, además, pudieran no recibir nada, si se trata de ascendientes a partir del segundo grado, en caso de que existan parientes más próximos, por la aplicación de la exclusión de grados que informa a la sucesión sin testamento. A esto, Cobas Cobiella y Pérez Gallardo<sup>62</sup> le han llamado una de las más connotadas antinomias del Código civil.

<sup>59</sup> Vid. artículos 378 a) y 530 del CCC.

<sup>60</sup> Vid. Artículo 493.

<sup>61</sup> Vid. segundo considerando de la Sentencia No. 180, de 15 de marzo de 2005 (SCA-TSP; y Caravía Díaz: «Efectos de la preterición de herederos en el ordenamiento civil cubano: ¿Reforma necesaria o pretensiones vanidosas?» (versión digital), p. 98.

<sup>62</sup> Pérez Gallardo y Cobas Cobiella: «A una década de la promulgación del Código civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto», en *Temas de Derecho sucesorio cubano*, p. 70.

11. El cónyuge adquiere su porción legitimaria en propiedad, igual que el resto de los legitimarios. Ello constituye un reflejo de uno de los principales cambios operados, tras la entrada en vigor del CCC, consistente en la ostensible mejora sucesoria del cónyuge supérstite.

## **Desaciertos fundamentales**

### ***En cuanto a la concepción general del régimen legitimario***

Del estudio de las características anteriores, salta la primera de las deficiencias del sistema legitimario cubano, relativa a su circunscripción a la sucesión testada. En otro orden, pueden enumerarse las siguientes:

1. Indebida concepción de la colación hereditaria por cuanto no se relacionan los bienes colacionables ni el modo de hacerlo, no se regula la facultad de dispensar, aunque esta laguna no implica su prohibición y, como colofón, inexplicablemente, se prevé en la sucesión intestada.<sup>63</sup>

2. Omisión de la facultad de desheredar.

3. Prelación en la condición de HEP para el primer grupo, que corresponde a la línea recta descendiente.

### ***En cuanto al régimen de protección en particular***

En este sentido, se consideran deficiencias del sistema legitimario cubano las siguientes:

1. Indebida equiparación de los efectos de la preterición en los supuestos de violación de la legítima global e individual.

2. Efecto nulificante de la institución de herederos ante todos los supuestos en los que se estime la preterición. Esto, junto al enunciado del Artículo 509 a), ha contribuido a que se asuma la apertura de la sucesión intestada como consecuencia directa<sup>64</sup> y, en esta, se adjudique al HEP solo la cuota *ab intestato*; por esta razón, puede que no alcance a adjudicarse lo que, por su condición,

<sup>63</sup> Vid. Artículo 530, apartado segundo, del CCC.

<sup>64</sup> Vid. cómo, en el único considerando de la Sentencia No. 120, de 28 de febrero de 2005 (SCA-TSP), la sala refleja que, por derivación de la precedente nulidad de la cláusula de institución de heredero testamentaria, se produjo la apertura de la sucesión intestada, solo como elemento de hecho y no de Derecho incorporado a la resolución judicial: «[...] lo cierto es que por sentencia firme se dispuso la nulidad del acto jurídico consistente en testamento notarial contenido en la escritura número [...] otorgada [...] por el hecho de haberse infringido lo concerniente a la designación del heredero especialmente protegido, en este caso un hijo menor de edad, por lo que intrascendente resulta que con posterioridad a la firmeza de dicha sentencia dicho menor hubiere abandonado el país definitivamente pues, para entonces ya había surtido todos los efectos legales en cuanto a la nulidad del mencionado instrumento, abriéndose así la sucesión intestada como en efecto fue verificado, alcanzando por tanto tal nulidad a los actos realizados en virtud del instrumento declarado nulo, en este caso, el acto jurídico de aceptación y adjudicación de herencia contenido en la correspondiente escritura, respecto al cual se interesó su nulidad en el presente proceso [...]».

le ha de corresponder, teniendo en cuenta la expectativa de concurrencia a la legítima cubana que difiere de la que opera en la intestada y su composición.

3. Omisión normativa en cuanto a las acciones para hacer efectiva la reducción de legados. Se establece la validez de estos en cuanto no excedan la parte de libre disposición, dejando un espacio al mantenimiento de la voluntad del causante que, aunque en el orden teórico, resulta positivo, dada la falta de regulación del modo de hacer efectiva la reducción unida a la actual interpretación de los efectos de la preterición, no logra desplegar con adecuado alcance la tuición para la que fue prevista. Además, la asimilación de la reducción de los legados violatorios de la legítima, de acuerdo con la interpretación vigente, resulta muy compleja, pues, si la nulidad de la institución de herederos deriva a la apertura de la sucesión intestada, no es consecuente para la propia norma, ni para la doctrina jurídica, que la reducción de los legados que excedan la parte de libre disposición se efectúe, si no es para los casos en que de toda la herencia se haya dispuesto a título particular.

4. Omisión normativa en cuanto al destino de los legados que exceden la parte de libre disposición.

5. Indebida alusión al derecho de representación, regulado en el Artículo 495.2, como vía por la que acceden a la legítima los descendientes de los HEP que han premuerto; esta es una forma de suceder exclusiva de la sucesión intestada y, en este caso, participa en la regulación de la legítima. Establece el precepto indicado que la cláusula de institución de herederos mantiene su validez, cuando el preterido premuere al testador, sin haber dejado descendencia con especial protección. Se reafirman dos elementos de suma relevancia en este precepto. A pesar de su desafortunada formulación: se valora adecuadamente la importancia de la institución de herederos, haciéndola sobrevivir al supuesto de hecho que se enuncia y, acto seguido, se reconoce la condición personalísima con que debe acudir a la sucesión legitimaria. Sin embargo, empañando los aciertos anteriores, indebidamente, el mismo precepto, en su párrafo segundo, permite el acceso a los descendientes de todo legitimario preterido premuerto que reúnan las condiciones de especial protección, en franca colisión con la prelación que contiene el Artículo 493 del mismo cuerpo legal, en el que solo se concibe, con dicha condición, a los descendientes de los hijos.

6. Omisión normativa de la protección de HEP *cuasi* póstumos, o sea, los que nacen en el período que media entre el otorgamiento del testamento y la muerte.

7. Omisión normativa de los efectos definitivos de la preterición o de la forma en la que se hace efectiva la atribución de legítima al preterido.

8. Con tal estado de cosas, puede sostenerse la existencia de una verdadera crisis en el sistema de protección legitimaria que establece el CCC,

que requiere la acuciosidad de los planteamientos teóricos en torno a esta forma de sucesión como premisa de su superación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel: *Curso de Derecho civil*, vol. v, 9.<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2008.
- Alguer, J.: «Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho civil VI», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. xxxvii, Barcelona, 1931.
- Álvarez Coperochipi, José A.: *Curso de Derecho hereditario*, Civitas, Madrid, 1990.
- Álvarez Nata, Natalia: «Artículos 657 al 661», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- Anido Bonilla, Raúl: «Uruguay», en Cristina N. Armella (coord.), *Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España*, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995.
- Bermejo Pumar, María Mercedes: «Atribuciones legales (Legítimas, derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas)», en J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t. 5, vol. 3, Civitas, Madrid, 2005.
- Bolás Alfonso, Juan: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 25, Madrid, 1983.
- Busto Lago, José M.: «Artículos 806 al 822», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- Caravia Díaz, Elena: «Efectos de la preterición de herederos en el ordenamiento civil cubano: ¿Reforma necesaria o pretensiones vanidosas?» (trabajo de diploma), Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2009 (versión digital).
- De Gásperi, Luis: *Tratado de Derecho hereditario*, t. 3, TEA, Buenos Aires, 1953.
- De La Cámara Álvarez, Manuel: *Compendio de Derecho sucesorio*, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 1999.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. iv, 10.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- Domínguez Luelmo, Andrés: «Artículos 806 al 810», en *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- \_\_\_\_\_ : *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Engels, Federico: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Prensa Libre, La Habana, 1961.
- Espejo Lerdo de Tejada, Manuel: «Artículo 658», en Andrés Domínguez Luelmo (coord.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- \_\_\_\_\_ : «Artículos 806 al 810», en Ana Cañizares Laso et al., *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Navarra, 2011.
- \_\_\_\_\_ : *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Espinar Lafuente, Francisco, *La herencia legal y el testamento (estudio doctrinal y de Derecho positivo)*, Bosch, Barcelona, 1956.

- Fernández Camus, Emilio: *Varias conferencias sobre los principios fundamentales del derecho hereditario* [s. e.], La Habana, 1928.
- Fernández Hierro, José Manuel: *La sucesión forzosa: estudio sobre las legítimas y las reservas en derecho común y foral*, Comares, Granada, 2004.
- Fornieles, Salvador: *Tratado de las sucesiones*, t. 2, 3.<sup>a</sup> ed., EDIDR, Buenos Aires, 1950.
- García-Bernardo Landeta, Alfredo: «La preterición en nuestro Código civil después de la última reforma del Artículo 814», en *Revista Jurídica del Notariado*, no. 50, 2004, pp. 43 y ss.
- \_\_\_\_\_ : «Preterición formal y material y nulidad de la institución», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 22, no. 2, Madrid, 1969.
- \_\_\_\_\_ : «Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia. Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002», en *Revista Jurídica del Notariado*, no. 44, Madrid, 2002.
- Gete-Alonso y Calera, María del C.: «Artículo 912», en A. Cañizares Laso (coord.): *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Navarra, 2011.
- \_\_\_\_\_ : «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», en *Derecho de sucesiones: presente y futuro*, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2006.
- González Collado, Sergio: «El legitimario no es sucesor», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 3, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.
- González Palomino, José: «El acrecimiento en la mejora», en *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio*, Madrid, 1946.
- Goyena Copello, Héctor R.: *Tratado de Derecho de sucesión*, t. 2, 2.<sup>a</sup> ed. actual. y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- Hidalgo García, Santiago: «Artículo 912», en A. Domínguez Luelmo, *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- Lacruz Berdejo, José Luis y Francisco de A. Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho civil*, vol. II, José María Bosch, Barcelona, 1973.
- Lacruz Berdejo, José Luis et al.: *Elementos de Derecho civil*, vol. III, María Bosch, Barcelona, 1993.
- Linares Noci, Rafael: «Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, no. 1, Madrid, 1989.
- \_\_\_\_\_ : «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 64, no. 588, Madrid, 1988.
- López Beltrán de Heredia, Carmen: «Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 64, no. 585, Madrid, 1988.
- M. Ferrer, Francisco A.: «Artículos 3591 al 3638», en F. A. M. Ferrer y G. Medina (coordinadores): *Código civil comentado*, t. 2, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- Martín Pérez, José Antonio: «Artículo 658», en A. Cañizares Laso (coord.), *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Navarra, 2011.

- Miquel González, José María: «Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad. Comentario a la STS de 23 enero 2001», en *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 9, Madrid, 2002.
- Ortega Pardo, G.: «Herederero testamentario y heredero forzoso», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, no. 2, Madrid, 1950, pp. 321-361.
- Peña Bernaldo de Quirós, Manuel: «La naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. xxxviii-iv, octubre-diciembre, Madrid, 1985.
- Peral Collado, Daniel A.: *Sucesión intestada*, actual. por G. de Vera Sánchez, Félix Varela, La Habana, 1998.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: «Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia Nro. 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*, no. 42, La Habana, junio-diciembre, 2011.
- \_\_\_\_\_ : «El Derecho de sucesiones en cifras: Recapitulación y pronósticos», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 39, Madrid, 2009.
- \_\_\_\_\_ : «Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa», en *Derecho de sucesiones*, t. 2, Félix Varela, La Habana, 2004.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. y María E. Cobas Cobiella: «A una década de la promulgación el Código civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto», en *Temas de Derecho sucesorio cubano*, Félix Varela, La Habana, 1997.
- Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho civil*, t. 5, vol. III, 4.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1991.
- Quince Fanjul, José Antonio: «Preterición: interpretación del art. 814.3 Cc», en *Revista Jurídica de Asturias*, no. 32, 2008.
- Reverte Navarro, Antonio: «Reflexiones sobre la legítima en el Código Civil», en J. M. González Porras y F. P. Méndez González, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004.
- Rivas Martínez, Juan José: *Derecho de sucesiones común y foral*, t. 1 y 2, 4.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- Rivera Fernández, M.: «Artículos 814 al 815», en Ana Cañizares Laso *et al.*: *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Navarra, 2011.
- \_\_\_\_\_ : «30 de enero de 1995. Preterición no intencional de hijo o descendiente extramatrimonial. Usufructo universal del cónyuge viudo. Cautela sociniana. Reducción de legado inoficioso. Indefensión», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, no. 38, Madrid, 1995.
- Rivera González, María E.: «Chile», en C. N. Armella (coord.), *Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España*, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995.
- Roca-Sastre Muncunill, Luis: «Casuística legitimaria en el régimen del Código civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, 1988.

- Roca Sastre, Ramón M. y José Puig Brutau: *Estudios de Derecho privado*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- Rojina Villegas, Rafael: *Sucesión Legítima y problemas comunes a los testamentarios e intestados*, JUS, México, 1945.
- Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julia: «Legítima y mejora», en F. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho civil IV*, 5.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- Suárez Franco, Roberto: *Derecho de sucesiones*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 1996.
- Torres García, Teodora F.: «La legítima en el Código civil», en Santiago Álvarez González (coord.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, Madrid, 2009.
- Torres García, T. F. y Andrés Domínguez Luelmo: «La legítima en el Código civil I», en M. del C. Gete-Alonso y Calera, *Tratado de Derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. 2, Civitas, Navarra, 2011.
- Valverde y Valverde, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, vol. v, 3.ª ed., Cuesta, Valladolid, 1925-1926.
- Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans: «Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 3, Madrid, 1986.
- \_\_\_\_\_ : «Apuntes de Derecho sucesorio», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, no. 2, Madrid, 1951.
- \_\_\_\_\_ : «Apuntes de Derecho sucesorio», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 5, no. 3, Madrid, 1952.
- \_\_\_\_\_ : «Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, no. 1, Madrid, 1972.
- \_\_\_\_\_ : *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. iv, 2.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1992.
- \_\_\_\_\_ : «Las legítimas según Claude Chiffle», en *Anuario de Derecho Civil*, t. xxvii, fasc. iii, Madrid, 1974.
- \_\_\_\_\_ : «Los complementos de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 26, no. 1, Madrid, 1973.
- \_\_\_\_\_ : «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 1, Madrid, 1986.
- \_\_\_\_\_ : *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. 1, Civitas, Madrid, 1982.
- Zannoni, Eduardo: *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Zárate del Pino, Juan Belfor: *Curso de Derecho de sucesiones*, Palestra, Perú, 1998.

## EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CUBA

---

Dra. Teresa Delgado Vergara  
profesora titular de Derecho civil  
Universidad de La Habana

**N**O ES PRECISO ser jurisconsulto para definir que el contrato de compraventa es aquel por el cual una persona (vendedor) transmite a otra (comprador) el derecho de propiedad sobre un bien, a cambio del cual, este último deberá pagar un precio en dinero. Así, cualquier lego en materia contractual puede percibir que es el contrato más común para satisfacer las necesidades propias del tráfico de bienes. Ya afirmaba Hamel que «El contrato de venta figura, por su importancia social y su frecuencia, en el primer rango de los contratos civiles [...]».<sup>1</sup>

Antes de la aparición del dinero, el trueque utilitario era el medio usual y primigenio de satisfacer las necesidades.<sup>2</sup> En algunas épocas del desarrollo de la humanidad, determinados bienes, como el ganado, cumplieron la función de medida de valor y medio de cambio. Cuando aparece el dinero, se sustituye paulatinamente esta permuta por la compraventa.

Históricamente, la compraventa evoluciona en cuatro fases:

1. Compraventa manual.

2. Aparece el *pactum reservatii dominii*.

3. Caracterizada por la vinculación obligatoria consensual (la típica compraventa, reconocida en muchos ordenamientos jurídicos, entre ellos, el nuestro), que precisa de otro acto para que se produzca el efecto traslativo, como lo es la *traditio*.

4. La compraventa aparece como un contrato con efecto real, en el que basta la fuerza del consentimiento para que el comprador se convierta en propietario.

Más allá de las raíces latinas de la regulación de la compraventa, en los ordenamientos modernos de corte romano-francés, las influencias de las economías contemporáneas y el auge de las tecnologías han dotado de nuevos rasgos a este contrato. Así, se imponen las siguientes tendencias:

a) Estandarización de las ventas de bienes muebles, en el llamado tráfico de masa, con la fabricación de productos, por parte de las grandes empresas, y su comercialización, mediante contratos tipo o condiciones

<sup>1</sup> Hamel: «Vente, contrats civil», en Planiol y Ripert, *Traité pratique de droit civil*, p.1.

<sup>2</sup> Sin embargo, existen teorías acerca de que la donación es la forma primitiva del cambio, entendida como donación que se hacía esperando reciprocidad. (García Cantero: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. 19, pp. 7 y ss).

generales que propician el paso de la contratación por negociación a la contratación por adhesión.

b) Modificación de conceptos jurídicos básicos que repercuten en los sistemas de responsabilidad civil por incumplimiento contractual y por daño aquiliano, con la consiguiente proximidad entre el derecho de consumo y las instituciones contractuales tradicionales.

c) Propensión a la elaboración de normas uniformes regionales e internacionales encaminadas a unificar el tratamiento que impone un mundo globalizado.

d) Inclinação a la formalización documental pública de las ventas inmobiliarias u otras que, por su importancia económica, así lo ameriten.

## DE SU NATURALEZA Y ELEMENTOS

Es un contrato consensual en principio, puesto que se perfecciona con el mero consentimiento de las partes.<sup>3</sup> Es principal, oneroso –generalmente conmutativo– bilateral, típico, nominado y, aunque normalmente sea de consumación inmediata, podría serlo de consumación sucesiva, si, por ejemplo, se pacta que el precio sea pagado a plazos. El Artículo 334 del Código civil (CC) regula que «por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador, mediante su entrega y este a pagar por él determinado precio en dinero».

El legislador cubano dejó claro que, para nuestro ordenamiento, se trata de un contrato con efectos obligatorios y no reales, ya que dependerá de la entrega de la cosa, la consecuencia traslativa del dominio, tal como se proclama en el Artículo 178 del CC: «La propiedad y demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión y la usucapión. La transmisión se consuma mediante la entrega o posesión».

### Sujetos del contrato

Los sujetos del contrato son el vendedor y el comprador. Si el bien no es propiedad del enajenante, podría producirse la figura de la evicción, con la consiguiente responsabilidad de saneamiento, a cargo del vendedor y a favor del comprador.<sup>4</sup>

Existen limitaciones para determinados sujetos que no pueden adquirir ningún bien por compra e, incluso, tampoco, por otra forma de transmisión. Es el caso del tutor respecto a su pupilo; los apoderados, en relación con

<sup>3</sup> Digo *en principio* pues, como se ha dicho y se verá, existen excepciones. Frecuentemente, la compraventa de bienes inmuebles debe formalizarse en escritura pública.

<sup>4</sup> *Vid. infra* lo referente a las obligaciones del vendedor.

los bienes que tengan en administración; los notarios y el personal judicial, los relacionados con el ejercicio de sus funciones o asuntos en los que intervengan, entre otros casos previstos en el Artículo 338 del CC. Esta prohibición tiene como objetivo evitar que se produzca la figura del autocontrato,<sup>5</sup> además del contenido axiológico que le es inherente, teniendo en cuenta que la prohibición deriva de la relación profesional o de subordinación que se manifiesta en los sujetos, a los que se les impide la realización del contrato traslativo de dominio.

### Obligaciones de las partes

a) **Obligaciones del vendedor.** El vendedor está obligado a entregar el bien al comprador, a conservarlo hasta que la compraventa se efectúe,<sup>6</sup> y a garantizar la posesión legal y pacífica del bien vendido. Esta garantía se concreta en una obligación denominada *de saneamiento* que, a su vez, abarca dos modalidades: por evicción y por vicios o defectos ocultos.

– *Saneamiento por evicción.* La palabra *evicción* deriva del latín *evincere*, que significa «vencer». Por tanto, se define como el acto que, mediante sentencia firme, despoja, total o parcialmente, a un adquirente del bien adquirido, en virtud de un mejor derecho alegado por un tercero.

Una vez despojado el comprador del bien que había adquirido, no queda indefenso, pues nace, para él, el derecho a ser saneado por la evicción sufrida. Entre esta y el saneamiento, existe una relación de causa-efecto. El saneamiento es la obligación que tiene el vendedor<sup>7</sup> y el derecho del comprador a que se le repare la pérdida sufrida, restituyéndole el valor de lo perdido e indemnizándole por los perjuicios que le causó esta situación.

Por ello, esta obligación de sanear completa la obligación principal del vendedor (transmitir la propiedad), puesto que es la vía para garantizar, en última instancia, la validez y legitimidad del acto realizado, y la posesión legal y pacífica del bien transmitido. Para que proceda el saneamiento, es necesario que concurren varios requisitos:

- Sufrir una perturbación de derecho.
- Tal perturbación ha de tener una causa anterior o contemporánea a la venta.
- Debe ser una perturbación inminente, cierta y actual.
- El comprador tiene que citar al vendedor al juicio de evicción.

<sup>5</sup> La prohibición general del autocontrato se halla en el Artículo 63 del CC.

<sup>6</sup> El efectivo traspaso de la propiedad solo se produce con la entrega del bien al comprador (CC, Artículo 178).

<sup>7</sup> Esta obligación es común a otros contratos traslativos del dominio, como la permuta, al igual que la otra modalidad del saneamiento, o sea, por vicios ocultos que se establecen en varios contratos.

- La evicción debe declararse mediante sentencia firme.
- El despojo tiene que estar dispuesto por resolución judicial firme.<sup>8</sup>
- La obligación de sanear consiste en la restitución del precio pagado, el reintegro de los gastos y costas de los procesos seguidos y los gastos del contrato, si el comprador los hubiese pagado.

El Artículo 342 del CC prohíbe la posibilidad de pactar la supresión de la garantía por evicción, o sea, es nulo todo pacto que exima al vendedor de la responsabilidad de sanear por esta causa.

– *Saneamiento por vicios o defectos ocultos*. Un vicio o defecto oculto consiste en una anomalía física en la cosa específica objeto del contrato, lo cual la diferencia de las demás de su especie y la hace poco apta o completamente inútil para la finalidad que está llamada a cumplir. También, en este caso, deben concurrir determinados requisitos para que proceda el saneamiento:

- El vicio ha de ser oculto (los vicios aparentes no dan lugar a responsabilidad). Se considera *oculto* el vicio cuando no está a la vista de forma manifiesta y ostensible, y esto significa que, por su intrascendencia externa, no pueda ser conocido por el adquirente. *A priori*, no tiene relevancia que el vendedor conozca o no, pues la responsabilidad de este es objetiva y responde, aunque no sepa de la existencia de los vicios (si los conoce, su responsabilidad se agrava).

- Debe ser anterior al contrato o que exista, al menos en su germen, al perfeccionarse el contrato, aunque su desarrollo sea posterior.

- Ha de ser de entidad tal que perjudique la utilidad propia de la cosa. En dependencia de la gravedad del vicio, el comprador podrá optar por ejercitar la acción redhibitoria o resolutoria (permite la resolución del contrato), o la acción *quantim minoris* (favorece solo una disminución del precio). El saneamiento por vicios ocultos no tiene lugar en las ventas efectuadas en ferias o subastas públicas, ni en las de mercancías enajenadas como defectuosas, de desecho, usadas o en desuso.

b) **Obligaciones del comprador**. La principal obligación del comprador es el pago del precio pactado. También, debe pagar los gastos de formalización del contrato y recibir el bien objeto de la venta.

*Elementos reales*. Los elementos reales son: el bien que se enajena y el precio que se da a cambio de este. La existencia del dinero es un elemento indispensable en este contrato, el distintivo, respecto a la permuta. No obstante, pueden existir compraventas con precio parcialmente en especie, y permutas con complemento dinerario.

<sup>8</sup> CC, artículos 341-345.

## De la forma del contrato

Se ha dicho que es innecesaria una forma especial para la perfección del contrato, dada su consensualidad. Pero existen supuestos especiales de forma *ad solemnitatem*.<sup>9</sup>

Generalmente, son solemnes los contratos de compraventa que recaen sobre bienes inmuebles u otros de especial significación.<sup>10</sup> Más adelante, examinaré su manifestación en nuestro ordenamiento jurídico.

## LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS EN LA LEGISLACIÓN CUBANA (1959-2011)

La política social de la Revolución cubana marcó un cambio en el sistema de contratación inmobiliaria en el país. El Artículo 21 de la Constitución y los artículos 156 al 159 del CC reconocen la propiedad personal sobre bienes precisos para satisfacer necesidades materiales y espirituales, entre los cuales, obviamente, se ubica la vivienda. Esta, en Cuba –por múltiples razones, como la necesidad habitacional–, se ha convertido en uno de los bienes más preciados y de mayor importancia económica, de forma tal que, en la práctica, la mayoría de los litigios y trámites notariales se sitúan, directa o indirectamente, en ese entorno. Su transmisibilidad, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, ha sido regulada por leyes especiales, dado el matiz político e ideológico de que es objeto el asunto y la relevancia económica antes aludida.

### Ley de reforma urbana

La Ley de reforma urbana de 1960 constituyó, sin duda alguna, uno de los mayores hitos jurídicos del proyecto revolucionario. La regulación de la compraventa de vivienda con intervención estatal benefició a una gran parte de la población cubana que, en virtud de ella, pudo adquirir tales bienes, mediante un contrato con el Consejo Superior de la Reforma Urbana, el cual expedía un título documental inscribible. El precio de venta fue fijado atendiendo al año de fabricación del inmueble (*vid.* artículos del 9 al 15, fundamentalmente). El 29 proscribió cualquier modo de transmisión sin la previa y expresa autorización de los consejos de la reforma urbana, y concedió al Estado el derecho de tanteo, al mismo tiempo que sancionó la nulidad de los contratos otorgados con infracción de esta norma, y la consecuente pérdida de la titularidad.

<sup>9</sup> F. de Castro: *El negocio jurídico*, p. 277.

<sup>10</sup> Por solo citar dos ejemplos de Derecho comparado, *vid.*, respectivamente, los artículos 1802 y 1767 de los códigos civiles de Chile y Ecuador.

### **Ley No. 48 de 1984**

En 1984, se promulga la Ley general de la vivienda, que autorizó la transferencia de la propiedad a los llamados usufructuarios onerosos y ocupantes legítimos con la entrega, en propiedad, de las viviendas que, en lo sucesivo, se asignaran por el Estado para esos fines; y legalizó situaciones de hecho en la ocupación de la vivienda que, hasta entonces, no habían tenido solución jurídica, mediante un proceso que convirtió en propietarios a más de 750 000 familias.

En cuanto a la compraventa civil entre particulares (la que me ocupa), el Artículo 70 alude a este negocio y a la donación, sin denominarlas como tal, sino que, de manera genérica, se refiere a toda cesión que no sea permuta y, por ende, reconoce la preminencia de este último contrato, dadas las circunstancias económico-jurídicas prácticas.<sup>11</sup>

### **Ley No. 65 de 1988**

Con apenas cuatro años de vigencia de la Ley No. 48, el cuarto *por cuanto* de la que se llamó *Nueva Ley general de la vivienda*, para diferenciarla de su aún joven antecesora, proclamó la procedencia de «reordenar las regulaciones contenidas en dicha ley e incorporar otras nuevas que la experiencia práctica aconsejan establecer, tendentes a fortalecer el control que el Estado debe ejercer sobre las operaciones alrededor de la vivienda, así como a definir la decisiva participación estatal en la solución del problema habitacional en el país». En su último *por cuanto* declaró que la

propiedad personal de la vivienda debe entenderse en el verdadero sentido de esa forma de propiedad en las condiciones concretas de construcción del socialismo en nuestro país, es decir, esencialmente como el derecho de disfrutar de una vivienda por el propietario y su familia, sin pago alguno después de abonar su precio, sin que en ningún caso pueda el derecho de propiedad personal de la vivienda convertirse en un mecanismo de enriquecimiento ni de explotación.

<sup>11</sup> Artículo 70. «Cuando se trate de ceder la propiedad de una vivienda por una vía que no sea la permuta, ya sean viviendas adquiridas por lo dispuesto en la presente ley o las que desde antes hayan sido propiedad del que pretenda cederla, la cesión deberá realizarse ante notario público por el precio que acuerden las partes o sin precio alguno y previa autorización de la correspondiente dirección provincial de la vivienda, que tendrá derecho a subrogarse en lugar y grado del adquirente y recibir la propiedad de la vivienda para el Estado, abonando al vendedor el precio legal establecido en la presente ley menos el importe de la parte del precio de la vivienda que estuviera pendiente de pago, en su caso. La transmisión de propiedad de una vivienda con arreglo a lo estipulado en este artículo estará gravada con el impuesto sobre trasmisión de bienes inmuebles».

Se acentúa aquí la tendencia al control estatal sobre cualquier contrato traslativo de dominio, en especial la compraventa y donación.<sup>12</sup>

### **Decreto-Ley No. 233/2003**

Estas disposiciones especiales contenidas en la Ley general de la vivienda fueron modificadas por el Decreto-Ley No. 233/2003, en una suerte de giro de tuerca favorable al control administrativo. Reguló que «la compraventa de viviendas sólo es posible a favor del Estado, que representado por las direcciones municipales, adquirirá las que le sean ofrecidas en venta, abonando a sus propietarios el precio legal establecido».<sup>13</sup> Insertó, además, requisitos para la donación y, con ello, continuó la propensión al intervencionismo del Estado, presente en todas estas normativas, y en las sucesivas resoluciones que, desde 2000 (con la Resolución No. 400, contentiva del Reglamento para permutas), impusieron la autorización administrativa, como requisito de

<sup>12</sup> Artículo 70. «Cuando se trate de transmitir la propiedad de una vivienda por compraventa o donación, deberá realizarse ante notario por el precio que acuerden las partes o sin precio alguno y previa autorización de la correspondiente dirección provincial de la vivienda, que tendrá derecho de tanteo para adquirirla en propiedad para el Estado, abonando al propietario el precio legal establecido en la presente ley, menos el importe de la parte del precio que estuviera pendiente de pago, en su caso. La transmisión de propiedad de una vivienda con arreglo a lo estipulado en este artículo estará gravada con el impuesto sobre transmisión de bienes inmuebles. Se faculta al Instituto Nacional de la Vivienda para regular el procedimiento para la transmisión de la propiedad de la vivienda y establecer los casos en los cuales el Estado otorgará la aprobación de la cesión o ejercerá el derecho de tanteo a su favor».

<sup>13</sup> El Artículo 1 del Decreto-Ley No. 233, de 2 de julio de 2003, modificativo de la Ley general de la vivienda, dio al ya archimencionado Artículo 70 la siguiente redacción: «La transmisión de la propiedad de una vivienda por donación se realizará ante notario público, previa autorización de la dirección municipal de la vivienda del territorio donde se encuentre ubicada, que la autorizará siempre que se promueva a favor de:

a) familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad;

b) cónyuges o excónyuges siempre que el matrimonio tuviera una duración de dos años o más, o se haya tenido hijos en común durante el mismo; y

c) convivientes que de forma ininterrumpida hayan vivido con el donante durante diez años o más. Las donaciones de viviendas, solares yermos y del derecho de uso de azoteas a favor del Estado se realizarán [...] directamente ante el representante de la dirección municipal de la vivienda donde esté situado el inmueble, sin necesidad de autorización previa. La compraventa de viviendas sólo es posible a favor del Estado, que representado por las direcciones municipales de la vivienda adquirirá las que le sean ofrecidas en compraventa, abonando a sus propietarios el precio legal establecido en la presente ley o, en su caso, el que a esos efectos determine el Ministerio de Finanzas y Precios, menos el importe de la parte del precio que estuviera pendiente de pago, en su caso. La transmisión de la propiedad de una vivienda con arreglo a lo estipulado en este Artículo estará gravada con los impuestos correspondientes, excepto si se realiza a favor del Estado. Se faculta al Instituto Nacional de la Vivienda para regular el procedimiento para la transmisión de la propiedad de la vivienda por compraventa o donación».

legitimación, elevado al rango de elemento de validez del negocio para las permutas de viviendas.

## **LUCES Y SOMBRAS DE LA REGULACIÓN VIGENTE DESDE 2011**

Llega el año 2011, marcado por los debates que los Lineamientos del Congreso del Partido Comunista de Cuba suscitaron en todo el país y que, en el centro de mira de las expectativas en materia jurídica, colocaron la autorización de la compraventa de inmuebles (y también de vehículos), a partir del reconocimiento que hace este documento político (en su número 297) de la necesidad de flexibilizar los actos de transmisión de la propiedad de la vivienda, cuando dice: «Establecer la compraventa de viviendas y flexibilizar otras formas de transmisión de la propiedad (permuta, donación y otras) entre personas naturales. Agilizar los trámites para la remodelación, rehabilitación, construcción, arrendamiento de viviendas y transferencia de propiedad, con el objetivo de facilitar la solución de las demandas habitacionales de la población».

El 10 de noviembre de 2011, entra en vigor el Decreto-Ley No. 288, modificativo de la Ley No. 65 (de 23 de diciembre de 1988), Ley general de la vivienda que, después de 23 años de vigencia, ya había perdido el calificativo de «nueva». El propio decreto-ley, en sus *por cuanto*, reconoce que la experiencia alcanzada por la Ley No. 65 y otras regulaciones, así como la necesidad habitacional, aconsejan eliminar prohibiciones y flexibilizar los actos de transmisión de la propiedad para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los propietarios.

### **Actualización e inscripción previas: Resolución 342/2011**

El citado decreto-ley establece que, para la realización de los actos traslativos de dominio, se requiere la inscripción previa en el Registro de la propiedad y, para hacer esto efectivo, conforme con las nuevas circunstancias, el Instituto Nacional de la Vivienda (INV) dictó la Resolución No. 342, contentiva del procedimiento para la actualización de los títulos de propiedad y su inscripción en los registros de la propiedad. Esta deroga a su predecesora, la muy polémica Resolución No. 50 de 2009, en cuyo nombre se escudaron interesantes porfías entre arquitectos, notarios y registradores.

El Artículo 1 de la 342 establece como supuestos, en los que se requerirá la actualización: la existencia de errores u omisiones relativos a la descripción y tasación o a las medidas y linderos; la realización de acciones constructivas internas que modifiquen la descripción, unifiquen o dividan y

que no requieran licencia de obra; o la no coincidencia de la realidad física con la documental por haberse realizado obras constructivas.

En los dos primeros casos, bastará presentarse ante notario con el dictamen técnico del arquitecto de la comunidad, y el fedatario calificará los actos en dependencia del título y lo contenido en el informe pericial. El Dictamen No. 1 de 2009, de la Dirección de Notarías y Registros Civiles, con el loable objetivo de consolidar la actuación notarial en estos asuntos, indicó la autorización de actas de subsanación por error y omisión de aquellas escrituras notariales que constituyen títulos domínicos sobre viviendas de propiedad personal, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 48 del Reglamento de la Ley de las notarías estatales, en concordancia con los artículos 85 g) y 105 de la propia disposición legal.

Procederá a la autorización de un acta de notoriedad, cuando se trate de títulos administrativos acreditativos de dominio, tales como: contratos de compraventa de viviendas suscritos con el Banco Popular de Ahorro, resoluciones-título de propiedad, dictadas por el INV y sus instancias y los títulos expedidos por el Consejo Superior de la Reforma Urbana, al amparo de la ley de 14 de octubre de 1960.

Dos comentarios merece este asunto:

1. El relativo a la calificación *strictu sensu* como error u omisión –desde el punto de vista de la técnica notarial– de ausencia de elementos: pueden ser los linderos que, en otros momentos, no se incluían en el título, pero no por responsabilidad del requirente ni del notario; o de las nuevas denominaciones que debe darse, según aconsejan los arquitectos: a un cuarto, *dormitorio*; a un baño, *servicio sanitario*; o a un *hall, pasillo interior*. No entran en la categoría clásica de error u omisión, entendidos como aquellos defectos que, por causa del compareciente o del notario, hacen inexacto u omiso el documento precedente. En estos casos, simplemente, han cambiado las cosas, se ha entendido la necesidad de que el título sea lo más completo y correcto posible, conforme a los requerimientos fácticos y normativos actuales. En cuanto a las actas, ambas se califican como jurídicas: «contienen esencialmente un juicio que el notario forma y emite acerca de la notoriedad del hecho». <sup>14</sup> El juicio notarial acerca de la notoriedad del hecho se forma a partir de pruebas y diligencias notariales, encaminadas no solo a comprobar el hecho en sí, sino a la conformación –por el notario– del juicio que va a emitir: su juicio de notoriedad. Su fin es convertirlo, por obra de la fe pública que el notario le imprime, en un hecho conocido por todos. Ello significa que, en el acta de subsanación de error y omisión, también se da un juicio sobre la notoriedad del hecho. Más allá de tales sutilezas técnicas, estas actas serán complemento del título de propiedad y abrirán para ellos las puertas del Registro.

<sup>14</sup> J. Chinae Guevara: «Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie», en *Derecho notarial*, t. 3, p. 36.

2. El relativo al caso de que el título sea una resolución judicial. Aquí, se esgrimen dos posibilidades: la corrección por notoriedad ante el funcionario fedante o la propia aclaración por el tribunal; pero, como esta habrá de hacerse en un plazo de 24 horas, si no se hace, precluye la posibilidad, por lo que, de no aceptarse la primera opción –alegándose que la sentencia tiene fuerza de cosa juzgada y que, en consecuencia, no puede el notario modificar nada en ella–, quedaría en una especie de limbo jurídico la actualización de estos títulos dominicos, con la consiguiente afectación de los derechos de los propietarios. Si bien es cierto que el efecto de cosa juzgada, en principio, hace inatacable el fallo, no debe perderse de vista el hecho de que este alcance atañe a la solución dispositiva esencial dada por el juzgador, por lo que sería perfectamente factible la autorización de un acta de notoriedad sobre hechos no fundamentales, tales como pueden ser las omisiones respecto de la descripción de la vivienda. Claro que no procedería en procesos que hayan versado, justamente, sobre elementos descriptivos o conflictos de vecindad, en los que el pronunciamiento judicial cardinal no podría ser variado, después en sede notarial, como sería el caso de una modificación de las medidas y linderos, pues para cambiar los ya declarados en la sentencia, se requiere de un proceso judicial a tales efectos; pero ¿por qué no confiar al notario –profesional en Derecho, dotado de fe pública– la corrección de cuestiones no trascendentes al fallo contenido en la sentencia, el que, con la agudeza técnica y la probidad consustanciales a su función, puede valorar en beneficio de los intereses de los particulares y de la armonización de las relaciones jurídicas? En el último caso del Artículo 1 de la Resolución No. 342/2011, la actualización se gestionará en la oficina de trámites de la vivienda en el municipio, donde se seguirá un procedimiento a tales efectos. Para emitir las resoluciones que actualicen los títulos, son competentes los directores municipales de la vivienda.

### **Decreto-Ley No. 288/2011**

El Artículo 70 de la Ley general de la vivienda (LGV) es modificado por el Artículo 2 del Decreto-Ley No. 288, de 28 de octubre de 2011, en vigor desde el 10 de noviembre. Así, introduce el apartado tercero, el cual establece que «la transmisión de la propiedad de una vivienda por compra-venta, se formaliza directamente ante notario con sede en el lugar donde se encuentre enclavado el inmueble por el precio que libremente acuerden las partes»; y le dedica, también, los apartados cuarto y quinto. Varias son las palabras clave para encauzar la exégesis del precepto: *formaliza, directamente, precio que libremente acuerden*. La primera de ellas alude a una de las cuestiones más importantes en sede de perfección contractual en Cuba: ¿se trata de un contrato formal o solemne? Se requiere un aná-

lisis sistémico, valorando el precepto, junto con otros homólogos de la ley sustantiva civil.

El Artículo 339 del CC establece que la compraventa de bienes inmuebles se formaliza en documento público y su validez está condicionada al cumplimiento de los demás requisitos legales.<sup>15</sup> Este artículo debe interpretarse en relación con el 191.2, que impone la sanción de nulidad a las transmisiones que se realicen sin la autorización o las formalidades requeridas. Al emplear el legislador la conjunción disyuntiva *o*, parece indicar que no considera la autorización como una formalidad, pero sí un requisito de validez del negocio cuya omisión provoca la nulidad del acto.

Aquí, no es necesario hablar de autorización, pues tal requisito de legitimación no existe y lo reafirma el empleo del adverbio *directamente* en el Artículo 70.3. Sin embargo, al decir *las formalidades*, está empleando este término en un sentido amplio, por cuanto sanciona con la nulidad, aun cuando, en el resto del articulado, está claro que no hay contratos solemnes, por la manera en que ha quedado redactado el 313, que refrenda la acción pro-forma. De su redacción, se colige que el legislador ha dado a todos los contratos la condición de consensuales: al decir que, «*si la ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para la celebración del acto, las partes pueden compelerse recíprocamente a cumplir esa formalidad [...]»*,<sup>16</sup> concede la acción pro-forma, siempre que se demuestre que intervinieron el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez; es decir, el contrato siempre existirá cuando hay consentimiento y la forma es solo un medio de prueba o un requisito para la eficacia.

Sin embargo, esta pudiera ser una interpretación apriorística. Evidentemente, el legislador, en lugar de *celebración*, debió decir *eficacia*, pues ese es el rol que desempeña la forma en este caso; y, en lugar de *escritura pública*, debió decir, simplemente, *por escrito*, pues, en caso contrario, se incurre en una flagrante antinomia con los artículos 67 d) y 51 c),<sup>17</sup> reguladores: el primero, de la nulidad, por falta de un requisito formal establecido con carácter de esencial; y el segundo, de la imposición de la forma escrita, en los casos en que la ley así lo disponga.

Si entendemos que la forma, en ciertos supuestos, es elemento *ad substantiam*, cuya omisión puede conllevar a la nulidad del acto, según el Artículo 67 d), en relación con el 51 c), no se explica la presencia del 313

<sup>15</sup> Como afirma Ordoqui Castilla, la referencia a la exigencia de la forma como requisito esencial puede realizarse mediante diversas redacciones: «sea aludiendo directamente a su carácter de requisito de validez, sea destacando que su omisión acarrea nulidad, etc.». *Vid. Lecciones de Derecho de las obligaciones, Doctrina general del contrato*, p. 258.

<sup>16</sup> Las cursivas son mías.

<sup>17</sup> Los incisos a) y b) del Artículo 51 establecen una forma *ad probationem*, no así el c), relativo a la forma, como elemento esencial.

en los términos en que aparece redactado, pues, en todo caso, legitima la posibilidad de que las partes puedan excluir *ab initio* la forma requerida, cuando lo cierto es que, en la propia ley, hay supuestos en los que la solemnidad sería requisito de validez del acto. A pesar de que no se explique, ahí está y puede resultar útil aplicado con justicia. Cuando el Artículo 339 alude a demás requisitos necesarios para su validez, puede entenderse que se refiere a otros que la ley establezca, como podrían ser los previos a la formalización notarial. Obviamente, el legislador quiso solemnizar la compraventa de viviendas (como la de vehículos, la permuta y la donación), pero, para lograrlo, debió ser más directo, no olvidar la presencia del cada vez más famoso Artículo 313 del CC, que tantos dolores de cabeza provoca en los estudiantes de Derecho y en los operadores jurídicos.

Si el segundo párrafo del Artículo 70.3 establece que el pago total del precio se efectúa en el acto de formalización del contrato, mediante los instrumentos de pago emitidos por las instituciones bancarias, esto es, el cheque de gerencia, nada obsta, en principio,<sup>18</sup> que el comprador lo entregue con anterioridad al acto y así lo declaren ambos ante el notario o, simplemente, no instrumenten el negocio. Está claro que no podrán acceder al registro, pues, al carecer de la forma, no será oponible, en tanto se entienda el contrato como formal, pero... ¿no podrán compelerse a cumplir la formalidad? ¿No puede entenderse que es válido por haberse producido el consentimiento y más aun el pago? Habría que ver qué postura adoptará el juez, cuando empiecen a promoverse procesos, en virtud del Artículo 313, en casos en que las partes no hayan acudido ante notario público a instrumentar el contrato de compraventa y hayan prestado su consentimiento e, incluso, se hayan cumplido las obligaciones.

Si bien puede debatirse el rol que desempeña la forma en el juego de los artículos 313, 191.2 y 339 del CC y el 70.3 de la LGV, ya sea con un valor integrativo o con un valor de publicidad, resulta claro que la intención del legislador es la de solemnizar el negocio en su perfección. Al emplear el adverbio *directamente* (no el más feliz a tal pretensión), inclina a pensar que la intervención «directa» del funcionario público conduce a la autenticación –por parte del notario– de la perfección del negocio, al dar fe de que el contrato se ha perfeccionado en su presencia, mediante su instrumentación, pero, ante esto, vuelve a emerger el 313 del CC, que impide la existencia, dogmáticamente hablando, de contratos solemnes en nuestro ordenamiento, aun cuando sería lo aconsejable en este tipo de negocio traslativo inmobiliario. La tercera palabra clave o, mejor, frase clave en el precepto es «precio que libremente acuerden».

La primera reflexión que provoca este enunciado es que el precio del contrato no tendrá que ser el que se consigne como precio legal, en el título

<sup>18</sup> Vid. *supra*, más sobre este análisis.

o en el dictamen técnico del arquitecto, que puede haber servido de base para una actualización documental previa; y conste algo que es sabido, tal precio legal no lo es siempre en verdad, pues no ha de confundirse *valor* con *precio*, en todo caso lo que obra en los títulos es el valor legal que, conforme a elementos tales como ubicación geográfica, año de fabricación, características constructivas, se fija en la descripción del inmueble. Sin pretender analizar el asunto, desde la teoría del valor, lo cual no procede en esta sede ni puedo hacer sin resultar pretenciosa, baste decir que el valor es algo inmerso en el bien mismo y el precio surge en el mercado con la confluencia de la oferta y la demanda. En la compraventa, el precio será la contraprestación dineraria que entregará el comprador a cambio del traspaso de la propiedad, más allá del valor que tenga, en sí, el bien inmueble que, a su vez, representa la valía que las partes conceden al bien objeto del negocio y cuya apreciación subjetiva estará matizada por múltiples causas, que van desde la necesidad habitacional hasta la solvencia económica.

El decreto-ley no establece el tipo de moneda en que deba expresarse el precio y si bien, a los efectos tributarios, deberá indicarse en pesos cubanos, nada obsta que pueda expresarse en pesos cubanos convertibles y en su equivalente en moneda nacional no convertible, para que este sea la base imponible sobre la cual se liquidarán los correspondientes impuestos. Y esta idea se reafirma en el resuelto quinto de la Resolución No. 351/2011, del Ministerio de Finanzas y Precios (MFP), el cual dispone que «el impuesto se calcula y paga en pesos cubanos con independencia de que el valor del acto gravado se exprese total o parcialmente en pesos convertibles (CUC) en cuyo caso se debe convertir dicho valor a pesos cubanos (CUP), aplicando la tasa de cambio vigente para las operaciones de compra de moneda a la población». Se reitera aquí la indebida sinonimia de *valor* y *precio*.

Glosado el precepto base de la regulación, corresponde ver, ahora, el resto de los apartados del Artículo 70, tal como queda redactado por el decreto-ley.

En el segundo párrafo del apartado 3, la primera cuestión merecedora de comentario es la imposibilidad de que se pacte un pago aplazado, pues la redacción del precepto así lo frena y –lo que es más delicado aun– establece que se efectúe de forma total en el acto de formalización, mediante el instrumento bancario. Sin embargo, ¿se trata de un mandato legal? ¿Es una norma imperativa o dispositiva? De ser imperativa, ¿debiera serlo? ¿Por qué no puede el comprador entregar el cheque de gerencia antes de la formalización y, así, declararlo ambos ante el fedatario? El Artículo 70 del Reglamento notarial dice que, en los contratos en que medie precio, cosa o cantidad, el notario así lo consignará, al igual que la forma de pago que acuerden las partes; que si el pago se efectúa en su presencia, dará fe de ello y lo consignará en la escritura; pero que si se realiza con anterioridad al acto, hará la advertencia correspondiente a los comparecientes.

También aquí, considero que el legislador quiso imponer, pero olvidó que la compraventa no puede ser un contrato normado; por ser el contrato tipo, se erige en un modelo negocial para el cual la autonomía de la voluntad no debe tener cortapisas innecesarias.

La idea del pago total se reitera en el Artículo 70.4, junto con la regulación de la declaración bajo juramento, que deberá hacer el comprador de que no posee otra vivienda de residencia permanente en propiedad.

El Decreto-Ley No. 288/2011, en el segundo párrafo de este apartado, incluye dos requerimientos más para poder celebrar el contrato: la liquidación de adeudos por concepto del pago de transferencia del inmueble; y la inscripción en el Registro de la propiedad. Ambos son requisitos tendentes a la organización de las relaciones jurídico-inmobiliarias, a potenciar la cultura jurídica y económica, todo lo cual apuesta, sin duda alguna y muy favorablemente, por la seguridad jurídica, valor indispensable de todo sistema de Derecho.

El incumplimiento de alguno de estos requisitos –pudieran considerarse requisitos de legitimación, toda vez que se le exigen al vendedor– podrá ser causa de nulidad, si nos atenemos al Artículo 339 del CC, el cual establece que la validez del contrato está condicionada al cumplimiento de los demás requisitos legales, frase en la cual se enmarcan perfectamente los requerimientos de este decreto-ley. No se trata aquí de autorizaciones ni de formalidades de las que refiere el Artículo 191.2, por lo que la nulidad operaría según el ex Artículo 339, no el ex Artículo 191.2.

Por último, se introduce una novedosa norma: la responsabilidad que asume el vendedor (y también el donante) con los convivientes especialmente protegidos del Artículo 65 de la LGV: 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 y cuidado de los hijos y no tenga otro lugar de residencia; madre con uno o más hijos menores que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no dispongan de otro lugar para residir; ancianos que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no cuenten con un espacio de residencia; cualquier otro caso que, a juicio de la autoridad competente, constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano.

El decreto-ley llega al punto de erigir, en causal de invalidez del acto, la desprotección de alguno de estos convivientes, quienes, previa acreditación de su legitimación, podrán incoar un proceso de nulidad del contrato. La *ratio legis* de esta norma parece hallarse en el hecho de no trasladar al Estado una problemática ocupacional que agravaría la ya existente en el país, lo cual no tiene nada que ver con la función social de la propiedad y sí con el fin de consolidar en las normas el espíritu de justicia y protección hacia personas en especial situación. La inserción de una fórmula por la que los otorgantes expresan en la escritura notarial liberar de responsabilidad

al Estado por el acto, así lo reafirma. Aquí, valdría hacerse una pequeña referencia a la omisión, en el Artículo 65, de aquellas personas con alguna discapacidad que convivan con el propietario y no tengan otro lugar de residencia, las que, en definitiva, pueden considerarse incluidas en la denominación genérica de los casos que, a juicio de la autoridad, constituyan un acto injusto o inhumano, pero la mención expresa acentuaría la tutela legal a estos sujetos.

El notario deberá asesorar, sobre todos estos asuntos, a los contratantes, así como acerca del saneamiento por vicios o defectos ocultos del bien, sin olvidar que, conforme a nuestro CC, no es posible el pacto de exoneración de la responsabilidad por evicción (Artículo 342), pero sí es suprimible la responsabilidad por vicios o defectos ocultos del bien, en virtud de la autonomía de la voluntad refrendada en el Artículo 312, ya que, si el legislador no lo hizo para esta modalidad del saneamiento, como lo hizo para la evicción, vale el apotegma «donde la ley no distingue no cabe distinguir».

El decreto-ley introduce una regulación que puede ser muy polémica: la admisión expresa de la permuta con compensación dineraria, y ha de subrayarse con toda intencionalidad la palabra *expresa*. Si bien el asunto merece un estudio independiente, oportuno y profundo, valgan algunas precisiones:

Lo más interesante, en relación con esto, es lo relativo a la diferencia entre la permuta con compensación dineraria y la compraventa con precio parcialmente en especie. El segundo supuesto resulta mucho menos frecuente, pero no así la hipótesis de la permuta con complemento monetario, cuya razón práctica está en la dificultad de que las cosas a intercambiar tengan igual valor, lo que exige, en ocasiones, que se entregue una suma de dinero, a fin de lograr el equilibrio de las prestaciones. *Par principe, la stipulation d'une soulte ne modifie pas la nature du contrat.*<sup>19</sup> Pero nada impediría la existencia de una compraventa con precio parcialmente en especie, aunque no aparezca expresamente regulada, y los operadores jurídicos han de estar preparados para ello, como para todas las cuestiones que, de estas nuevas regulaciones, puedan derivarse.

Se ha considerado que el criterio distintivo debe ser la voluntad de los contratantes.<sup>20</sup> Sin embargo, la voluntad negocial será relevante, siempre que no desvirtúe sustancialmente la naturaleza de las instituciones, pues los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean.<sup>21</sup> En

<sup>19</sup> En principio, la presencia de dinero no modifica la naturaleza del contrato. *Vid.* Antonmattei y Raynard, *Droit civil contrats spéciaux*, 10.<sup>a</sup> ed., p. 200.

<sup>20</sup> *V.gr.*, Artículo 1.446 del Código civil español: «Si el precio de la venta consistiere parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes».

<sup>21</sup> Salvando el caso de los contratos atípicos, en cuyos supuestos se acentúa la libertad contractual para crear relaciones jurídicas que el legislador no previó expresamente.

una compraventa con precio parcialmente en especie, la cosa dada como complemento no puede exceder en valor al precio en sí. Tampoco, en la permuta con complemento dinerario, puede este ser mayor que el propio bien objeto del contrato. Y, he aquí, uno de los puntos que deberán provocar mayor reflexión, a medida que el decreto-ley vaya engrasando sus mecanismos de aplicación y que la vida nos vaya mostrando —una vez más— que las cosas no son siempre negras o blancas y que los tonos grises de las relaciones jurídicas civiles exceden los que podamos imaginar. Evidentemente, el suplemento monetario debe ser relativamente pequeño en relación con la prestación que complementa. Pero puede, también, darse el caso de que los valores de ambas prestaciones tengan igualdad de valor. En tal caso, adquiriría mayor relevancia el principio de la búsqueda de la voluntad negocial real para la calificación del contrato por parte del intérprete en cuestión.

El problema de la calificación del contrato, en estos supuestos, no queda en el mero ámbito de la especulación teórica; muy al contrario, tiene importancia práctica, por cuanto determinará el régimen jurídico aplicable. Esto es: decidir acerca de cuáles son las normas que van a regir el negocio.<sup>22</sup>

Aunque no es secreto para nadie que era frecuente en la práctica la permuta con compensación dineraria, siempre, muchos operadores jurídicos y los sujetos contratantes, en general, consideraban que esta modalidad de la permuta estaba prohibida, cuando lo cierto es que nuestro CC era absolutamente omiso al respecto. Para el legislador cubano, según el Artículo 367 de este: «por el contrato de permuta las partes convienen en cambiar la propiedad de un bien por la de otro». Y, aunque, en principio, puede entenderse que se excluye el dinero<sup>23</sup> puesto que este es, ante todo, un medio de cambio y no un bien *strictu sensu*, debe considerarse que, también, es medida de valor y, en este sentido, no puede desconocerse el criterio doctrinal que admite la presencia de dinero en el contrato de permuta, siempre que no lo desnaturalice, pues, en tales casos, la función que cumple es, precisamente, como instrumento para valorar y completar los bienes que constituyen objeto del contrato.

<sup>22</sup> Antonmattei y Raynard expresan que el complemento dinerario puede ser visto como un precio y, en tal sentido, se aplicarán las reglas de la compraventa relativas a este, aunque no se afecte la calificación del contrato: «Si la présence d'une soulte ne modifie pas, par principe, la qualification d'échange, elle perturbe toutefois son régime. La soulte doit être, en effet, considérée comme un prix, et le coéchangiste qui reçoit la soulte comme un vendeur créancier de ce prix; les règles de la vente relatives au paiement du prix s'appliquent, ce qui permet notamment au créancier de la soulte de bénéficiaire des garanties de paiement». (Antonmattei y Raynard : *Droit civil...*, p. 201).

<sup>23</sup> De hecho, esta es *communis opinio* entre muchos intérpretes del CC y de la legislación relativa al asunto, en general.

El legislador cubano, en su objetivo primordial y meritorio de evitar el ánimo de lucro y la especulación en actos de permuta, en el Decreto-Ley 211/2000, estableció que

las cesiones de la propiedad de la vivienda y las permutas en las que medie propósito de lucro, enriquecimiento o explotación, o con violación de los requisitos y trámites dispuestos en la presente ley son ilegales, y sus autores podrán ser sancionados con la pérdida de sus viviendas que fueron objeto de especulación y de los fondos obtenidos en la venta o permuta, mediante resolución fundada de la dirección municipal de la vivienda correspondiente.<sup>24</sup>

La redacción de la mencionada disposición fue invariablemente interpretada *lato sensu*, entendiéndose que, siempre que existía dinero, la permuta debía reputarse ilegal, cuando la norma se refería al propósito de lucro, enriquecimiento o explotación, lo cual no concurre cuando el dinero solo cumple una función de medida de valor; además de que puede considerarse que nunca existió una prohibición legal diáfana de esta figura, en todo caso lo que siempre existió fue una prohibición fáctica y mucho desconocimiento de la verdadera naturaleza de esta variante del contrato de permuta. La Dirección de Registros Civiles y Notarías realizó un arduo trabajo de análisis de este decreto-ley y emitió la Circular No. 9 de 2011, así como las indicaciones metodológicas, en aras de unificar la actuación notarial y dar respuesta a algunas interrogantes planteadas en la praxis notarial.

### **Marco regulatorio tributario: Resolución No. 351/2011**

El Artículo 4 del decreto-ley adiciona una sección a la ley sobre el tratamiento tributario mediante el Artículo 85, el cual regula que los actos referentes a la transmisión de la propiedad estarán gravados con los tributos que correspondan según lo disponga la legislación especial. La Resolución No. 351/2011, del MFP, establece un tipo impositivo del cuatro por ciento

<sup>24</sup> La Sentencia No. 458, de 30 de marzo de 2001, del Tribunal Supremo Popular, confirma que el ánimo de lucro es el elemento medular para reputar la permuta ilegal, sin que importe que este sea excesivo; basta que haya realmente lucro. Así, en su primer considerando, expresa que «admitido por la sala de instancia la existencia de una compraventa ilegal bajo la forma de un contrato de permuta y donación, se equivoca al expresar en primer orden que el ánimo de lucro debe ser desmedido para que esta se tipifique porque la ley no cuantifica ni cualifica el lucro, sino que basta que exista el propósito con violación de los requisitos que la norma expresa para que sea decretada la ilegalidad del acto jurídico». El acto es, obviamente, ilegal por la existencia del ánimo de lucro, lo que contraviene la norma; pero ello no significa que toda presencia de dinero constituye lucro en el sentido del Decreto-Ley No. 211. *Cfr.* Delgado Vergara: «Una aproximación a la ineficacia de la permuta de viviendas por vicios o defectos ocultos», en L. B. Pérez Gallardo (coord.), *Perspectivas del Derecho cubano actual*, t. 2.

sobre la base imponible constituida por el precio del bien, salvo que este sea inferior al valor legal, en cuyo caso, la base imponible será el valor. El vendedor paga el impuesto sobre los ingresos personales en el municipio donde tiene su domicilio fiscal y el comprador liquida en el municipio donde se celebra el acto (que siempre será aquel donde esté enclavado el inmueble) el impuesto para transmisión de bienes y herencias, ambos dentro de los 30 días naturales siguientes a la formalización del acto (no de la escritura notarial, como establece, con deficiente técnica, el *Resuelvo*, pues la escritura no se formaliza, sino el acto; la escritura es la expresión *per se* de la formalización) .

## EPÍLOGO

Quedan aún asuntos en el tintero, tales como la imposibilidad –aun cuando no lo dice claramente la norma– de comprar y vender la vivienda de veraneo; o la prohibición aún presente en el Artículo 74 de la Ley No. 65 de contratar un comodato de vivienda, proscripción ya injustificada, pues su fin era evitar la simulación relativa de una compraventa mediante un comodato. Surgen retos importantes para los operadores jurídicos: la falta de una cultura jurídica de la contratación entre los particulares en sede de compraventa, la aparición de nuevas figuras en la práctica jurídica, como el precontrato de compraventa muy útil para aquellos sujetos que, por determinadas razones –como puede ser la expectativa de inscripción en el Registro de la propiedad, la existencia de adeudos u otros motivos–, no pueden otorgar el contrato y quieren obligarse a ello para el futuro; la inclusión de pactos en el negocio contractual, entre otras cuestiones, para las que el profesional del Derecho debe estar preparado.

La ciencia del Derecho ha de estar en función de la creación normativa en beneficio de la sociedad. La seguridad jurídica, como valor esencial, debe presidir, junto a la justicia, la elaboración y la aplicación del Derecho. Señaló Atienza que «en la medida en que una ley sea sistemática, no deje vacíos de regulación o lagunas ni genere tampoco contradicciones, antinomias, se puede decir también que produce seguridad jurídica».<sup>25</sup> Ahí radica la importancia de estos ejercicios académicos en los que el discurso teórico-jurídico ha de develar algunas sombras para que se haga con más fuerza la luz que ilumine el camino de perfección normativa por el que vamos avanzando con pasos firmes.

25 Atienza: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, p. 210.

## BIBLIOGRAFÍA

- Antonmattei, Paul-Henry y Jacques Raynard: *Droit civil, contrats spéciaux*, 10.<sup>me</sup> éd., Litec, 2000. [s.m.d.]
- Bercovitz y Rodríguez Cano, Rodrigo: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», en *Anuario de Derecho civil*, t. 12, fasc. iv, octubre-diciembre, 1969. [s.m.d.]
- China Guevara, Josefina: «Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie», en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), *Derecho notarial*, t. 3, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008.
- De Castro, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1977.
- Degni, Francisco: *La compraventa*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- Delgado Vergara, Teresa: «Una aproximación a la ineficacia de la permuta de viviendas por vicios o defectos ocultos», en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *Perspectivas del Derecho cubano actual*, Reus, Madrid, 2006.
- Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 4.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1993.
- Galgano, Francesco: *El negocio jurídico*, tr. de F. Blasco Gascó y L. Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- Hamel: «Vente, contrats civil», en Planiol y Ripert, *Traitépratique de droit civil*, Paris, 1956.
- Morales Moreno, Antonio: «El alcance protector de las acciones edilicias», en *Anuario de Derecho civil*, t. 33, fasc. iii, julio-septiembre, 1980. [s.m.d.]

## Legislación

- Código civil de Cuba: Ley No. 59, de 16 de julio de 1987*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1988.
- «Código civil de Chile: Decreto No. 1937, de 29 de noviembre de 1976», actualizado en el año 2000, en [www.paginaschile.cl](http://www.paginaschile.cl). [Consulta: 8-1-2012].
- «Código civil de Ecuador», Red de Información Jurídica. Legislación Andina, en <http://190.41.250.173/rijl>. [Consulta: 8-1-2012].
- «Decreto-Ley No. 288 de 2011, Resolución 342/11 y Resolución 351/11», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 35, de 2 de noviembre, La Habana, 2011.
- Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. 19, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.
- Espinosa Jiménez, Melquiades M. y Rebeca Hernández Martínez: *Ley General de la Vivienda. Concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto Nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la sala de la especialidad del propio máximo órgano de justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica*, Ediciones ONBC, La Habana, 2009.

«Indicaciones metodológicas 4/2011 y Circular No. 9/2011, de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia» (versión digital).

«Ley de reforma urbana de 14 de octubre de 1960», en [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/.../leg8.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/.../leg8.pdf). [Consulta: 9-1-2012].

«Ley 50, “De las notarías estatales” y su Reglamento», en Leonardo B. Pérez Gallardo, Julliett Almaguer Montero y Nancy C. Ojeda Rodríguez (compiladores), *Compilación de Derecho notarial*, Separata del Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, no. 4, 2005. [s.m.d.]

*Lecciones de Derecho de las obligaciones, Doctrina general del contrato*, Ediciones del Foro, Montevideo, 1998.

# LA PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN: ELEMENTO ESENCIAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

---

---

*Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez*  
*profesora titular de Derecho procesal*  
*Universidad de La Habana*

*Lic. Luis A. Hierro Sánchez*  
*juez profesional, Sala Segunda de lo Civil*  
*y de lo Administrativo, TPP de La Habana*

## UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA

LA TUTELA JUDICIAL efectiva constituye uno de los asuntos que más quebraderos de cabeza ha provocado en la doctrina procesalista moderna, a partir de su consagración como derecho fundamental en algunos textos constitucionales modernos. Es por ello que el análisis de sus elementos configuradores resulta vital para comprender su sentido y alcance y, fundamentalmente, para dotar de contenido a un derecho que se presenta, a todas luces, complejo.

Del examen de tales elementos, sobresale uno que, específicamente, no ha tenido igual tratamiento, tanto en el orden doctrinal como en el legal y jurisprudencial. Nos referimos a la prohibición de indefensión, y con mayor concreción, al estado que le sirve de base para su positivación normativa. A desentrañar su naturaleza jurídica, y el papel que desempeña entre los elementos de la tutela judicial efectiva, dedicamos las próximas páginas, con la finalidad de identificar los presupuestos necesarios para construir un concepto que, en lo absoluto, pretende un enfoque conclusivo, sino una premisa inicial para la mejor comprensión del asunto.

Un primer interrogante conduce el análisis. ¿Constituye la prohibición de indefensión un elemento esencial de la tutela judicial efectiva o se trata del complemento indispensable para que una determinada actuación del órgano juzgador pueda calificarse como tal, a manera de reafirmación del carácter efectivo que debe patentarse en el ejercicio de la función jurisdiccional? Si analizamos el antecedente legislativo de mayor connotación en materia de tutela judicial efectiva, a saber, el Artículo 24.1 de la Constitución española de 1978 –sobre el que volveremos más adelante–, que regula el derecho de toda persona a obtener la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, para, posteriormente, en su apartado segundo, dotar de contenido a esa tutela, al configurar los elementos que la componen, con derecho a: defensa y asistencia letrada,

ser informados de la acusación formulada en su contra, un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, no declarar contra sí mismos, no confesarse culpables y presunción de inocencia.

Llamamos la atención respecto a la configuración legal del apartado primero del referido precepto, en cuanto a que sitúa su centro de análisis en el derecho a la tutela judicial efectiva, cual megaconcepto que abarca desde el acceso a la justicia hasta la ejecución del mandato judicial. Se trata de una definición cuyo análisis habrá de hacerse desde una doble mirada, tanto desde la posición de parte como desde la del tribunal. No cabe duda de ello, pues la *ratio* de la norma estriba en el reconocimiento constitucional de un derecho fundamental de todos los ciudadanos, mientras que la prohibición de indefensión se encamina a reforzar la diligencia debida en la actuación del tribunal, que no puede provocar o permitir vulneraciones, ni atenuaciones al principio del derecho a la defensa. A nuestro juicio, ambos fenómenos no son excluyentes, pues –por el contrario– es su conjugación la que materializa el fin que se persigue en todo proceso: la justicia; de ahí que la prohibición de indefensión, aun cuando encuentre autonomía conceptual, forme parte cardinal de la tutela judicial efectiva, como elemento integrante y propio, en tanto –como su nombre lo indica– el hecho de no provocar estados de indefensión en el proceso garantiza *per se* el ejercicio efectivo de la administración de justicia en casos concretos.

## ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Corresponde ahora, como preámbulo, antes de iniciar el análisis de la prohibición de indefensión, o mejor, del estado de indefensión como concreta expresión de la prohibición que regulan algunos cuerpos normativos, delimitar los elementos que tipifican a la tutela judicial efectiva cual derecho fundamental. Por supuesto, el listado que proponemos no es absoluto, pues, en dependencia de la ideología que prevalezca en el diseño procesal de cada país, serán tenidos en cuenta –todos o algunos de ellos– por el legislador, de manera taxativa. En este sentido, someramente, abordamos los principios procesales de raigambre constitucional que informan a la materia: acceso a la justicia, derecho a utilizar las diferentes herramientas procesales, resolución judicial congruente y motivada, que dicha resolución se obtenga en un plazo razonable, efectividad de los fallos o ejecución de las resoluciones judiciales y, por último, prohibición de indefensión, a la que dedicamos mayor atención por ser el objeto principal de estas páginas.

## **Principios procesales de raigambre constitucional**

Los principios, sea cual sea la rama del Derecho que informan, encuentran su principal cometido en la función que encierran: servir de guía al legislador, que debe dotar de su espíritu a la norma y al juez, como principal intérprete de la ley, ya que resulta el encargado de aplicar el Derecho a casos concretos.<sup>1</sup>

Precisamente, en sede procesal, resulta oportuno hacer referencia a aquellos principios que marcan pauta en el desempeño de la función jurisdiccional, en virtud de la vocación garantista que guardan para los justiciables, entre los que sobresalen el derecho a un juez natural, ordinario o predeterminado; la participación ciudadana en la administración de justicia; el binomio independencia-imparcialidad y el de *non liquet*. Por su parte, y en estrecha relación con los principios de Derecho judicial orgánico, emergen los relativos a la estructura del proceso: contradicción, igualdad y derecho a la defensa, como postulados que han de ser garantizados por el órgano juzgador, de cara a la consecución de una tutela judicial efectiva. Tales principios integran la base de actuación del tribunal y de las partes, en el marco del proceso.

### ***Principios de Derecho judicial orgánico***

Como expresamos, estos principios constituyen los cimientos fundamentales para el desempeño de la función jurisdiccional, pues determinan una manera de actuación de los tribunales, en aras de alcanzar el anhelado fin de la justicia, que no puede estar marcado, en modo alguno, por actuaciones arbitrarias del órgano juzgador.

En primer lugar, encontramos el derecho a un juez predeterminado u ordinario, reconocido en la mayoría de las constituciones en la actualidad, fundamentalmente como garantía asociada al proceso, ya que todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado por un tribunal creado por mandato legal y que pertenezca al sistema ordinario de justicia. Se trata de un principio asociado a la competencia, pues la potestad de que un tribunal conozca un determinado hecho en concreto queda fijada por ley, a través de las reglas que la determinan en los órdenes vertical y horizontal; de ahí que, aun cuando se le ha concebido para el proceso penal, nada obste para que se invoque fuera de dicha sede.

La participación ciudadana en la administración de justicia, en tanto principio, encuentra fundamento en la necesidad de democratización del siste-

<sup>1</sup> Desde el pregrado, nos llegan las enseñanzas del profesor Mendoza Díaz, quien ofrece criterio propio sobre los principios, su carácter histórico y político, y su visualización, en cuanto a la organización, estructura y funcionamiento de los tribunales, y lo referido al proceso y a las formalidades a cumplir. *Vid.* Juan Mendoza Díaz: *Derecho procesal; parte general*.

ma judicial, de ahí que la presencia de personas legas en Derecho en los tribunales posibilita la ruptura de la concepción endogámica que caracteriza a los jueces profesionales, respecto a la administración de justicia, con independencia del modelo de organización que se siga, como el jurado, propio del sistema anglosajón; el escabinado, con la presencia de jueces legos; y el mixto, modelo que sobresale por la presencia del magistrado en determinadas decisiones que ha de resolver, como consecuencia de su especialización jurídica.

Ya en el ámbito de la toma de decisiones, el juez, como sujeto encargado de la realización del Derecho, ha de regir su conducta a través de los específicos cánones que impone la ética judicial, cuyos principios rectores son la independencia y la imparcialidad.<sup>2</sup> El primero asegura que cada nivel jurisdiccional goce de autonomía en la solución de los conflictos, sin que puedan producirse interferencias externas. No tiene como presupuesto la arbitrariedad, sino la exclusiva sumisión del juez a la ley, sin ligaduras con ninguna forma de poder, ni siquiera la judicial.

Por otra parte, el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser, al mismo tiempo, juzgador y parte en el asunto sometido a su conocimiento. Resulta tan palmaria la importancia de la imparcialidad,<sup>3</sup> como fundamento de actuación de los jueces, que el legislador no dedica su empeño a crear fórmulas conceptuales, sino a establecer determinadas circunstancias objetivas que puedan conducir a la parcialidad y que configuran supuestos, en virtud de los cuales un juez específico no puede resolver un asunto sometido a su autoridad, por encontrarse incurso en alguna causal de impedimento que deriva en excusa o posterior recusación. Ahora bien, la imparcialidad no puede suponer solo que el titular de la potestad jurisdiccional

<sup>2</sup> El anteproyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica reconoce, como principios de funcionamiento de los tribunales, su imparcialidad, independencia y autoridad, lo que regula en el Artículo 22.

<sup>3</sup> Resulta interesante la postura del profesor español Picó I. Junoy, quien, en relación con la imparcialidad de los jueces, expresa que «la pasividad del juez dentro del proceso suele argumentarse en la necesidad de proteger su debida imparcialidad. Sin embargo, [...] se han indicado sobre la iniciativa probatoria del juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en los autos, se evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes». Quiere ello decir que, no obstante la amplitud que puedan tener los poderes probatorios del juez, la actividad de los jueces no puede ir en detrimento del deber que les asiste a las partes en la introducción de los hechos que conforman el objeto de la prueba, sino que debe ser un complemento de esta; de ahí que la posibilidad de probanza sobre hechos no constatados en los autos del proceso, a partir de un mandato judicial, pueda conducir, lamentablemente, a un fallo parcial y, por lo tanto, quebrantador de la igualdad procesal, razón que justifica su prohibición en no pocos cuerpos procesales. *Vid.* Joan Picó I. Junoy: «El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 4, 2004, p. 268.

no sea parte, ha de implicar, también, que su juicio ha de estar determinado por el cumplimiento correcto de la función, es decir, por la aplicación del Derecho objetivo al caso concreto, sin que circunstancia ajena repercuta en su fallo.

Entendido en su concepción moderna, el *non liquet* indica la imposibilidad de abstención por parte de la judicatura, en cuanto a los casos que se someten a su conocimiento y decisión, o sea, constituye una obligación para el tribunal conocer los hechos que configuran el caso concreto y, consecuentemente, debe pronunciarse respecto al fondo del asunto, aun en aquellos supuestos que no encuentran respuesta directa en la ley. Se trata de que el juez, en aras de alcanzar la justicia, encuentre solución en las máximas de su experiencia, en la integración de la ley o en la aplicación de los principios que informan al Derecho, desde su concepción general o ramal.

### ***Principios relativos a la estructura del proceso***

En pos de estudiar la estructura de cualquier proceso, resulta necesario referirnos a la internacionalización de principios procesales como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, pues, con la creación de la Organización de Naciones Unidas, se elaboran varios instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, los cuales contienen principios básicos configuradores de un debido proceso que datan de una larga tradición en el ámbito penal y, más recientemente, se vislumbra su aplicación para cualquier materia, en tanto se reconoce que el proceso constituye una garantía de protección de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Solía resaltarse el sentido programático de estos principios, sin embargo, hoy resultan de aplicación directa y práctica y, en otros ordenamientos, gozan de especial protección ante el Tribunal Constitucional. Se les identifica como principios comunes porque están presentes en todo tipo de proceso y muestran cómo se organiza el modelo procesal. Representan, por tanto, la base que sustenta al proceso como concepto y tal es su importancia que irradian para el resto de los principios que lo informan.

Así, aparece la dualidad de posiciones con igualdad de las partes, en tanto, para que se configure un proceso, han de concurrir, al menos, dos partes en situaciones contrapuestas; pero ambas ostentan, al menos teóricamente, los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no cabe privilegiar a una por encima de la otra, por lo que pudiera decirse que la contradicción o bilateralidad de audiencia resulta su consecuencia, en tanto presupone un reconocimiento previo de la igualdad entre las partes que intervienen en el proceso, entendida como igualdad de oportunidades o de armas procesales. La contradicción resulta consustancial a cualquier

diseño, pues no existe verdadero proceso sin contradicción<sup>4</sup> y, en virtud de ello, las partes han de disponer de plenas facultades para defenderse.

El derecho de defensa que se brinda responde a la necesidad general de los justiciables de no quedar sin amparo en sede jurisdiccional y a que se le garanticen mecanismos procesales que respondan y hagan efectivo el precepto constitucional que, por regla general, los respalda. Precisamente, como consecuencia de una inobservancia de la debida igualdad o de la vulneración del derecho a la defensa, se configura el estado de indefensión. Sobre el derecho a la defensa, hemos encontrado algunos estudios,<sup>5</sup> pero no corre igual suerte la específica condición de «estado de indefensión» que, aunque mencionada con frecuencia por los operadores jurídicos, no encuentra base teórica, legislativa ni jurisprudencial que la sustente.

Resulta harto conocido que «todos tenemos derecho a una defensa» y que su quebrantamiento implica «caer» en estado de indefensión, pero su definición, sus posibles causas y la amplitud de sus efectos no encuentran claridad suficiente, ya que no aparecen fuentes precisas que expresamente lo conceptualicen; de ahí que solo se pueda deferir su alcance a partir de lo que se infiere de los preceptos reguladores del derecho a la defensa y ello ocurre porque la definición de estado de indefensión no está bien despejada, doctrinal, legal y jurisprudencialmente, lo que dificulta su apreciación en la solución de conflictos y reclamaciones.

## Acceso a la justicia

El acceso a la justicia, o a la jurisdicción, como también se le suele identificar, deviene piedra angular de la tutela judicial efectiva. Su análisis pasa, necesariamente, por el vínculo indisoluble que existe entre la concepción abstracta de la acción y el principio de *non liquet*. El derecho a pedir la tutela de los tribunales encuentra —en la concepción abstracta de la acción— el reconocimiento constitucional de un derecho subjetivo de carácter público que permite a todos los ciudadanos, por el mero hecho de serlo y tener capacidad procesal para ello, poner en funcionamiento la maquinaria jurisdiccional del Estado. Pero este derecho de acción no existe por sí solo,

<sup>4</sup> Se cuestiona la denominación de «proceso» a los casos de jurisdicción voluntaria, pues la inexistencia de partes y conflicto le «libra» de este signo; y ello ha llevado a que, en la práctica y con mejor técnica, se les reconozca como expedientes, de modo similar a la forma que adoptan en sede notarial y registral.

<sup>5</sup> Entre los textos consultados, se pueden citar: Verónica I. Velázquez Velázquez: «El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal», en *Contribuciones a las ciencias sociales*; Silvia A. Torres Morales de Ferreiros: «¿El derecho de defensa: una garantía que realmente se respeta?»; María F. López Puleio: «El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos», en *Das Defensorías Públicas do Mercosul*, no. 3, 2013, pp. 7-50; y Christian N. Hernández Aguirre: «El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio», en *Ciencia Jurídica*, año 1, no. 4, [s. f.], pp. 23-39.

sino encuentra contrapartida en las garantías jurisdiccionales que determinan, de forma específica, la obligación que tienen los tribunales de conocer y fallar los casos que se someten a su competencia, previo control de los requisitos de procedibilidad necesarios para que se configure la relación jurídica procesal.

Por supuesto, el acceso a la justicia no se limita únicamente a la posibilidad de incoar un proceso ante los tribunales, sino a obtener todos los beneficios que brinda el sistema de justicia; es responsabilidad del Estado ofrecer todos los mecanismos de tutela de los derechos subjetivos de sus ciudadanos, pues ello redundará, indefectiblemente, en la seguridad del tráfico jurídico. Tal es la importancia del acceso a la justicia que –en ocasiones– se le equipara con el propio concepto de tutela judicial efectiva, ya que no se extingue con la entrada al proceso: se manifiesta durante todo el íter procesal, a través del uso de las diferentes herramientas procesales, en un plano de igualdad, sin la presencia de obstáculos que limiten el derecho a la defensa de las partes.

### **Derecho a utilizar las diferentes herramientas procesales**

Acabamos de decir que no basta solo con acceder a la justicia, sino que, una vez en ella, los litigantes puedan defender sus derechos en un plano de igualdad, que se manifiesta, concretamente, con el uso de las diferentes herramientas que son inherentes a la condición de parte procesal. Consideramos herramientas procesales a aquellos principios, instituciones o categorías que sirven a las partes para «andar» el íter procesal y alcanzar el resultado querido: el pronunciamiento judicial que acoja lo solicitado. Hablamos de: los principios procesales, a los que ya hicimos referencia; las medidas cautelares, como medio que propende a la eficacia del resultado procesal; las excepciones, como modo de defensa del demandado; la prueba, con vista a acreditar las afirmaciones de las partes y crear convicción en el juzgador; los medios de impugnación, en tanto posibilidad de combatir cualquier decisión judicial; y los mecanismos eficaces de ejecución que coadyuvan a la verdadera eficacia y credibilidad de la administración de justicia.<sup>6</sup>

Detenernos en el cometido de cada uno de estos pilares básicos del proceso –que en manos de los justiciables constituyen verdaderos artilugios de defensa– rebasa los propósitos del presente artículo. Solo puntualizamos que corresponde al tribunal garantizar el empleo de estos en su momento procesal oportuno, pues privar a alguna de las partes de su uso, o simplemente limitarla, constituye una situación concreta de anomalía pro-

<sup>6</sup> Para profundizar al respecto, *vid.* Ivonne Pérez Gutiérrez *et al.*: *Herramientas del proceso civil. Principios, tutela judicial, excepciones y prueba.*

cesal que conculca su derecho a la defensa, ya que son armas procesales que deben utilizarse con carácter racional en la oportunidad procesal pertinente, como racional debe ser la valoración del tribunal respecto a su uso por las partes.<sup>7</sup> Lo contrario sería, por supuesto, estado de indefensión.

## **Derecho a una resolución judicial congruente**

Los justiciables, cuando entablan o se someten a una litis en sede jurisdiccional, aspiran a obtener una resolución judicial que ampare sus derechos subjetivos, como actor-acusador o demandado-imputado. Precisamente, como garantía de los justiciables, se alza el principio de congruencia, que deviene límite para la actuación del tribunal; congruencia que, en el orden civil, ha de manifestarse en relación con la pretensión que constituye el objeto del proceso,<sup>8</sup> mientras que, en el proceso penal, encuentra cabida entre la acusación y la sentencia, toda vez que la primera se funda en los hechos que configuran el objeto del proceso que, en definitiva, tipifican o no una conducta delictiva y que no podrán ser variados ni por el fiscal, en su función de acusador, ni por el tribunal .

La sentencia, además de congruente, debe ser motivada. Pero, ¿qué significa motivar o fundamentar una sentencia? Para responder este interrogante, es preciso tener en cuenta que el juez, en la administración de justicia, tiene la difícil tarea de la valoración de la prueba, acorde con las reglas previstas, ya sea de forma individual o de conjunto.<sup>9</sup> Dicha valoración

<sup>7</sup> Piénsese, por ejemplo, en la denegación de un medio de prueba por considerarse impertinente para el proceso, pues no guarda relación con su objeto. Corresponde al tribunal dicha valoración con carácter objetivo, mientras que a las partes corresponderá la oportunidad de combatir dicha decisión por vía de los recursos. En este sentido, el Artículo 630.12 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), en ocasión de regular las causales de casación por quebrantamiento de forma, incluye la posibilidad de combate de la resolución judicial dictada en las instancias municipal y provincial, cuando se haya denegado algún medio de prueba admisible en derecho y cuya falta haya provocado estado de indefensión, caso que de verificarse por el tribunal de casación producirá como efecto la devolución de las actuaciones hasta el momento de producida la infracción. Con anterioridad, debe haberse verificado el correspondiente recurso de súplica, preparatorio de la futura casación.

<sup>8</sup> Recuérdese que, en sede civil, prima el principio dispositivo material, en relación con el objeto del proceso, que se erige como límite objetivo de la actuación de la judicatura, ya que solo podrá fallar de acuerdo con las solicitudes enarboladas por el actor o con las excepciones perentorias y la eventual demanda reconventional establecida por el demandado, salvo en aquellos casos en que la ley permita, de oficio, lo que doctrinalmente se conoce como salto a la congruencia, postura que no puede llevarse a cabo de manera arbitraria, sino con la debida diligencia por parte del órgano juzgador, para que las partes puedan establecer sus alegaciones y pruebas, respecto a los nuevos hechos que fundamentan la decisión del tribunal, al rebasar los límites del dispositivo material.

<sup>9</sup> Estas reglas de valoración de la prueba tienen lugar en los procesos de corte no penal. La prueba de confesión judicial se valorará con criterio tasado o legal, en tanto perjudi-

requiere, imperiosamente, un pronunciamiento del juez ponente en relación con la justificación que imputa un hecho como cierto, o no, y esta justificación constituye la motivación jurídica de aquella, es decir, las razones que el juez ha tenido a bien para considerar correcta su decisión.<sup>10</sup> Ahora bien, dicha justificación o motivación –como prefiera llamársele– ha de encontrar asidero en el Derecho objetivo, o sea, que tenga un basamento jurídico, pues otra cosa refutaría los fines del proceso. La argumentación, por su parte, complementa la labor de justificación de la sentencia. Parece que se trata de lo mismo, pero la labor de argumentar busca la mejor manera de expresar y defender la postura justificativa de la resolución judicial. Por lo tanto, se argumenta cuando se esgrimen razones a favor o en contra de una determinada decisión del tribunal, se trate de los elementos que constituyen puntos de partida o de aquellas que tienen enfoque conclusivo. La sentencia ha de ser razonable, lógica, coherente y comprensible.

Pero aun cuando parece suficiente la existencia de una sentencia congruente y motivada, dicha garantía deviene inoperante, si no se emite en plazo razonable. Como mismo se le imponen plazos y términos a los justiciables para presentar sus escritos, medios de prueba y medios de impugnación para combatir los actos procesales del órgano juzgador, también existen para el tribunal –con el imperativo que supone el concepto de obligación en sede procesal–, pues justicia demorada no es justicia. Si los ciudadanos acceden al sistema de justicia en busca de una solución a sus conflictos es, justamente, para hacer efectiva una resolución judicial que perpetúe sus derechos subjetivos, eficacia que ha de lograrse en un tiempo prudencial; de ahí la necesidad de dictar un fallo en consonancia con el principio de celeridad procesal.

## **Derecho a la cosa juzgada**

La cosa juzgada representa, al mismo tiempo, finalidad y efecto de todo proceso. Finalidad porque es aspiración de todo litigante obtener una sentencia que perpetúe sus derechos subjetivos en el tiempo; y efecto porque, una vez materializada la autoridad de cosa juzgada, el fallo del tribunal se volverá inalterable e inatacable, salvo los casos específicos que determina la ley.

---

que al confesante, no así a terceros, mientras que también lo será el documento público, en función de su autenticidad, respecto a las alegaciones de las partes comparecientes. El resto de los medios de prueba se apreciarán de acuerdo con las reglas de la lógica y la racionalidad, con criterio libre, según las máximas de la experiencia del juez, tal como sucede en todos los casos en el proceso penal. La tendencia imperante es la de no establecer gradaciones en cuanto a la eficacia probatoria de determinados medios, sino que todas pasen por el tamiz de análisis y ponderación del juzgador.

<sup>10</sup> Preferimos decir correcta, en lugar de justa, porque a veces lo correcto es la aplicación recta de la norma y, sin embargo, ello puede no resultar justo en un caso concreto.

Cosa juzgada significa que el asunto que motivó la litis encontró solución. Explica Mendoza Díaz que «la imposibilidad de seguir debatiendo un tema hace que la cosa juzgada se presente como un logro procesal en lo particular y social en lo general, de tal naturaleza que incluso la sentencia que contenga determinada injusticia impide igualmente que el asunto se vuelva a tratar».<sup>11</sup> Es por ello que la cosa juzgada se erige como máxima expresión del principio de seguridad jurídica en sede procesal, pues logra sellar los efectos sustantivos que produce la sentencia y, consecuentemente, el proceso, ya que dicho pronunciamiento deberá ser respetado por todos.<sup>12</sup> Su importancia como efecto del proceso es tan notoria que no pocos cuerpos legales le confieren, por sus características, la condición de excepción perentoria e, incluso, algunas –como la ley procesal civil cubana– posibilita su tramitación en clave dilatoria, en caso de ser la única opuesta a la acción establecida por el actor,<sup>13</sup> a fin de evitar retrasos innecesarios y que se dicte un fallo contradictorio a lo ya visto y juzgado procesalmente.

## **DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

Como todos los elementos anteriores, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales constituye una garantía esencial, a fin de lograr una real y objetiva operatividad de la administración de justicia. Se trata de que cuente con mecanismos eficaces de ejecución que rebasen el ámbito de una mera utopía procesal. El calificativo «efectiva», en materia de tutela judicial, adquiere mayor relevancia cuando, alcanzada la cosa juzgada, se precisa –por el vencedor en el juicio de conocimiento– la ejecución de lo dispuesto en la sentencia; de ahí que la propia doctrina la denomine como efectividad de la sentencia judicial, cuando de procedimiento ejecutivo se trata.

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la resolución judicial que le es favorable, encuentre respuesta en los mecanismos de ejecución contemplados en la ley, fundamentalmente en los proceso de corte no penal que, por su

<sup>11</sup> Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 175.

<sup>12</sup> En cuanto a la eficacia *erga omnes* de las sentencias, *cfr.* Artículo 123 de la Constitución de la República, el cual establece que «los fallos y demás resoluciones firmes de los tribunales, dictados dentro de los límites 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 vengán obligados a intervenir en la misma».

<sup>13</sup> *Cfr.* Artículo 234 de la LPCALE.

propia naturaleza, provocan mayor dificultad en su realización definitiva. Se puede afirmar que tutela judicial que no se haga efectiva deja de ser tutela, aun cuando se hayan respetado todos los derechos de las partes durante la tramitación del proceso, ya que existe un intrínseco ligamen entre las categorías tutela y ejecución; vínculo indisoluble a cuyo tenor nace el derecho al cumplimiento efectivo de lo que fue decidido en el proceso.

Solo nos queda por analizar la prohibición de indefensión, como elemento estructural de la tutela judicial efectiva, la que abordamos en epígrafe independiente por su importancia dentro del propio concepto y para el propósito que perseguimos con este estudio.

## **LA PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN**

El interrogante que lanzamos al inicio deriva ahora en nuevos cuestionamientos. ¿Por qué se hace necesaria la regulación de la proscripción de indefensión si, en definitiva, los textos constitucionales y las leyes procesales hacen eco de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental? ¿No resulta ello suficiente para el legislador? ¿Qué beneficios traería consigo la consagración normativa de su concepto, características y efectos? Volvemos sobre la respuesta inicial, pues la prohibición de causar indefensión constituye elemento esencial de la tutela judicial efectiva que, si bien goza de autonomía propia, está presente en cada acto procesal del tribunal, en el entendido de no causar perjuicios a los justiciables.

El legislador constitucional —en aquellos textos que lo regulan— ha tenido a bien enfatizar en la prohibición de indefensión para recalcar que la verdadera tutela judicial efectiva es aquella que, aun cuando el resultado del proceso no parezca justo en relación con el fondo del asunto, no produce estados de indefensión para las partes en ninguno de los diferentes estadios que lo conforman, desde su comienzo con el ejercicio de la acción hasta la ejecución de la resolución judicial que le pone fin.

Los ciudadanos acuden al sistema ordinario de justicia debido al grado de confiabilidad que depositan en él; razón suficiente para que el legislador haya decidido inmortalizar el derecho a la tutela judicial efectiva como fundamental, que acierta cual concreta expresión en los diferentes elementos que analizamos anteriormente. En cada uno de esos elementos, se encuentra presente la prohibición de indefensión, pues el interés del legislador es el derecho de los ciudadanos a: el uso de las herramientas procesales, el fallo congruente y motivado, la cosa juzgada y la ejecución de la sentencia, por cuanto este resulta el curso natural del proceso. De manera que cualquier desviación de su cauce provoca un estado de indefensión que lesiona los derechos e intereses legítimos de las partes, que les limita su derecho a defenderse ante una conducta procesal del órgano juzga-

dor y les coloca en situación de desventaja respecto a la contraria, la que, en definitiva, representa un perjuicio concreto que sobreviene expresión material de la indefensión y que deberá ser reparado por el tribunal para restablecer la igualdad procesal.

La prohibición de indefensión constituye un límite para la actuación del tribunal, que no puede sobrepasarla porque ello conduciría al rescuicio de la igualdad que debe primar en todo proceso. El tribunal cuenta con un grupo de facultades para disponer, de oficio, las medidas que considere pertinentes, en aras de garantizar la igualdad de las partes en el proceso, evitar dilaciones innecesarias y concentrar las diligencias que puedan practicarse en unidad de acto, así como velar por la lealtad y probidad en el debate judicial, facultades que, a la postre, constituyen garantía para los justiciables, pues las reformas procesales acaecidas, a partir de la aparición de proyectos de códigos procesales modelo para Iberoamérica, promueven la actuación de los jueces con carácter proactivo, al dotarlos de herramientas que, si bien tienen una expresión determinada en los diferentes tipos de proceso, según varían los intereses que en ellos se ventilan y, en consecuencia, su naturaleza jurídica, dichas facultades se traducen en poderes que permiten a la judicatura sanear el proceso, hacer comparecer a las partes en cualquier momento procesal, incrementar sus facultades probatorias y de libre apreciación de la prueba, además de la posibilidad de decretar *ex officio* alguna medida cautelar con vista al aseguramiento del resultado procesal.<sup>14</sup>

Entre todas las facultades que ostenta el tribunal, la de mayor importancia —en criterio propio— resulta aquella que le permite restablecer el equilibrio procesal, pues la igualdad se instauro como criterio esencial de estabilidad que permite el desarrollo del contradictorio y, en virtud de ello, puede, discrecionalmente, proceder al restablecimiento de la igualdad, con adopción de las medidas que solventen situaciones de evidente estado de indefensión o desigualdad procesal.

### Construyendo un concepto

En el *Diccionario de Derecho usual*, se considera el derecho a la defensa como la «facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto intervienen en las actuaciones judiciales, para ejercitar dentro de las mismas, las acciones y excepciones que, respectivamente, puedan corresponderles como actores o demandados; ya sea en el orden civil como criminal, administrativo, laboral [...]».<sup>15</sup> Y, en consecuencia, se produce la indefensión por la «falta de defensa actual o permanente. Situación de la parte a quien

<sup>14</sup> Respecto a las facultades del tribunal en el contexto del proceso civil cubano, *cfr.* artículos del 38 al 45 de la LPCALE.

<sup>15</sup> Guillermo Cabanellas: *Diccionario de Derecho usual*, t. 1, p. 642.

se niegan de forma total o parcialmente los medios procesales de defensa, y de modo especial los de ser oída, y patrocinada por letrado». <sup>16</sup> Dicha negativa de desamparo procesal se construye por decantación, respecto a aquellos elementos que integran el derecho a la defensa que, a su vez, es el principal componente de la tutela judicial efectiva.

Como resulta fácil apreciar, se asocia la indefensión con la ausencia de posibilidad de defenderse, por lo que deviene un estado límite que sobrevendrá cuando la desigualdad sea motivada por la actuación del órgano judicial o por la contraparte, y no existirá nunca, si se debe a la negligencia del interesado, pues si no se agotan los medios legales de que se dispone, se deja de defender, pero no se constituye el estado de indefensión.

En la doctrina nacional, apenas encontramos referencias a su estudio, por lo que significamos la definición que, junto a Rivero Errico, se ha ofrecido en trabajos anteriores, al puntualizarle como

[...] la situación de especial dificultad en que se encuentra alguno de los litigantes –o aquel a quien correspondería en derecho serlo– cuando, ilegítimamente privado de la posibilidad de personarse o valerse de cualquiera de los medios de defensa con que la ley provee, puede sufrir o ha sufrido ya un perjuicio que pudiera ser o ha devenido irreparable dentro del ámbito procesal. <sup>17</sup>

En nuestro criterio, el estado de indefensión se produce como consecuencia de situaciones anómalas procesales, a cargo de la parte, de su representación letrada <sup>18</sup> o del tribunal, ya sea por actuar negligente, imprudente

<sup>16</sup> *Ibid.*, t. 2, p. 364.

<sup>17</sup> Mario Rivero Errico e Ivonne Pérez Gutiérrez: «La revisión en materia civil», en *Revista de la Abogacía Cubana*, no. 53, enero-junio de 2015, p. 42.

<sup>18</sup> En la ampliación de las causales de revisión introducidas al amparo del Decreto Ley No. 241/2006, de 26 de septiembre, modificativo de la ley de trámites civiles cubana, al insertar el proceso económico, se introdujo el estado de indefensión, en aquellos casos en que se constate por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular la presencia de situación específica de haberse colocado en estado de indefensión a parte interesada, con trascendencia al derecho que reclama. En este sentido, Mendoza Díaz refiere que dicha situación «puede ser provocada tanto por el propio órgano como por la representación de la parte o por una causa de tipo material que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos, en la práctica este motivo se ha identificado con el deficiente servicio de representación del abogado, que con su actuar le provoca un perjuicio al cliente» (*vid. Mendoza Díaz: Op. cit.*, p. 184).

Sobre este mismo particular, hemos referido en otra oportunidad que «resulta obvio que sobrevendrá el estado de indefensión cuando la desigualdad sea motivada por el actuar del órgano judicial o de la contraparte, y no existirá nunca si se debe a la negligencia del interesado, cuestión distinta resulta cuando la falta corresponde al abogado que lo representa: si se tratare de conducta dolosa, no habría lugar a dudas, pero la negligencia abre el espectro de la discusión. En un extremo de la opinión están quienes entienden que, elegido el representante, asume el representado sus logros y sus errores, teniendo

o malicioso, que trunca el ejercicio del derecho a la defensa o su éxito, con trascendencia tal que no resulta necesaria la medición o cuantificación de sus resultados para calificar un determinado estado como indefensión, así como para apreciar su existencia. Esta no se debe a la inactividad en el accionar, sino a perjuicios ocurridos, ya una vez accionado, ya sea por desconocimiento de la ley, su indebida aplicación, errónea actuación del representante letrado –por negligencia o insuficiente preparación técnica– porque, simplemente, no estén creados los mecanismos para una verdadera administración de justicia o cuando, estándolo, la actuación del tribunal deja cercenado el derecho a la defensa de los justiciables. No solo basta con alegar la existencia de un posible estado de indefensión, arguyendo que se ha producido una vulneración de la norma procesal, sino que resulta necesario que se haya materializado la privación del derecho a la defensa en alguna de sus manifestaciones, o sea, que se haya concretado el efecto material de la indefensión, en tanto exista incumplimiento de la norma procesal y este no sea imputable a la parte que lo alega. Cobra plena vigencia, entonces, la regla del *onus probandi* en manos de quien alega dicho estado.

Mendoza Díaz<sup>19</sup> sostiene que, por lo general, no aparece una definición en la norma, pero, si en una legislación se garantiza lo relacionado con la defensa, resulta irrelevante la carencia de un concepto porque, en definitiva, se trata de salvaguardarlo, no de decir que se salvaguarda. El problema se presenta cuando, ante la carencia de una claridad en el concepto o de las causas que pudieran generar un estado de indefensión, la ley señala que le corresponde un efecto determinado, como sucede con la ley procesal civil cubana, en la que se le reconoce como causal de revisión, sin que exista un examen doctrinal, legislativo o jurisprudencial de los elementos configuradores, lo que puede suscitar incertidumbre, en cuanto a las razones, para ser invocada.

La cuestión se presenta aun más complicada, cuando, en la función jurisdiccional, corresponde al órgano juzgador valorar si determinada conducta suya o de otro tribunal, o de alguna de las partes o sus representantes procesales, constituye estado de indefensión, o no, en cuyo caso corresponderá disponer, de oficio, la nulidad de las actuaciones, por ha-

---

en cuenta que se trata de una elección libre y voluntaria. Entienden otros que el vínculo no puede ser de carácter absoluto, tocando al defendido dotar a su defensor con los datos y elementos necesarios para su labor, pero liberándolo de las consecuencias que pueda acarrear la indolencia de aquel. La juventud de la norma no permite aún reunir experiencias suficientes como para aventurar conclusiones, pero lo cierto es que no existe un criterio uniforme en nuestro supremo foro judicial. En ocasiones, se le considera causal de estado de indefensión y en otras se declara inadmisibles la revisión al considerar que de la actuación negligente del letrado solo se deriva la posibilidad de establecer reclamación de reparación de daños e indemnización de los perjuicios que pudiere haberle causado». Al respecto, *cfr.* Rivero Errico y Pérez Gutiérrez: *Op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>19</sup> Afirmación esgrimida y reiterada por el autor en sus conferencias de Derecho procesal (parte general), en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

berse apreciado el incumplimiento de formalidades previstas en la ley que tienen carácter de presupuestos esenciales, y que, de no ser rectificadas en tiempo y forma, pueden provocar indefensión para algunas de las partes. Al respecto, Mendoza Díaz plantea que «los tribunales utilizan una expresión genérica para identificar la indefensión, o sea, el alcance de este amplio campo de posibles nulidades, definiéndolas como situaciones que *trascienden al fallo*, lo que implica que pueden influir en la adopción de una decisión injusta si no son corregidas».<sup>20</sup>

Por ello, consideramos que se debe aludir a la indefensión como institución del Derecho procesal en sí, y de todo el Derecho, en general, pues resulta claro que se trata de un concepto jurídico que, aunque a veces indeterminado, es de carácter fundamental, intrínseco a la condición de ciudadano, a quien el Estado le ha privado, con todo acierto, de la posibilidad de hacerse justicia con su propia mano; razón más que suficiente para que, en consecuencia, le otorgue en el proceso todas las garantías para que ejerza su defensa adecuadamente. De manera que nos encontramos frente a un instituto de raíz constitucional, como norma suprema que guía todas las demás y, de ahí, que, independientemente de la rama o materia del Derecho de que se trate, debe entenderse la indefensión como aquella situación en que queda la parte litigante a la que se le niegan o limitan, contra ley, sus medios procesales de defensa.

## **ASIDERO LEGISLATIVO**

### **Enfoque constitucional de derecho a la defensa y estado de indefensión**

Hemos utilizado el adjetivo «fundamental» para catalogar el derecho a la tutela judicial efectiva, sin destacar la importancia de este para el catálogo de derechos que regulan las cartas magnas en beneplácito de sus ciudadanos. La expresión «derecho fundamental» fue creada y utilizada, de la manera que se emplea actualmente, por el constitucionalismo sucesor de las guerras mundiales y, por primera vez, en Alemania, con la Constitución de 20 de diciembre de 1848, bajo el capítulo «Los derechos fundamentales del pueblo alemán». Esta Constitución se convierte en la única de todo el siglo XIX con una proyección democrática y un contenido radicalmente liberal, pues cuenta con la inclusión de esta categoría en sus páginas, lo que demuestra la presencia del principio de soberanía popular y torna imposible la aplicación de los principios monárquico-constitucionales o de soberanía parlamentaria.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 318. También en materia de nulidad de actuaciones en el proceso civil, *cf.* Artículo 178 de la LPCALE.

<sup>21</sup> *Apud* Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho constitucional*, 4.ª ed., p. 241.

Al decir de Pérez Royo,

Los derechos fundamentales son, pues, los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de la soberanía popular. No basta, por tanto, que los derechos sean enumerados sin más en la Constitución. [...] Para que los derechos se conviertan en fundamentales tienen que incorporarse a una Constitución que se afirme expresamente como norma jurídica y que prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre todas las demás normas del ordenamiento y en particular sobre la ley.<sup>22</sup>

Esta afirmación nos encamina a la conclusión de que derecho sin garantía es infructífero, es decir, no tendría ningún valor para su ejercitación, ya que el ciudadano estaría desprotegido, se encontraría en estado de indefensión. Al no estar creados los mecanismos de defensa en la Constitución, las demás leyes del ordenamiento jurídico tampoco tendrían respaldo, pues la norma suprema constituye el referente y, al mismo tiempo, la protectora de las leyes especiales.

Ilustradoras las palabras de Montero Aroca, cuando aclara que el derecho a la defensa se «[...] corporifica en la Ley mediante el diseño de un conjunto de garantías que, en la generalidad de los casos han sido elevadas a la categoría de derechos fundamentales».<sup>23</sup> De manera que la garantía de defensa se consagra dentro del derecho al debido proceso<sup>24</sup> e implica que las partes puedan manifestar sus pretensiones, alegar, presentar y practicar pruebas, así como hacer uso de los recursos previstos en las leyes, por lo que el desconocimiento de estos derechos por los tribunales significa la violación de un derecho fundamental; todo ello en el entendido de que el debido proceso comprende la citación o el conocimiento, el derecho a la defensa, a la prueba y a un juzgamiento adecuado, sin distinción de tipo de proceso, porque se trata de recaudos intrínsecos a esa singular garantía que es el proceso en sí mismo.

### ***Declaraciones de derechos fundamentales***

La Declaración universal de los derechos humanos<sup>25</sup> plantea que todos debemos ser amparados contra actos que violen nuestros derechos fundamentales reconocidos *ex lege*, lo que nos lleva al análisis de que ningún ciuda-

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>23</sup> Juan Montero Aroca: «Estructura del proceso», en Montero Aroca *et al.*, *Derecho jurisdiccional I*, 7.ª ed., p. 318.

<sup>24</sup> Para ampliar al respecto, *vid.* Jaime Greif: «El debido proceso», en *Estudios iberoamericanos de Derecho procesal...*, pp. 267-281.

<sup>25</sup> *Cfr.* Artículo 8: «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley».

dano puede encontrarse en estado de indefensión, o que, por lo menos, las leyes y el sistema de su país no deben dar cabida a que esto ocurra.

De una forma similar, se expresa el Artículo 18 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, la cual señala que «toda persona puede concurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente».

Como se puede apreciar, cuando enuncia «actos de la autoridad que violen», se refiere no solo a la policía o cualquier otro órgano de represión, sino también a las violaciones cometidas durante el proceso por los propios agentes de la justicia, supuesto que ocurre a gran escala, ya sea por desconocimiento de la ley, su indebida aplicación o porque, simplemente, no estén creados los mecanismos para una verdadera y eficaz administración de justicia.

Ambos preceptos defienden los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, lo que demuestra la importancia de que, en ella, aparezcan todos los derechos del ciudadano, agrupados en un mismo capítulo y se plasmen, además, sus garantías, pues ello legitima, respalda y, al mismo tiempo, suministra el pie forzado al resto de las leyes.

### ***Pacto internacional de los derechos civiles y políticos***

De gran importancia resulta, también, el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos que, en el Artículo 2.2, plantea que

cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

El Artículo 14,<sup>26</sup> referido a la igualdad de las partes en el proceso, establece el derecho a ser oído y a contar con las debidas garantías, tanto en la materia penal como en el ámbito civil. En el tercer apartado, enfatiza las garantías mínimas a ser observadas en el proceso penal, tales como la información sin demora, disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, comunicarse con un defensor de su elección, juzgamiento sin dilaciones indebidas, defensa personal o asistida por el

<sup>26</sup> Cfr. Artículo 14.1: «Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecidas por la ley en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...]».

defensor de su elección y no estar obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

Este instrumento internacional fue suscrito por Cuba en 2009, lo que afirma el carácter obligatorio de su cumplimiento y nos conmina a reformas legislativas que reflejen, de manera adecuada, el derecho a la defensa, pues, si bien algunas de estas cuestiones encuentran reflejo en la normativa penal, no corre igual suerte la materia civil.

### **Algunos textos constitucionales**

Revisadas las cartas magnas de El Salvador, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú, se aprecia el interés del legislador por preservar la defensa como derecho fundamental y ello lo hace de manera general, sin distinguir en cuanto a una materia o rama del Derecho, aunque, en ocasiones, se recoge en precepto aparte, y de forma detallada, todo lo relacionado con el derecho a la defensa en sede penal, al puntualizar la regulación de las garantías necesarias para la presunción de inocencia de la persona.<sup>27</sup>

Marcado interés ameritan las constituciones española y venezolana, pues con el 24 constitucional español se logra una formulación de avanzada, al regular el derecho a una tutela efectiva<sup>28</sup> de los jueces y tribunales

<sup>27</sup> Cfr. artículos 11 y 12 de la Constitución de la República de El Salvador; Artículo 16 de la Nueva Constitución Política del Estado (Bolivia); Artículo 19.3 de la Constitución chilena, que asegura a todas las personas el derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale, sin que prevea impedimento o restricción alguna por parte de autoridad o persona cualquiera, con la advertencia, además, de que la ley procurará brindarle defensa jurídica a aquellos que puedan asegurársela por sí mismos; precepto este que hace reconocimiento general del derecho a la defensa de cada ciudadano, pero no brinda herramientas ni regula nada referido a la prohibición del estado de indefensión de los ciudadanos chilenos; los artículos 29 y 229 de la Constitución Política de Colombia, reconocen a los inculcados el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento, asimismo, se establece el deber de reglamentar por ley los supuestos en los que la persona puede acceder a la administración de justicia sin representación de abogado, no limitando el acceso a esta mediante la defensa cautiva; el Artículo 24 de la Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente 2008, establece que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento; los artículos 27 y 34 de la Constitución Política de Nicaragua plantean la igualdad ante la ley, los derechos de protección de las personas y que no existirá ningún tipo de discriminación, y en el 34 recoge las garantías mínimas a las que tiene derecho el procesado, de manera similar a como aparece en el Pacto, con marcado acento penal; los artículos 139, 14 y 16 de la Constitución Política de la República de Perú reconocen el derecho de defensa como un principio y derecho de la función jurisdiccional, al postular su necesaria presencia en cualquier estado del proceso.

<sup>28</sup> Al decir de Morales Godo, el origen del término es procesal con una plasmación posterior en los ordenamientos constitucionales y que fue Chiovenda quien dotó a la Constitución italiana del instrumento «derecho de tutela». Afirma que «[...] sus trabajos permitieron el desarrollo posterior hasta la constitucionalización del derecho de tutela como derecho subjetivo autónomo luego de la segunda guerra mundial, en Italia precisamente y, luego, en todo el resto de

en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, «sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Aunque ya hicimos referencia a ello en la introducción, no resulta reiterativo hacer hincapié ahora en el énfasis del legislador ibérico, al regular la proscripción de toda indefensión y, aunque no la define, la marca como elemento de ineludible observancia para que se configure una verdadera función tuitiva de los tribunales y, con ello, rebasa la clásica formulación de otros textos consultados que limitan su prevención al derecho a la defensa y, en muchos de ellos, la restringen a la materia penal.

Enaltece a la judicatura hispana<sup>29</sup> la interpretación del concepto «derecho a la tutela judicial efectiva» que se expresa en el derecho de los justiciables de acceder al sistema judicial y obtener una respuesta debidamente fundamentada, sin que, durante ese proceso, las personas sufran indefensión por no permitírseles el pleno ejercicio de las facultades legalmente conferidas,<sup>30</sup> pero esta actuación de los tribunales ha estado guiada también por la Ley orgánica del poder judicial, de 1985, la cual establece que, en el ejercicio de la jurisdicción se «[...] protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión [...]».<sup>31</sup>

Asimismo, el texto venezolano regula la tutela judicial efectiva,<sup>32</sup> de manera explícita y detallada, con expresa mención del derecho a la defensa, al estipular las especificaciones referidas al debido proceso en el sentido de que, además de ser juzgado por un juez competente e imparcial, implica el cumplimiento de un conjunto de garantías durante el proceso, como: derecho a usar medios adecuados de defensa, ser juzgado sin dilaciones

Europa» (Vid. Juan Morales Godo: «Justificación», en Juan Morales Godo (compil.), *Acción, pretensión y demanda*. Cfr. Artículo 24 de la Constitución de la República Italiana, de 21 de diciembre de 1947).

<sup>29</sup> Díez-Picazo analiza la significación y alcance del Artículo 24 de la Constitución española y valora cómo las interpretaciones del Tribunal Constitucional han enriquecido la letra estricta del artículo y, también, cómo lo han complicado, pues considera que el legislador, al referirse al «derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales», aludía solo al acceso a los tribunales y, con ello, quedaba constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia, pero que «[...] el Tribunal Constitucional ha ido más allá, utilizando el argumento de que la tutela judicial debe ser “efectiva”: no basta que haya un acceso sin restricciones a la jurisdicción, sino que ello ha de servir para algo». (Vid. Luis M. Díez-Picazo: *Sistema de derechos fundamentales*, 3.ª ed., pp. 425-430).

<sup>30</sup> *Apud* María A. Sánchez Rubio: «Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el tribunal constitucional», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. xxi, 2003, pp. 601-616.

<sup>31</sup> Cfr. Artículo 7.3 de la Ley orgánica del poder judicial, en *Legislación sobre enjuiciamiento civil*, 33.ª ed., 2010.

<sup>32</sup> Cfr. artículos 26 y 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada el 17 de noviembre de 1999. Para mayor profundidad, vid. Román J. Duque Corredor: *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*, t. 2, pp. 75-77.

injustificadas, estar presente en el proceso y la indemnización por error judicial. También, postula que la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, acceder a las pruebas y disponer del tiempo y los medios adecuados para ejercer su defensa.

### **El caso de Cuba**

Cuba, por razones históricas, resultó ser el último país en Latinoamérica en conseguir su independencia de España, lo que propició que nuestras raíces jurídicas estuvieran sentadas en las bases del Derecho español y, en lo que respecta al procedimiento civil, específicamente, en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), hecha extensiva a Cuba por Real Decreto de 25 de septiembre de 1885.<sup>33</sup>

En la década del 50 del siglo xx, se elaboró el Proyecto Montagú-Gorrín, que pretendía modificar la normativa procesal civil y que introducía una sección dedicada a las facultades del juzgador, en la que se le conferían potestades para disponer medidas tendientes a garantizar la igualdad de las partes en el proceso, aun cuando existiese silencio normativo respecto a la situación que, en particular, se presentase.<sup>34</sup> No obstante, se mantuvo vigente hasta los años 70, en que la efervescencia legislativa condujo a la creación de cuerpos normativos en las materias familiar, constitucional, penal y civil, pues, de esta etapa, datan nuestros Código de familia, Constitución y leyes procesales, tanto penales como civiles, todo ello en pos de adecuar la legislación nacional a los cambios sociales que se operaban y a las tendencias que, en el ámbito jurídico internacional, se sucedían. También en materia laboral, es de destacar el Código de trabajo de 1984, que dejó plasmado lo relativo a la solución de los conflictos surgidos en el marco de las relaciones jurídico-laborales, atemperándose a la entonces LPCAL que regulaba un procedimiento propio para la resolución de controversias laborales. Así, quedó configurado, desde la norma sustantiva, el derecho a la defensa de los trabajadores.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> *Ley de enjuiciamiento civil*, 2.ª ed., La Habana, 1954.

<sup>34</sup> *Vid. Mendoza Díaz: Op. cit.*, pp. 35-37.

<sup>35</sup> En la configuración del derecho a la defensa de los trabajadores, en el marco de la solución de los conflictos laborales, el Artículo 245 del antiguo Código de trabajo de 1984 dejó sentados, como principios rectores, el de celeridad, en virtud del cual las controversias debían ser resueltas con la mayor rapidez posible, sin que ello implicara menoscabo de las garantías procesales debidas a las partes; el de sencillez, que despoja al procedimiento de formalismo y solemnidades innecesarias; el de oralidad, por el predominio en el proceso de la forma oral, tanto en el trámite de alegación como en la práctica de la prueba, sin que las cuestiones incidentales entorpezcan la solución del conflicto que se resuelve por una sola resolución; y el de impulso de oficio de su sustanciación, ya que la conducción del proceso, hasta su terminación, se lleva a cabo sin necesidad de instancia de las partes.

Nuestro texto constitucional se pronuncia, expresamente, por la reparación o indemnización, previa reclamación del afectado, en el Artículo 26, entre los fundamentos políticos, sociales y económicos que lo sostienen, ello, claro está, como precepto general que cada normativa especial ha de adaptar a su contexto. No obstante, se particulariza tal situación a que se produzca el actuar por funcionarios o agentes del Estado, extremo que puede generar otras interpretaciones, bien autorizadas, en las que coincida que no implica una tutela constitucional al estado de indefensión ciudadana, tal cual lo recoge la causal quinta de revisión civil, y si fuera así, no se encuentra en el texto constitucional otro aparte que trate el asunto y lo haya introducido con igual carácter.

Cuestión diferente es la garantía constitucional del derecho a la defensa o todos los que se recogen en el Capítulo VII, «Derechos, deberes y garantías fundamentales» y, en especial, los relativos a los artículos 58 y 59, pues dista mucho sancionar el derecho a ser defendido o representado, ya se trate de lo penal o de los demás ámbitos del Derecho, a que, a pesar de esa garantía y puesta en marcha, se susciten actos ajenos a la voluntad del justiciable que perturben, menoscaben o trunquen la eficacia de su actuar, aun teniendo la certeza o prueba del derecho subjetivo merecedor del reclamo. La Ley de los tribunales populares solo prevé, en consonancia con el texto constitucional, el derecho a la defensa para la materia penal, aunque sí parte de reconocer que «la justicia se imparte sobre la base de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y el tribunal».<sup>36</sup>

---

El nuevo Código de Trabajo, de reciente data, resulta más explicativo, en cuanto al derecho a la defensa de los trabajadores, al establecer en el Artículo 165 que los trabajadores tienen derecho a reclamar contra las medidas disciplinarias que les son impuestas, así como a promover acciones para el reconocimiento, restablecimiento y cumplimiento de los derechos de trabajo y de seguridad social, consagrados en la legislación, ante los órganos, autoridades e instancias competentes. El 168 amplía los principios que rigen el sistema de solución de conflictos laborales y, junto a los de celeridad, sencillez, oralidad e impulso de oficio, quedan consagrados: el de *inmediatez*, pues es al órgano primario –órganos de justicia laboral de base– al que corresponde la solución del conflicto, que está próximo al lugar donde este se origina; el de *comparecencia de las partes*, puesto que los que resuelven el conflicto obtienen directamente mayor claridad de los hechos, mediante el conocimiento, en un mismo acto, de los relatos y argumentos de las partes; el de *publicidad*, pues las comparecencias y otros actos procesales pueden ser presenciados por los trabajadores y, según el caso, por personas que no son partes en el conflicto; el de *respeto a la legalidad*, en virtud de que los integrantes de los órganos que resuelven los conflictos deben obediencia a la ley, así como el cumplimiento por las partes de las decisiones firmes dictadas por ellos; y, por último, el de *mediación*, toda vez que los integrantes del órgano de solución del conflicto que participan en la comparecencia, y en la práctica de pruebas, acuerdan el fallo y dictan la solución del asunto. La Ley No. 116, nuevo Código de trabajo, fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República*, en la edición extraordinaria no. 29, de 17 de junio de 2014.

<sup>36</sup> Cfr. Artículo 2.2 a) y c) de la Ley No. 82/1997, «De los tribunales populares».

El proceso civil cubano, entonces, no disfruta de un soporte constitucional ni orgánico que propugne el derecho a la defensa y, consecuentemente, prohíba la indefensión, así como tampoco sanciona el derecho a la tutela judicial efectiva, entre los derechos y garantías fundamentales; sin embargo, en la LPCALE, encontramos menciones en el artículo 40 y en el 642. 5, referidos a las facultades del tribunal y a la revisión, respectivamente.

En el Artículo 40, se establece la posibilidad de que se produzca una situación de indefensión sin solución en la ley, ante lo cual el tribunal está facultado para ofrecer solución propia. Con ello, el legislador retoma la idea del Proyecto Montagú-Gorrín de que el tribunal pueda adoptar medidas para garantizar la igualdad de las partes en el proceso, aun cuando existiese silencio normativo respecto a la situación que, en particular, se presentase; pero lo que sucede es que, al desconocerse los elementos configuradores del estado de indefensión, previstos en ley, o no, resulta difícil imaginar los casos que pudieran estar comprendidos.<sup>37</sup>

En el supuesto del apartado quinto del Artículo 642, tampoco aparece una definición, sino que se presupone el conocimiento de la institución y se colocan dos requisitos: que se presenten argumentos debidamente fundamentados y que tenga trascendencia al derecho que reclama, pero no especifica a qué casos se refiere cuando señala «haberse colocado en estado de indefensión», si se trata de que la propia parte se haya colocado en dicha situación o por causa del abogado que la representó, o sea, consecuencia de la actuación de la contraparte o, incluso, del tribunal.<sup>38</sup> Se asocia con la actuación negligente del abogado y con la denegación de

<sup>37</sup> En la práctica, son escasos los supuestos –al menos, que conozcan los autores– en los que se ha utilizado la fórmula «saco» del Artículo 40 y mayormente se ha asociado a situaciones en que existe duplicidad documentaria, en el entendido de certificaciones expedidas con diferente fecha de firmeza, con la consecuencia de caducidad de los derechos que ello genera, o –con anterioridad a la Instrucción No. 191 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular–, en la que se empleaba con fines cautelares ajenos al embargo.

<sup>38</sup> El segundo considerando del Auto No. 33 de 2011 establece que «[...] toda vez que la referida causal en que se ampara es de excepcionalidad aplicable a los casos en que se advierta[n] tales circunstancias para su admisión, situación que no acontece en el presente asunto en que si bien mediante el referido documento se informa la existencia de responsabilidad en el actuar de la letrada que la representó por no haberla citado oportunamente para la práctica de la prueba testifical, así como que no estableció el correspondiente recurso de casación contra la sentencia objeto de revisión, de ello solo se deriva la posibilidad de establecer contra la misma reclamación de indemnización por los daños y perjuicios que pudieran haberlo causado [...]».

También el segundo considerando del Auto No. 44, del propio año, dispuso que «[...] de ello deriva que si el actuar negligente del letrado ocasionare daño irreparable a su representado, deberá responder civilmente ante él, quien tendrá acción para interponer la demanda que corresponda contra su representante en el proceso civil de conocimiento pertinente [...]».

las pruebas; sin embargo, no existe un criterio uniforme en los operadores jurídicos sobre cómo se configura el estado de indefensión, sus causas y efectos.

Si bien analizamos las prevenciones normativas en el ámbito civil, como en el genérico proceso no penal, vale la pena detenerse —ahora desde el ámbito puramente procesal— en el proceso laboral cubano, pues, aunque le resulta de aplicación supletoria la preceptiva procesal civil, cuenta con elementos propios que le han de distinguir.<sup>39</sup> Se trata de un proceso que debe estar dirigido a garantizar la defensa del trabajador; pero, para ello, se requiere, en primer lugar, que se tenga acceso a la vía judicial, como elemento fundamental para que el tribunal pueda realizar su función tuitiva. Privar al trabajador de esta posibilidad se convierte en una marcada indefensión, de necesaria abolición.<sup>40</sup>

## **UN CIERRE, NO CONCLUSIONES**

Resulta claro que el estado de indefensión constituye una institución jurídica de aplicación a cualquier rama del Derecho y consiste en la vulneración del derecho a la defensa, cuando a una parte se le priva ilegítimamente de acceder a la justicia o de una posibilidad procesal, lo que puede repercutir en un resultado desfavorable para su reclamación. Se trata, por tanto, de un elemento esencial de la tutela judicial efectiva que, indudablemente, ratifica dicho calificativo.

La prohibición de estado de indefensión en cualquier tipo de proceso no resulta objeto de regulación expresa en un gran grupo de constituciones iberoamericanas, con algunas gratas salvedades, y quedan a una interpretación extensiva de los preceptos en los que se reconoce el derecho de defensa que, como expresión del debido proceso, puede ser visto como principio, derecho fundamental o garantía.

La doctrina y la normativa cubanas carecen de una definición de estado de indefensión, a pesar de lo cual aparece regulado en algunos artículos y es invocado con cierta frecuencia en la praxis forense, sin que exista certeza de en qué casos puede realmente ser utilizado. Si bien la ley no

<sup>39</sup> Artículo 696, LPCALE.

<sup>40</sup> Marcada esperanza se tenía en que el nuevo Código de trabajo abriera las posibilidades de impugnación a resoluciones administrativas disciplinarias y que no volviera a circunscribirse a determinado grupo de medidas de las más severas; pero, en este sentido, se mantuvo la letra del precedente, de lo que resulta una clara nota de indefensión, pues el derecho a impugnar constituye elemento esencial para aludir a la existencia de defensa. Se trata de que cualquier medida que se disponga —incluso la de amonestación— puede ser injusta y, aunque no lo sea, el derecho a defenderse —como derecho fundamental—, no puede ser ignorado.

está destinada a formular conceptos que se presuponen sabidos, resulta cierto que, ante el desconocimiento de los operadores jurídicos acerca de los elementos configuradores de la indefensión y la carencia de un criterio uniforme de nuestro máximo órgano jurisdiccional, se hace necesario prever las específicas causas de indefensión y sus efectos para el proceso, lo que debe partir de su reconocimiento y regulación jurídica magna; sin embargo, ello no es suficiente, pues no basta con plasmar derechos en la ley, hay que aplicarlos para dimensionar, en verdadera medida, nuestro texto constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Cabanellas, Guillermo: *Diccionario de Derecho usual*, t. 1, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1968.
- Díez-Picazo, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi S.A., Navarra, 2008.
- Duque Corredor, Román J.: *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*, t. 2, Ediciones Fundación ProJusticia, Caracas, 1999.
- Greif, Jaime: «El debido proceso», en *Estudios iberoamericanos de Derecho procesal* (Homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez), Legis Editores C. A., Bogotá, 2005.
- Hernández Aguirre, Christian N.: «El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio», en *Ciencia Jurídica*, año 1, no. 4, Universidad de Guanajuato, [s. f.].
- López Puleio, María Fernanda: «El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos», en *Das Defensorías Públicas do Mercosul*, no. 3, junio, Brasilia, 2013.
- Mendoza Díaz, Juan: *Derecho procesal; parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2015.
- Montero Aroca, Juan, et al.: *Derecho jurisdiccional I*, 7.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Morales Godo, Juan (compil.): *Acción, pretensión y demanda*, Palestra Editores, Lima, 2000.
- Pérez Gutiérrez, Ivonne, Jané Manso Lache y Luis Alberto Hierro Sánchez: *Herramientas del proceso civil. Principios, tutela judicial, excepciones y prueba*, Editorial Leyer, Bogotá, 2016.
- Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho constitucional*, 4.<sup>a</sup> ed., Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1997.
- Picó I. Junoy, Joan: «El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 4, 2004 [s.m.d.].

- Rivero Errico, Mario e Ivonne Pérez Gutiérrez: «La revisión en materia civil», en *Boletín ONBC*, no. 53, enero-junio, La Habana, 2015.
- Sánchez Rubio, María Aquilina: «Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el tribunal constitucional», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXI, 2003 [s.m.d.].
- Torres Morales de Ferreiros, Silvia Amelia: «¿El derecho de defensa: una garantía que realmente se respeta?», en *www.asesor.com.pe/teleley* [consulta: 21-11-16].
- Velázquez Velázquez, Verónica Irene: «El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal», 2008, en *www.eumet.net/rev/ccss* [consulta: 21-11-16].

## **Legislación**

- Constitución de la República de Cuba*, Ediciones ONBC, La Habana, 2015.
- Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia*, El Alto, 7 de febrero de 2009, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2010.
- Constitución política de Colombia*, actualizada con los actos legislativos hasta 2015, ed. esp., Imprenta Nacional, Bogotá, 2015.
- Constitución de la República del Ecuador, modificada el 13 de julio de 2011, mediante referéndum y consulta popular de 7 de mayo*, Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente, Quito, 2011.
- Constitución de la República de El Salvador, 1983, actualizada hasta la reforma introducida por el Decreto Ley No. 56, de 6 de julio de 2000.
- «Constitución del Reino de España, 1978», en *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2010.
- «Constitución política de la República de Nicaragua, con sus reformas incorporadas», en *La Gaceta*, año cxvii, no. 32, 18 de febrero, Managua, 2014.
- Constitución política del Perú, en vigor desde el 31 de diciembre de 1993.
- «Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda No. 1, de 2009», en *Gaceta Oficial*, no. 5.908, ed. extraord., 19 de febrero de 2009, Ediciones de la Asamblea Nacional, Caracas, 2009.
- Ley No. 7, De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, revisada y actualizada*, Ediciones ONBC, La Habana, 2015.
- «Ley No. 82, “De los tribunales populares, de 11 de julio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 8, ed. extraord., 14 de julio, La Habana, 1997.
- «Ley No. 49, “Código de trabajo,” de 28 de diciembre de 1984», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 2, ed. ord., de 23 de febrero, La Habana, 1985.
- «Ley No. 116, Código de Trabajo», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 29, ed. extraord., La Habana, 17 de junio de 2014.
- Declaración universal de los derechos humanos, 1948*, Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2008.

*Pacto internacional de los derechos civiles y políticos*, 1966, Comisión presidencial coordinadora de la política del ejecutivo en materia de derechos humanos, Ciudad de Guatemala, 2011.

*Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, Bogotá, 1948.

*Anteproyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica*, Editorial M. B. A, Montevideo, 1988.

# RENUNCIABILIDAD DE LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA EN EL PROCESO PENAL CUBANO

---

---

*Esp. Gladys M. Hernández de Armas  
y Esp. Vicente J. Peguero Pérez  
jueces profesionales, Sala de lo Penal, TSP*

**E**STE TRABAJO PARTE del interrogante surgido en torno a la renunciabilidad de la responsabilidad civil derivada del delito, asunto que, por sencillo que parezca, una vez que se somete a estudio y análisis, genera diversos criterios, que se agudizan y complejizan mucho más, debido a lo polémico que resulta la naturaleza jurídica de esta institución y por la inexistencia, en la ley adjetiva cubana, de una regulación que sirva de base a sus adecuadas formulación, interpretación y aplicación.

Pretendemos abordar las cuestiones medulares de la temática a tratar, que parte de lo general hasta llegar a particularizar si la acción civil derivada del delito es renunciable o no y el tratamiento que se le da en nuestra legislación, lo que permitirá brindar respuestas fundamentadas que solucionen los interrogantes, lo que también puede servir de base para la modificación legislativa que, en este ámbito, se acomete en el país. Como colofón, presentamos un grupo de reglas que contribuyan a uniformar la labor del juez, al momento de fijar el monto indemnizatorio ante los hechos acaecidos.

## FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

La responsabilidad civil significa la obligación de satisfacer por la pérdida o daño que se hubiese causado a otro porque así lo exige la convención originaria que se halla determinado por la ley, esté previsto en las estipulaciones del contrato, o se deduzca de los hechos acaecidos.

La responsabilidad jurídica civil puede distinguirse entre contractual y extracontractual. La primera se deriva de la obligación nacida de contrato o convención entre las partes y la segunda es el resultado del daño producido a otra persona, con la cual no existía una previa relación jurídica, convenida entre el autor de dicho daño y el perjudicado.

Para establecer ambas responsabilidades, doctrinalmente, se han seguido dos criterios fundamentales: el de la responsabilidad subjetiva, estructurada sobre bases marcadamente individualistas, fundada en que la

obligación de reparar surgía a consecuencia de un hecho reprobable basado en la existencia de una culpa.

Como resultado del desarrollo económico, el progreso industrial y científico-técnico, se multiplican los riesgos y peligros existentes en la sociedad, por lo que la responsabilidad civil se convierte en un imperativo social ineludible.

La nueva realidad reclama un sistema que se encamine, no ya a castigar los comportamientos negligentes o reprobables, sino que las víctimas sean resarcidas y todo daño quede reparado. Es a finales del pasado siglo cuando se tiende a la llamada objetivación de la responsabilidad civil y, desde entonces, es fácil distinguir, en lo extracontractual, una responsabilidad civil subjetiva y una objetiva. La primera se funda, exclusivamente, en la culpa. Es objetiva, por el contrario, cuando se produce con independencia de toda culpa.

En el fundamento de la responsabilidad civil, encontramos el porqué se exige y es donde nace el matiz de la renuncia, al objetivarse el fundamento de la responsabilidad civil en función de la protección a la víctima.

Las teorías subjetivas y objetivas que tratan de explicar el fundamento de la responsabilidad, no deben entenderse, en todos los casos, como contrarias y excluyentes, sino que deben complementarse en los órdenes legislativo y jurisdiccional, independientemente de la tendencia general que prime en un sistema jurídico determinado.

Es el criterio de la responsabilidad objetiva el que prima en el Código civil (CC) cubano, según se refleja, de manera general, en sus artículos 81 y 82.<sup>1</sup>

En la actualidad, se hacen, cada vez más abundantes y crecientes, los procesos mediante los cuales se reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios, que incursionan en campos hasta hace poco vedados a las reparaciones de tipo económico, como atentados a algunos de los bienes o derechos de la personalidad.

El punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil es un comportamiento, un acto humano, al que, de alguna manera, se puede considerar como causa de daño; este, en sí mismo, es un hecho contrario a Derecho, injusto, porque implica un desorden, un desequilibrio y se integra por todo perjuicio, detrimento, pérdida, ruptura, que haya sufrido la persona en cuanto a sí o a sus bienes. Todo aquel que cause un daño está obligado a la reparación. Será resarcible todo daño que recaiga sobre un interés jurídicamente protegido.

La reparación del daño proveniente de un delito se debe contemplar teniendo en cuenta el interés que trasciende al ámbito privado y se vincula

<sup>1</sup> El Artículo 81 establece que los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro. El 82 indica que quien cause, ilícitamente, daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo.

con una compensación económica, pero, además, puede ser asegurable cuando el asegurador asume el riesgo que, para el patrimonio del asegurado, supondría la obligación de indemnizar todo el daño que cause.

## **DIFERENCIA ENTRE EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RENUNCIA**

Es necesario dejar clara la diferencia entre los supuestos de exención y la renuncia, pues ello nos permitirá tomar postura al respecto.

El Artículo 99 de la ley sustantiva civil prevé la exención de la responsabilidad civil:<sup>2</sup>

- La concurrencia de las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, por causa de justificación, trascienden en igual condición al proceso civil, pues el acto, a pesar de ser típico, no es antijurídico. En estos casos, tenemos la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber.

- Cuando la conducta del autor haya sido provocada por la víctima del daño o perjuicio, o cuando esté presente la fuerza mayor o el caso fortuito, no se generan las consecuencias civiles para el autor del delito.

- La realización de un acto ilícito con la debida diligencia exime de las obligaciones civiles.

En este propio precepto, se establecen otros supuestos, que sí prevén la posibilidad de exigirle al autor la responsabilidad civil:<sup>3</sup>

- La concurrencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, relacionadas con la imputabilidad, entendida como salud mental del sujeto para comprender el alcance de su acción y dirigir su conducta; es decir, cuando, en el momento de cometer el hecho delictivo, el autor estuviera en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado.

- Cuando concurren las eximentes de la responsabilidad penal relacionadas con la culpabilidad, en las que se excluye el juicio de reproche, por la imposibilidad de exigirle al sujeto una conducta diferente a la que asumió, está el error y el miedo insuperable y responde, también, en esta situación, solidariamente, quien ocasionó el miedo.

Por su parte, *renunciar* significa dejación, retirada, por lo que podemos definir que la exención exime de la obligación, es decir, nunca en estos casos se exige la responsabilidad civil, mientras que la *renuncia* se produce cuando resulta exigible, pero la víctima decide no reclamarla porque se retira, deja de pedirla, supuesto que, en ocasiones, suele ocurrir en nuestra

<sup>2</sup> Ley No. 59 de 1987, actual CC. El Artículo 99 establece los supuestos que no generan responsabilidad civil.

<sup>3</sup> CC, Artículo 99.2.

práctica judicial y, entonces, cabe preguntarnos: ¿la renuncia puede ser causa de exención?

El Artículo 5 del CC establece que los derechos concebidos por este son renunciables, a no ser que la renuncia redunde en menoscabo del interés social o en perjuicio de tercero, y el hecho de que la víctima renuncie a la responsabilidad civil que, por la comisión de un hecho delictivo le corresponda, ¿redundará en menoscabo del interés social o en perjuicio de un tercero?

En el acápite anterior, definimos que, al objetivarse el fundamento de la responsabilidad civil en función de la protección a la víctima, nace el matiz de la renuncia, que el daño es resarcible, que tiene contenido patrimonial y tiende a ser de interés privado, rasgos que nos permiten definir que la responsabilidad civil está compuesta de obligaciones de contenido patrimonial, transmisibles, asegurables y que son renunciables y, por tanto, se excluye cuando concurren causas legales que suprimen la antijuricidad y, en ciertos supuestos, por medio de convenio expreso.

No podrá entenderse una exclusión tácita de la responsabilidad civil por el accidente ocurrido al cónyuge del conductor o a otro familiar que viajase con él, como tampoco el hecho de que el responsable tenga un seguro que garantice el pago de una indemnización. En estos casos y, en cualquier otro supuesto, se requerirá de una renuncia expresa, y documentada legalmente, para que quede excluida la responsabilidad civil, lo que debe llevar, también, un nivel de información a la víctima, en cuanto a que las autoridades de la investigación o, según el caso, el juzgador, le informen las consecuencias que, para él, ello traería; debe saber a qué está renunciando, a lo que se le llama, en la actualidad, consentimiento de voluntad informada.

## NATURALEZA JURÍDICA

Para algunos juristas, esta es eminentemente civil porque constituye una obligación cuyo fundamento es exclusivamente el daño y, por tanto, resulta una responsabilidad por hechos ilícitos, extracontractual, sin que tenga significación alguna que esa conducta reciba tutela penal.

Otra posición le confiere naturaleza penal y, para ello, parte de su origen, al considerarla una consecuencia jurídica del delito.

La posición que le confiere naturaleza mixta tiene su génesis en que es una conducta a la que la ley le ha otorgado tutela punitiva; sin embargo, desde el punto de vista conceptual, mantiene su entidad civil. Tanto la pena como la responsabilidad civil son consecuencias jurídicas que surgen como respuesta, ante la comisión de un hecho que la ley tipifica como delito; la pena tutela, esencialmente, un interés público, el resarcimiento mira a un interés particular.

Como se puede apreciar, la cuestión no es tan sencilla y, a nuestro criterio, la responsabilidad civil derivada del delito no tiene una naturaleza, exclusivamente, penal o civil; por eso, nos afiliamos a la idea de que es de naturaleza mixta, pues su enfoque procesal es penal; no obstante, se rige por normas civiles.

Nuestro actual ordenamiento sustantivo parte del principio de que quien es responsable penalmente lo es, también, civilmente, por los daños y perjuicios causados por el delito y determina que el tribunal que conoce del hecho delictivo fija la responsabilidad civil y su extensión, al igual que los códigos precedentes; pero, a diferencia de estos, introdujo, en este sentido, una modificación novedosa: remite al juzgador a que aplique las normas civiles. A su vez, la doctrina penal contemporánea insiste, cada vez más, en relacionar el carácter público del delito con determinados rasgos privados que pueden desprenderse de la comisión de un hecho delictivo, tratando de buscar el consenso con la víctima. Es el Derecho penal el que sirve para la especial protección de quienes resulten víctimas o perjudicados por un hecho delictivo. Oponerse a la acumulación del objeto penal y civil es encomendar al sujeto pasivo de la agresión penal a someterse a un nuevo proceso con las complejidades que esto trae consigo, para pedir algo que no le es propio de su actuación.

## **RENUNCIABILIDAD EN LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA**

La jurisdicción penal es la encargada de desentrañar pretensiones con este carácter. En términos generales, lo que corresponde hacer al tribunal penal es resolver acerca de la existencia de hechos merecedores de pena (los delitos) o de medidas de seguridad; sin embargo, existen circunstancias en las que incumbe al juez que opera esta materia, además de la pretensión punitiva, otras de carácter civil, cuando se ejerce la acción civil resarcitoria.

El problema de que se tramiten ambas pretensiones de manera conjunta surge cuando el hecho ilícito se produce (o se proyecta, tanto en el campo penal como en el civil). Esto es así por cuanto el daño causado, intencionalmente, siendo un ilícito civil, puede no serlo en la vía penal, cuando la ley no lo tipifique como delito, en cuyo caso la recepción de la pretensión reparatoria fundada en el derecho material es ajena al proceso penal y exclusiva de uno civil. En estos casos, el juez desentraña lo propio de un presunto delito, tal como se establece en las normas del proceso penal, y, a su vez, lo que corresponde a una pretensión civil que, por lo general, se concreta en el resarcimiento y en la restitución del objeto, según las normas establecidas en el Código penal, mientras resulta de carácter supletorio la normativa civil.

Ello implica que la pretensión civil no se sustenta por sí sola, sino que se subordina a la pretensión de la pena, carece de autonomía y, en tanto la pretensión penal no sea promovida o continuable, tampoco la pretensión civil lo será en el proceso penal. La acción civil solo podrá ser ejercida cuando la penal esté pendiente, aunque ambas son independientes por su finalidad, naturaleza y contenido.

En nuestro país, el ejercicio de la acción civil que se derive de un delito es exclusiva del fiscal, a no ser en los delitos a instancia de partes; también por excepción, puede ejercerla el perjudicado del delito, en el caso a que se refiere el Artículo 268 de la ley adjetiva;<sup>4</sup> y se ejerce conjuntamente con la penal, excepto en el caso en que exista un lesionado, respecto al cual la sanidad esté pendiente de atestarse. En este caso, se formularán las conclusiones acusatorias y el tribunal continuará la tramitación del juicio hasta dictar sentencia, en la que, sin hacer pronunciamiento sobre responsabilidad civil, instruirá al perjudicado para que, en el momento procesal oportuno, ejerza la acción correspondiente ante el tribunal civil competente.<sup>5</sup>

El que se tramiten ambas acciones dentro del proceso penal viene a reflejar el principio de economía procesal, ya que, en un mismo proceso, se conocerían las dos pretensiones, que produce una economía en la actividad jurisdiccional y un ahorro de tiempo. Esta unidad de procesos ayuda a eliminar la posibilidad de que se llegue a dar un fallo contradictorio: en sede penal, se resuelva una cosa y, en la vía civil, otra de manera completamente distinta.

Esta tesis de acumulación es la interpretación que mejor se adapta a nuestro sistema. El Artículo 59<sup>6</sup> de la Constitución de la República contiene, expresamente, el principio de tutela judicial afectiva, que facilita a las víctimas el acceso a la justicia, pues, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, ni son parte en el proceso ni tienen la opción de escoger entre la jurisdicción penal y la civil, en lo que también influye una mayor celeridad del proceso penal y la innegable mejor calidad de justicia que implica este.

Nuestra antecesora Ley de enjuiciamiento criminal,<sup>7</sup> a diferencia de la actual ley de trámites, establecía una regulación particularizada de la renuncia de la acción civil derivada del delito, con las siguientes reglas:

- La acción penal por delito o falta que dé lugar, de oficio, no se extingue por la renuncia de la persona ofendida, pero, por esta causa, se extinguen las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidas sino a

<sup>4</sup> Cuando el fiscal insiste en el sobreseimiento solicitado, el tribunal podrá aceptar dicha solicitud; o, por el contrario, ofrecerá directamente el procedimiento al perjudicado, si lo hay.

<sup>5</sup> El Artículo 275 de la Ley de procedimiento penal (LPP) establece el ejercicio de la acción civil derivada del delito.

<sup>6</sup> Establece que nadie puede ser encausado ni condenado, sino por tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen.

<sup>7</sup> Ley de Enjuiciamiento criminal española, Artículo 109.

instancia de parte; y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan.

- La renuncia de la acción civil o de la penal renunciante no perjudicará más que al renunciante. Puede continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa o ejercerla nuevamente los demás, a quienes también corresponda.

- La acción civil ha de entablarse conjuntamente con la penal por el fiscal, haya en el proceso acusador particular o no, pero si el ofendido renuncia expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.

- En el acto de recibirse declaración al ofendido que tuviese capacidad legal necesaria, se instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar (o no) a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante.

- Los perjudicados por un delito o falta que no hayan renunciado a su derecho, podrán mostrarse parte en la causa. Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor pueda acordarse en sentencia firme; es menester que la renuncia de este derecho se haga, según el caso, de una manera expresa y terminante.

- Ejercida solo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado renuncie a ella o la reserve, expresamente, para ejercerla después de terminado el juicio criminal, si hay lugar para ello.

Todo lo expuesto nos ha permitido concluir que la responsabilidad civil derivada del delito es un derecho concedido a la víctima, que se exige, a través del fiscal, en el proceso penal, perfectamente renunciante, cuando solo afecta sus intereses personales, nunca los sociales, tal como establece el Artículo 5 de la LPP; pero, además, debe regularse en una futura modificación de la ley adjetiva cubana, que carece de pronunciamiento alguno, a pesar de darse en la práctica judicial con cierta frecuencia.

### **Reglas para fijar la cuantía de la responsabilidad civil**

La obligación indemnizatoria supone el restablecimiento del orden jurídico económico alterado por el delito que, en especial, en esta forma del contenido, implica la necesidad de que la restauración debe operar siempre sobre realidades y no respecto a hipotéticos y futuros perjuicios.

En cuanto a la valoración de los daños, cabe destacar el Dictamen No. 353 (Acuerdo No. 28, de 21 de septiembre de 1994), del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), el cual determinó que las afectaciones causadas a los perjudicados con el hecho ilícito penal no de-

ben estar cuantificadas por el precio comercial del bien, sino por el valor de uso, de acuerdo con las nuevas circunstancias económicas del país. Esta disposición permitió que el perjudicado precisara un monto indemnizatorio, atendiendo al valor de los objetos que fueron parte de los daños materiales ocasionados por la comisión de hechos delictivos.

Es necesario partir de la apreciación del valor desde su aspecto objetivo, para lo cual se tendrá en cuenta, también, la valoración subjetiva del perjudicado, en cuanto a la repercusión, en su patrimonio, del bien objeto de daño, siempre y cuando no se rompa con la práctica coherente de la aplicación de justicia.

El Dictamen No. 394 (Acuerdo No. 299, de 24 de noviembre de 2000) complementa al Dictamen No. 353 y ha dejado en manos de los jueces el análisis objetivo y subjetivo del monto indemnizatorio, lo que no debe recaer en circunstancias indemostrables ni alejadas de nuestra realidad; sin embargo, algunos de los autores consultados<sup>8</sup> consideran que deben establecerse baremos o parámetros que, sin restringir la determinación del juez ante los hechos acaecidos, logren una uniformidad en materia de justicia penal.

Después de expuestas algunas consideraciones de carácter general, proponemos un grupo de reglas, entre las cuales están las indicaciones ofrecidas en la Circular No. 223, de 11 de julio de 2007, como referencia indispensable en la actuación de los tribunales, al momento de establecer el monto de la responsabilidad civil en la sentencia y otras surgidas a partir de los análisis realizados en este trabajo:

- Debe verificarse la calidad de la prueba pericial practicada en la investigación y, según el caso, si el dictamen cumple con las exigencias del Artículo 211 de la LPP.
- Debe ponerse especial cuidado en la práctica de la prueba testifical de la víctima o perjudicado del delito, exigiéndole que exprese la razón de lo dicho por él, tal como establece el Artículo 323 de la LPP.
- Cuando se presente dificultad para acreditar fehacientemente los daños y perjuicios provocados, deberá procederse conforme a lo dispuesto en el Artículo 336 de la LPP.
- Deben ser cuidadosos los tribunales, cuando toman como referencia el valor comercial que puedan tener los bienes sustraídos o dañados en los establecimientos que operan con pesos convertibles y, según el caso, abstenerse de aplicar, de forma mecánica, la tasa de cambio que, para dicha moneda, fijan las casas de cambio.
- Desde la fase investigativa, toda tasación debe realizarse en moneda nacional, a partir de la apreciación del valor en su aspecto objetivo, para lo

<sup>8</sup> Por ejemplo, Iracema Gálvez Puebla, en su tesis doctoral sobre la ejecución de la responsabilidad civil en Cuba.

cual se tendrá en cuenta la depreciación del bien y la valoración subjetiva del perjudicado, con independencia de que se haya adquirido en otra moneda.

- Desde la fase de investigación, han de adoptarse medidas cautelares o asegurativas que logren materializar la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito.

- A partir de lo dispuesto en el Acuerdo No. 172 de 1985, del CGTSP, en el resultando destinado a la valoración de la prueba, se debe motivar el valor acreditativo, que permita una pertinente evaluación y demostración de su vinculación con los hechos, referido a la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito.

- Tener en cuenta lo preceptuado en el Artículo 89.1 del CC, cuando se trata de un trabajador o pensionado carente de bienes propios; se puede adecuar la cuantía en un 20% del salario o cualquier otro ingreso periódico que reciba.

- En caso de renuncia de la víctima, ya sea durante la tramitación del expediente de fase preparatoria o en el acto de juicio oral, tiene que hacerse, según el caso, de manera expresa y documentada, cuando solo afecte sus intereses personales, no los sociales ni los de un tercero, lo que se consignará en el componente histórico de la sentencia y se motivará en el considerando correspondiente.

- La víctima debe ser informada, directa y oportunamente, por las autoridades investigadoras o jurisdiccionales, de los derechos que, en su favor, se establecen.

## **CONCLUSIONES**

1. El matiz de la renuncia surge al objetivizarse el fundamento de la responsabilidad civil en función de la protección a la víctima.
2. La responsabilidad civil no solo se excluye cuando concurren causas legales que suprimen la antijuricidad, sino también por renuncia de la víctima, de manera expresa y documentada.
3. La responsabilidad civil está compuesta de obligaciones de contenido patrimonial, transmisibles, asegurables y renunciables; y tiene naturaleza mixta, pues el enfoque procesal es penalista; sin embargo, se rige por normas civiles.
4. Es el Derecho penal el que permite la especial protección de quienes resulten víctimas o perjudicados por un hecho delictivo, a pesar del carácter privado de la responsabilidad civil.

5. La víctima debe ser informada, directa y oportunamente, por las autoridades investigadoras o jurisdiccionales, acerca de los derechos que, en su favor, se establecen.
6. Resulta conveniente que la renuncia de la víctima se regule en la LPP, lo que tiene su antecedente en la Ley de enjuiciamiento criminal.
7. Considerar la posibilidad de establecer baremos o parámetros que logren una uniformidad, en cuanto al monto de la responsabilidad civil.
8. Sería conveniente que, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, se introduzca la opción de que la víctima o perjudicado pueda sostener la acción civil para reclamar la responsabilidad civil derivada del delito en el proceso penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Colectivo de autores: *Derecho civil*, parte general, Universidad de La Habana, 2000.
- Díez Picazo, Luis: *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid. [s.m.d.]
- \_\_\_\_\_ : *Sistema de Derecho civil*, vols. I y II, Editorial Tecnos, Madrid, 1976.
- Núñez, R: *La acción civil en el proceso penal*, Editorial Marcos Lemer, Córdoba [s.m.d.].
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de derecho penal*, t. 4, Editorial Félix Varela, La Habana. [s.m.d.]

## Legislación

- Constitución de la República de Cuba*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.
- Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987, Código penal, modificado por los decretos ley 140 (13/8/1993), 150 (6/6/1994) y 175 (17/6/1997) y por la Ley No. 87 de 1999.
- Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, Ministerio de Justicia, La Habana, 1988.
- Ley No. 5, de 14 de julio de 1977, *Ley de procedimiento penal, modificada por el Decreto Ley No. 151 de 1994*, Ministerio de Justicia, La Habana.

## FUENTES DEL DERECHO Y ACTIVIDAD JUDICIAL

---

*Dr. Carlos J. Bruzón Viltres*  
*vicerector y profesor auxiliar del Dpto. de Derecho*  
*Universidad de Granma*

*M.Sc. Lianet B. Palacio Castillo*  
*profesora instructora, Departamento de Derecho*  
*Universidad de Granma*

**R**ESULTA POSIBLE AFIRMAR que casi es obvia la conexión existente entre las fuentes del Derecho y la actividad judicial. Con independencia del carácter problemático del análisis en sede de las fuentes jurídicas, propio de su naturaleza *metafórica* —a decir de Kelsen—,<sup>1</sup> quedan pocas dudas en torno a la importancia que esta institución posee para el juez en la resolución de controversias sometidas a su arbitrio. Baste, en ese sentido, la calificada opinión del profesor Mendoza Díaz en nuestro contexto académico, cuando afirma que «solo tendrá carácter de fuente formal del Derecho, aquello de lo que el juez puede hacer uso para fundamentar jurídicamente su actuar en un proceso determinado».<sup>2</sup>

Sin adentrarnos en las diferencias que se producen en la clasificación de las fuentes (materiales, formales, del conocimiento, de producción, etc.), la cita reproducida es perfectamente extensible al ámbito general de las fuentes del Derecho y a su empleo en la práctica judicial, en particular. Este punto de vista constituye el argumento/pretexto principal para exponer algunas consideraciones en torno a un asunto que, a pesar del paso de los años y de los vaivenes teóricos que han acompañado la evolución de la sociedad y del Derecho, no agota su relevancia y actualidad.

### PANORAMA GENERAL SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO

La tendencia seguida en la mayoría de los estudios que, desde las distintas disciplinas jurídicas, se realizan respecto al fenómeno de las fuentes ha sido concentrar la atención en la etimología del término y resaltar la diversidad de sentidos atribuidos; luego, aparecen las propuestas de clasifica-

<sup>1</sup> Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, p. 243.

<sup>2</sup> Cfr. Juan Mendoza Díaz *et al.*: *Lecciones de Derecho procesal civil*, p. 9.

ción. Una simple remisión a algunos autores, ampliamente reconocidos, sería suficiente para comprobar esa aseveración.<sup>3</sup>

Pero, a los efectos del presente artículo, estos datos no son los más importantes. Convenimos con Pérez Royo<sup>4</sup> en que existen básicamente dos sentidos en los cuales puede ser comprendida la expresión «fuentes del Derecho»: uno que haría referencia a las fuerzas sociales con capacidad para crear normas jurídicas o Derecho, en sentido general; y otro que designaría las categorías básicas mediante las que se exterioriza lo jurídico. Esta posición es relevante en la medida en que reconoce elementos de contenido y forma en el proceso de creación y aplicación del Derecho.

Siguiendo esa línea de pensamiento, el panorama que deseamos esbozar cobra sentido en la utilidad de las fuentes y la inevitable comprensión que sobre dicho fenómeno debemos asumir los juristas, tanto en el campo teórico como en el práctico (si realmente vale la pena continuar sesgando ambos continentes, que se funden bajo el axioma de que no existe buena práctica sin una sólida teoría y viceversa). En primer lugar, se impone superar la tradicional visión que, en torno a las fuentes del Derecho, se ha construido con especial fuerza en el sistema continental.

La noción de «fuente» llevada al didáctico –aunque a veces simplista– cuadro de la naturaleza (fuente como origen de algo, «manantial» de donde brota lo jurídico, etc.) no ayuda a entender y resolver los puntos críticos implícitos en la teoría general de las fuentes. En ese orden, la imposibilidad del teórico o del operador jurídico de asumir que la cuestión de las fuentes rebasa la idea de surgimiento del Derecho para ponerlo en contacto con el proceso de interacción entre fuerzas sociales, que von Ihering denominó la «lucha por el Derecho»<sup>5</sup> –cuestión que tiene, como han aseverado varios autores,<sup>6</sup> una naturaleza esencialmente política–, los aleja de una adecuada comprensión de la complejidad y trascendencia de este fenómeno.

Dicho así, el problema de las fuentes encara los retos de la confrontación de intereses sociales, de posicionamientos políticos, pero, al mismo tiempo, se vuelve una útil herramienta para identificar adecuadamente el Derecho en un contexto determinado. Es en esa dirección donde colocamos el mayor énfasis: las fuentes operan como medios de identificación<sup>7</sup> y,

<sup>3</sup> Cfr., *i. a.*, Alessandro Pizzorusso: «Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano», en *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid*, no. 3, 1989, p. 278; Carlos S. Nino: *Introducción al análisis del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 148 y ss.; y Riccardo Guastini: *La sintassi del diritto*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 118.

<sup>4</sup> Javier Pérez Royo: *Las fuentes del Derecho*, 5.<sup>a</sup> ed., p. 15.

<sup>5</sup> Rudolf von Ihering: *La lucha por el Derecho*, pp. 140-141.

<sup>6</sup> Vid. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, 8.<sup>a</sup> ed., p. 98; Luis Martínez Roldán y Jesús Fernández Suárez: *Curso de teoría del Derecho*, p. 157.

<sup>7</sup> Cfr., *i. a.*, Josep María Vilajosana: *Identificación y justificación del Derecho*, y «Problemas de identidad de los sistemas jurídicos», en *Doxa*, no. 17-18, pp. 331-342.

amén de los peligros que pueda entrañar la denominada auto-referencialidad<sup>8</sup> también constituyen criterios para determinar la validez del material jurídico. Ambas cuestiones son claves para el juez en la decisión sobre casos controvertidos.

Tomando como punto de partida estas premisas, López Medina<sup>9</sup> describe el tradicionalismo de fuentes, atendiendo a dos conclusiones básicas: en nuestros ordenamientos jurídicos, la «pirámide de normas jurídicas tiene una silueta bien delineada», implicando la habitual lectura de que la fuente por excelencia es la ley (sin mencionar explícitamente a la Constitución, como «fuente de fuentes»); y predomina en el tratamiento de este problema una perspectiva formalista,<sup>10</sup> que asume que se puede resolver predominante o exclusivamente mediante el análisis de las reglas de origen legislativo.

Esta versión del tradicionalismo de fuentes es expresión de algunas caracterizaciones que el propio López Medina<sup>11</sup> atribuye al sistema continental, visto desde la propia perspectiva tradicional, las cuales afectan la función judicial: 1) asumir que los jueces son meros aplicadores de la ley, no la crean; 2) los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas solo cuando aquellas, excepcionalmente, sean consideradas ambiguas u oscuras; 3) la obligación judicial de fallar conforme a Derecho se cumple exclusivamente mediante la obediencia a una regla clara o evidente prescrita por el legislador; 4) los jueces están «atados» a la ley, pero son «independientes», frente al resto de las sentencias judiciales con las que han fallado casos anteriores, convirtiéndose así la jurisprudencia en fuente «secundaria» o «auxiliar» que opera solo en casos de silencio de la fuente primaria; y 5) la enseñanza del Derecho se basa en el «derecho legislado», en el «código» y es escasamente conocido el Derecho de origen judicial, el que además es de difícil acceso y se encuentra pobremente ordenado y sistematizado.

Como podrá apreciar el lector, varios de estos signos continúan dominando el ejercicio práctico y el enfoque teórico en el sistema continental y, particularmente, en el Derecho interno. El citado autor propone desmontar

<sup>8</sup> Cfr. Alf Ross: *El concepto de validez y otros ensayos*; y *Lógica de las normas*, pp. 163 y ss.; y Nino: *Op. cit.*, pp. 132-134.

<sup>9</sup> Diego E. López Medina: *El Derecho de los jueces*, 10.<sup>a</sup> reimpr., pp. 264-267.

<sup>10</sup> Robles Morchón critica el incorrecto empleo del término «formalismo» para hacer referencia al literalismo o textualismo del que se acusa al método exegético implantado por la mencionada escuela francesa. Cfr. Gregorio Robles Morchón: «Hart, algunos puntos críticos», en Nuria Belloso Martín, *Para que algo cambie en la teoría jurídica*, pp. 81-83; y Diego E. López Medina: *El derecho de los jueces en América Latina: historia, usos y técnicas*, cap. 2.

<sup>11</sup> Diego E. López Medina: «Tres caminos históricos en la formación de la jurisprudencia en América Latina: Recepción y vicisitudes del concepto de “doctrina legal” en la región», en A. González y J. del Río (comps.), *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*, p. 2.

la tesis tradicionalista sobre las fuentes, a partir de que el «formalismo» implícito en esta es incapaz, desde el punto de vista descriptivo, de lidiar con los problemas ínsitos en los sistemas de fuentes nacionales, al suponer que las normas formales pueden pre-ordenar exhaustivamente el comportamiento argumentativo de los operadores jurídicos; la pretendida «pirámide de normas» con que usualmente se dibujan nuestros ordenamientos y la jerarquización que de ella emana es esencialmente incorrecta porque el discurso tradicionalista ignora que «el problema de las fuentes tiene un componente *político* fundamental».<sup>12</sup>

Podemos estar de acuerdo, o no, con algunas de estas tesis, pero ciertamente la lógica seguida por el profesor López Medina nos dibuja un panorama general sobre las fuentes con un alto grado de aproximación a su realización práctica; panorama que es útil tanto para el teórico que intente asumir una tarea descriptiva en su entorno jurídico, como al operador que se enfrenta, caso a caso, con el complejísimo universo de las relaciones sociales y que intenta ofrecer la respuesta jurídica más adecuada o conveniente.

En un interesante estudio, Ramírez Ludeña sostiene que

la visión que tienen los jueces sobre el Derecho incide en sus actuaciones [...] parece entonces intuitivo sostener que los jueces deben recibir una buena formación en teoría del Derecho, dado que esto tiene una gran incidencia en sus razonamientos y en el Derecho que identifican. Es decir, si su labor está estrechamente vinculada con la identificación del Derecho, y existen teorías que abordan precisamente esa cuestión, resulta intuitivo pensar que deben tenerlas en cuenta, y que ello debe tener un impacto en su formación.<sup>13</sup>

Dicha afirmación justifica, en alguna medida, este acercamiento porque vale reiterar que, en el proceso de identificación del Derecho, la correcta determinación de las fuentes desempeña un rol de la mayor importancia.

## **EL JUEZ FRENTE A LAS FUENTES: CAMBIOS DE ENFOQUE**

Un conocido teórico y filósofo del Derecho contemporáneo, Oscar Correas<sup>14</sup> advierte que no debemos confundir «pluralismo jurídico» con «pluralismo de *fuentes* o de *aplicadores* del Derecho». En principio porque este último puede ser reducido a la coexistencia de órdenes normativos en un mismo

<sup>12</sup> López Medina: *El Derecho de los jueces*, pp. 268-269.

<sup>13</sup> Lorena Ramírez Ludeña: «Las teorías del Derecho en la formación de los jueces», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, no. 30, 2014, pp. 37-59.

<sup>14</sup> Oscar Correas: *Teoría del Derecho*, pp. 168 y ss.

sistema, mientras que el pluralismo jurídico implica un fenómeno, sociológicamente hablando, más complejo (que implica también la existencia de distintos centros de producción del Derecho). A pesar de esa advertencia, ambas cuestiones tienen puntos en común, y la idea del pluralismo de fuentes como parte del pluralismo jurídico es la que sostendremos como punto de partida para desarrollar este epígrafe.

La razón de este plan a seguir descansa en que, efectivamente, se requiere un cambio de enfoque en el plano situacional que enfrenta al juez con las distintas fuentes o recursos argumentativos para la decisión de una controversia jurídica. En efecto, las fuentes son, tal cual se ha dicho, recursos puestos en manos del juez para resolver un caso o conjunto de casos.

La tesis tradicionalista nos conduciría al llamado silogismo judicial o a la teoría de la subsunción, siguiendo los cánones impuestos por el legalismo continental. Diversos aspectos han cambiado de fisonomía en los tiempos que corren y ya no parece discutible que los jueces deban argumentar sus resoluciones,<sup>15</sup> lo que ha abierto, además, una corriente de pensamiento con un alto grado de asimilación práctica, como puede comprobarse a través de influyentes escritos sobre teoría de la argumentación jurídica<sup>16</sup> y otras líneas afines. No es propósito del artículo adentrarnos en este tópico, que excedería con creces sus objetivos; empero, lo anterior conecta necesariamente con la cuestión práctica de la influencia de las fuentes en el razonamiento judicial.

Expresado en términos concretos, nuestra preocupación parte de la manera en que el juez pueda considerar realmente útil el problema de las fuentes y cómo enfrenta la solución de casos a partir de estas. Llegados a este punto, es dable pensar que puedan producirse varias situaciones, algunas de las cuales intentaremos describir:

1. El juez ignora totalmente la importancia que posee la teoría de las fuentes en la argumentación de su decisión: buscaría así, de modo mecánico,

<sup>15</sup> Incluso para Cuba el asunto ha tenido interesantes antecedentes, desde la época colonial. Al respecto, puede consultarse la Real Cédula de 30 de enero de 1855 que, en su Artículo 183, obligaba a los jueces a fundar todas sus resoluciones; en tanto la Circular de la Audiencia Pretorial de La Habana, de ese propio año, complementaba la disposición anterior, indicando dónde el juez debía encontrar el fundamento del fallo.

<sup>16</sup> Son amplísimas las referencias sobre la teoría de la argumentación jurídica (TAJ). Algunos autores y obras claves: Manuel Atienza: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2005, y «Para una teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa*, no. 8, 1990, pp. 39-61; Robert Alexy: *Teoría de la argumentación jurídica*, 1997; Joan José Moreso *et al.*: «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», en *Doxa*, no. 11, 1992, pp. 247-262; Letizia Gianformaggio: «La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa*, no. 14, 1993, pp. 159-167; M. A. Portela: «Argumentación y sentencia», en *Doxa*, no. 21-II, 1998, pp. 333-338; Omar Vázquez: «De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, no. 12, 2009, pp. 99-134.

los fundamentos de Derecho que se avienen al caso controvertido, perdiendo cualquier tipo de relevancia práctica la teoría de las fuentes.

2. El juez está consciente de la existencia de fuentes y su relevancia en la solución del caso, pero el patrón de identificación que posee lo obliga a emplear solamente las normas sustantivas o adjetivas, por lo que limita su argumentación al Derecho legislado: aquí predomina un uso tradicionalista de las fuentes, y no hay una distinción clara entre casos fáciles y difíciles,<sup>17</sup> dado que el juez resuelve los primeros con el menor esfuerzo interpretativo posible; y, en los segundos, busca recursos preferiblemente en el ámbito de la autointegración, sin estar a veces al tanto de que está realizando una operación de integración del Derecho.<sup>18</sup>

3. El juez, consciente de la existencia de un sistema de fuentes «cerrado», es capaz de advertir la presencia de casos difíciles y busca, a pesar de ello (del carácter cerrado del sistema de fuentes), los recursos para su solución en fuentes distintas a la dominante: esta operación, propia de la denominada heterointegración del Derecho, perfila una inicial postura pluralista en el uso de las fuentes, e incuba una actitud antitradicionalista que puede llevar al juez, incluso, a crear Derecho, si el caso lo exige.

4. El juez evita someterse a la rígida jerarquización de las fuentes del Derecho interno y las aplica de forma «circular», de forma tal que estas se complementan para arribar a la justa solución al caso, quedando, no obstante, limitada la arbitrariedad del juez (no debe olvidarse, en este punto, que arbitrio no es arbitrariedad), esto es, impidiendo que su decisión sea contraria a los fundamentos constitucionales del ordenamiento, mediante mecanismos de control propios de la función judicial: este sería el modelo ideal sobre el que se basaría la libertad de decisión del juez de acuerdo con las fuentes reconocidas en el Derecho interno —y, por él, efectivamente identificadas y aplicadas.

La relación de posturas descritas no pretende ser, en absoluto, *numerus clausus*. La diversidad de situaciones que puede enfrentar el juez ante un caso sería amplísima. De lo anterior, se derivarían cuestiones muy con-

<sup>17</sup> Los casos difíciles son aquellos en los que se producen problemas de relevancia o de interpretación. Siguiendo, en esta dirección, los criterios posteriormente comentados por autores como Dworkin o Andaluz Vegacenteno son problemas de relevancia los supuestos en que no existe norma aplicable al caso (ausencia) y problemas de interpretación los relacionados con el significado y alcance de la norma (insuficiencias o deficiencias), derivados de la propia naturaleza del lenguaje jurídico. Cfr. Ronald Dworkin: *El imperio de la justicia*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 6; Horacio Andaluz Vegacenteno: «Constitución, derechos y jurisprudencia», en *Iuris Tantum*, no. 16, 2013; y Pablo Navarro: «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho», en *Doxa*, no. 14, 1993, pp. 243-268.

<sup>18</sup> Sobre la integración del Derecho en la actividad judicial, existe un excelente estudio en la doctrina patria: Majela Ferrari Yaunner: «Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba» (tesis), 2010.

troversiales, que no pueden ser tratadas en este espacio, pero que abren interrogantes en asuntos de permanente vigilia teórica: plenitud del ordenamiento vs. existencia de lagunas: integración del Derecho; prohibición del *non liquet*; límites entre interpretación y creación del Derecho; casos «fáciles» y difíciles; control de la actividad judicial: sistema de recursos y control constitucional de la actuación del juez; valor del precedente judicial y la jurisprudencia como fuente, etc.

Pero, en esencia, tratamos de destacar la necesaria conexión del juez con las fuentes y lo plausible que resultaría una actitud consciente, frente a su uso, que implicara la libertad de escogencia, limitada por principios y reglas de actuación, conforme a los fundamentos que inspiran el orden jurídico. Esto no es más que la conjugación de la tesis del pluralismo de fuentes con el enfoque circular en su aplicación.

En la noción de pluralismo de fuentes, no solo opera, como una variable clave, el reconocimiento en el Derecho interno de un conjunto relativamente amplio y sistematizado de fuentes (formales), sino también el resto de los elementos externos de carácter social que influyen en la decisión del juez. Debe evitarse la confusión de este razonamiento con actitudes teóricas propias del realismo jurídico. No obstante, el pluralismo rebasa la noción formal de las fuentes jurídicas, y la tradicional división entre fuentes primarias y secundarias, presentes —con sus matices terminológicos— en Kelsen y Hart. Así, por ejemplo, Predieri habla de fuentes terciarias,<sup>19</sup> en las cuales la participación de sectores o segmentos sociales determinados, en su proceso de autonormación, añaden ingredientes a la visión plural de las fuentes.

Lo que hemos llamado «circularidad» en el uso de las fuentes corresponde a un criterio extraído de algunos autores, entre los que figuran González Jácome<sup>20</sup> y Bernal Cano.<sup>21</sup> El primero, siguiendo el modelo de «argumentación judicial como un juego estratégico» de Duncan Kennedy, plantea que, frente a un caso, «el juez va de una fuente a otra sin consideraciones sobre la jerarquía de ellas sino con el fin de encontrar el material jurídico que valide su decisión».<sup>22</sup>

Este modelo se presume antitradicionalista y refuerza el carácter plural de las fuentes, imponiendo una revisión a los esquemas tradicionales, en

<sup>19</sup> Sobre el pluralismo de fuentes y, en particular, el uso del término «fuentes terciarias», vid. Karel Pachot Zambrana: *El derecho al deporte, la Constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba* (tesis), 2007, p. 158, nota 221.

<sup>20</sup> Cfr. Jorge González Jácome: «El problema de las fuentes del Derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica», en *Vniversitas*, no. 112, 2006, pp. 265-293.

<sup>21</sup> Cfr. Natalia Bernal Cano: «El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales», en *Estudios Socio-Jurídicos Bogotá*, vol. 12, no. 1, 2010, pp. 11-34.

<sup>22</sup> González Jácome: *Op. cit.*, p. 290.

función de que: 1) la prejerarquización de las fuentes, a través de un texto legal, no puede controlar el ejercicio argumentativo; 2) al escoger las fuentes, pesa en el juez el hecho de que este no quiere perder legitimidad en su fallo; y 3) estos modelos alternativos ayudan a entender la razón por la cual los jueces le dan diferentes valores a las fuentes en sus ejercicios argumentativos, lo cual permite comprender por qué los recursos para la solución de casos específicos varían entre uno y otro.

González Jácome concluye enunciando que este enfoque desmonta la concepción más extendida para describir la estructura de las fuentes en un ordenamiento jurídico, de corte piramidal. El cambio de orientación, hacia la circularidad, implica la representación del nuevo mapa de fuentes, a través de lo que él denomina «pastel de fuentes».<sup>23</sup>

La mezcla o combinación de las fuentes en el razonamiento judicial es el otro ejemplo examinado. Señala Bernal Cano que, desde esta posición, «se permite la autonomía judicial en el uso adecuado y proporcional de las fuentes del Derecho, las cuales no son excluyentes sino complementarias; es decir, pueden combinarse los razonamientos, al igual que los métodos de interpretación legal o constitucional»<sup>24</sup> en la solución de casos. En esta combinación, el binomio ley-jurisprudencia, lejos de excluirse, se complementa, situación bastante controversial, si el análisis se realizara desde posturas marcadamente tradicionalistas.

De este cuadro situacional, emergen otras preocupaciones, vinculadas a los principios técnicos del ordenamiento jurídico que, habitualmente, han presidido su ordenación en sede de fuentes, particularmente el de jerarquía normativa.<sup>25</sup> En esa dirección, consideramos que ni este principio ni el de competencia pierden su virtualidad, debido a que siempre será posible que se produzcan conflictos en la aplicación de las fuentes, en cuyo caso un tradicional método de solución es, y seguirá siendo, el jerárquico, el cual también se deriva (aunque no exclusivamente) de la posición del órgano emisor de la norma, o en un sentido más abarcador, de la fuente jurídica (en razón de su competencia).

A este cambio de enfoque, en materia de fuentes del Derecho, se ajusta lo que sabiamente ha calificado Pérez Luño,<sup>26</sup> aplicando su «metáfora hidráulica», como el «desbordamiento de las fuentes del Derecho», esas que se convierten necesariamente en ríos que van a dar a la mar del mundo jurídico. Frente a ese proceso, el juez debe asumir postura, transformán-

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>24</sup> Bernal Cano: *Op. cit.*, p. 15.

<sup>25</sup> Sobre esto, *vid.* Vezio Crisafulli: «Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, no. 1, 2004, pp. 323-353; Pérez Royo: *Las fuentes...*, p. 15.

<sup>26</sup> Antonio E. Pérez Luño: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*.

dose de la *slot machine* (la «máquina de subsunciones»), de la que hablaba Roscoe Pound, en el realizador práctico de la sentencia del célebre maestro Puig Brutau: «hay que resolver, pues, sobre la marcha (*solvitur ambulando*) y sin que deje de rendirse acatamiento formal al Derecho oficialmente proclamado».<sup>27</sup>

## LA TESIS DEL NÚCLEO CONSTITUCIONALIZADO DE FUENTES

Puig Brutau es reconocido, entre tantos otros méritos, por ser un apasionado defensor del Derecho jurisprudencial y por realizar uno de los más encomiables estudios de la influencia del sistema anglosajón en el Derecho de base romano-francesa. Es por esa razón que el epígrafe precedente cerró con la mención a su prédica sobre el *solvitur ambulando*, regla que creía consustancial a la actuación en sede procesal del juez continental, pero en un sentido innovador, sin que por ello se le diera la espalda al «Derecho oficialmente proclamado».

En nuestro artículo, esto tiene una especial connotación. En ocasiones, se confunde la búsqueda de patrones teóricos, y su planteamiento en perspectiva comparada, con el infértil intento de asumir moldes ajenos a nuestra cultura jurídica y los intereses sociales y políticos. En ninguna circunstancia, este es el móvil de los criterios expresados y el argumento más contundente reside en la necesidad de que las fuentes del Derecho tengan, en nuestro ordenamiento interno, un adecuado reconocimiento normativo (una «proclamación oficial») y, más allá, que logren sistematizarse.

Esto indica que negar la existencia del reconocimiento de las fuentes del Derecho cubano constituye un error. En la Constitución de la República de Cuba,<sup>28</sup> en el Código civil,<sup>29</sup> en el Código de comercio,<sup>30</sup> entre otras disposiciones normativas, se encuentran reconocidas fuentes como la ley, la costumbre, los tratados internacionales y algunos principios generales del Derecho.

Ciertamente, la sistemática que prevaleció hasta la derogación, en 1987, del Código civil español vigente en Cuba, no fue retomada en la nueva ley civil sustantiva, lo que ha propiciado expresiones categóricas que han cali-

<sup>27</sup> José Puig Brutau: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, 2.ª ed., p. 97.

<sup>28</sup> En relación con la Constitución, la ley y demás disposiciones normativas, *vid.* artículos 75 c) y s), 77, 90 o), 100 c). En otros preceptos constitucionales, se alude a principios generales, como igualdad, irretroactividad de la ley, legalidad, entre otros.

<sup>29</sup> Algunos principios generales del Derecho, como la buena fe y el de igualdad, tienen amparo en la ley civil sustantiva (*vgr.*, artículos 6 y 537); los tratados internacionales y algunos de sus efectos se enuncian en el Artículo 20; la costumbre en el 355.1.

<sup>30</sup> En lo referido a costumbre y usos del comercio (artículos 2, 261, 489 y 651).

ficado a este hecho como el «extremo más endeble»<sup>31</sup> de dicha reforma y que, a consecuencia de este, el problema de la determinación de las fuentes del Derecho cubano haya resultado «de la especulación doctrinal de diferentes autores, sin asentamiento real en el derecho positivo vigente».<sup>32</sup>

Por tanto, lo que acontece es, básicamente, un problema de sistematización de las fuentes, de su sectorialización, lo que merma la capacidad de irradiar a todo el ordenamiento jurídico, sin desconocer las consecuencias diferenciadas que, sobre los distintos sectores de este, poseen dichas fuentes. Para el juez, que toma en serio el uso de las fuentes en la solución de controversias jurídicas, esta puede constituir una dificultad que se expresa en dos niveles: tanto en el proceso de identificación del Derecho aplicable como en su efectiva aplicación.

Para dar respuesta a esta situación, defendemos la tesis del núcleo constitucionalizado de fuentes, que pasaremos a denominar como *NCF*. A nuestro juicio, la sistematización de las fuentes del Derecho cubano no solo es posible, sino que resulta un hecho necesario: dichas fuentes deben estar reconocidas en la Constitución.

Sobre el valor de la Constitución como «fuente de fuentes», como norma suprema del ordenamiento, existe anuencia en el orden doctrinal.<sup>33</sup> De todos modos, la realización práctica del principio de constitucionalidad, el carácter normativo vinculante de la Constitución y su directa aplicabilidad en sede judicial no se ha logrado con plenitud y, de ello, puede dar cuenta nuestra realidad jurídica.

El profesor Riccardo Guastini, en la última década, ha predicado la noción de «constitucionalización del ordenamiento jurídico» que, siguiendo a Favoreu, define como el

proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida [...] capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Leonardo B. Pérez Gallardo: «Tras la huella del legislador del Código civil de los cubanos», en *Estudios de Derecho civil cubano*, p. 276.

<sup>32</sup> Mendoza Díaz *et al.*: *Op. cit.*, p. 10.

<sup>33</sup> Antonio Torres del Moral: *Introducción al Derecho constitucional*, p. 90; Pérez Royo: *Las fuentes...*, p. 40, y *Curso de Derecho constitucional*, p. 47; José Asensi Sabater: *Constitucionalismo y Derecho constitucional. Materiales para una introducción*, p. 89. Esta posición ha sido ratificada recientemente en varios estudios en homenaje a nuestra Constitución socialista: Andry Matilla Correa (coord.): *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, pp. 5-6, 169, 174...

<sup>34</sup> Riccardo Guastini: «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 49.

La constitucionalización del sistema de fuentes, entendemos, sería una parte consustancial de este proceso.

Sobre esos dos pilares, la idea de Constitución como fuente de fuentes y por su propia normatividad y fuerza, y la constitucionalización del ordenamiento jurídico, descansa la tesis del *NCF*, hecho que ha tenido como referencia el constitucionalismo iberoamericano, mediante la incorporación de regulaciones cada vez más amplias de los sistemas de fuentes, aunque aún con cierta dispersión en los propios textos supremos. Este aspecto, en apariencia formal, tiene una influencia puntual en la sistematización de las fuentes que, de cara a su identificación por los ciudadanos y operadores en general y a la aplicación en casos concretos por parte de estos últimos, constituiría un valioso recurso.

De modo general, el *NCF* haría alusión a la posibilidad de establecer, normativamente, de forma sistematizada en los textos constitucionales, las fuentes reconocidas en el ordenamiento jurídico, lo cual tendría, en síntesis, al menos las siguientes ventajas –muchas de las cuales lo son, particularmente para el juez en el proceso argumentativo:

- Proporcionaría una adecuada sistematización de las fuentes formales, actualmente dispersas en el ordenamiento.

- Facilitaría el proceso de identificación de las fuentes para los operadores y ciudadanos, en general, contribuyendo a la certeza en su uso y efectos.

- Operaría como garantía de la validez formal y la obligatoriedad de estas fuentes.

- Reafirmaría el rol de la Constitución como fuente de fuentes y como parte de la regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico cubano.

- Permitiría establecer, paralelamente, criterios específicos de ordenación de las fuentes, para la solución de posibles contradicciones en su aplicación.

- Sería un medio de expresión de la constitucionalización del Derecho en su conjunto, al ser las fuentes manifestación de las complejas y dinámicas relaciones sociales y de los intereses que las condicionan.

## REFLEXIONES FINALES

Las fuentes del Derecho, en su sentido más tradicional, describen no solo los cauces por los cuales se origina lo jurídico, sino, efectivamente, los criterios que el operador jurídico, en especial el juez, puede emplear en la solución de un caso o conjunto de casos. Desde ese prisma, las fuentes, indubitadamente, representan recursos de la mayor importancia en la actividad judicial, aunque las posturas que asumen los jueces, frente a una teoría de las fuentes, susceptible de ser aplicada en sede práctica, pueden variar y de hecho varían, dependiendo de múltiples factores.

Una postura consciente del valor de la teoría de las fuentes coadyuvante, en esa línea, a aplicar estos medios de forma más eficaz, rompiendo el tradicional esquema argumentativo, basado en las reglas legisladas, para ampliarlo en función del uso alternativo o complementario de un amplio catálogo de fuentes que incluya, además –o junto a–, la Constitución y la ley, la costumbre jurídica, los principios generales del Derecho, los tratados internacionales, la jurisprudencia, etc. Este enfoque de circularidad en el uso de las fuentes nos parece más a tono con las revolucionarias tesis de la argumentación jurídica –con especial énfasis, cabe insistir, en la función judicial– y, de igual modo, más garantista, al tiempo que amplía los recursos en manos del ciudadano y del operador en la resolución de casos, en la protección de sus derechos e intereses en conflicto.

En Cuba, particularmente, puede afirmarse que existe una postura interesante al respecto, pues los jueces –sobre todo en el Tribunal Supremo Popular (TSP)– emplean recursos argumentativos en sus resoluciones que superan la estricta –aunque aún predominante– visión legalista. No es poco frecuente encontrar, en sentencias revisadas,<sup>35</sup> el uso complementario de preceptos constitucionales,<sup>36</sup> de principios generales del Derecho, cláusulas de tratados internacionales y, en menor escala, criterios jurisprudenciales previos, entre otras fuentes (incluso las que pueden identificarse como materiales e indirectas: circunstancias socioeconómicas, lineamientos políticos...); contexto favorecedor en el pretendido tránsito hacia un enfoque de circularidad sostenido en este artículo.

En el camino hacia el perfeccionamiento del Derecho interno y de la constitucionalización cada vez más extendida de sus bases y de los criterios prácticos de su aplicación, la propuesta de un *NCF* pudiera contribuir tanto a la identificación y empleo de las fuentes formales por los operadores, con la precitada circularidad o complementariedad, como a la consolidación del rol de la ley suprema del Estado cubano como fuente de fuentes y parte esencial de la regla de reconocimiento del sistema. En esa coordene-

<sup>35</sup> Los autores sostienen este criterio a partir de una amplia revisión de sentencias, realizada en el marco de la elaboración de una tesis doctoral y otra de maestría, estrechamente vinculadas a la temática ahora abordada. Esta revisión comprendió resoluciones judiciales dictadas en salas del TSP en el período 2003-2015, publicadas en el *Boletín* de dicho órgano. *Cfr.* Carlos J. Bruzón Viltres: «La jurisprudencia como fuente del Derecho. Condiciones para su validez formal en Cuba» (tesis); y Lianet B. Palacio Castillo: «Las fuentes formales del Derecho. Premisas para su reconocimiento constitucional en Cuba» (tesis), ambas de 2016.

<sup>36</sup> En el caso del uso de preceptos constitucionales en la argumentación de sentencias judiciales en Cuba, pueden revisarse dos importantes estudios: Martha Prieto Valdés: «En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976 (un breve comentario)», en *Ius*, no. 21, 2008, pp. 193-205, y Majela Ferrari Yaunner 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, 2012, pp. 69-81.

nada, la validez de una teoría de las fuentes en manos del juez constituiría una inobjetable herramienta para una mejor administración de justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1997.
- Andaluz Vegacenteno, Horacio: «Constitución, derechos y jurisprudencia», en *Iuris Tantum*, no. 16, 2013. [s.m.d.]
- Asensi Sabater, José: *Constitucionalismo y Derecho constitucional. Materiales para una introducción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Atienza, Manuel: «Para una teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa*, no. 8, 1990, pp. 39-61.
- \_\_\_\_\_: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2005.
- Belloso Martín, Nuria: *Para que algo cambie en la teoría jurídica*, Universidad de Burgos, 1999.
- Bernal Cano, Natalia: «El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales», en *Estudios Socio-Jurídicos Bogotá*, vol. 12, no. 1, 2010, pp. 11-34.
- Bruzón Viltres, Carlos Justo: «La jurisprudencia como fuente del Derecho. Condiciones para su validez formal en Cuba» (tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas), Santiago de Cuba, 2016.
- Correas, Oscar: *Teoría del Derecho*, Fontamara, México, 2004.
- Crisafulli, Vezio: «Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, no. 1, 2004, pp. 323-353.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, 8.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- Dworkin, Ronald: *El imperio de la justicia*, 2.<sup>a</sup> ed., Gedisa, Barcelona, 2012.
- Ferrari Yaunner, Majela: «Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba» (tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas), La Habana, 2010.
- 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, 2012, La Habana pp. 69-81.
- Gianformaggio, Letizia: «La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa*, no. 14, 1993, pp. 159-167.
- González Jácome, Jorge: «El problema de las fuentes del Derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica», en *Vniversitas*, no. 112, 2006, pp. 265-293.
- Guastini, Riccardo: *La sintassi del diritto*, 2.<sup>a</sup> ed., G. Giappichelli Editore, 2014.
- \_\_\_\_\_: «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

- Ihering, Rudolf von: *La lucha por el Derecho*, trad. de D. de Santillán, Cajica, Puebla (México), 1957.
- Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1982.
- López Medina, Diego Eduardo: «Tres caminos históricos en la formación de la jurisprudencia en América Latina: Recepción y vicisitudes del concepto de “doctrina legal” en la región», en A. González y J. del Río (comps.), *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2011, pp. 1-32.
- \_\_\_\_\_ : *El Derecho de los jueces*, 10.<sup>a</sup> reimpr., Legis, Bogotá, 2011.
- \_\_\_\_\_ : *El derecho de los jueces en América Latina: historia, usos y técnicas*, San Salvador, 2011.
- Martínez Roldán, Luis y Jesús Fernández Suárez: *Curso de teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999.
- Matilla Correa, Andry (coord.): *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, UNIJURIS, La Habana, 2016.
- Mendoza Díaz, Juan et al.: *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Moreso, Joan José, Pablo E Navarro y M. C. Redondo: «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», en *Doxa*, no. 11, 1992, pp. 247-262.
- Navarro, Pablo: «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho», en *Doxa*, no. 14, 1993, pp. 243-268.
- Nino, Carlos S.: *Introducción al análisis del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 148 y ss.
- Pachot Zambrana, Karel: «El derecho al deporte, la Constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba» (tesis en opción al título de Doctor en Ciencias Jurídicas), Santiago de Cuba, 2007.
- Palacio Castillo, Lianet B.: «Las fuentes formales del Derecho. Premisas para su reconocimiento constitucional en Cuba» (tesis en opción al título de máster en Derecho constitucional y administrativo), Bayamo, 2016.
- Pérez Gallardo, Leonardo Bernardino: «Tras la huella del legislador del Código civil de los cubanos», en *Estudios de Derecho civil cubano*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 247-280.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.
- Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1997.
- \_\_\_\_\_ : *Las fuentes del Derecho*, 5.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- Pizzorusso, Alessandro: «Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano», en *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid*, no. 3, 1989, pp. 269-320.
- Portela, M. A.: «Argumentación y sentencia», en *Doxa*, no. 21-II, 1998, pp. 333-338.
- Prieto Valdés, Martha: «En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976 (un breve comentario)», en *Ius*, no. 21, Puebla (México), 2008, pp. 193-205.

- Puig Brutau, José: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006.
- Ramírez Ludeña, Lorena: «Las teorías del Derecho en la formación de los jueces», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, no. 30, 2014, pp. 37-59.
- Robles Morchón, Gregorio: «Hart, algunos puntos críticos», en Nuria Belloso Martín. *Para que algo cambie en la teoría jurídica*, Universidad de Burgos, 1999, pp. 81-83.
- Ross, Alf: *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de G. Carrió, Fontamara, México, 2006.
- \_\_\_\_\_ : *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971.
- Torres del Moral, Antonio: *Introducción al Derecho constitucional*, Facultad de Derecho-UCM, Madrid, 1996.
- Vázquez, Omar: «De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, no. 12, 2009, pp. 99-134.
- Vilajosana, Josep María: «Problemas de identidad de los sistemas jurídicos», en *Doxa*, no. 17-18, 1995, pp. 331-342.
- \_\_\_\_\_ : *Identificación y justificación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

## ACTUALIDAD JUDICIAL

---

*Lic. Celaida Rivero Mederos  
especialista, Dirección de Comunicación Institucional  
y Relaciones Internacionales, TSP*

### **Toma de posesión**

El 24 de abril de 2017, en horas de la mañana, conforme a lo estipulado en la Ley No. 82, «De los tribunales populares» y su Reglamento, se realizó la toma de posesión para los cargos de vicepresidente, y presidenta de la Sala de lo Militar.

En ceremonia solemne, Rubén Remigio Ferro, presidente del máximo órgano judicial en Cuba, tomó juramento y declaró, en posesión de sus cargos, al coronel Filiberto Caballero Tamayo y a la teniente coronel Roselia Reina Battle, respectivamente. Estuvieron presentes los demás miembros del Consejo de Gobierno y jueces del Tribunal Supremo Popular (TSP); y directivos y oficiales de la Dirección de Tribunales Militares.

Caballero Tamayo concluyó la Licenciatura en Derecho en junio de 1983, en la Universidad de Oriente (Santiago de Cuba) e, inmediatamente, se incorporó a los tribunales militares. En su quehacer profesional, se ha desempeñado como juez, presidente de estos tribunales en varias provincias orientales, y presidente del Tribunal Militar Territorial Oriental, cargo que ocupaba en el momento de ser promovido a vicepresidente del TSP.

Reina Battle se graduó de Licenciatura en Derecho en 1988, en la Universidad de La Habana. En su trayectoria laboral, ha asumido como instructora fiscal, presidenta del Tribunal Militar Territorial Occidental y jueza del TSP, tarea que desarrollaba al ser promovida a presidenta de la Sala de lo Militar de esta institución.

Los recién electos juraron cumplir y hacer cumplir la Constitución socialista, la Ley de los tribunales populares, el Código de ética judicial y las demás leyes. Manifestaron, también, su compromiso y lealtad con tan alta investidura y responsabilidad, que les exige actuar con austeridad, humanismo, valentía, honestidad, probidad, sentido de lo justo y transparencia, de conformidad con los principios socialistas y valores institucionales.

## **Intensifican mecanismos de cooperación**

Entre el primero y el 11 de octubre de 2016, Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, realizó una visita de trabajo a Rusia y España, que contribuyó a fortalecer los mecanismos de cooperación entre las partes.

En Rusia, entre otros encuentros, participó en la inauguración del IX Foro Jurídico Internacional de la región Asia-Pacífico, efectuado en Vladivostok, junto a su homólogo Viacheslav Lébedev y altos representantes de órganos judiciales y estatales de ese país, cónclave que contó, además, con delegados de otros siete países. Los debates estuvieron dedicados a los mecanismos legales y judiciales para la protección de los derechos de los inversionistas.

En su intervención, Remigio Ferro expuso la ponencia «La inversión extranjera en Cuba: nuevo marco regulatorio que ofrece garantías y seguridad al inversionista», y explicó la importancia que tiene para Cuba participar en este foro, teniendo en cuenta que el país está inmerso en un proceso de actualización de su modelo económico-social, en el que se le confiere un papel importante a la participación foránea, cuya regulación lo establece la Ley No. 118, «Ley de la inversión extranjera».

Durante las sesiones del evento –en las que el presidente del máximo órgano judicial cubano estuvo acompañado por Pedro Ernesto Medina Gutiérrez, director de Comunicación Institucional y Relaciones Internacionales del TSP–, los presidentes sostuvieron un encuentro, en el que confirmaron el compromiso bilateral de seguir fortaleciendo los lazos entre ambas instituciones judiciales.

En España, Remigio Ferro y Carlos Lesmes Serrano, presidente del Tribunal Supremo de España y del Consejo General del Poder Judicial de ese país, suscribieron un memorando de entendimiento, que constituye una genuina expresión del mutuo interés de establecer, consolidar e intensificar los mecanismos de cooperación, con el propósito de profundizar en las relaciones bilaterales comunes en materia de justicia.

A la rúbrica del documento, asistieron Eugenio Martínez Enríquez, embajador de Cuba en España, y Medina Gutiérrez. El acto se desarrolló en un ambiente de respeto mutuo y entendimiento.

## **Las nuevas tecnologías en el proceso penal**

Del 3 al 7 de octubre de 2016, la Escuela de Cooperación Española de Montevideo impartió el curso «La prueba penal y las nuevas tecnologías», dirigido a profundizar en el estudio de la incidencia de estas en el proceso penal.

Los debates abarcaron, además, los derechos en conflicto, su incorporación al proceso y su valor probatorio, y propició un provechoso intercambio de opiniones entre los participantes, incluida la experiencia cubana, presentada allí por Gladys María Hernández de Armas, jueza de la Sala de lo Penal del TSP.

### **Seminario de formación para cuadros**

El Seminario de formación y construcción de capacidades para cuadros cubanos, patrocinado y organizado por el Ministerio de Comercio y el Centro de Capacitación de la Academia Nacional de Gobernación de la República Popular China, se desarrolló en ese país, del 11 de octubre al primero de noviembre de 2016.

El curso tuvo como objetivo básico la preparación y formación de cuadros y funcionarios públicos cubanos en asuntos cardinales, tales como: condiciones básicas y estructura de gobierno, sistema de administración de emergencia, modelo de desarrollo, administración electrónica, concepto de formación moderna, diseño de aprendizaje de acción, sistema de capacitación, y evaluación de cuadros y funcionarios, entre otros. Estos fueron impartidos por profesores con un alto nivel profesional y preparación, quienes demostraron conocer el proceso de actualización de nuestro modelo económico.

La delegación cubana estuvo integrada por 19 compañeros de diferentes organismos y universidades, entre ellos, Yoel Izquierdo Castro, director de Organización, Planificación e Información del TSP.

### **Enfoque judicial a la discapacidad**

El tratamiento a la discapacidad, a partir de una amplia gama de aspectos, constituyó el eje central del curso desarrollado, del 24 al 28 de octubre de 2016, en la Escuela de Formación Judicial, con la participación de numerosos especialistas.

Entre los asuntos analizados allí, se destacan: discapacidad y Derecho civil, desde el ámbito judicial; discriminación positiva a favor de las personas con competencias diferentes en el Derecho positivo cubano; política de empleo y adiestramiento laboral; Convención de los derechos de las personas con discapacidad; mecanismos alternativos de protección: contrato de alimentos; cambio de modelo o paradigmas: las salvaguardias; y restricción judicial de la capacidad de obrar

Guiaron los debates los doctores Caridad Valdés Díaz y Leonardo B. Pérez Gallardo y el Lic. Pedro L. Landestoy Méndez, profesores de la Universidad de La Habana; y la M.Sc. Kenia Valdés Rosabal, jueza profesional del TSP.

## **Programas formativos de la comunidad iberoamericana**

Del 7 al 11 de noviembre de 2016, sesionó en Barcelona el curso de formación judicial especializada «Los programas formativos de la comunidad iberoamericana», al que asistieron directores de escuelas judiciales de 15 países, entre ellos Cuba, representada por Ingrid Teresa Santos Díaz, directora de la Escuela de Formación Judicial del TSP.

El programa se ajustó, entre otros, a los siguientes asuntos: sistemas de formación inicial y continua, ventajas de la enseñanza por competencias, vinculación de las técnicas de la información al aprendizaje del Derecho, necesidades de formación, medición del impacto de la superación y esquemas teóricos aplicados a la enseñanza.

En general, permitió el intercambio de experiencias aplicadas en cada centro docente, para uniformar los sistemas de trabajo y evaluar el funcionamiento de la red de escuelas judiciales en Iberoamérica.

## **Desafíos de la justicia ambiental**

Con la participaron de jueces y profesores de 11 naciones, además del país sede, sesionó el 2.º Foro Internacional de Justicia Ambiental, en Santiago de Chile, entre los días 10 y 11 de noviembre de 2016.

En general, se debatieron asuntos relacionados con el tema del encuentro: «La justicia ambiental y sus desafíos en la resolución de conflictos ambientales». Se apreció la necesidad de profundizar en instituciones como legitimación, cosa juzgada, medidas cautelares, ejecución, todos útiles para la resolución de asuntos con mayor calidad.

El foro se desarrolló en un ambiente de alta profesionalidad y con un amplio intercambio de experiencias. Por Cuba, asistió Liliana Hernández Díaz, presidenta de la Sala de lo Económico del TSP.

## **IX Taller sobre juez de ejecución**

Durante los días 24 y 25 de noviembre de 2016, el Centro de Convenciones de Cojímar, La Habana, sirvió de sede al IX Taller nacional sobre la actividad de control, influencia y atención hacia las personas que extinguen sanciones en condiciones de libertad.

El foro, concebido «como una reunión de trabajo y como eslabón ascendente en el desarrollo de la actividad», según indicó el presidente del TSP, constituyó un espacio de análisis, debate e intercambio de experiencias prácticas, ante la necesidad de unificar procedimientos, eliminar las deficiencias, perfeccionar los esquemas de seguimiento integral y fortalecer las relaciones de trabajo.

El encuentro contó con la participación de 170 delegados, entre ellos, el presidente del TSP, miembros de su Consejo de Gobierno, presidentes de tribunales provinciales y municipales, jueces y asistentes judiciales, y representantes de las instituciones, organismos y organizaciones que intervienen en esta actividad: Dirección General de la Policía Nacional Revolucionaria, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Asamblea Nacional del Poder Popular, Dirección de Establecimientos Penitenciarios del Ministerio del Interior, Federación de Mujeres Cubanas, Comités de Defensa de la Revolución, Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, Central de Trabajadores de Cuba y Secretaría de la Comisión de Defensa y Seguridad Nacional del Comité Central del Partido Comunista de Cuba.

### **Congreso Internacional de Derecho procesal civil**

El 12 y 13 de diciembre de 2016, sesionó, en la República Bolivariana de Venezuela, el III Congreso Internacional de Derecho procesal civil, auspiciado por el Tribunal Supremo de Justicia de ese país.

En representación de los tribunales cubanos, Farah Maritza Saucedo Pérez, vicepresidenta del Tribunal Provincial Popular de La Habana, impartió una ponencia relacionada con la reforma del proceso civil cubano.

### **Se fortalecen los tribunales cubanos**

El debate acerca de los aciertos, deficiencias y fortalezas en la gestión judicial caracterizó a la Reunión de balance del trabajo realizado en 2016 por el Sistema de Tribunales, efectuada los días 27 y 28 de enero de 2017, en el Palacio de Convenciones de La Habana, con la asistencia de Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado, y José Luis Toledo Santander, presidente de la comisión parlamentaria para los asuntos constitucionales y jurídicos.

Durante las sesiones, además de los informes correspondientes al trabajo realizado en las diferentes materias y direcciones, se reflexionó acerca de la socialización de las buenas prácticas y su contribución a la calidad de los procesos; la formación y superación de los jueces; y la atención sistemática y personalizada a las personas que cumplen sanción en libertad y su necesaria reinserción social con clara definición de los resultados positivos del trabajo, y de las deficiencias y errores identificados en algunos asuntos, entre otros temas.

En las valoraciones finales, Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, indicó que impartir justicia en Cuba es un hecho de trascendencia para continuar contribuyendo a fortalecer la construcción del Socialismo, y que la integración del trabajo permite contextualizar los análisis y decisiones, de acuerdo con el momento histórico; Toledo Santander afirmó que la actual

responsabilidad de los tribunales cubanos es determinar los parámetros de calidad en los procesos judiciales; y Acosta Álvarez calificó de satisfactorios los resultados del año 2016.

### **Presentación de libro**

El 6 de marzo 2017, en Remedios, Villa Clara, fue presentado el libro *Alejandro García Caturla: la dignidad de un juez*, como parte de las actividades por el aniversario 111 del natalicio del ilustre remediano, acaecido, en esa ciudad, el 7 de marzo de 1906.

La presentación –a cargo del equipo de trabajo que asumió la investigación, integrado por Ismael Lema Águila, Juan Ramón Rodríguez Gómez y la redactora de esta sección– se efectuó en el museo Casa Alejandro García Caturla, donde este vivió desde 1921 hasta su muerte, el 6 de noviembre de 1940.

Entre el numeroso público asistente, se hallaban el primer secretario del Partido en ese territorio y autoridades de gobierno y judiciales, como la presidenta del Tribunal Municipal Popular de Remedios (también colaboradora del proyecto), operadores jurídicos de la provincia, y dos especialistas del museo que dedicaron toda su vida laboral (hasta la jubilación) a conservar el patrimonio íntegro del reconocido músico y juez.

Este texto, que vio la luz a finales de 2016, constituye la sexta entrega del TSP en su colección «Memoria Judicial» que, desde su creación, ha asumido la investigación y publicación de libros dedicados a distinguidas personalidades de la judicatura cubana: Enrique Hart Ramírez (2010), Fernando Álvarez Tabío (2011), Francisco Varona Duque de Estrada (2012), Luis M. Buch Rodríguez (2013) y José A. García Álvarez (2014).

### **Asiste el TSP a reunión regional en Panamá**

Con el objetivo esencial de consolidar estrategias para el fortalecimiento institucional y el enfrentamiento al delito en el área, sesionó, en Ciudad de Panamá, la Reunión Ordinaria del Consejo Judicial Centroamericano y del Caribe (CJCC), los días 20 y 21 de marzo de 2017, al que asistió Rubén Remigio Ferro, en calidad de observador.

En la sesión inaugural, José Ayú Prado, presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, quien tomó posesión de la presidencia pro-témpore del CJCC, enfatizó que el compromiso y la colaboración entre los sistemas judiciales de la región han facilitado la mayor efectividad en la aplicación de la justicia.

A la cita, asistieron los presidentes de las cortes supremas de los países miembros y representantes de la Secretaría de la Integración Centroamericana, de la Corte Centroamericana de Justicia y de la Cumbre Judicial Ibe-

roamericana. Por Cuba, además, participó Pedro Ernesto Medina Gutiérrez director de Comunicación Institucional y Relaciones Internacionales del TSP.

### **Justicia laboral en Centroamericana y el Caribe**

Del 5 al 7 de abril, en San José, Costa Rica, se celebró la VI Conferencia Centroamericana y del Caribe de justicia laboral, cuyas dos primeras jornadas fueron dedicadas a la presentación y análisis de la reforma procesal laboral costarricense, en fase de implementación, y a conferencias magistrales de las personalidades invitadas al cónclave.

Aymée Fernández Toledo, jueza de la Sala de lo Laboral del TSP, participó en el panel sobre «El régimen probatorio laboral. Avances y desafíos», acompañada por delegados de Nicaragua, República Dominicana y Honduras; e intervino en otro, que trató «Los poderes del juez en el proceso laboral», junto a representantes de Honduras, Costa Rica y Panamá.

En la cita, se constataron las grandes similitudes que existen en la regulación laboral de los países del área y las tendencias que se aprecian. Asimismo, se acordó celebrar, este año, un encuentro extraordinario de capacitación, en Tegucigalpa, Honduras.

### **Relatora especial de la ONU visita el TSP**

En la tarde del 12 de abril, María Grazia Giammarinaro, relatora especial de la Organización de Naciones Unidas, encargada de los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, principalmente de mujeres y niños, visitó la nueva sede del TSP, en el centro histórico de La Habana Vieja, como parte del programa de actividades de su visita oficial a nuestro país, por invitación del Gobierno cubano.

La funcionaria sostuvo un encuentro de trabajo con Remigio Ferro, en el cual se conversó, esencialmente, sobre la participación popular de la justicia en Cuba, el fenómeno de la trata de personas y la actualización de la norma penal interna, conforme a las exigencias de la Convención de Palermo.

El alto directivo de los tribunales cubanos dejó claro que el sistema cubano no permite impunidades y despliega una política orientada a perseguir y sancionar las diversas conductas vinculadas con este flagelo. Giammarinaro reconoció la voluntad política de Cuba en el enfrentamiento a tal fenómeno delictivo y agradeció las gentilezas dispensadas en su visita al TSP.

El programa oficial de la alta funcionaria incluyó reuniones con Esteban Lazo Hernández, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular; Darío Cura Delgado, fiscal general de la República; y María Esther Reus González, ministra de Justicia, entre otros altos directivos y funcionarios del Estado y del Gobierno, y un intercambio con jueces de la materia penal

del TPP de Matanzas, donde fue recibida por su presidente, Amaro Cabrera Calero.

### **Concurso de méritos y ejercicios de oposición**

Con el objetivo de fortalecer la gestión integral del TSP, y de conformidad con la Ley No. 82, el Consejo de Gobierno de esta suprema instancia resolvió convocar al Concurso de méritos para aspirantes a plazas de jueces profesionales titulares, con el propósito de cubrir vacantes en la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de este órgano judicial.

Del mismo modo, se decidió convocar a los ejercicios de oposición, que se realizarán en dos modalidades: una, tendrá como aspirantes a nuestros jueces permanentes o suplentes; y otra, al resto de los solicitantes. Los interesados integrarán las candidaturas para jueces profesionales del Sistema de Tribunales.

La convocatoria dispone los requisitos y exigencias para la selección. El plazo de admisión es el 30 de julio del presente año y los ejercicios de oposición se realizarán, simultáneamente, en las sedes de los tribunales provinciales populares. Los aspirantes a suplentes no permanentes los realizarán en ocasión de las evaluaciones del componente práctico del diplomado en Administración de justicia. Se evaluarán los méritos de los aspirantes para presentar las propuestas a la Asamblea Nacional del Poder Popular para su nombramiento en los cargos vacantes.

El Concurso de méritos y los ejercicios de oposición constituyen modalidades de gestión de capital humano de alta competencia para el Sistema de Tribunales.

## PRONTUARIO DE USOS IDIOMÁTICOS (II)

---

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez  
editor, Dirección de Comunicación Institucional  
y Relaciones Internacionales, TSP

CUANDO DECIDÍ ENCABEZAR el título de la presente serie de trabajos con la palabra *prontuario*, lo hice convencido de los significados que esta ha tenido, siempre, para mí; y de que, si alguien tuviera duda al respecto, le bastaría con buscar los sinónimos registrados en el diccionario digital a nuestro alcance: *epítome* (resumen o compendio de una obra extensa), *breviario*, *síntesis*, *sinopsis*, *suma*, *manual*, *vademecum*, *tratado*.

Sin embargo, un amigo ecuatoriano que leyó la primera parte de este trabajo se sorprendió porque, para él, *prontuario* es un documento relacionado con una persona detenida. Y confieso que, en ese momento, el sorprendido fui yo. Por supuesto, más allá del breve intercambio de opiniones, me di a la tarea de indagar cuánta razón podría tener él, o no; y, en la edición del *Pequeño Larousse Ilustrado* correspondiente a 1964, localicé el concepto que podría sustentar la nueva idea. Allí (p. 844), se ofrecen cuatro acepciones, las dos primeras coincidentes con mi criterio y otras dos que yo desconocía: «Resumen de una cosa. // Compendio de una ciencia: *prontuario de ortografía*. // AMER. CÉDULA JUDICIAL DE UN INDIVIDUO DETENIDO. // Agenda, libro de apuntes».

Ciertamente, la tercera acepción es un elemento de juicio que ampara la opinión de quien me comunicó la «novedad» (sería interesante saber si, en otras áreas del universo judicial hispanoamericano, aún mantiene vigencia; en Cuba, no se entiende así). Pero, independientemente de que conserve actualidad, o no, la conformación del sintagma que da título a esta serie permite comprender de qué tratamos aquí. Un elemento indispensable en tal sentido es el uso de la preposición *de* y su término: *usos idiomáticos*.

Esta última aseveración, precisamente, me da pie para dar continuidad a nuestro *prontuario*, pues mi experiencia en la lectura de textos que genera el Sistema de Tribunales me permite afirmar que, una buena parte de los errores que se cometen está dada por el inadecuado uso de las preposiciones, como conectores o como parte de una frase prepositiva. De ambas variantes, he presentado muestras aquí, en ocasiones anteriores, pero resulta necesario retomar ese asunto, no para «llover sobre mojado», sino para tratar acerca de otras situaciones que, con ellas, se presentan a menudo.

## UN RECORDATORIO

Con el objetivo de no repetir, innecesariamente, asuntos tratados antes, presento a continuación las preposiciones y frases prepositivas incluidas en *Lapsus cálimi*, con los correspondientes detalles de la edición en que fueron publicadas. En cada caso posible, ofrezco la expresión incorrecta (encabezada por un asterisco), para que se comprenda mejor cuál es la que no debemos usar, pues continúa su empleo inadecuado. En algunos casos, añado acotaciones que creo necesarias:

- «Evitemos incorrecciones (III, final)», no. 16, junio de 2011:
  - *Conforme a* y *con conforme*. Tienen significados diferentes.
- «Mejoremos algunas expresiones (I)», no. 18, junio de 2012:
  - *De acuerdo con* (\*de acuerdo a y \*acorde con).
  - *En relación con* y *con relación a* (\*en relación a).
  - *A base de*.
  - *Con base en*.
  - *Sobre la base de* (\*en base a).
  - *A nombre de* (\*a nombre y en representación de).
  - *En nombre de* (\*a nombre y en representación de).
  - *En representación de*.
- «Mejoremos algunas expresiones (II)», no. 19, diciembre de 2012:
  - *Constar de* y *constar en*. Tienen significados diferentes.
  - *Dentro de* y *entre*. Tienen significados diferentes.
  - *De fecha* –válida, pero innecesaria– (\*en fecha).
  - *Ante esta sala* (\*por ante esta sala). Aunque esta última constituye una tradición en el estilo jurídico, no tiene lógica en el idioma actual ni resulta un arcaísmo elegante.
- «Mejoremos algunas expresiones (III)», no. 20, junio de 2013. En los análisis de diferentes casos de zeugmas, presenté dos combinaciones que incluyen preposiciones y que deben eliminarse porque tienen significados contrapuestos:
  - \*con y sin (en nuestro contexto, suele aparecer más la variante \*con o sin): «*Con o sin la presencia del demandado*». Debe decirse (y escribirse): *Con la presencia del demandado o sin él*.
  - \*de una u otra forma (la única variante correcta es: «de una forma u otra»).
- «En compañía de la sintaxis», no. 25, diciembre de 2015. Allí, mencioné numerosas frases prepositivas y estructuras verbales que incluyen preposiciones, y deben evitarse (o eliminarse), pero no fueron analizadas, tarea que acometo en esta edición. Entre ellas: \*por ante mí que certifico, \*en cuya virtud, \*en su virtud, \*al amparo en, \*hubo de dejar, \*consta del acta...; y una que exige la preposición, pero continúa escribiéndose sin ella: \*habida cuenta que.

– «Prontuario de usos idiomáticos (I)», no. 27, diciembre de 2016.

\*A fojas (con sus posibles variantes válidas).

→ *A nombre de*, en comparación con *en nombre de*, con sus diferentes significados.

## POR ANTE MÍ

En este caso, puedo repetir algunas de las ideas que expresé respecto a *por ante esta sala*: «He aquí otra estructura innecesaria y no válida, si se analizan sus componentes gramaticales, independientemente de la larga vida que haya tenido en el contexto judicial».

No creo exagerar, si digo que nada justifica, en ella, el empleo de *por*. Bastaría con escribir **ante mí**, frase prepositiva absolutamente válida. Así la reconoce Manuel Seco en su *Nuevo diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, donde ejemplifica con «Ante mí pasó» (p. 66) y así la he visto usada en muchas sentencias del Tribunal Supremo Popular, como parte de la estructura **ante mí, que certifico**, que es totalmente correcta.

En fin, no hay por qué continuar empleando la manida frase que encabeza estas líneas.

## EN CUYA VIRTUD

En no pocas ocasiones, he oído decir a pedagogos que no es adecuado escribir (y, menos aun, publicar) frases incorrectas, pues se fijan con mayor facilidad en el subconsciente de quienes las leen. Y no niego esa posibilidad; pero pienso que, en algunos (o muchos) de nuestro entorno sucede lo contrario: ya tienen fijadas numerosas estructuras incorrectas y, ahora, lo que parece difícil es que las abandonen y ese intento puede resultar más impreciso, incluso, si no les decimos cuáles son las variantes que no deben usar. Por esa simple razón, acudo a los títulos que aquellos consideran inadecuados.

Desde hace más de una década –mediante contactos interpersonales–, intento que varios de quienes ya tienen fijada la estructura que aquí analizo la borren de su arsenal lingüístico y la sustituyan por **en virtud de**, la única frase prepositiva correcta que incluye al sustantivo *virtud*. Sin embargo, hasta ahora, los resultados han sido escasos y, contrariamente a lo que siempre he esperado, ya no solo se usa *en cuya virtud*, sino, también, *en su virtud*, *en tal virtud*, *en virtud que*, *en virtud a* y *a virtud de*, todas ellas incorrectas, desacertadas, inadecuadas.

¿Resulta tan complicado interiorizar que la única frase válida, en esta creciente familia de palabras, es **en virtud de**?

## AL AMPARO EN

Una simple mirada a los casos que presento aquí permite observar las preposiciones destacadas con cursivas y podría pensarse que AL no cumple esa condición, pues se trata de una contracción, pero esta, precisamente, está integrada por la preposición A más el artículo EL, lo cual la convierte, de hecho, en frase prepositiva.

Confieso que, para demostrar que esta estructura es incorrecta, me fue harto difícil encontrar los argumentos necesarios, pues no aparece recogida en los diccionarios, incluidos los de dudas y dificultades, incorrecciones y frases hechas. Solo hay definiciones y referencias al verbo *amparar*, con tres acepciones básicas, a partir de las cuales, pueden construirse frases, con tres posibles preposiciones: 1. «Proteger A alguien» (Se han creado hogares que amparan A los huérfanos). // 2. Como verbo pronominal, «protegerse» (Se amparan DE la lluvia). // «Valerse de algo» (Te amparas EN tu simpatía).

Teniendo en cuenta que la estructura que analizo, en nuestro universo, siempre se refiere a preceptos legales: «*al amparo EN* el ordinal sexto del Artículo 69 de la ley de trámites penales», «*al amparo EN* el ordinal uno del Artículo 630 de la LPCALE»... es fácil advertir que estos responden a la segunda acepción de *amparar*, en la que únicamente es posible la preposición DE: **al amparo de**, la única variante válida en ese contexto.

Más allá de la tercera acepción del verbo (ajena al asunto que me ocupa), solo se podría usar la preposición *en*, si se transforma la frase de marras y se dice: *amparado EN*. Pero, quede claro, jamás debemos usar *al amparo en*.

## HUBO DE DEJAR...

Esta perífrasis verbal, la encuentro, por ejemplo, en frases como «En la huida, *hubo de dejar* el arma en lugar visible», «Terminada la riña, *hubo de dejar* (o abandonar) el lugar»... Y, como esta estructura, aparecen otras similares: *hubo de enfrentar*, *hubo de sustraer*, *hubo de delinquir*, *hubo de regresar*, *hubo de ser visto*..., todas compuestas por un tiempo verbal que, hace muchos años, dejó de existir en nuestra lengua y ni siquiera se recoge ya en la gramática: el pretérito anterior.

La mejor solución, en tales casos, es sustituir ese tiempo por el pretérito indefinido (más directo y menos complicado), respectivamente: **dejó, enfrentó, sustrajo, delinquirió, regresó**; y la estructura pasiva compuesta por SER + PARTICIPIO: **Fue visto**.

Sé que una de las características del estilo jurídico es el empleo de arcaísmos, pero solo por tradición, no porque tenga que ser así. Pienso que es mejor desterrar, de él, lo arcaico y lo incorrecto, y conservar otras par-

ticularidades válidas.<sup>1</sup> En este sentido, también se proyecta la Instrucción No. 208 de 2011, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, la cual establece que

[...] para la redacción de la sentencia, se aplicarán todas las reglas de la gramática y la ortografía del idioma castellano, y especialmente se tendrá en cuenta:

a) Utilizar un lenguaje sencillo [...]

e) Evitar, en lo posible, el uso de arcaísmos, locuciones latinas o extranjeras y préstamos de otras lenguas.<sup>2</sup>

## CONSTA DEL ACTA

Quiso el binomio casualidad-causalidad que, en la segunda parte de esta serie, encontraran espacio común las dos únicas contracciones existentes en nuestra lengua. Antes, presenté la composición AL; ahora, le corresponde a DEL (de + el), como parte de una estructura que no constituye una frase prepositiva.

No puedo decir que *consta del acta* es incorrecta, absolutamente, pues ello depende del sentido con que se use. ¿Por qué? Porque el verbo *constar* tiene dos acepciones básicas, a partir de las cuales, la forma verbal exigirá una preposición u otra. Si se emplea con la significación de «estar formado de diferentes partes», necesitará la preposición que destaque en ese enunciado: *Este libro consta DE 10 capítulos*. En cambio, si se usa como «ser cierta y manifiesta una cosa», entonces, corresponderá la preposición EN: *Consta EN los archivos*.

Teniendo en cuenta la variante que se le da en las sentencias, es evidente que hay un mal empleo de la preposición. Ejemplo: «Que admitido el recurso y habiéndose solicitado la celebración de vista, se efectuó según *consta del acta* levantada al efecto». En este caso, sin duda, se trata de la segunda acepción del verbo y esta exige la preposición en: *según **consta en el acta***...

Seguramente, quienes no tienen dificultades en esto consideran que, con lo explicado, es suficiente; pero, ahora, debo tener presentes a aquellos que, una y otra vez, recurren a la susodicha frase por hábito, no por análisis, y esos, quizás, necesiten más elementos de juicio, lo cual puedo satisfacer con tres ejemplos que contribuyen a delimitar la diferencia, mediante un intencional juego de palabras. Por una parte: *El expediente **consta***

<sup>1</sup> Vid. Gisela de la C. Docampo Alba: «Mis primeras impresiones acerca del estilo jurídico», en *Justicia y Derecho*, no. 15, diciembre de 2010, pp. 138-144.

<sup>2</sup> *Boletín del Tribunal Supremo Popular 2011*, p. 62.

TA DEL *acta* y otros documentos; por otra: *El acta consta en el expediente* y *Todo eso consta en el acta*.

## HABIDA CUENTA QUE

Mis observaciones acerca de que tal estructura es incorrecta, y no solo eso, sino, además, las reiteradas indicaciones en el sentido de que, obligatoriamente, después de la palabra *cuenta*, esta expresión exige la preposición *de* (es decir, **habida cuenta de**), parece que no han encontrado suficientes oídos receptivos porque, salvo raras excepciones, continúan usándola inadecuadamente.

Una buena muestra de que se emplea mal la constituyen los ejemplos que presento a continuación, tomados de todas las materias. En cada caso, entre corchetes y con letras versales, coloco la preposición que siempre se olvida:

- Que el único motivo del recurso... no puede prosperar, habida cuenta [DE] que no se advierte...

- Que no lleva razón el impugnante en el único motivo del recurso... habida cuenta [DE] que los elementos que obran...

- Que el motivo primero que conforma el recurso... no puede prosperar, habida cuenta [DE] que no se advierte...

- Que los motivos de prueba del recurso... no pueden prosperar, habida cuenta [DE] que, infructuosamente, la inconforme...

- La sala de instancia incurre en error con trascendencia al fallo, al valorar de manera irracional, sin objetividad jurídica, la prueba documental aportada, habida cuenta [DE] que no estimó...

En fin, lo único que puedo hacer es reiterar, una y otra vez, que la estructura correcta es **habida cuenta de**, a la cual, según la circunstancia, pueden agregársele otros elementos, entre los cuales, el más socorrido es **QUE**, o sea, **habida cuenta de que**. Entre las restantes posibilidades, he aquí, la variante que encontré en una de las sentencias de la materia civil que se incluyen en el *Boletín* correspondiente a 2016: **habida cuenta de la dependencia...**

## SIN DUDA O SIN LUGAR A DUDAS

No se extrañe de que haya dudas en cuanto al uso de esta construcción, pues, hasta editores y correctores, muchas veces, las tenemos. Particularmente, quien escribe estas líneas, en múltiples ocasiones, ante casos concretos, ha tenido que cerciorarse acerca del uso más adecuado.

Por esa razón, dediqué algún tiempo a hurgar en los diccionarios a mi alcance y encontré varios elementos curiosos que quiero compartir con los lectores de esta sección.

En primer lugar, para mí, resultó sorprendente que Manuel Seco –quien, generalmente, se extiende en comentarios sobre los más disímiles asuntos que pueden constituir una duda o que suelen usarse indebidamente– silencio su opinión al respecto, y se limita a presentar ejemplos del uso de frases que incluyen la socorrida estructura, en sus diferentes variantes. Así se mostraba en la segunda edición (1964) de su *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española* (p. 137) y asume igual actitud en su *Nuevo diccionario de...* (2011, p. 236).

La mayor cantidad de detalles acerca de este asunto la encontré en el *Diccionario de uso del español de América y España* (2003), en su versión digital, el cual ofrece cinco estructuras con la palabra *duda*, las cuales presento en las líneas que siguen. En cada caso, primero, incluyo la definición; después, los ejemplos que se recogen allí; y, al final, mis consideraciones:

1. *No caber duda* (o *ninguna duda* o *la menor duda*). «Ser una cosa completamente segura para alguien o en general»: *No te quepa LA MENOR DUDA de que vendrá; No CABE DUDA DE QUE es uno de los principales candidatos al máximo galardón*. La experiencia me dice que estas estructuras, en Cuba, generalmente, se usan en singular, pero, en más de una ocasión, he oído y he leído: *No caben dudas*, que, sin duda (valga la repetición) es incorrecta. Obsérvense las formas que he destacado mediante letras versales y negras, para mejor aprehenderlas, en particular, la segunda, que incluye la preposición *de*: **no cabe duda de**.

2. *Poner en duda*. «Dudar sobre lo que se expresa». El mencionado diccionario no ofrece ejemplos, mas considero que son evidentes: **No pongas en duda sus criterios, pues son totalmente acertados; No hay por qué poner en duda esa información**.

3. *Por las dudas*. (De uso coloquial en América). «Por si sucede algo inesperado o azaroso; por si acaso»: *Te lo digo POR LAS DUDAS, para que no tengas problemas; Cerré las ventanas POR SI LAS DUDAS, por si llueve*. No recuerdo haber escuchado frases de ese tipo en Cuba. Pienso que, en la mayoría de las oportunidades, se usa «por si acaso»; y, en cierto lenguaje popular, por supuesto, ajeno a nuestro medio: «por si las moscas».

4. *Salir de dudas*. «Dejar de tener dudas sobre algo»: *El abogado dijo que su cliente puede estar equivocándose, pero que saldrán de dudas cuando este se entregue*. Creo que el mejor uso que puedo aportar aquí es que, al respecto, consulté varios diccionarios para **salir de dudas**.

5. *Sin duda* (*sin duda alguna* o *sin lugar a dudas*). «Con seguridad plena»: «*SIN DUDA, lo que consigamos será para el bien de la comunidad*»; *SIN LUGAR A DUDAS, fue el mejor jugador del campeonato*. En este caso, se trata de estructuras que usamos a menudo, no siempre –desafortunadamente–

de manera correcta. Sugiero fijarse bien en ellas para interiorizarlas y, así, resolver esta situación que, **sin duda** (o **sin lugar a dudas...**) nos afecta a casi todos.

### **Hasta la vista**

Para el final de la segunda parte de «Prontuario...», dedicada a las frases prepositivas, dejé una cuestión que nada tiene que ver al respecto, pero quise titularla con una de aquellas –bien estructurada–, que no solo me sirviera cual cierre, sino, también, como encabezamiento del asunto que comentaré a continuación.

Esa es la esencia de un acuerdo de la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, efectuada en abril de 2016 en Asunción, Paraguay, en el sentido de que –en los 23 países que la integran– se eliminen las frases en latín que suelen utilizarse en autos, sentencias y dictámenes, con el objetivo de que los ciudadanos puedan comprender con facilidad las fundamentaciones contenidas en dichos documentos, decisión que se corresponde con el Convenio marco para promover la claridad del lenguaje jurídico.

En Cuba, desde hace mucho tiempo, se insiste en que, tanto en la exposición oral como en la sentencia, los tribunales están obligados a hacer que su decisión sea accesible al público en forma adecuada, empleando un lenguaje comprensible, lo que es propio de una justicia que se imparte en nombre del pueblo, idea que concuerda con lo indicado antes, en cuanto a la Instrucción No. 2008 de 2011 (*vid. supra*).

Y no más por hoy.





**TSP** TRIBUNAL SUPREMO POPULAR REPUBLICA DE CUBA

TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

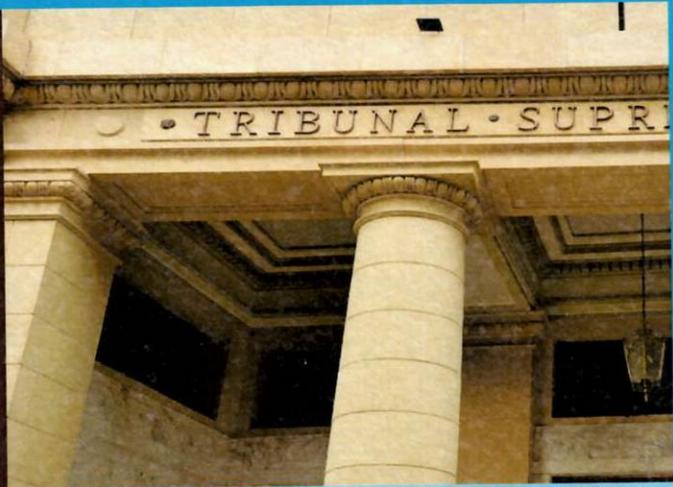
CONSEJO DE GOBIERNO

SALAS DE JUSTICIA

TRIBUNALES PROVINCIALES

SUPERACIÓN PROFESIONAL

CENTRO NACIONAL DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL (CENDJ)



## NOTICIAS



## GALERÍA DE IMÁGENES



## PUBLICACIONES



ATENCIÓN  
A LA POBLACIÓN

☎ (53) 7 869 8743, 7 869 8879  
✉ poblacion@tsp.gob.cu  
📍 Aguiar 367 e/ Obrapfa y Obispo,  
La Habana Vieja La Habana, Cuba, CP 10 100



RNPS 0504  
ISSN 1810-0171