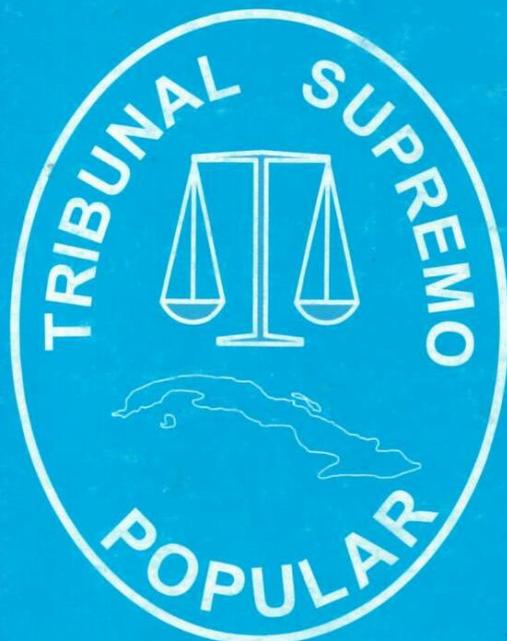


JUSTICIA Y DERECHO

No. 18, año 10, junio de 2012

PUBLICACIÓN SEMESTRAL



SUMARIO

- 3 • *Informe de rendición de cuenta del Tribunal Supremo Popular*
Rubén Remigio Ferro
- 10 • *Informe de rendición de cuenta de la Fiscalía General de la República*
Darío Delgado Cura
- 14 • *Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos*
José Luis Toledo Santander
- 20 • *Medidas del Tribunal Supremo Popular para cumplir las recomendaciones de la Asamblea Nacional*
- 22 • *Apuntes sobre la jurisdicción laboral en Cuba*
Esp. Vivian Aguilar Pascaud
- 31 • *Reincidencia y multirreincidencia en la práctica judicial cubana*
M.Sc. Odalys Quintero Silverio y Esp. Gladys Cabrera Bermúdez
- 49 • *Justicia eficaz contra el abuso sexual infantil*
M.Sc. Yoel Quinta Arango
- 62 • *Lo circunstancial en los delitos imprudentes*
Prof. Dayán G. López Rojas
- 75 • *El fraude penal y el civil en el delito de estafa*
Dr. Yan Vera Toste y Lic. Malvys Ávila Rodríguez
- 87 • *Comentarios en torno a la Instrucción No. 211*
M.Sc. Danilo Rivero García
- 99 • *Autonomía de la sucesión legítima*
Esp. Yanet Alfaro Guillén
- 124 • *La oralidad en el proceso civil*
Lic. Yamilka Torriente Hidalgo
- 131 • *Prescripción adquisitiva*
Lic. María de la M. González Jaramillo
- 145 • *Alcance del proceso sumario de alimentos para el adulto mayor*
Lic. Teresa Andrea Méndez García
- 161 • *La carta de crédito: ¿Un título ejecutivo?*
Lic. Odelexis Álvarez Guerra
- 173 • *Una reunión histórica para los tribunales populares*
Esp. Plácido Batista Veranes
- 176 • *Reglas de Brasilia*
- 193 • *Actualidad judicial*
Lic. Sergio Ravelo López
- 196 • *Mejoremos algunas expresiones (I)*
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

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

Director

Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez

Consejo editorial

Presidenta

Dra. cor. Lourdes M. Carrasco Espinach

Demás miembros

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro

M.Sc. Narciso A. Cobo Roura

Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Lic. Andrés R. Bolaños Gassó

Esp. María C. Bertot Yero

Esp. Maricela Sosa Ravelo

Compilación y clasificación

Lic. Celaida Rivero Mederos

Composición y diseño

Lic. Ramón Caballero Arbelo

Edición

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Corrección

Lic. Norma Castillo Falcato

Nota: Los trabajos expresan los criterios de los autores.

Redacción

Avenida Independencia, entre Tulipán y Lombillo,

Plaza de la Revolución, La Habana

Teléfono: (537) 855 5035

E-mail: celaida@tsp.cu

ISSN 1810-0171

Publicación semestral

Año 10, no. 18, junio de 2012

La revista Justicia y Derecho publica cuatro importantes documentos relacionados con las rendiciones de cuenta del Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General de la República, en el VIII período de sesiones de la VII legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, el 23 de diciembre de 2011. Tres de ellos –publicados en el periódico Granma, el lunes 26 de diciembre de ese año, en las páginas 3, 4, 5 y 6– los reproducimos textualmente a continuación.

INFORME DE RENDICIÓN DE CUENTA DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

*Palabras de Rubén Remigio Ferro,
presidente del Tribunal Supremo Popular*

COMPAÑERO GENERAL de Ejército Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros;

Compañero Ricardo Alarcón de Quesada, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular;

Estimados diputadas y diputados;

Distinguidos invitados:

Para los integrantes del Sistema de Tribunales del país constituye un gran estímulo, y un alto honor, poner nuevamente a la consideración de esta Asamblea los resultados de la labor desplegada durante la etapa más reciente y su comportamiento actual y prospectivo.

Rendir cuenta periódicamente de nuestra gestión ante el órgano supremo del poder del Estado –que representa y expresa la voluntad soberana de todo el pueblo– es, sin duda, una genuina expresión del carácter verdaderamente democrático y po-

pular del ejercicio de la función de impartir justicia en Cuba.

En esta ocasión, la relevancia del examen y evaluación a realizar por los diputados sobre nuestro quehacer se incrementa por la particular connotación del momento histórico en que tiene lugar.

Las medidas y disposiciones puestas en vigor por el Estado y el Gobierno –y las que continúen adoptándose–, como parte del proceso de implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados por el VI Congreso del Partido –junto a las acciones que se ejecutan por la dirección del país en aras de fortalecer la institucionalidad, el orden, la disciplina y la exigencia– repercuten, de manera directa o indirecta, en la actividad judicial, y requieren de los tribunales, como de todos los órganos, organismos y entidades estatales y gubernamentales, la mayor efectividad y eficacia posible en el

cumplimiento de la misión que nos corresponde.

Ustedes recibieron un informe con elementos y datos relacionados con indicadores propios de nuestro trabajo, acompañado de otros documentos relativos a tareas y proyecciones de interés para la actividad que desarrollamos. Igualmente, la mayoría de los diputados, en días recientes, efectuaron visitas a tribunales de todo el país, y sostuvieron encuentros e intercambios con jueces y otros trabajadores del Sistema. Esperamos que esas acciones les hayan dotado de información suficiente sobre los resultados alcanzados y las dificultades que nos quedan por resolver.

Me limito, por tanto, en esta presentación, a unos breves comentarios sobre algunos temas que a nuestro juicio resulta necesario resaltar.

RESULTADOS DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

En los tribunales populares del país laboran en la actualidad 5 135 efectivos, para una cobertura del 91% de la plantilla aprobada. Jueces profesionales somos ahora 990, o sea el 92% de los 1 075 cargos previstos y, de ese total, 761 son juezas, para el 76%, lo que enaltece y distingue la estructura de nuestro capital humano, por la reconocida capacidad, responsabilidad y entrega con que las mujeres asumen cualquier tarea por complicada que pueda parecer.

También resulta un índice positivo que el 44% de los jueces sean jóvenes de hasta 35 años de edad, lo que pone de manifiesto un adecuado equilibrio generacional y una garantía de continuidad en el ejercicio de la judicatura.

Como puede apreciarse, se han revertido sustancialmente la inestabilidad y el éxodo de personal judicial padecido, durante años, por estos órganos.

En la actualidad, es creciente el número de juristas que aspiran a ingresar y ejercer como jueces profesionales. Prueba fehaciente de ello son los 707 graduados de esta especialidad que se han presentado a los exámenes de oposición convocados anualmente por el Tribunal Supremo Popular, desde el año 2009. De ellos, 432 (61%) vencieron el examen y muchos ya han pasado a ocupar plazas en tribunales municipales y provinciales, tras resultar electos por las asambleas del Poder Popular.

Por su parte, los jueces legos continúan siendo un pilar fundamental en la realización de nuestro trabajo y siguen brindando su aporte para la mayor objetividad, racionalidad y transparencia de la impartición de justicia en toda la nación. Hoy cumplen esa digna labor 14 752 ciudadanos y ciudadanas de diverso origen electos como representantes del pueblo para el ejercicio directo de tan importante función estatal.

Estos compañeros, en sentido general, reciben reconocimiento y apoyo en el cumplimiento de las tareas judiciales, aunque, en ocasiones,

algunos enfrentan dificultades con las administraciones de los centros de trabajo a que están vinculados, situación a la que debemos prestar mayor atención en el futuro inmediato.

En lo que se refiere a los resultados de la actividad jurisdiccional, durante la etapa que se analiza, hemos continuado avanzando y consolidando los indicadores fundamentales que determinan la calidad en la labor judicial, como son el desempeño diligente y ágil en la tramitación de los casos, el respeto a las garantías y derechos de las partes involucradas en cada asunto, la adopción de decisiones judiciales acertadas y claramente argumentadas, y el cumplimiento efectivo y oportuno de lo dispuesto por el tribunal.

No obstante, todavía se detectan e identifican deficiencias e insuficiencias en la actuación de algunos tribunales, jueces y secretarios, en cuyos casos se depuran responsabilidades y se implementan las medidas encaminadas a solucionarlas.

En función de erradicar estas debilidades, se mantiene un ambiente permanente de exigencia y análisis crítico, individual y colectivo.

Referencia aparte merecen dos temas de vital importancia para la buena marcha de la administración de justicia: los relativos a la celeridad en la tramitación y solución de los asuntos, y la ejecución o cumplimiento de las sentencias y otras resoluciones judiciales. En sentido general, en ambos, se alcanzan resultados satisfactorios, que nos diferencian sustancialmente de lo que

acontece en la mayor parte de los sistemas judiciales foráneos.

Expresión elocuente de ese avance se manifiesta en los datos sobre el comportamiento general y acumulado de ambos indicadores en todo el Sistema, al cierre del pasado mes de noviembre (en sus informes, aparece hasta octubre):

–Total general de asuntos concluidos (resueltos).....129 887(87%)

–Total general de sentencias ejecutadas (cumplidas)....108 744 (91,3%)

Las cifras mencionadas permiten aseverar que, en términos generales, existe adecuada agilidad en la tramitación de los procesos y que la inmensa mayoría de las sentencias dictadas por los tribunales se cumplen en plazos razonables; aunque hay casos en los que se ha dilatado injustificadamente la tramitación judicial por negligencia o irresponsabilidad de algunos jueces o secretarios, quienes, por esa razón, fueron objeto de las correcciones disciplinarias correspondientes.

También hay demoras en el cumplimiento de algunas sentencias, atribuibles, en unos casos, a funcionarios y directivos administrativos, a quienes la resolución del tribunal les impuso la obligación de rectificar algún mal proceder en el uso de sus atribuciones. En otros casos, se trata de ejecutivos y representantes de entidades económicas involucradas en procesos judiciales –derivados sobre todo de los problemas con cobros y pagos– por no honrar deudas contraídas en relaciones contractuales o mercantiles. Ambas situaciones reflejan despreocupación

e irresponsabilidad de algunos, en cuanto al cumplimiento de lo dispuesto por el tribunal.

Estos incumplimientos han disminuido considerablemente y, de los que restan, fueron informados oportunamente sus superiores y las autoridades gubernamentales correspondientes. En ocasiones extremas, se ha denunciado y procesado a los responsables por incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.

TRANSFORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DE ALGUNAS PRÁCTICAS Y PROCEDERES JUDICIALES

Otro tema de sumo interés es el de las sanciones que se imponen a los responsables de los delitos. Los tribunales, en general, continúan aplicando consecuentemente la ley y la política trazada por el Estado cubano, con el respaldo de nuestro pueblo, y, en virtud de ello, se ha actuado con la necesaria severidad con los comisores de las conductas delictivas más graves y dañinas. A la vez, nos hemos pronunciado de modo diferenciado ante hechos delictivos que revisten menor gravedad o las características individuales de los responsables así lo aconsejan.

La aplicación efectiva de esa concepción ha determinado la imposición de sanciones rigurosas, que implican, por lo general, penas de prisión a los autores de delitos asociados con actos de corrupción,

defraudaciones económicas, drogas, proxenetismo, sacrificio ilegal de ganado mayor o comercialización de sus carnes, sustracción de elementos de las programas energéticos, de infocomunicaciones o ferroviario, robos con violencia en las personas o en viviendas, y agresiones a la integridad física de autoridades o sus agentes, entre otros.

Cuando resulta pertinente, a los responsables se les imponen, además, sanciones accesorias como la confiscación o comiso de bienes relacionados directa o indirectamente con el delito, la inhabilitación para ocupar cargos administrativos o desempeñar determinadas profesiones, empleos y oficios, y la prohibición de frecuentar determinados lugares o instalaciones.

A la par, se continúan utilizando con toda amplitud, en los casos pertinentes, las sanciones que no implican —en principio— el internamiento de los responsables en establecimientos penitenciarios y, para los que cumplen penas de encierro, el otorgamiento de los beneficios de excarcelación anticipada que prevé la ley.

El empleo efectivo y creciente de ambas facultades judiciales, sin que impliquen impunidad o debilidad en la aplicación de la política penal, ha sido posible a partir de la consolidación y desarrollo alcanzado por los mecanismos de control, influencia y atención hacia las personas comprendidas en esas situaciones legales especiales, que, de manera concertada, despliegan los tribunales, en coordinación con el Ministerio del Interior y el Ministerio de Trabajo

y Seguridad Social, y la activa participación del movimiento sindical, los Comités de Defensa de la Revolución, la Federación de Mujeres Cubanas, la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños y otras instituciones.

Esa labor conjunta e intencionada, si bien puede y debe continuar perfeccionándose, ha permitido que la mayoría de esas personas reasuman adecuadamente sus deberes con la sociedad, rectifiquen comportamientos y actitudes incorrectas, se incorporen al trabajo socialmente útil y extingan debidamente la sanción que se les impuso. De acuerdo con los datos computados, así sucede hoy con 9 de cada 10 personas comprendidas en el referido tratamiento.

Tal resultado avala con creces la enorme importancia de consolidar esa labor, sobre todo en lo concerniente al despliegue de las acciones que se concretan en el territorio del Consejo Popular en que reside cada sancionado.

Otro aspecto a resaltar es el concerniente al proceso de transformación y evolución de algunas prácticas y procedimientos judiciales, obsoletos e ineficaces, que implementamos o impulsamos, desde el Tribunal Supremo Popular, en virtud de las facultades que la Constitución de la República, en el Artículo 121, confiere a su Consejo de Gobierno como órgano colegiado de dirección.

Se trata de ir actualizando y atemperando, en lo que resulte posible y pertinente, la actividad judicial a los requerimientos del presente y del

futuro inmediato, a tono con la dinámica de cambios que se operan en el escenario económico y social del país.

Tenemos claro que algunas de las transformaciones sustanciales que requieren los procedimientos solo son factibles mediante modificaciones de las leyes, pero otros cambios, no menos importantes y perentorios, han sido y son posibles sin contravenir las normas vigentes, a partir de nuevos enfoques e interpretaciones del máximo órgano jurisdiccional, y así lo estamos haciendo después de escuchar, cuando corresponde, el parecer de otros órganos y entidades implicadas.

Un ejemplo de lo anteriormente expresado son las adecuaciones introducidas mediante la Instrucción No. 187, del Consejo de Gobierno al proceder judicial en los casos vinculados con el Derecho de Familia, incorporándole enfoques multidisciplinarios a su tratamiento y decisión, facilitando la actuación conciliadora de los jueces y simplificando los actos judiciales, de modo tal que resulten menos formales e invasivos en cuanto a la participación de los menores y el resto de las personas involucradas. Las novedades introducidas en la forma de tramitar estos casos fortalecen el respeto a garantías y derechos de las personas y fueron concebidas en coordinación con la Federación de Mujeres Cubanas y reconocidos juristas nacionales, y han resultado sumamente efectivas y de total aceptación, toda vez que un número apreciable de los litigios se resuelve de forma

armónica, con el mutuo acuerdo de las partes involucradas.

NOTABLES PASOS DE AVANCE EN EL MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Como aspecto final de marcada importancia, debo referirme al enfoque económico que también hemos incorporado a los análisis, proyecciones, toma de decisiones y demás actividades de dirección en nuestros órganos.

La tradicional falta de conciencia económica, tantas veces criticada con toda razón por Fidel y Raúl, nos hizo caer, durante mucho tiempo, en el error de no considerar en detalle lo que les cuestan al Estado y al pueblo las actividades que realizamos. Hemos comenzado a enmendar ese vicio y hoy tenemos, por ejemplo, cálculos aproximados del costo que implica para el país cada proceso judicial en general y, también, por cada instancia judicial y tribunal en específico, partiendo, por ahora, solo de los gastos en que incurrimos como institución.

Ese pequeño paso nos ha mostrado lo irracionales que, desde tan importante punto de vista, resultaban algunas de nuestras estructuras y concepciones de trabajo, por lo que hemos comenzado a rectificarlas.

Estimados diputados e invitados:

Desde la ocasión anterior en que rendimos cuenta, en junio de 2007, hasta el presente, se han concretado

notables pasos de avance en el mejoramiento de las condiciones de trabajo de nuestros órganos y la atención de las necesidades de los jueces y demás trabajadores del Sistema, a pesar de las agudas dificultades económicas y financieras en las que ha tenido que desenvolverse el país. Una referencia a los resultados de mayor impacto en ese sentido aparece en el informe que ustedes poseen.

Existe, además, una clara voluntad de la dirección del Estado y el Gobierno de continuar solucionando gradualmente las necesidades materiales acumuladas durante años en las dependencias de esta institución. Un fiel reflejo de ello está en el Plan y el presupuesto aprobados para el año próximo.

Esas posibilidades nos estimulan y colocan en mejor situación para el cumplimiento cabal y efectivo de la misión encomendada.

No obstante, estamos convencidos de que la mayor fortaleza del Sistema de Tribunales de la República de Cuba radicará siempre en la actitud diáfana, humilde, responsable, consagrada e incorruptible, junto a la capacidad profesional de los hombres y mujeres que prestamos servicio en esta digna y compleja tarea.

De ahí que confirmamos la mayor atención a la permanente actuación ética y la constante preparación técnico-profesional y político-ideológica de nuestros cuadros, jueces y demás trabajadores, puesto que, para nosotros, la medida de la efectividad en el cumplimiento del de-

ber, solo puede estar determinada por la confianza que el pueblo tenga en la actuación de los tribunales a partir de que reflejemos, en todos los actos y decisiones, su sentido de justicia y su inteligencia, entereza, humanismo y decoro.

Quedamos, pues, atentos a las valoraciones y recomendaciones que ustedes realicen al respecto, con la certeza de que ellas contribuirán al fortalecimiento del sistema judicial cubano, como importante trinchera en defensa de la Revolución.

Muchas gracias.

INFORME DE RENDICIÓN DE CUENTA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

*Presentado por Darío Delgado Cura,
Fiscal General de la República*

GENERAL DE Ejército Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros;

Compañero Ricardo Alarcón de Quesada, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular;

Diputadas y diputados;

Invitados:

En cumplimiento del Artículo 130 de la Constitución de la República y como en ocasiones anteriores, rinde cuenta la Fiscalía General de la República ante esta Asamblea, sobre los principales resultados obtenidos en el período comprendido entre los años 2007 al 2011, donde se refleja no solo lo logrado, sino lo que aún nos falta por alcanzar.

Lo hacemos en un momento de particular relevancia, enfrascados en la actualización del modelo económico, con el objetivo de garantizar la continuidad e irreversibilidad del socialismo en nuestro país.

Los procesos de rendición de cuenta anteriores ante la Asamblea Nacional, han contribuido a la adopción de decisiones encaminadas al perfeccionamiento del desempeño de nuestras funciones y al mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo del personal.

Se incrementó y estabilizó la fuerza laboral, caracterizada por su juventud, con una mayoritaria presencia de mujeres como fiscales y en cargos de dirección, lo que aumentó en los últimos cuatro años, empeño en el que se debe continuar avanzando para consolidar lo alcanzado.

Atendiendo a la composición de jefes y fiscales jóvenes, la preparación profesional y política de los mismos es una necesidad para asumir las nuevas y crecientes tareas que se exigen de nosotros.

A pesar del aumento de los estudios de postgrado en especialidades, maestrías y doctorados, aún no se logra correspondencia entre el nivel científico alcanzado y los resultados concretos en el desempeño diario del trabajo y que la capacitación esté en función de lo que necesita la institución.

Resultan excepcionales las infracciones de naturaleza ética cometidas por los fiscales, aunque aún se presentan inconformidades con la actuación de los mismos, en las que les asiste razón a los ciudadanos en sus planteamientos en una parte de estas.

El cumplimiento de las tareas asignadas a la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal pública y en el control de la legalidad en todos los ámbitos

de la sociedad, se caracterizó por la complejidad de los fenómenos enfrentados.

La organización y calidad de la intervención del fiscal en los procesos penales permitió mantener una actuación sistemática en el enfrentamiento a los hechos de indisciplinas sociales que más afectan el desarrollo del país, la tranquilidad ciudadana y el orden en la sociedad.

Entre los fundamentales se encuentran: la sustracción, desvíos o ventas de medicamentos y materiales de curación, agresiones a los agentes de la autoridad, daños a los sistemas telefónicos, energéticos y ferroviarios, contra el ganado mayor, hurtos y robos, el tráfico de drogas y los delitos económicos o asociados a la corrupción.

Se solicitaron sanciones severas en los hechos de mayor gravedad y afectación socioeconómica, reservando las sanciones subsidiarias a la privación de libertad para los comisores de hechos de menor entidad.

El perfeccionamiento de la participación del fiscal en el proceso penal, se produjo con la modificación de la manera en que lo concebíamos.

Se trabajó en mejorar la intervención del fiscal en los juicios orales con el objetivo de que los mismos tengan la calidad, solemnidad y el efecto educativo-preventivo que se requieren.

Se incrementaron y perfeccionaron las visitas a los establecimientos penitenciarios con la participación de fiscales militares y otros especialistas.

Fueron atendidas en la Fiscalía más de 420 mil personas, lo que exi-

ge la profesionalización de esta función, para lograr mayor calidad en la orientación y seguimiento a las problemáticas planteadas.

La protección legal a los menores de edad con trastornos de conducta, que incurrir en delitos, o son víctimas, requiere de los fiscales mayor exigencia a todos los que deben participar en esta importante actividad, comenzando por la familia, de manera que cumplan con las obligaciones que les corresponden.

Las verificaciones fiscales e investigaciones se ejecutaron principalmente en las entidades que disponen de importantes recursos materiales y financieros y que demandan de un mayor control, ejecutando investigaciones "sectorializadas" de manera simultánea a varias entidades de un organismo o sobre temas determinados.

Entre ellos se encuentran: los sectores vinculados a la producción de alimentos, el proceso de entrega de tierras ociosas en usufructo, la producción y comercialización de medicamentos, el reordenamiento del transporte, el proceso inversionista, las violaciones en los cobros y pagos entre entidades, las empresas mixtas y otras formas de asociación económica que ocasionaron daños y perjuicios significativos al país.

Con el apoyo permanente del Partido y el Gobierno se lograron transformaciones notables en beneficio de la institución y sus trabajadores, presentándose por indicaciones del Presidente de los Consejos de Es-

tado y de Ministros al Ministerio de Economía y Planificación propuesta de las necesidades a resolver hasta el año 2015.

El trabajo desarrollado por la institución en la lucha contra la corrupción y la indisciplina social se materializó, entre otras formas, en la atención a las denuncias, quejas y reclamaciones de los ciudadanos relacionadas con presuntas irregularidades, violaciones de las normas legales y hechos asociados a la corrupción.

Los fiscales actuaron en asuntos civiles y procedimientos administrativos, en los que detectaron violaciones de la ley, resultado de manifestaciones de corrupción, contribuyendo a que se declararan nulos y se restableciera el orden.

Se realizaron igualmente investigaciones al ordenamiento territorial y urbanístico en diferentes lugares detectándose múltiples violaciones de la legalidad.

En el enfrentamiento al enriquecimiento indebido, las drogas y el proxenetismo se confiscaron administrativamente a favor del Estado: dinero en efectivo, viviendas, tierras y vehículos automotores, trabajándose en su perfeccionamiento.

Se solicitaron sanciones severas a los responsables de los delitos económicos o de hechos asociados a la corrupción, la confiscación o comiso de los bienes obtenidos ilícitamente, así como la “prohibición del ejercicio de la profesión, cargo u oficio”, bajo el principio constitucional de la igualdad de todos en el cumplimiento estricto de las leyes.

Se verificó en los centros penitenciarios que los sancionados por delitos económicos no ejecutaran las mismas funciones por las que fueron privados de libertad, lo que se corresponde con la respuesta enérgica a estas conductas.

Se incrementó la cohesión con los órganos del Ministerio del Interior, la Contraloría General, el Instituto Nacional de la Reserva Estatal y los organismos de la Administración Central del Estado para la prevención y enfrentamiento a los delitos.

Las acciones desarrolladas por los órganos Justicia-MININT permitieron analizar sistemáticamente el cumplimiento de la política penal y penitenciaria entre otros temas de vital importancia.

De conjunto con la Universidad de las Ciencias Informáticas se desarrollan proyectos mediante los cuales se logrará la informatización del trabajo de la Fiscalía, favoreciendo mayor eficacia y eficiencia en el enfrentamiento al delito.

Diputadas y diputados:

Como continuidad del vínculo que históricamente ha mantenido nuestra institución con los diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular, en esta ocasión y a lo largo de todo el país, más de 300 de ustedes se reunieron, visitaron y participaron en tareas concretas con nuestros trabajadores.

Resultó muy útil para nosotros cada una de sus preocupaciones, señalamientos o recomendaciones. También pudieron ver nuestras li-

mitaciones, insuficiencias y logros alcanzados en esta difícil pero honrosa tarea, que es de permanente atención de la dirección del Partido, Estado y Gobierno, que nos apoya y reconoce.

Estamos convencidos de lo mucho que aún nos falta por alcanzar

en nuestro trabajo y que la Asamblea Nacional, en nombre del pueblo de Cuba, nos señalará nuestras insuficiencias y nos encargará nuevas metas y objetivos, a los que sabremos corresponder.

Muchas Gracias.

DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y JURÍDICOS

*Leído por su presidente,
José Luis Toledo Santander*

GENERAL DE Ejército Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros;

Compañero Ricardo Alarcón de Quesada, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular;

Diputadas y diputados;

Invitados:

En virtud de lo preceptuado en el Artículo 74, apartado q), de la Constitución de la República, nos corresponde evaluar y adoptar las decisiones pertinentes sobre los informes de rendición de cuenta que nos han presentado el Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General de la República, en cumplimiento del mandato constitucional establecido en los artículos 125 y 130 de la Norma Suprema.

Este momento ha estado precedido de una intensa actividad por los diputados encaminada a intercambiar con jueces, fiscales y demás trabajadores en cada municipio del país, constatando de esta manera el estado del trabajo en estas instituciones, así como el cumplimiento de las recomendaciones que sobre la anterior rendición de cuenta formulara la Asamblea Nacional, luego de lo cual en cada instancia provincial

se efectuó un balance crítico del trabajo desarrollado por cada uno de estos órganos, donde participaron 356 diputados que realizaron 166 intervenciones sobre diferentes temas. De manera tal que los diputados han logrado adquirir un amplio conocimiento de los temas que nos ocupan.

Es pertinente significar que durante todo el tiempo transcurrido de la presente legislatura, los diputados de la Comisión, a partir de los planes de medidas adoptados por los tribunales y la Fiscalía, en respuesta al ejercicio de rendición de cuenta anterior, han mantenido un control sistemático del cumplimiento de los mismos, recibiendo en todo momento una esmerada atención y receptividad a sus requerimientos por parte de los dirigentes de estos órganos.

En sentido general, los tribunales populares y la Fiscalía General de la República han cumplido cada una de las recomendaciones indicadas por la Asamblea Nacional, apreciándose un avance cualitativo en su trabajo, siendo de significar, la transformación que se aprecia en beneficio de las condiciones de vida y trabajo de jueces, fiscales y trabajadores en general, lo que en gran medida se alcanza por el permanente apoyo y atención que el Partido y el

Gobierno brindan a ello. No obstante se aprecian dificultades dadas las carencias de medios de transporte, así como en la obtención, mantenimiento y reparación de los equipos informáticos que requieren para su trabajo.

Al interesar de los tribunales y la Fiscalía nos rindieran cuenta, se les indicó que centraran su atención en los aspectos siguientes:

1. Cumplimiento de las recomendaciones de la Asamblea Nacional.
2. Trabajo desarrollado en la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento del orden y la disciplina social.
3. Proyecciones y requerimientos en el perfeccionamiento del trabajo.

Referente al informe de rendición de cuenta del Tribunal Supremo Popular, se aprecia:

1. Un correcto desempeño en el enfrentamiento a los delitos en general y en especial los asociados con actos de corrupción e indisciplinas sociales, aplicándose consecuentemente la política penal trazada por el Estado.
No obstante, los tribunales todavía reciben algunos hechos que, por su escasa entidad y peligrosidad social, bien pudieran enfrentarse por otras vías más expeditas que garantizaran la concentración de los jueces en aquellos casos de elevada complejidad de los que ya vienen conociendo.
2. En los asuntos de materia económica, se reflejan en los tribunales las problemáticas insistentemente señaladas por la Dirección del

Estado referentes a las deficiencias en que incurren las empresas en el proceso de conformación de sus contratos y el hecho de pretender, en ocasiones, utilizar la vía judicial para justificar insuficiencias en su gestión económica.

3. Resultan alentadores los niveles de completamiento en sentido general que alcanza en su plantilla el Sistema de Tribunales Populares (91%), así como el hecho de que el 67% de los cargos judiciales de dirección son ocupados por mujeres y el 44% de los jueces tienen menos de 35 años de edad.
4. El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en este período ha implementado un grupo de modificaciones estructurales y procesales urgido por las necesidades de alcanzar un desempeño cualitativamente superior en la impartición de justicia acorde con los reclamos de nuestra sociedad, requiriéndose su implementación definitiva y permanente en las correspondientes normas jurídicas.
5. El Tribunal Supremo Popular ha instrumentado un sólido y sistemático Plan de Capacitación para jueces y trabajadores, que responde esencialmente a sus estrategias de desarrollo y a superar las insuficiencias que constata en su gestión.
6. Pese a los avances considerables que se aprecian en la actuación jurisdiccional, el informe destaca autocríticamente aspectos deficientes que el propio sistema de inspección y supervisión de

los tribunales ha detectado y en cuya erradicación trabajan sostenidamente.

7. Se aprecian avances en el trabajo de control, influencia y atención sobre las personas a quienes se les ha concedido el beneficio de la excarcelación anticipada de la sanción penal que extinguen o que les han sido impuestas sanciones sustitutivas a la privación de libertad.

Atendiendo a lo expuesto se propone a la Asamblea Nacional formular al Tribunal Supremo Popular las siguientes:

RECOMENDACIONES

1. Continuar trabajando en imprimirle mayor profesionalidad y calidad al desempeño de los jueces y secretarios judiciales.
2. Garantizar y consolidar los niveles de celeridad alcanzados en la tramitación de los procesos judiciales en cada una de sus materias.
3. En coordinación con los organismos de la Administración Central del Estado correspondientes y con los gobiernos locales, continuar trabajando en el mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo de sus integrantes, así como en el suministro de los recursos esenciales para el mejor desarrollo de su gestión.
4. Velar por la permanencia en el Sistema de Tribunales Populares de los jueces, lo que redundará en alcanzar mayor desarrollo y experiencia de estos profesionales.
5. Teniendo en cuenta el elevado nivel de completamiento de la plantilla de jueces, el Tribunal debe trabajar en perfeccionar un sistema que le permita la oportuna promoción de los mismos, atendiendo al grado de desarrollo profesional que manifiesten y a su tiempo de permanencia en la institución.
6. Mantener informada a la dirección del país de los problemas de mayor relevancia que se pongan de manifiesto en la tramitación de los distintos procesos judiciales, en especial los relacionados con los asuntos económicos, manteniendo las coordinaciones con los organismos pertinentes para lograr la ejecución de las sentencias en esta materia aún pendientes de ello.
7. Continuar perfeccionando la actividad de control, influencia y atención sobre las personas a quienes se les ha concedido el beneficio de la excarcelación anticipada de la sanción penal que extinguen o que les han sido impuestas sanciones sustitutivas a la de privación de libertad, con especial énfasis en las acciones que se realizan en la demarcación territorial de los respectivos consejos populares y en sus zonas de residencia.
8. Proyectarse en una estrategia de trabajo en coordinación con los organismos pertinentes, que garantice el suministro, mantenimiento y reparación oportuna de los recursos informáticos y de transporte.

Con relación al informe de rendición de cuenta presentado por la

Fiscalía General de la República, es de significar:

1. El sostenido trabajo que han venido desarrollando en el enfrentamiento a la corrupción e indisciplinas sociales mediante el consecuente ejercicio de la acción penal, el fortalecimiento e integralidad de las verificaciones fiscales y los procesos administrativos para confiscar los bienes provenientes de enriquecimientos indebidos.

2. Se destaca el trabajo de la Fiscalía por verificar el estado de legalidad en aquellos sectores económicos de más directa implicación con la población, así como la consecuente exigencia de responsabilidad penal y administrativa contra los responsables de las infracciones detectadas.

3. La prioridad que en estos momentos se concede a los procesos penales, así como la atención a las quejas y planteamientos de la población. Siendo aceptables los niveles de celeridad y efectividad de las respuestas ofrecidas a los ciudadanos.

4. Las acciones realizadas en interés de perfeccionar la estrategia de capacitación para incrementar la preparación y estimular la autopreparación del personal, a los fines de lograr el adecuado ejercicio de sus funciones.

5. El alto nivel de completamiento de su plantilla (92%), la atención prestada a la promoción de las mujeres a cargos de dirección (68%), así como el hecho de que el 38% de los fiscales tienen menos de treinta años de edad.

6. En los procesos penales se aprecian aún deficiencias que conspiran

contra la calidad del material probatorio y la celeridad de los mismos, en lo que incide notablemente la complejidad de algunos casos, así como la necesidad de revisar el ordenamiento penal para garantizar la concentración del fiscal en aquellos hechos que por su trascendencia o características de sus comisores así lo requieran.

7. Se han adoptado medidas para elevar la calidad de la participación de los fiscales en las vistas de juicios orales, dado el relevante papel que a los mismos les atribuye la ley. Destacándose el incremento de la participación de fiscales en las vistas de juicio oral de la instancia municipal.

8. Una destacada atención respecto a la actuación del fiscal en el control de la legalidad en los establecimientos penitenciarios.

9. Un trabajo sostenido en el papel de los fiscales en la protección de los derechos de los menores de edad.

10. La consolidación del trabajo con el Ministerio del Interior, la Contraloría General y el Instituto Nacional de las Reservas Estatales, le permitieron desarrollar una mayor efectividad en el enfrentamiento a los hechos delictivos.

En correspondencia con lo antes expuesto, se propone a esta Asamblea Nacional, formular a la Fiscalía General de la República las siguientes:

RECOMENDACIONES

1. Incrementar los niveles de exigencia y análisis en aras de im-

primir mayor calidad en los procesos penales que se tramiten, consolidando los niveles de celeridad alcanzados. Del mismo modo, lograr un papel altamente efectivo del fiscal en las vistas de juicios orales.

2. Continuar elevando la calidad de las respuestas a la población y la acción decidida hasta obtener el restablecimiento de la legalidad quebrantada, de ser el caso, a partir del mandato legal que le confiere la protección a los derechos de los ciudadanos.
3. Alcanzar mayores niveles de integralidad en la ejecución de las verificaciones fiscales logrando en la ejecución de las mismas mayor calidad, celeridad y organización, exigiendo consecuentemente responsabilidad a los infractores, así como la eliminación de las causas y condiciones de las violaciones que se pongan de manifiesto. Mantener oportunamente informada a la dirección del país, de las situaciones de mayor relevancia que conozca.
4. Perfeccionar la labor integral del fiscal en el control de la legalidad en los establecimientos penitenciarios.
5. Consolidar el trabajo de protección a los derechos de los menores de edad.
6. Velar por la permanencia en la institución de los fiscales, a los efectos de lograr que alcancen mayor estabilidad y desarrollo profesional.
7. En coordinación con los órganos de la Administración Central del

Estado correspondientes y los gobiernos locales, continuar trabajando en el mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo de fiscales y trabajadores, así como en el suministro de los recursos esenciales para el mejor desarrollo de su gestión.

8. Proyectarse en una estrategia de trabajo en coordinación con los organismos pertinentes, que garantice el suministro, mantenimiento y reparación oportuna de los recursos informáticos y de transporte.

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos atendiendo a la necesidad de perfeccionar y elevar la calidad del trabajo en ambas instituciones a planos superiores, en correspondencia con las directrices de trabajo que se trazan en los Lineamientos de la Política Económica y Social aprobados por el VI Congreso del PCC y ratificados por esta Asamblea Nacional, y a los reiterados planteamientos del Primer Secretario del CC PCC y Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, general de ejército Raúl Castro Ruz, referente al perfeccionamiento del orden institucional, la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento del orden y la disciplina, considera oportuno proponerle a esta Asamblea que recomiende al Tribunal Supremo Popular y a la Fiscalía General de la República, que de conjunto con el Ministerio del Interior y la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos, trabajen en un análisis integral del Sistema de Justicia Penal de la nación con vistas a perfeccionarlo e incorporar formas y procedimientos de enfrentamiento

al delito que permitan discernir los hechos graves en aras de concentrar en los mismos toda la fuerza del poder sancionador del Estado y a su vez instrumentar formas para aquellos casos que no tengan esa dimensión con vías más expeditas y menos gravosas para la sociedad, así como de la conformación de sus estructuras y competencias para el mejor desempeño de su gestión y en tal sentido, le propongan en su día las normativas legales correspondientes.

Hoy, 23 de diciembre, celebran los tribunales populares y la Fiscalía General de la República el treinta y

ocho aniversario de su fundación por el Estado revolucionario cubano, por lo que interesamos de la Asamblea Nacional transmitir en su nombre un mensaje de felicitación a todos los jueces, fiscales y trabajadores de estas instituciones, el reconocimiento por la labor desarrollada y la exhortación a que sean siempre firmes guardianes de la legalidad socialista.

En La Habana, a los 23 días del mes de diciembre de 2011. Año 53 de la Revolución.

Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos. Asamblea Nacional del Poder Popular.

MEDIDAS DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR PARA CUMPLIR LAS RECOMENDACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL

1 Consolidar y perfeccionar los mecanismos de control y supervisión encaminados a mejorar la calidad técnico-profesional en la realización de la actividad jurisdiccional, particularmente en la:

- Revisión e inspección de actuaciones en los procesos al resolverse los recursos de apelación y casación.
- Realización periódica de visitas de inspección a todos los tribunales.
- Evaluación (sistemática) del desempeño de jueces y trabajadores auxiliares.
- Atención rigurosa a quejas y planteamientos de la población.
- Implementación de acciones, intencionadas y personalizadas de preparación y capacitación de jueces y secretarios judiciales.

2. Continuar promoviendo desde el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en uso de sus atribuciones legales, modificaciones estructurales y funcionales en el accionar de los tribunales que propicien el desempeño cualitativamente superior de la impartición de justicia en el escenario actual y prospectivo del país.

3. Analizar sistemáticamente el comportamiento de la aplicación de

la política penal trazada por la ley y el Estado, en lo que concierne a los tribunales y adoptar las medidas necesarias para garantizar su eficaz cumplimiento.

4. Mantener el chequeo permanente a las actividades de control, influencia y atención a las personas que cumplen sanciones y medidas penales sin internamiento, propiciando el fortalecimiento de su efectividad en la demarcación territorial de cada consejo popular.

5. Continuar avanzando en la aplicación de la informática a la actividad judicial incrementando las bases de datos, programas y otras aplicaciones puestas a disposición de jueces y demás trabajadores del país.

6. Sostener el rigor en la exigencia y seguimiento por los tribunales del cumplimiento y ejecución de las sentencias dictadas en todos los procesos judiciales. Actuar consecuentemente en los casos de incumplimiento injustificados.

7. Mantener como tarea permanente de directivos y jueces del Sistema la detección e información oportuna a las autoridades pertinentes, de los problemas de mayor relevancia que se pongan de mani-

fiesto en la tramitación de los distintos procesos judiciales, así como de cualquier tendencia o práctica negativa en que incurran personas naturales o jurídicas que puedan lesionar a la economía, la legalidad y el orden público.

8. Desarrollar e instituir mecanismos orgánicos efectivos de categorización y promoción oportuna de los jueces profesionales sobre la base del mérito y la capacidad profesional demostrada en el desempeño de las funciones jurisdiccionales.

9. Continuar desarrollando e incrementando las acciones de atención y estimulación a jueces y demás trabajadores del Sistema, como vía para seguir fomentando en ellos la

motivación, arraigo y satisfacción por integrar los tribunales de justicia.

10. Desplegar las acciones pertinentes encaminadas a garantizar el suministro, mantenimiento y reparación oportuna de medios informáticos y de transporte necesarios para el trabajo judicial y su explotación más racional y eficiente por el personal de nuestros órganos.

11. Trabajar de conjunto con la Fiscalía General de la República, el Ministerio del Interior y la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular en la elaboración de los proyectos legales dirigidos al perfeccionamiento integral de la justicia penal en el país.

APUNTES SOBRE LA JURISDICCIÓN LABORAL EN CUBA

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

DESDE UNA perspectiva puramente teórica, la justicia laboral se puede administrar conforme a dos sistemas organizativos, que, en un plano ideológico, obedecieron históricamente a la forma de abordaje de la llamada cuestión social.

Si la referida cuestión se abordó a través de la autonomía colectiva, con una nula o escasa intervención estatal —como ocurrió en los países anglosajones—, la justicia laboral se atribuyó a los tribunales civiles —sistema generalista—, con una paralela aparición de sistemas extrajudiciales de solución heterocompositiva de conflictos (arbitraje industrial).

Cuando la cuestión social fue concebida a través de la intervención estatal —como ocurrió en los países europeos continentales—, la justicia laboral se atribuyó a unos tribunales especiales, no siempre integrados al poder judicial, aunque siempre diferentes a los civiles —sistema especializado—, a veces constituidos en todo, o en parte, con representantes de trabajadores y empresarios —tribunales paritarios o mixtos—, o solo con juristas —tribunales técnicos—, en todo caso con el denominador común de una amplia desconfianza a las soluciones arbitrales.

Una circunstancia generadora de dificultades adicionales en la sistematización de los sistemas de organización de la justicia laboral es la ausencia de correspondencia entre lo que, en cada país, es competencia de la justicia laboral. Algunos le conceden una atribución amplia, abarcadora del Derecho del trabajo y del derecho de la seguridad social, como España y Cuba; otros dan una atribución restringida y distribuyen las competencias del Derecho del trabajo entre los tribunales ordinarios civiles y los especializados laborales, y hay quienes disponen de órganos judiciales especiales para contenciosos sobre la seguridad social.

Quizás lo más adecuado, a la vista de la dificultad de generalizar con una buena precisión —y la consiguiente imposibilidad de enmarcar en un sistema organizativo, a Cuba—, sea concluir que, partiendo de regulaciones semejantes de tribunales paritarios o mixtos, ha seguido derroteros propios al instaurar, con el advenimiento de la Revolución socialista y, más tarde, con su Constitución en 1976, una jurisdicción especializada, convertida en un orden dentro del poder judicial, cuya estructura interna se encuentra, además, modulada por las concepciones que sobre la

justicia y el Derecho laborales tiene nuestro Estado; es un sistema que, como en otros países de nuestro entorno con sistemas especializados de justicia laboral, su aparición se vincula inexorablemente a la reivindicación del movimiento obrero.

El sistema de Derecho laboral cubano está formado por un conjunto de categorías, principios e instituciones que toman formas y se aplican a través de una serie de disposiciones jurídicas de diverso rango, sustentadas en principios de Derecho generales y específicos; entre las instituciones jurídicas laborales, se encuentran el contrato de trabajo, el salario, el descanso del trabajador, el tiempo de trabajo, la protección e higiene del trabajo, hoy denominada seguridad y salud en el trabajo —como se reconoce en la doctrina—, la capacitación técnica o laboral, la responsabilidad laboral y la justicia laboral; ellas constituyen cánones en la determinación e implementación de los derechos de los trabajadores.

Sobre estas instituciones, se erige el sistema normativo del Derecho laboral cubano, que se grafica como una pirámide en cuyo vértice se encuentra la Constitución de la República, de 24 de febrero de 1976 —modificada en 2002—, que eleva a constitucionales los derechos recogidos en el Código de Trabajo, puesto en vigor mediante la Ley No. 49, de 28 de diciembre de 1984, y en su legislación complemen-

taria. Devenidos conquistas de la clase obrera cubana, anheladas desde su propio surgimiento, son los derechos:

- al trabajo
- a la seguridad y la asistencia sociales
- a la capacitación técnica o laboral
- a un salario justo
- a participar en la gestión de la producción y los servicios
- al descanso
- a la protección e higiene del trabajo
- de sindicalización, e
- igualdad de derechos y deberes laborales

En cuanto a las obligaciones de los trabajadores, la Constitución establece, en sus artículos 45 y 64,¹ respectivamente, la obligación de “cumplir cabalmente las tareas que le corresponden a su empleo” y “acatar la disciplina del trabajo”.

Las características de las relaciones jurídicas entre las partes, en el ámbito laboral cubano, confieren un carácter sinalagmático a esos derechos y obligaciones, en virtud del cual lo que constituye un derecho para el trabajador deviene deber u obligación para el empleador o administración, y viceversa; en esa dinámica, surgen los dos tipos de conflictos laborales admitidos por nuestro actual sistema de justicia laboral:

- Por imposición de medidas disciplinarias
- Por reconocimiento, concesión y reclamación de las obligaciones

1 *Constitución de la República de Cuba*, de 24 de febrero de 1976, modificada por la Ley de Reforma Constitucional de 26 de junio de 2002 (artículos 45 y 64), Editora Política, La Habana, 2010.

y los derechos emanados de la legislación laboral, incluyendo los de seguridad social

En la historiografía jurídica cubana, el estudio de la justicia laboral se ha realizado a partir del establecimiento de cuatro períodos:

1. De la etapa colonial a 1900
2. Desde 1901 hasta 1958
3. Desde 1959 a 1976
4. De 1977 hasta la actualidad

A las dos primeras etapas les es inherente la enorme profusión legislativa en materia de solución de conflictos del trabajo, que no posibilita su sistematicidad por la frecuencia de sus modificaciones o derogaciones. Los métodos de resolución de conflictos fueron variando desde los procedimientos netamente administrativos hasta la institucionalización de la conciliación y el arbitraje laborales, sin tribunales de justicia con competencia en esta materia.

Con el triunfo revolucionario, el primero de enero de 1959, se inició un largo proceso de transformaciones en todos los ámbitos de la nación, en cuyos primeros años, en el de las relaciones laborales, fueron reparadas las injusticias y arbitrariedades cometidas por la tiranía derrocada, el trabajador se fue convirtiendo en dueño de los medios de producción y el patrono, en un administrador que trabaja por la correcta utilización de los bienes que el pueblo ha puesto en sus manos para la producción de artículos y

servicios dirigidos a la satisfacción de sus necesidades.

A partir del año 1960, se comienza a fomentar un sistema de justicia laboral congruente con las grandes transformaciones revolucionarias que acontecían en la economía y el régimen de propiedad, partiendo de la premisa principal de vincular a los trabajadores a la solución de los conflictos en los centros de trabajo, por el papel que ello desempeña en la educación de estos en el acatamiento del orden laboral establecido y, consecuentemente, en una mayor eficiencia del trabajo individual y colectivo. En virtud de lo anterior, en 1964, fue promulgada la Ley No. 1166,² de justicia laboral, que constituyó un compendio de derecho sustantivo y adjetivo, instituyó la creación de los llamados consejos de trabajo a nivel de entidad, los consejos regionales de apelación y el Consejo Nacional de Revisión, todos bajo la tutela del Ministerio de Trabajo, los que, con mayor o menor alcance en su competencia, estuvieron vigentes hasta 1977, cuando con la promulgación de la Constitución Socialista, el 24 de febrero de 1976,³ la justicia laboral se integró al Sistema de Tribunales Populares, en cumplimiento del postulado refrendado en el Artículo 120, en el sentido de que la administración de justicia corresponde única y exclusivamente a estos como expresión de la voluntad popular.

Desde 1977, se comenzó a adecuar la legislación laboral a la Cons-

2 Ley No. 1166/64, "De justicia laboral", de 23 de septiembre de 1964, Artículo 17.

3 Artículo 120: "La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye [...]".

titución de la República y es así que, en ese propio año, se promulgó la Ley No. 4, “De Organización del Sistema Judicial”, que estableció la creación de las secciones de lo laboral en los tribunales municipales populares y la sala de la especialidad en los tribunales provinciales y el Tribunal Supremo Popular.

Asimismo, se promulgó la Ley No. 7 de 1977,⁴ “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral” (incluye hoy día el procedimiento económico), que dedicó su tercera parte al “Procedimiento laboral”, la que, en el Artículo 696 señala la supletoriedad de las normas generales reguladoras de los procesos civiles.

A partir de 1985, comenzó a regir en Cuba la Ley No. 49, “Código de Trabajo”, de 28 de diciembre de 1984, con lo cual se llevó a cabo un viejo anhelo del movimiento obrero, en el sentido de recoger los principios revolucionarios del Derecho laboral en un cuerpo normativo jurídico único, contenido en los pronunciamientos del XIV y XV congresos de la Central de Trabajadores de Cuba. Con la normativa de este cuerpo legal, se materializó el carácter protector del Estado en la formación de las relaciones laborales socialistas cubanas.

La década de los años 90 del siglo pasado se caracterizó por profundas

transformaciones económicas, políticas y sociales, que motivaron la complejidad del universo de las relaciones de trabajo, cada vez más diversas y cambiantes.

Con la total integración de la justicia laboral al Sistema de Tribunales Populares en el país, tuvo lugar un incremento excesivo de la radicación de estos órganos, lo que generó la pérdida de principios procesales, como los de celeridad y sencillez, con lo que se propició, entre otros aspectos, la formación de una diversidad de procedimientos disciplinarios especiales, sin concepciones sistémicas. Ello, unido a otras consideraciones sobre la actuación de los tribunales, motivó el estudio de la incorporación, nuevamente, de los trabajadores en la solución de los conflictos en sus centros de trabajo. Es así que, en 1989, comenzó a aplicarse, de modo experimental –y, en 1997, mediante el Decreto-Ley No. 176,⁵ con carácter definitivo–, un sistema de justicia laboral en el país, que prevé la intervención en la solución de los conflictos, como requisito previo y obligatorio para acceder a la vía judicial, de los llamados órganos de justicia laboral de base, constituidos en las entidades, en cuya composición se halla representada la dirección del centro, la organización sin-

4 Ley 7/77, Artículo 696 (segundo párrafo) de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE): “En todo lo que no se oponga a lo establecido en los preceptos de esta Tercera Parte, se aplicarán con carácter supletorio las normas generales reguladoras de los procesos civiles”.

5 Decreto-Ley No.176/97, Artículo 3: “Los órganos que resuelven los litigios a que se refiere el artículo 1, son: a) Órganos de Justicia Laboral de Base; y b) Tribunales Populares”.

dical y el colectivo de trabajadores, a través de un miembro elegido en asamblea. La constitución, capacitación y atención a estos órganos corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Este sistema de justicia es aplicable a la mayoría de las administraciones y trabajadores del país y, en esencia, prevé que los fallos de los referidos órganos, en materia de derechos laborales (salvo determinadas excepciones, para las que la ley instituye otra vía y procedimiento), y en conflictos sobre disciplina laboral por la imposición de aquellas correcciones disciplinarias que, dada su naturaleza y efectos, modifican con carácter definitivo el estatus jurídico del trabajador, son impugnables ante el tribunal municipal popular correspondiente, lo que demuestra que, en cuanto a disciplina laboral, constituyen la única o primera instancia en la solución del conflicto, en dependencia de la medida disciplinaria cuya aplicación lo haya originado.

Los términos en los que el trabajador puede accionar ante el órgano de justicia laboral de base dependen de la naturaleza del motivo de su inconformidad; así, pues, dispone de 7 días hábiles ante la imposición de medida disciplinaria y de 180 días naturales, para reclamar algún derecho laboral.

Los tribunales municipales populares, para conocer y resolver los asuntos laborales, se constituyen, en todos los casos, de manera colegiada, tal como acontece en las restantes jurisdicciones de nuestro

sistema de justicia, con una representación técnica cuyo número depende de la complejidad del asunto y dos jueces legos, quienes tienen, como misión principal, la representación de los intereses y sentido de justicia del pueblo, y es ahí donde radica el carácter popular de nuestra administración de justicia. Los fallos que se dictan, resolviendo el fondo de la reclamación contra lo resuelto por el órgano de justicia laboral de base, una vez notificadas las partes, adquieren firmeza; no obstante, pueden ser impugnados por el inconforme, mediante el procedimiento de revisión, ante la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular, en el término y ante la concurrencia de alguna de las causales reguladas en la ley.

El recurso de apelación está previsto para aquellas decisiones de los referidos tribunales que, aunque ponen fin al proceso, no resuelven el fondo del asunto, dada la concurrencia de determinadas cuestiones procesales que lo impiden.

El actual sistema de justicia laboral cubano se sustenta en los principios procesales siguientes: inmediatez (por el cual el órgano primario al que corresponde la solución del conflicto está próximo al lugar donde este se origina), impulso de oficio, respeto a la legalidad, intermediación, concentración, publicidad, comparecencia de las partes, sencillez, oralidad y celeridad.

Tales principios se interrelacionan y se manifiestan en el hecho de que, tanto en el órgano de justicia laboral

de base como en el tribunal municipal popular, la tramitación de la demanda se ejecuta mediante un procedimiento desprovisto de formalismos y solemnidades innecesarios, con términos perentorios y expeditos, pero sin menoscabo de las garantías procesales de las partes, que dan lugar a un tiempo promedio de tramitación de 24 días hábiles. En este proceso, salvo la demanda y la sentencia que no sea *in voce*, todas las actuaciones fundamentales tienen lugar de manera sucesiva y continuada, en un acto único denominado *comparecencia*, con carácter público. Así, sin intento de conciliación o mediación judicial, se inicia dicho acto procesal, en el que el actor se ratifica en la demanda, se contesta esta verbalmente por el demandado y las partes proponen y practican las pruebas en unidad de acto, salvo los supuestos excepcionales sobre la prueba: aquella que deba realizarse fuera de la sede judicial; la que no pudo ser practicada en la propia sede el día señalado, por razones ajenas a la voluntad de las partes y el tribunal; prueba por auxilio judicial y diligencias para mejor proveer, tras lo cual, en el término de los cinco días hábiles siguientes al de la celebración de la comparecencia pública, el caso es sentenciado, lo que no es óbice para que determinados asuntos, debido a su naturaleza y circunstancias, se fallen en el propio acto.

Durante la tramitación del proceso, el órgano de justicia y el tribunal deben garantizar, también, el cum-

plimiento del principio de igualdad de armas, es decir, que las partes estén en igualdad de condiciones en la utilización de los medios de alegación y defensa, con lo que se evita la existencia de privilegios y desequilibrios entre ellas, claramente, con la nota distintiva de esta jurisdicción social, determinada por su carácter tuitivo, que obliga a equilibrar la desigualdad de partida entre el trabajador y el empleador, debido a la superioridad económica de este último y a la desigual posición en el contrato de trabajo, al existir subordinación o dependencia del primero respecto al segundo. Por otro lado, debido al carácter público de esta jurisdicción, el que adquiere preponderancia en el sistema de relaciones económicas y sociales de nuestro país, los órganos de solución de conflictos están obligados a desempeñar un papel activo en el esclarecimiento de la litis y en la búsqueda de la verdad material, supliendo en tal sentido cualquier omisión o pasividad de las partes.

Una nota distintiva del proceso laboral cubano lo constituye la intervención en él de aquellas personas que, sin llegar a ser parte, manifiesten tener interés legítimo en el asunto, o que, dada la naturaleza de este, se concluya que pudieran resultar lesionados sus intereses.⁶ En el primer supuesto, el interesado se puede personar en cualquier estado del proceso, antes de dictarse la sentencia; en tanto en el segundo, los órganos de justicia están obligados a llamar a este tercero al proceso,

6 Ley 7/77, Artículo 698, LPCALE.

desde su mismo inicio y, en ambos casos, le darán iguales garantías procesales que las del actor y el demandado.

La representación procesal de las partes en el proceso laboral cubano no es obligatoria, sino que estas pueden comparecer por su propio derecho en cualquiera de las instancias de conocimiento del asunto. La demanda ante el órgano de justicia laboral de base y el tribunal municipal puede ser verbal o escrita, con un mínimo de requerimientos en su contenido.

El procedimiento de revisión laboral, debido a los límites del recurso de apelación, si bien está sujeto a la concurrencia de determinadas causales,⁷ su solicitud, ha devenido para las partes vía alternativa de aquel, en la impugnación de los fallos dictados por los tribunales municipales populares.

Especial atención merece el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico, en general, concede a la seguridad social. El sistema de seguridad social cubano posee una amplia cobertura, por mandato de la Constitución de la República: el Estado garantiza la protección adecuada a todo trabajador impedido por su edad, invalidez o enfermedad y, en caso de muerte de este, a su familia. Asimismo, protege a los ancianos sin recursos ni amparo y

a cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda, mediante el régimen de la asistencia social. En ambos casos, tal protección se garantiza con un grupo de prestaciones que pueden ser en servicios, en especie y monetarias.

Este sistema se ha ido ampliando y perfeccionando en los últimos años, en correspondencia con el nivel de desarrollo económico-social alcanzado por el Estado socialista, las experiencias adquiridas y los cambios operados en el país, los que han aconsejado la extensión gradual a todos los trabajadores, de la contribución especial a la seguridad social.

En el régimen de la seguridad social, las prestaciones monetarias han sido ubicadas en dos grupos: a corto plazo, cuyo pago es asumido por las entidades laborales —subsidios por invalidez temporal para el trabajo y por maternidad de la mujer trabajadora—; a largo plazo, las garantizadas por el Instituto Nacional de Seguridad Social, pensiones por invalidez total o parcial, por la muerte del trabajador o pensionado y por razón de la edad.

Las reclamaciones relacionadas con la concesión o denegación de las prestaciones del primer grupo son tramitadas y resueltas por el procedimiento de solución de conflictos

7 Ley 7/77, LPCALE (Artículo 734): “La revisión procederá contra las sentencias firmes dictadas en procesos laborales en materia de derechos laborales y de seguridad social y, de disciplina, cuando la medida inicialmente aplicada sea la de separación definitiva del trabajador de su entidad laboral, cuando con posterioridad a su firmeza, se conozcan de hechos de los que no se tuvo noticia antes, aparezcan nuevas pruebas o se demuestren fehacientemente la improcedencia, ilegalidad, arbitrariedad o injusticia notoria de la misma”.

anteriormente explicado, mientras que, para la solución de las inconformidades relacionadas con las prestaciones a largo plazo, está previsto un procedimiento en la vía administrativa, ante el mencionado Instituto, como requisito previo y obligado para acceder a la vía judicial, en la que el proceso se inicia con una demanda en la instancia intermedia, es decir, en las salas de lo laboral de los tribunales provinciales populares. La parte inconforme, una vez agotado el recurso de apelación ante la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular, puede acceder nuevamente a esta instancia, mediante el procedimiento de revisión.

En sentido general, si bien el sistema de justicia laboral cubano no prevé la aplicación de ningún medio autocompositivo en la solución de los conflictos, la adecuada articulación en él de los principios procesales que lo informan, de los que rigen en el Derecho laboral —que, aunque no regulados de forma expresa en nuestro ordenamiento procesal y sustantivo, sí constan de manera tácita en muchas de sus regulaciones, con la consecuente aplicación práctica—, ha demostrado su eficacia desde el inicio de su puesta en vigor y, con ella, la materialización de los objetivos que lo determinaron, en los que sobresalen la intervención, de alguna manera, del colectivo labo-

ral en la solución del conflicto, y una justicia garantista y expedita.

Para ilustrar la anterior aseveración, baste decir que, en los últimos cinco años, solo el 46% de los fallos dictados por los órganos de justicia laboral de base fue impugnado en la vía judicial y, de este, el 52% fue confirmado. El 93,5% de los asuntos tramitados en estos fue decidido en un tiempo promedio de 24 días hábiles,⁸ en tanto en la vía judicial se logró el referido término de tramitación⁹ en el 87% de los asuntos resueltos.

En resumen, el sistema se puede considerar satisfactorio y eficaz en sus planteamientos teóricos y prácticos, los que —aunque a veces surja alguna voz discrepante— no suelen ser cuestionados de manera importante ni por la doctrina científica, ni por los operadores jurídicos, ni por los propios justiciables.

Cosa diferente es que —como ocurre en la distribución de competencias— esos planteamientos teóricos no se desarrollen de manera tal que acomode a todos.

No obstante lo anteriormente expuesto, es una realidad que nuestro sistema de justicia laboral no constituye una obra perfecta e inmutable, sino que requiere de adecuaciones ante el actual escenario económico y social de la nación cubana, en el que acontecen importantes transformaciones determinantes de nuevas formas de producción y servicios

8 Informe del quinquenio 2006-2010, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre el sistema de justicia laboral en Cuba.

9 Informe del quinquenio 2006-2010, del Tribunal Supremo Popular sobre la materia laboral en los tribunales populares del país.

y, con ellas, otras variantes de propiedad, con el consecuente fortalecimiento del sector no estatal de la economía y el surgimiento de formas de empleo, que imprimen mati-

ces a las relaciones laborales en el país, a las cuales, necesariamente, habrá que acomodar también las vías de solución de los conflictos que en ellas se susciten.

REINCIDENCIA Y MULTIRREINCIDENCIA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CUBANA

M.Sc. Odalys Quintero Silverio, y
Esp. Gladys Cabrera Bermúdez,
juezas profesionales, Sala de lo Penal, TSP

EL TEMA que hoy nos ocupa resulta la encomienda de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular (TSP) a sus autoras, a fin de sentar posiciones en aspectos polémicos y diversos en el tratamiento doctrinal y judicial de la reincidencia y la multirreincidencia.

El estudio realizado, breve, pero intenso, no hizo más que afianzarnos la idea de que cualquier paso que se dé debe ser minuciosamente valorado, a fin de otorgarle un sentido sistemático a la decisión.

Más que teóricas, nuestras pretensiones han sido prácticas y las de aportar un documento base para una discusión que presumimos compleja.

CONCEPTOS DE REINCIDENCIA Y MULTIRREINCIDENCIA

A los efectos de la ley cubana vigente, hay *reincidencia* cuando, al delinquir, el culpable había sido ejecutoriamente sancionado por otro delito doloso, y *multirreincidencia*, si se trata de dos delitos dolosos, o más, en ambas situaciones, de la misma especie o diferentes.

El enfoque en cuestión hace radicar las diferencias en el factor numérico, no en el cualitativo, a diferencia de como existía en el Código de Defensa Social (CDS), cuyo Artículo 39 definía como circunstancias modificativas, agravantes de la responsabilidad penal, específicamente entre las agravantes personales, la *reincidencia* y la *reiterancia*, donde la primera era el hecho de haber sido ejecutoriamente sancionado por otro delito de la misma especie (y el concepto *otro* englobaba, también, la existencia de otros delitos, en número inferior a tres). La *reiterancia* existía cuando el agente comisor hubiese sido sancionado por dos o más delitos de especie diferente al que se juzga, lo que actualmente denominamos *multirreincidencia genérica*.

El CDS, mediante el Artículo 40 (bajo el rubro de circunstancias agravantes de mayor peligrosidad social), incluía, igualmente, la *habitualidad genérica* y la *específica*. La primera era aquella cuyo comisor fue sancionado por delitos de distinta especie, en número de cuatro, o más, mientras la segunda abarcaba al comisor sancionado por delitos de igual especie, en número de tres veces, o más.

En ambos tipos de agravantes, podía realizarse un aumento facultativo del límite superior de la sanción, hasta en dos tercios del marco del delito que se juzgaba, sin sobrepasar los 30 años de privación de libertad, que era el máximo tolerado.

ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA

Numerosos son los autores que detractan la contemplación legal de la reincidencia y la multirreincidencia, tomando por base la aseveración de que:

- Constituye una infracción del principio *non bis in ídem*, por cuanto se incrimina la sanción por un delito que ya había sido sancionado.
- Con ella, se materializan genuinos tipos de autor, de tal suerte que la agravación de la pena se convierte en un particular “modo de ser del sujeto”.

Ambas posiciones son objetables, a decir de Quirós Pérez,¹ opinión que ampliamente compartimos, en tanto la recaída en el delito evidencia una cierta propensión a infringir la ley. Las características personales del sujeto y sus antecedentes son elementos que deben tenerse en cuenta para la adecuación de la pena, por mandato del Artículo 47 de nuestro Código penal, en la medida que pueden adelantar convicción acerca de las posibilidades de enmienda. Resulta entonces ilógico propugnar su

inexistencia, si realmente establece diferencias en la peligrosidad social del actuar del individuo a quien no se juzga por el delito cometido con anterioridad, con lo que se descarta el *non bis in ídem*, sino por los hechos actuales con un contenido de peligrosidad social superior, dado por haber sido sancionado precedentemente, sin que, en tal caso, la sanción anterior hubiera surtido el efecto preventivo especial que la norma incorpora, ni tampoco el preventivo general que supone la conminación abstracta. En consecuencia, no puede hablarse, tampoco, de dar vida a tipos de autor, porque no se sanciona al infractor por ser de determinada manera, sino por el hecho, más la especificidad concreta, trascendente a la peligrosidad social, como elemento integrante del delito de haber sido sancionado con anterioridad sin reacción alguna.

Inferir el establecimiento de un tipo de autor, en el caso que nos ocupa, supone la presunción legal de la existencia de una personalidad criminal, lo que, obviamente, se opone a la propia teoría de los tipos de autor que descansa en realidades psicológico-naturalistas, no en presunciones legales.²

Otro aspecto en el que se hace obligado incursionar es en los fundamentos agravatorios de la reincidencia y de la multirreincidencia, estrechamente vinculados a su aceptación y rechazo como institución penal.

1 Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. 4, p. 3.

2 *Ibid.*, p. 5.

Respecto a la necesidad de agravación de la pena, en función de la reincidencia y de la multirreincidencia, existen diferentes posiciones que, someramente, abordamos:

Teoría de la insuficiencia de la pena. Se fundamenta en la necesidad de agravación, dada por la ineficacia de la pena en el individuo en cuestión. Incorpora este dato de manera objetiva: haber cumplido una pena anterior. Con ella, intenta equilibrarse el desbalance entre delito y pena, de tal suerte que un delito agravado por equis circunstancia merece una pena agravada en igual proporción a la circunstancia valorada.³

Teoría de la culpabilidad de autor. Descansa en la mayor capacidad del sujeto comisor para delinquir. Con la pena, se castiga fundamentalmente el modo de ser del comisor, que, pudiendo evitar semejante tendencia, no lo hizo. La culpabilidad en la reincidencia, por consiguiente, no se localiza en el delito actual, sino en la conducta anterior del autor.

Teoría de la culpabilidad del acto. Tiene por fundamento la mayor culpa del autor radicada en la acción, no en la personalidad del individuo, dada por los datos concretos de haber extinguido una pena, por su rebeldía ante la norma y por la representación de la punibilidad de su actuar, propiciada por el hecho de haber cumplido sanción anterior.

Teoría de la peligrosidad. Responde a la necesidad de defensa de la

sociedad con respecto al reincidente que, con su reiterada actividad transgresora, evidencia mayor peligrosidad que el delincuente primario.

Teoría de la adecuación de la sanción. Bajo este rubro, Quirós,⁴ en análisis de la ley cubana, refiere lo difícil de asumir una posición concordante con las tendencias teóricas actuales, por la imposibilidad de abstracción del razonamiento del contenido de la norma al respecto.

Explica que la ubicación sistemática de la reincidencia y la multirreincidencia (dentro de la adecuación de la pena) mutila cualquier análisis y circunscribe su evaluación al Artículo 55 del Código penal y al papel de la sanción en el Estado.

El Código no exige el cumplimiento total o parcial de la pena impuesta por el delito precedente, lo cual implica, en su opinión, descartar todo intento de fundar la reincidencia, de modo inmediato y directo, en la ineficacia de la reeducación del sancionado; acoge, como sistema, el de la reincidencia impropia. Sin embargo, esta deducción, a juicio nuestro, tiene resquicios importantes cuando, siendo el concurso real una especie de reincidencia impropia, separada de aquella solo por el hecho de no constar con un juzgamiento anterior, su solución mediante sanción conjunta no comporta agravación de la pena, de lo que puede inferirse que la razón o fundamento de la agravación en la reincidencia no obedece

3 Luis Jiménez de Asúa y José Antón Oneca: *Derecho penal*, p. 412. Según los autores, Carrara fundamentaba la agravación en la insuficiencia de pena respecto al sancionado, demostrada con sus propios actos por el desprecio por la pena sufrida.

4 Quirós Pérez: *Op. cit.*, pp. 35-36.

a la recaída delictiva; debe radicar en la ineficacia de la pena anterior del sancionado, con lo que se privilegia la prevención especial. Este extremo lo refuerza el hecho mismo de que, entre los fines de la pena, el Artículo 27 contempla los de prevención especial y general, además de los naturalmente retributivos, de manera que resulta ilógica y asistemática la opción del sistema de reincidencia adoptada por el Código cubano, muy común a gran cantidad de legislaciones penales en el mundo.

El hecho de que la ley sustantiva penal cubana ubique la reincidencia dentro de la adecuación, no disuelve su fundamento teórico, porque el proceso adecuativo la incluye y las reglas que lo rigen tienen por presupuestos los fines de la pena.

Siguiendo el discurso mecánico de su ubicación, e intentando darle un enfoque lógico, Quirós Pérez⁵ devela, como fundamento de la agravación, la prevención general, en tanto la sanción es el instrumento que utiliza el Estado para hacer cumplir la política penal, y la ley se hace más severa para fortalecer la advertencia punitiva que contiene.

En nuestra opinión, aunque también se refuerza con la agravación la prevención general, esta no puede ser su fundamento porque, donde confluyan prevención general y especial, hay que priorizar la última, sobre todo en fase de individualización de la pena, que es donde la reincidencia y la multirreincidencia

surten el primero y más fuerte de los efectos. No puede sancionarse más severamente para reforzar la legalidad y la advertencia punitiva estatal. Se sanciona para corregir, reeducar, evitar que el que delinca lo vuelva a hacer, y colateralmente, para impedir la infracción de la ley por el resto de los ciudadanos, extremo que, en la fase legal de la adecuación, es decir, en la previsión normativa, se debe cumplir, a decir de Roxin.⁶

REQUISITOS DE LA REINCIDENCIA

Delito precedente

La reincidencia presupone la existencia de un delito anterior al tributario de su aplicación.

Este presupuesto introduce variantes interesantes y dignas de atención, habida cuenta de que el delito precedente tiene que ser independiente del que se juzga.

El asunto no es de preocupar, cuando ambos delitos no guardan relación entre sí; sin embargo, se complica, si el delito actual presupone al anterior, tal cual ocurre en la evasión de presos o en los desórdenes en establecimientos penitenciarios, porque el agente comisor se encuentra cumpliendo por el delito anterior. Hay un presupuesto obligado que forma parte del delito actual, configurado por el cumplimiento de la

5 Renén Quirós Pérez: "Prólogo", en T. E. Karayev: *La reincidencia en el delito*, p. XXX.

6 Quirós Pérez: *Manual...*, pp. 21-22.

condena anterior, que, en opinión nuestra, invalida la aplicación de la reincidencia, en tanto su inclusión significaría un doble juzgamiento, sin contar que no existiría la figura básica en su rango original y simple, siempre estaría agravada por la reincidencia, interpretación contraria a toda lógica.

La otra opción, menos complicada, porque tiene mayor consenso, es la de aquellos delitos en los que expresamente la reincidencia configura una derivada agravada, como ocurre con el robo con fuerza en las cosas, el robo con violencia o intimidación en las personas, el hurto, del Artículo 324, párrafo segundo, del Código penal, entre otros. En estos casos, tampoco se aplica la reincidencia, en tanto, tal como establece el Artículo 47, párrafo segundo, del mencionado cuerpo legal, ningún elemento constitutivo del tipo puede ser considerado como agravante al mismo tiempo. Así lo establece, además, el Acuerdo No. 129, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), que dio origen al Dictamen No. 417, de 6 de septiembre de 2002.

Existe, sin embargo, un caso que pudiéramos denominar *sui generis* que, en ocasiones, tiene lugar en la legislación penal sustantiva cubana (Ley 87), luego de aprobada la regla de agravación extraordinaria del Artículo 54, inciso 4. Se concreta cuando un individuo primario, en el cumplimiento de la sanción impuesta en la causa por la que fue juzgado,

comete un nuevo delito, de tal suerte que esta segunda causa lo hace reincidente y, a su vez, lo convierte en tributario de la agravación extraordinaria, al menos teóricamente.

Se da en la práctica judicial la opinión de que solo se contemplará la reincidencia, en tanto esta categoría para el sistema penitenciario, encargado de la ejecución de la pena, tiene trascendencia, generalmente en la instauración de regímenes reeducativos de mayor severidad. Otros jueces y salas opinan, sin embargo, que debiera observarse la agravante extraordinaria, en lugar de la reincidencia, visto que los rangos de aumento son más amplios. Un pequeño sector aboga por la imposición de ambas.⁷

Un análisis mesurado del caso apunta, en nuestra opinión, a la apreciación, solamente, de la agravación extraordinaria, lo que obedece al siguiente razonamiento:

Para la contemplación del antecedente penal, hemos llegado a la conclusión de que, tal como está regulado, basta con haber sido ejecutoriamente sancionado sin cumplimiento ni parcial ni total de la pena, con lo que se pretende lograr un mayor impacto social en el campo de la prevención general, al decir de Quirós Pírez, y un cierto impacto preventivo especial dado por la función reeducativa de la existencia de la pena, aun cuando no haya sido ejecutada.

Siguiendo la lógica expuesta, si bien a un individuo se le agrava la

7 Esta última posición es sostenida por el Dictamen No. 401, de 28 de marzo de 2001, del CGTSP.

pena, en virtud de la reincidencia, sin haber sufrido sus efectos –lo que resulta altamente gravoso, visto desde los fines que para ella establece la ley– mucho más justificable resulta la agravación, desde esa propia perspectiva, cuando, aun bajo los efectos de la sanción, su conducta delictiva no ha logrado refrenarse, razón por la que estimamos que, en este caso (el del Artículo 54, inciso 4), los rangos de severidad a consecuencia de su aplicación son muy superiores a los de la acogida de la reincidencia en cualquier variante. De manera que debe ser esta y no la reincidencia la agravante que ha de tenerse en cuenta, la que existe además con un carácter preceptivo, pero con marcos muy abiertos, de tal suerte que le otorga flexibilidad al juez para evaluar cualquier contingencia humana que permita su imposición en la más mínima de las expresiones, en el caso que lo merezca. El principio de consunción presente ante el conflicto de las dos normas habla a favor de la agravación extraordinaria, visto que su valoración es superior e integradora, respecto a la reincidencia.

Opinamos que el hecho de que, en los regímenes penitenciarios, surta efecto la reincidencia, no la agravación extraordinaria, no puede ser la razón por la que se aprecie aquella y no esta. Habría que sugerir a los órganos encargados de la ejecución de las penas privativas de libertad la incorporación a su reglamento de la agravación extraordinaria, si lo me-

reciera; pues, definitivamente, una (Artículo 54, inciso 4) incluye a la otra, con contenido semejante, aumentado en la agravación extraordinaria; pero con una fórmula mucho más flexible.

Por otro lado, la aceptación de la acogida de ambas, como opinan algunos operadores del Derecho,⁸ resulta excesiva, en tanto contiene doblemente la misma circunstancia; lógico es, entonces, rechazar esta opción o estaríamos ante la infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del Artículo 47 del mencionado Código. Sería aconsejable reevaluar, con este enfoque, el Dictamen No. 401, Acuerdo No. 41 del CGTSP.

Requerimientos del delito precedente

- Grado de consumación
- Elemento subjetivo
- Grado de cumplimiento de la sanción

Grado de consumación. El delito anterior puede ser consumado o en grado de tentativa y su comisor puede haber sido sancionado como autor o como cómplice.

Elemento subjetivo. El Artículo 55 de la ley sustantiva penal cubana dispone la apreciación de la reincidencia solo en los casos en que el delito precedente sea doloso, posición reforzada por el Dictamen No. 149, apartado segundo, del Acuerdo No. 133, de 28 de septiembre de 1982, aprobado por el CGTSP.

8 *Ídem.*

Grado de cumplimiento de la sanción. Incluye la reincidencia propia e impropia y la gravedad del delito anterior.

a) *Reincidencia propia e impropia.* El mundo actual se debate en la porfía filosófica sobre el grado de cumplimiento de la pena que exige la condición de reincidente.

Se le denomina *reincidencia propia* a aquella que demanda para su consideración el cumplimiento total o parcial de la pena. Autores como Carrara, Canónico, Civillari,⁹ Antolisei, De Marisco, Pannain y Romanelli¹⁰ son partidarios de esta posición.

Otros, como Sebastián Soler, argumentan la adscripción de Argentina a esta variante, que denomina verdadera, en virtud de ley posterior al Código vigente por la época de su análisis y en oposición a la ficta o impropia.¹¹

El fundamento básico de quienes la acogen radica en la lógica de que el individuo sufrió los efectos de la pena y, sin embargo, no logró enmendar su conducta, con lo que evidencia la insuficiencia de la pena al respecto.¹²

Sin embargo, no es esta la tendencia más favorecida en la arena teórica, ni incluso en la legislativa.

Goza de más partidarios la reincidencia impropia,¹³ a tenor de la cual basta con la sentencia firme, aunque no excluye a quienes ya cumplieron

o cumplen la pena. Al decir de Puig Peña,¹⁴ porque resulta suficiente el efecto intimidatorio que surte la intervención judicial y porque admitir la otra es correr el riesgo de que el fugitivo que no haya cumplido sea considerado primario, al momento de su juzgamiento por otro delito.

Este es el sistema al que se adscribe la ley cubana, comoquiera que el Código penal establece como requisito expreso que el agente comisor haya sido “ejecutoriamente sancionado”, lo que supone una sentencia firme sin más exigencia. Hay que concluir que, aun cuando riñe esta posición, en nuestra opinión, con la sistemática de la norma, deja sin opción a la judicatura, a menos que el CGTSP se aventure en una interpretación judicial sistemática del precepto, que permita la aceptación del antecedente solo si hubiera sido parcial o totalmente extinguida la pena, con lo que no invalidaría la norma, visto que, de cualquier modo, se requiere de una sentencia firme. Una solución de esta naturaleza extendería su acción y aumentaría las garantías sobre el reo, dándole un sentido más sólido a la agravación.

Mientras tal cosa no suceda, estamos atados a la contemplación de la reincidencia y la multirreincidencia, en nuestro Código para mayor mal, preceptiva, con la simple firmeza de la pena.

9 Jiménez de Asúa y Antón Oneca: *Op. cit.*, p. 415.

10 Quirós Pérez: “Prólogo”, p. XIV.

11 Sebastián Soler: *Derecho penal argentino*, pp. 507-508.

12 Federico Puig Peña: *Derecho penal*, t. 2, p. 162.

13 Jiménez de Asúa y Antón Oneca: *Op. cit.*, p. 415.

14 Puig Peña: *Op. cit.*, p. 162.

b) Gravedad del delito anterior. En el caso cubano, constituyen antecedentes penales las sanciones impuestas por tribunales populares que no sean de multa inferior a 200 cuotas ni amonestación, susceptibles, por tanto, de conformar reincidencia o multirreincidencia.

REQUISITOS DE LA MULTIRREINCIDENCIA

Resulta obvio que los mismos fundamentos teóricos que justifican la existencia de la reincidencia, y sus requisitos, son válidos para la multirreincidencia, a los que se adicionan los siguientes:

Integración unitaria de los delitos precedentes

Respecto a este requisito, vale abundar en la existencia de dos posiciones: pluralidad entendida como un todo jurídicamente; pluralidad fraccionable o aplicable en parte.

a) Pluralidad entendida como un todo jurídicamente. Supone la indivisibilidad en la apreciación de los delitos precedentes, de tal suerte que, en caso de existir un delito de la misma especie y otro de especie diferente, la condición apreciada deberá ser la de multirreincidente, no la de reincidente.

b) Pluralidad fraccionable o aplicable en parte. Tal como el título sugiere, admite el fraccionamiento. Bajo su égida, pudiera aceptarse, en el caso anterior, una reincidencia específica, en lugar de una multirreincidencia genérica.

c) Toma de posición. Si bien es cierto que hay autores que entienden como adoptado el primero de los criterios en la legislación vigente en Cuba,¹⁵ también lo es que los argumentos utilizados no nos resultan convincentes ni aconsejables.

El hecho de que el Artículo 55 del Código penal emplee la frase “sancionado por dos o más delitos” no resulta razón suficiente y necesaria para afirmar que los legisladores adoptaren, en su día, una posición unitaria.

Parece contrario a la lógica que, entendiéndose la reincidencia de la misma especie de mayor gravedad que la de distinta —a consecuencia de lo cual, el marco sancionador se agrava en rango superior—, al concurrir varios delitos, unos de igual especie y otro de distinta, se abra paso la multirreincidencia genérica, por adscribirnos a la teoría de la pluralidad, entendida como un todo.

Opinamos que, instituyéndose reglas fijas para su apreciación, es más justa y atinada la postura que defiende la pluralidad fraccionable, lo que pudiera ser objeto, con esos fines, de pronunciamientos del CGTSP.

15 Quirós Pérez: *Manual...*, pp. 12-13. Utiliza como argumentos que la definición de la multirreincidencia (contenida en el Artículo 55.2 del Código penal) dice, en lo atinente, “sancionado con anterioridad por dos o más delitos”, de lo que infiere la obligación de la valoración de las infracciones como un todo. Aduce en ese propio sentido que el Artículo 55.3b también hace referencia a la necesidad de comprender la totalidad de las infracciones, cuando dice: “si con anterioridad ha sido sancionado por dos o más delitos”.

Alcance del requisito “sancionado por dos o más delitos”

La existencia de varios delitos juzgados separadamente, y sancionados en sentencias distintas, no suscita duda alguna; sin embargo, en la práctica, surgen situaciones que complican la evaluación de manera sustancial y que obligan a adoptar posiciones. Tal es el caso de los concursos.

a) *Concurso real*. Cuando los delitos que anteceden fueron sancionados por una misma sentencia, surgen cuestionamientos sobre la apreciación de la multirreincidencia.

Es opinión doctrinal que basta con que el comisor haya sido sancionado por dos delitos o más, con antelación y no importa que sean simultáneos.

La propia Ley de procedimiento penal cubana da la posibilidad, en el Artículo 44, de la condena por varios delitos en una sola sentencia.

El fundamento consiste en que, lógicamente, hay una recaída delictiva y, requiriéndose solo de sentencia firme, de hecho y de derecho están los presupuestos de la multirreincidencia. Por otro lado, también hay una pluralidad de actos y una pluralidad delictiva con punibilidad diversa que se concreta, a tenor del Artículo 56 del Código penal, en una sanción conjunta y única.

Siguiendo la propia lógica de este razonamiento, la razón por la que nos afiliamos al sistema de reincidencia impropio obedece a la prevención general,¹⁶ a partir de la conminación

legal. En esta fase, la prevención prevalente es la especial, y sus efectos, en ambas variantes, se realizan mediante la sanción. Si, de hecho, en el concurso en una causa, se resuelve con una sanción (la conjunta), el impacto sufrido por el comisor es el de una pena y, de igual forma, ocurre con la apreciación que la sociedad tiene del caso, de manera que queda en el plano formal o normativo fomentar o sostener dicha posición; mucho más, cuando la sanción conjunta no es la suma matemática de las que la integran, hasta el punto de que, en ocasiones, la de determinado delito que integra el concurso no tiene trascendencia al fallo definitivo.

Vale llamar la atención sobre una situación particular que puede perfectamente marcar el camino: se sanciona a un individuo, en una misma causa, por dos delitos; por cada uno de ellos, se le impone una multa inferior a 200 cuotas y se dicta una conjunta superior a esa cifra. Habría que preguntarse: ¿tiene antecedentes penales o no los tiene? De responderse afirmativamente, es cuestionable porque ninguna de las sanciones individuales impuestas conforma antecedente penal. Entonces, ¿es reincidente o multirreincidente?

En nuestra opinión, una interpretación del CGTSP al respecto podría resolver la solución formal que la norma penal facilita y llenar de contenido la frase “sancionado por dos o más delitos”.

16 Quirós Pérez: “Prólogo”, p. XXX.

b) *Concurso medial o delito complejo*. Otro tanto ocurre con esta modalidad, prevista en el Artículo 10, párrafo primero, inciso a), del Código penal.

Si bien es cierto que se trata de dos delitos, uno medio y otro fin, también lo es que nuestra ley lo considera uno solo porque estamos ante un dolo unitario que vincula y conecta las diversas acciones configurativas de varias tipicidades, y es esa, precisamente, la razón por la que se sanciona por el más grave. Resulta irracional, entonces, que se considere multirreincidencia para su comisario, si volviere a ser juzgado, por el simple hecho de integrar dos modalidades de delitos independientes sancionados en una misma causa. Por otro lado, conservar ese absurdo obligaría a contemplar multirreincidencia en los delitos complejos de configuración legal: asesinato (Artículo 263j), robo con fuerza en las cosas (Artículo 328, párrafo primero, inciso c), cuya única diferencia es su fuente (uno legal y el otro, judicial).

c) *Concurso ideal*. Argumenta Quirós¹⁷ que, “a pesar de todos los esfuerzos teóricos por sostener la existencia de un solo delito en el concurso ideal, la realidad concreta conduce al criterio pluralístico”. Siendo así, hay que concluir que su existencia conduce a un criterio de multirreincidencia en delito posterior.

Discrepamos de esta opinión.

El Artículo 10, primer párrafo, inciso a), del Código penal, considera un

solo delito y así tienen que ser, para todos los efectos, las distintas violaciones penales que surjan de un mismo acto; y oferta igual solución que la dada al concurso medial.

La existencia de una unidad de acto en esta figura, con unidad en la forma de culpabilidad¹⁸ determina una sanción única y hace irracional la contemplación de este instituto como delitos independientes susceptibles de conformar una multirreincidencia.

CLASIFICACIÓN DE LA REINCIDENCIA Y LA MULTIRREINCIDENCIA

La determinación de las diferencias entre las reincidencias, o multirreincidencia genérica o general, y específica o especial, ha suscitado diferentes posiciones.

Algunos códigos penales contemplan, bajo el término “de la misma especie”, aquellos delitos comprendidos en el mismo título. Así ocurre con el código español y el venezolano y el CDS.

Otros autores¹⁹ y leyes proponen solución diferente. Así, por ejemplo, Karyev divide la repetición delictiva en:

- Idénticos: Cuando tiene identidad el objeto particular de los delitos.
- Análogos: Cuando hay aproximación de sus características.
- Disímiles: Cuando no existen coincidencias.

Se trata de una clasificación que posibilita mayor justeza en la toma de decisiones al respecto.

17 Quirós Pírez: *Manual...*, t. 4, pp. 16-17.

18 Quirós Pírez: *Manual...*, t. 2, pp. 209-224.

19 Quirós Pírez: “Prólogo”, p. LXI.

Posición legal y jurisprudencial cubana actual

Nuestro Código penal, a diferencia de otros, no entra en definiciones al respecto.

Por sentencias, y herencia del CDS, se entiende como delitos de igual especie a aquellos comprendidos en el mismo título, lo que determina, en ocasiones, la consideración de la reiteración específica, etimológicamente entendida, de delitos no relacionados entre sí, por lo que pierde sentido la clasificación y sus efectos.

A juicio nuestro, la determinación de la calidad de la reincidencia o multirreincidencia fue un dato dejado por el legislador al juez, con el objetivo de otorgarle la libertad suficiente para la valoración casuística, de manera que bien pudiera regularse, por el órgano facultado, el contenido de los conceptos enunciados, lo que podría hacerse sobre la base de la clasificación de Karayev, considerando específica la reincidencia o multirreincidencia, cuando los delitos integrantes son idénticos o análogos, y de distinta especie a los disímiles.

REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LA REINCIDENCIA Y LA MULTIRREINCIDENCIA

Este es un tópico que derivadamente hemos tratado ya, en lo relativo a los requisitos de la multirreincidencia.

La práctica judicial cubana, de forma bastante uniforme, hasta hace

pocos años, asumió un criterio de fraccionabilidad o aplicación parcial, que privilegiaba las figuras específicas; de tal suerte que, cuando concurría un delito de igual especie con otros de diferente especie, se configuraba una reincidencia de igual especie y no una multirreincidencia genérica, lo que, en definitiva, cuantitativamente, no trascendía porque los aumentos coincidían. Esa propia posición permitía, ante variados delitos de igual especie que concurrían con uno de diferente especie, declarar una multirreincidencia específica, esta vez con trascendencia a la medida de la pena, posición lógica y justa, si se comparte la opinión de que el Código penal cubano entiende de más severa la específica.

Un cambio ocurrido en los últimos tiempos, por parte de la judicatura, nos dota de doble afiliación, al aceptar un criterio de pluralidad entendida como un todo, y surgen, en ocasiones, la necesidad de sancionar como multirreincidente de especie distinta a quien también lo es de la misma, dado que acogerla como tal significa desconocer los antecedentes de especie diferente y fraccionar el contenido de la circunstancia.

Quirós Pérez²⁰ aporta, con un criterio unitario, reglas en las que establece:

- La multirreincidencia absorbe a la reincidencia.
- La reincidencia y la multirreincidencia específica absorben a la reincidencia y la multirreincidencia genérica.

20 Quirós Pérez: *Manual...*, t. 4, p. 42.

En principio, pueden satisfacer gran número de situaciones; pero, lógicamente, dejan como opción, en el caso comentado, la multirreincidencia genérica cuando exista una específica y, siguiendo la sistemática de la ley, debemos convenir que la solución es absurda.

En nuestra opinión, nada va en contra de acoger la teoría de la pluralidad fraccionable en la apreciación de la reincidencia y de la multirreincidencia, variando las reglas propuestas por Quirós Pérez, en función de los principios que potencia el Código (entiéndase, en esta esfera: las formas específicas son más graves que las genéricas).

Partiendo de este presupuesto, las reglas podrían ser:

- Las formas específicas absorben a las genéricas, sea reincidencia o multirreincidencia.
- La multirreincidencia absorbe a la reincidencia.

El análisis del caso concreto deberá realizarse en ese orden, con lo que se garantiza que ciertamente las formas y variantes más graves prevalezcan.

Por otro lado, la agravación por razón de reiteración delictiva, ha sido uno de los puntos más atacados del tema.²¹

En contra de ella, se alega la vulneración que representa de los principios de legalidad, proporcionalidad²² y culpabilidad (refiriéndose esencialmente a culpabilidad por

el hecho), en tanto el individuo, al aplicar la reincidencia, responde por conducción de vida y, en razón de esto, se agravan los marcos, calculados en función de la antijuricidad y la culpabilidad, por parte de los legisladores.

En nuestra opinión, no cabe duda de que cada uno de estos principios sufre embates con la institución que analizamos. Creemos, sin embargo, que no puede ser obviada porque, ante el individuo que juzgamos —a quien le asiste esta condición—, la pena que le antecede no mostró eficacia suficiente para modificar su conducta, ni la norma logró motivarlo hasta el punto de inhibirlo. La peligrosidad social del acto cometido es superior y el hecho, por tanto, es más grave; entonces, el tratamiento reeducativo y corrector debe ser diferente al del individuo primario.

Guisasola Lerma,²³ en su monografía sobre este tema, propone una reforma que mantenga la reincidencia como regla adecuada, pero sin aumento de los límites legales de la pena.

En nuestra opinión, la fórmula es buena, pero perfectible. La reincidencia podría mantenerse como regla adecuada, tal como funciona en Cuba, sin aumentar por decisión judicial el límite máximo que representa el límite de la culpa en la tipicidad que se juzgue, pero sí el mínimo, lo que permitirá darle un tratamiento diferenciado al reincidente o multirreincidente.

21 Artículo 40 del CDS, al definir habitualidad específica; y Cristina Guisasola Lerma: *Reincidencia y delincuencia habitual*, pp.133-139.

22 José Miguel Zugaldía Espinar: "Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia", en *Revista del Poder Judicial*, no. 3, marzo de 1989.

23 Guisasola Lerma: *Op. cit.*, pp. 133-139.

PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA

Al referirnos al título, hacemos alusión al efecto que el transcurso del tiempo ocasiona en la sanción que constituye antecedente.

Criterios doctrinales

Sobre la prescripción de los antecedentes penales en la doctrina, existen tres criterios: el de perpetuidad, el de temporalidad y el mixto.²⁴

Conforme al criterio de la perpetuidad, el antecedente penal por el delito no desaparece nunca, aun cuando sea cancelado; en caso de cometerse un nuevo delito, recobra su validez y subsiste permanentemente.

El criterio de la temporalidad propugna la cancelación del antecedente, luego de decursado un término de la imposición o cumplimiento de la pena que lo originó.

Según el criterio mixto, la apreciación de la reincidencia es perpetua, pero disminuyendo el efecto agravante de manera proporcional al tiempo transcurrido entre la liquidación de la pena anterior y la comisión del nuevo delito.

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVO EN CUBA

El Código penal cubano, en opinión de Quirós Pérez,²⁵ aplica el criterio de la temporalidad, por cuanto

el Artículo 68 dispone que “la cancelación, en todo caso, producirá el efecto de anular los antecedentes penales en el Registro Central de Sancionados y en cualquier otro registro, archivo o expediente cuando dichos antecedentes provienen de las mismas sentencias”. Sin embargo, la regla se cumple, si se aprecian, o no, a partir de la parte general del Código porque, en la práctica, en los delitos en que se dibuja una figura agravada por razón del antecedente, este siempre se tiene en cuenta para la calificación, haya transcurrido el tiempo que haya transcurrido; de manera que, mirado integralmente, nos adscribimos a una posición mixta especial, puesto que, incluso, este antecedente no mitiga la agravación por el transcurso del tiempo, como la corriente en cuestión establece.

Por otro lado, los antecedentes penales a reincidentes o multirreincidentes, en concordancia con lo establecido en el Artículo 67 del Código penal, no pueden ser cancelados de oficio por el transcurso del tiempo. Tampoco cuando se trate de sancionados por delitos contra la seguridad del Estado. Aquí, de nuevo, nos enfrentamos a un efecto permanente de la reincidencia y de la multirreincidencia

El CGTSP, a fin de intentar viabilizar la posibilidad de la cancelación de oficio de antecedentes penales, a la hora de juzgar, mediante el apartado quinto de la Instrucción No. 175,

24 Antón Oneca: *Op. cit.*, pp. 387-388.

25 Quirós Pérez: *Manual...*, t. 4, p. 21.

de 21 de julio de 2004, estableció: “En los casos en que se imputan antecedentes penales a los acusados a los efectos de que se establezca su condición de reincidentes o multirreincidentes, los tribunales deben cerciorarse de que aquellos no hayan sido cancelados, o haya decurso el término para su cancelación de oficio, o se trate de antecedentes por sanciones subsidiarias o remitidas condicionalmente que hayan sido extinguidas en su momento y que aun cuando formalmente no hayan sido cancelados en el registro correspondiente, de hecho han dejado de tener virtualidad y por tanto no deben tenerse en cuenta”.

A los efectos de la reincidencia, la Instrucción ocasiona problemas, pues, por mandato de ley, los antecedentes no pueden ser cancelados de oficio ni a reincidentes ni a multirreincidentes, de lo que resulta obligado inferir que el apartado en análisis queda con validez solo para las subsidiarias y remisiones condicionales.

IMPACTO EN CASACIÓN

La afiliación de la judicatura cubana a la letra llana de la ley, al enunciar la reincidencia o multirreincidencia, a partir de haber sido ejecutoriamente sancionado por *delitos*, sin tenerse en cuenta las penas, trae como consecuencia que los concursos reales, resueltos en una misma causa, cuando sean precedentes del delito que se juzga, constituyan multirreincidencia y no reincidencia.

Hasta hace algunos años, la práctica había sido la de contemplar el antecedente en función de la pena. Si existía una conjunta, el individuo respondía como reincidente y no como multirreincidente.

En la actualidad, la posición cambió y resulta multirreincidente quien antes no lo era.

Por otro lado, en la práctica judicial cubana, es repetitiva la no acogida del recurso de casación por infracción de ley, cuando, habiéndose aplicado indebidamente un concurso por la instancia, no tiene trascendencia al fallo; lo cierto es que lo existente era un conflicto aparente de normas, solucionable mediante la consunción. Esta solución ha tomado como argumento la falta de lesividad para el recurrente de la sentencia dictada por la instancia.

Así, se han dictado sentencias innumerables, ejemplos de las cuales consignamos:

CONSIDERANDO: Que la propia mecánica de lo acontecido deja muy claro el ánimo de matar que tuvo el recurrente RGM, así como el medio empleado y la manera en que ejecutó el ataque contra una mujer que había sido su esposa y con la que se empeñaba reanudar las relaciones que ella no quería, procurando las ventajas, no solo para materializar el objetivo con la precisión y efectividad deseada, sino también sin correr ningún riesgo proveniente de una posible defensa de la víctima, la que trató de huir, pero fue perseguida y al ser alcanzada por el acusado le asestó una primera puñalada por la espalda y otra por el

cuello que le ocasionaron la muerte, circunstancias que dejan bien definido el delito de asesinato acertadamente calificado por la sala del juicio, y si bien pudiera asistirle razón al denunciar el yerro de esta al calificar como delito independiente la portación y tenencia ilegal de arma, cuando de los hechos que se dan por probados, el cuchillo fue tomado por el acusado para emplearlo en esa agresión, quedando por tanto subsumido el delito de peligro en el de resultado que es el más grave, este error en la práctica no tuvo trascendencia al fallo, al quedar inserta la sanción que se le impuso por el de menor peligrosidad en la sanción por el de mayor gravedad, la que se corresponde plenamente con la elevada peligrosidad social de los hechos, al ser dañado el bien máspreciado, que es la vida y las características personales del acusado al ser primario en la comisión de hechos delictivos, razones suficientes para rechazar el recurso argüido por este al amparo de los ordinales tercero y sexto del artículo sesenta y nueve de la Ley de Procedimiento Penal. (Sentencia No. 2345, de 23 de julio de 2009.)

CONSIDERANDO: Que otro tanto debe ocurrir con el motivo de fondo de los recursos, establecidos por los impugnantes PC y MM al amparo del ordinal tercero del artículo sesenta y nueve de la Ley de Procedimiento Penal, en el que se acusa error de derecho al calificar la sala de instancia los hechos declarados probados como dos delitos de robo con fuerza en las cosas, cuando se

trata de uno de carácter continuado, y al respecto se debe señalar que si bien el órgano juzgador, con mayor o menor acierto los consideró por separado como dos delitos independientes, ello no trascendió al fallo, puesto que la sala del juicio apreció a favor de todos los enjuiciados el Acuerdo doscientos treinta y nueve del ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y fijó la pena conforme al marco penal de la modalidad básica de cada delito de robo con fuerza en las cosas, para luego formar una sanción conjunta y única que lejos de perjudicarles, les resultó más beneficiosa, por lo que pierde toda objetividad y virtualidad la queja que se hace al amparo de la causal invocada. (Sentencia No. 2136, de 27 de julio de 2007.)

El asunto ahora es digno de atención. Si bien, hasta que ocurrió el cambio, realmente la decisión era intrascendente, en la actualidad el error deja en pie dos delitos donde había uno; en consecuencia, un juzgamiento posterior conllevaría la condición de multirreincidente *a posteriori*, lo que perjudicaría su estatus con las consecuencias que tal apreciación conlleva.

Consideramos que procede casar la sentencia que llegue con el defecto de referencia y dictar la correspondiente enmendándolo.

CONCLUSIONES

1. La reincidencia y la multirreincidencia se diferencian, en la legis-

lación cubana, a partir de la característica, no de su contenido.

2. Según los teóricos, su fundamento en Cuba tiene sustrato en la prevención general y es un elemento de hecho que amplía los marcos del delito. Su situación, en el título correspondiente a la adecuación, coarta la afiliación a las corrientes teóricas que la explican.

3. El hecho de que la ley sustantiva penal cubana ubique la reincidencia dentro de la adecuación, no disuelve su fundamento teórico, porque la individualización de la pena la incluye y las reglas que rigen la adecuación tienen por presupuestos los fines de la sanción.

4. Sería más coherente con la sistemática del Código penal adoptar el sistema de reincidencia propia que el de reincidencia impropia, que es el actual, extremo que quizás pudiera enmendarse con una interpretación del CGTSP al respecto.

5. Cuando el delito actual presupone al anterior, tal cual ocurre en la evasión de presos o en los desórdenes en establecimientos penitenciarios y el agente comisor se encuentra cumpliendo por el delito anterior, a juicio nuestro, hay un presupuesto obligado que forma parte del delito actual, configurado por el cumplimiento de la condena anterior, lo que invalida la aplicación de la reincidencia, en tanto su inclusión significaría un doble juzgamiento.

6. Cuando confluyan en un caso reincidencia y agravación extraordinaria, tiene lugar un conflicto de normas penales que debe resolverse en función de la consunción, a favor

de la agravación extraordinaria, por incluir sobradamente el desvalor de la reincidencia. Se sugiere al CG-TSP evaluar si procede la vigencia del Dictamen No. 401, Acuerdo No. 41, de 28 de marzo de 2001.

7. En cuanto a la multirreincidencia, una parte de la práctica judicial cubana actual acoge la teoría de la pluralidad entendida como un todo, lo que propicia soluciones lesivas a principios que informan el Código, como es el caso de privilegiar formas genéricas a las específicas, cuando la ley penal sustantiva estima de mayor gravedad las repeticiones delictivas de igual especie a las de diferente especie.

8. Sería aconsejable uniformar la judicatura, a la hora de evaluar la recaída delictiva, en la teoría de la fraccionabilidad, lo que haría más lógicas las soluciones, en caso de confluencia de multirreincidencia específica y genérica en el hecho que se juzga, y se ajustaría a las concepciones del Código. En el momento de determinar si estamos ante una reincidencia o multirreincidencia, y su cualidad, es recomendable tomar como regla el privilegio de la cualidad (la específica), bien sea en reincidencia o multirreincidencia; y, luego de esta decantación, darle prioridad a la multirreincidencia, siguiendo este orden de análisis.

9. El hecho de que el fundamento de la agravación por reincidencia radica en la prevención general entra en crisis con la solución mediante sanción conjunta en el concurso real, sin que la ley prevea agravación alguna de la pena, a pesar de ser entendido

dicho concurso como una recaída delictiva, y diferenciarse de la reincidencia solo porque los delitos no fueron sucesivamente juzgados.

10. El apego literal a la ley hace que se considere multirreincidentes a individuos sancionados mediante conjunta en causa antecedente, cuando el impacto en el sancionado y en la sociedad es el de haber recibido una única sanción. Una interpretación sistemática y extensiva del CGTSP al respecto podría variar la visión actual.

11. En los concursos ideal y medial, no existe la posibilidad de apreciar la multirreincidencia en delito posterior por su causa, dado que la ley los considera un solo delito con una sola sanción.

12. La ley penal cubana no define los conceptos de genérico y específico, al clasificar la repetición delictiva. La práctica cubana adopta la posición del CDS cuando se refería a la habitualidad. Sería aconsejable, en función de la clasificación de Karayev, determinar como de la misma especie a los idénticos y análogos, y de especie diferente o genéricos a los disímiles.

13. La agravación ocasionada por la repetición delictiva conculca los principios de legalidad y culpabilidad, efecto que puede evitarse con el mantenimiento del límite máximo del marco penal, y la agravación del mínimo, en la proporción establecida en la ley.

14. La prescripción de los antecedentes en Cuba se adscribe al régimen mixto, y es aconsejable la evaluación del particular por el CG-

TSP, a fin de otorgarle igual tratamiento a la reincidencia, vista como regla general, que a la reincidencia especial, configurativa de derivadas agravadas de algunos delitos.

15. Mientras se mantenga la opinión de que el concepto de reincidencia o multirreincidencia se juzga latamente por delitos, desconociéndose las penas, resulta obligado acoger todos aquellos recursos en los que se les dio tratamiento de concurso a conflictos de normas, aun cuando no afecten el fallo, para evitar la posibilidad futura de tener por multirreincidente a quien resulta reincidente.

BIBLIOGRAFÍA

- Antón Oneca, José: *Derecho Penal*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929.
- Código de Defensa Social.
- Códigos penales de Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, España, Honduras, México, Nicaragua, Perú, Puerto Rico, Portugal y Venezuela.
- Ferrer Sama, Antonio: *Comentarios al Código penal*, t. 1, Sucesores de Nogues, Murcia, 1946.
- Fonseca Herrero, José I. y Mario Jesús Iglesias Sánchez: *Diccionario jurídico COLEX*, 2.^a ed., Editorial COLEX, 2003.
- García Valdés, Rafael: *Derecho procesal criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1940.
- Guisasola Lerma, Cristina: *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Jareño Leal, Ángeles: "Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad", en *Revista del Poder Judicial*, no. 22, junio de 1991.

- Jiménez de Asúa, Luis y José Antón Oñeca: *Derecho penal*, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- Karayev, T. E.: *La reincidencia en el delito*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.
- Prieto Morales, Aldo: *Lo circunstancial en la responsabilidad penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1983.
- Puig Peña, Federico: *Derecho penal*, t. 2, 4.^a ed., ampliada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 1995.
- _____: *Manual de Derecho penal*, t. 4, Editorial de Ciencias Jurídicas, La Habana (soporte electrónico).
- Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina S. A., Buenos Aires, 1992 (actualizado por Guillermo J. Fierro).
- Villa-Real, Ricardo y Miguel Ángel del Arco Torres: *Diccionario de términos jurídicos*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- Zugaldía Espinar, José Miguel: "Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia", en *Revista del Poder Judicial*, no. 3, marzo de 1989.

JUSTICIA EFICAZ CONTRA EL ABUSO SEXUAL INFANTIL

M.Sc. Yoel Quinta Arango,
juez profesional, TPP de Matanzas

EL ABUSO sexual de infantes es un fenómeno delictivo con particularidades que lo distinguen de las restantes transgresiones penales.

La lasitud de las víctimas, el conflicto que el abuso crea en el entorno familiar, la personalidad del adulto comisor del acto repudiable, como las otras características intrínsecas del fenómeno, demuestran la trascendencia que alcanza el dominio de estas en fase de intervención judicial.

Actuar aplicando criterios y posturas cotidianos del Derecho penal sin apreciar estas especificidades no se ajusta a lo que se espera de la justicia.

Entre estos rasgos del abuso, destaca la instauración de un estado de dolorosa confusión en las víctimas. Este resulta una coyuntura que debe tenerse muy en cuenta, al momento de la intervención judicial que, muchas veces, es devaluado e, incluso, desechado. El estado de confusión de un niño abusado, y hasta su silencio, analizados en el ámbito correcto y venerando las características del fenómeno de abuso, puede llegar a la validación de la sospecha.

Todo atropello sexual conlleva violencia; pero, en ocasiones, se en-

gendra de tal cualidad que “hasta la misma víctima duda que la violencia haya existido”.¹ Esto último expresa la complejidad del fenómeno y la imperiosidad de que todos los operadores sean considerados en el momento de interpretar las conductas o los testimonios.

Aparejada a la violencia, se desarrolla la “represalia oculta” en la psiquis del menor. Se reconoce como tal, según Perrone, a aquel estado o coyuntura propia del fenómeno de abuso infantil que “hace que al niño le resulte evidente que cualquier intento por cambiar el *statu quo* de la situación lo perjudicará a él y a su familia. Torturan el espíritu de estos niños, ideas con especial sentido de destrucción, vergüenza, separación, suicidio y muerte”.²

En igual sentido, se afirma que la represalia oculta provoca una perturbación de mayor ímpetu que la amenaza, “porque conlleva la idea de que el mal y sus consecuencias se originan en la acción defensiva de la víctima. Vale decir que esta acción se volvería con el que tratase de defenderse. Las cosas están presentadas de tal modo que el sufrimiento de la víctima aparece como si fuese el resultado de su propia reacción

1 Danya Glaser y Stephen Frosh: *Abuso sexual de niños*.

2 Reynaldo Perrone y Martine Nannini: *Violencia y abusos sexuales en la familia*, p. 116.

defensiva. El abusador no participa”. Ofrece la impresión de “alguien que está atado y corriera el riesgo de asfixiarse al tratar de moverse”.³

Esta valoración debe tenerse muy en cuenta por parte de los jueces y demás participantes en el entorno judicial, al conocer de hechos de esta índole, partiendo de que, en no pocas ocasiones, acaece la “retractación” del menor, lo que pudiera ubicar, tenebrosamente, en un plano de cierto desahogo a algunos juzgadores que, ante declaraciones contradictorias, tiendan a inclinarse hacia la adopción de la facilista postura de acordar la desinclinación del (o de los) imputado(s), sin tomar la precaución de profundizar en la indagación e interpretar debidamente la aludida palinodia.

La responsabilidad del abuso sexual de niños “en todo caso”, “sin excepciones”, es atribuible al adulto explotador. Esta aseveración no consiente que ralla alguna y cualquier tentativa, en este sentido, debe ser enérgicamente objetada.

En una relación de esta clase, resulta claro que no queda ningún espacio para que el infante comparta siquiera la más mínima parte de gravamen. El adulto, como instituía Perrone, “se vale de su ventaja intelectual física, de su posición, de su autoridad y de su poder social para desarrollar una dominación tendiente a la satisfacción sexual”.⁴

En este contexto, deben quedar establecidos para el andamiaje judicial los siguientes lineamientos de actuación:

- a) Todo fallo judicial que pretenda atenuar la responsabilidad del abusador, sobre la base de una supuesta “seducción” por parte de la víctima o de una imposibilidad del adulto atropellador de sustraerse a los estímulos recibidos, debe ser descalificado.⁵
- b) El grado de desarrollo físico maduro y hasta posiblemente provocativo que pueda tener el infante (más aplicable a las niñas), no puede justificar jamás el acto; el menor es irresponsable y, más que eso, víctima de los hechos, y el responsable es siempre el adulto.
- c) Bajo ningún concepto, condiciones “facilitadoras” del abuso (aislamiento social, discordia conyugal, relaciones sexuales insatisfactorias, alcoholismo, madres ausentes, disfunciones familiares, entre otras) pueden devenir atenuantes para quien responda penalmente por la comisión de actos de abuso sexual y, mucho menos, ser alegadas o utilizadas para probar de alguna forma la falsedad de las acusaciones.

Otro rasgo del abuso sexual lo constituye la “macabra normalidad”, que tiene como base el hecho de que, con alto porcentaje de frecuencia en estos supuestos, los perpe-

3 *Ibíd.*, p. 116.

4 *Ibíd.*, p. 106.

5 Muchos autores reconocen este fenómeno como “mito de Lolita”. Al respecto, Danya Glaser planteó: “La niña seductora no es, por lo tanto, una invención desesperada y autoservida de los hombres que abusan de niños; es una persistente imagen cultural en la cual abrevan los hombres”. (*Op. cit.*, p. 43.)

tradores tratan de convencer a sus víctimas de la “normalidad” o “naturalidad” de lo que acontece.

Esta “normalización” permite, incluso, en ocasiones, la actuación del victimario sin necesidad de amenazar al impúber, sobre todo cuando se trata de niños de muy corta edad; ya que el cerco de la “normalidad” instituido se va decantando a medida que el menor va creciendo, dado que, al intercambiar progresivamente con el entorno social —a través de la escuela y otras instituciones—, el niño va quebrantando poco a poco el “aislamiento” al que frecuentemente es sometido, a la par que va alcanzando dominio mínimo de las verdaderas realidades —especialmente éticas— de las relaciones entre los integrantes del núcleo familiar, momento este en que el transgresor se ve precisado a emplear o recurrir a otros métodos de nocividad, como las amenazas.

En los casos de abuso, donde los principales derechos de los menores son echados por tierra, el vínculo se caracteriza por la “asimetría”, que implica ubicar al infante en un plano de total desventaja e inferioridad.

Lo anterior lleva a concluir que no resulta recomendable la ejecución, durante las distintas fases del proceso judicial penal, de acciones que impliquen “enfrentamiento directo” entre el adulto abusador y el menor víctima. Asumir una posición contraria, en este sentido, además

de generar amplias posibilidades de “doble victimización”,⁶ implicaría un franco desconocimiento de la reconocida “asimetría”. Las particularidades específicas del fenómeno y las secuelas del abuso se añaden a la habitual inequidad en la relación adulto-niño. En estas circunstancias, no coexiste criterio legal alguno que ampare semejante insensatez.

La cronicidad de los abusos moviliza el aparato disociativo, no solo para apadrinarla en la situación de peligro, sino ante cualquier incidente que implique conflicto o angustia.

Así, se reiteran en los tribunales los rostros rígidos, con miradas perdidas, algunas veces ásperos y otros lacrimosos. Esto confirma la imperiosidad de fortalecer la aptitud de los intervinientes en el ámbito judicial de interpretar adecuadamente estos dramáticos hechos de violencia, e impedir a toda costa la presencia de menores en la sala de audiencia o en un ambiente que les inciten sentimientos de zozobra.

LA LEGISLACIÓN ACTUAL EN ESTA MATERIA

Decía Ferrajoli: “Una buena Legislación es solamente el primer paso —ni siquiera el más importante o el más difícil— en el camino de una efectiva defensa de los derechos de la infancia”.⁷

6 “Se produce una nueva victimización cuando una niña que ha sufrido abuso es sometida a algún tipo de práctica o circunstancia por parte de quienes intervienen en el caso que le causan nuevo sufrimiento. [...] puede derivar de una acción o bien de una omisión de quien debe actuar y no lo hace, o lo hace inadecuadamente”. (Carlos Alberto Rozanski: *Abuso sexual infantil. ¿Denunciar o silenciar?*, p. 111.)

7 Luigi Ferrajoli: *Infancia, ley y democracia en América Latina*, p. XVIII.

De manera general, existe total coincidencia en que hoy día la legislación internacional, en materia de protección a los niños, es ajustada, en cuanto a defensora de los derechos humanos para los infantes.

Como parte de la necesidad de proporcionar al infante una verdadera *protección especial*, el articulado de la *Convención sobre los Derechos del Niño (1989)* instituye una serie de lineamientos que, en mayor o menor medida, contribuyen a proyectar los compromisos asumidos por los estados partes –en cuanto a intervención judicial se refiere– en los casos de abuso sexual infantil. Entre las principales premisas normativas están las siguientes:⁸

- 1) Como regla general, se reconoce que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, tendrán en cuenta una consideración primordial a que se atenderá el *interés superior del niño*.
- 2) Se establece el deber de los estados partes de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso psíquico o men-

tal, descuido, malos tratos, incluido el *abuso sexual*; instituyéndose a su vez, que estas medidas de protección deberían comprender, además de procedimientos efectivos en materia de prevención, *el establecimiento de procedimientos eficaces que aseguren la adecuada investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño, y según corresponda, la intervención judicial*.

- 3) Se estipula la obligación de los estados partes de adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación *física y psicológica* y la reintegración social de todo niño víctima de cualesquiera formas de abandono, explotación o *abuso*, tortura u otra formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados; especificando que esa recuperación se llevará a cabo *en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño*.⁹

En el entorno judicial cubano, la adopción de la Instrucción No. 173, de 7 de mayo de 2003, adoptada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), constituyó una verídica demostración de la franca conciencia que asume nuestro máximo órgano de justicia, con

8 Las tres premisas planteadas provienen de los artículos 3.1, 19, y 39 de la Convención.

9 Como se puede apreciar, se reconoce en la Convención, de forma expresa, la concurrencia de la “violencia psicológica” como rasgo del fenómeno de abuso sexual. Además, se deja claro que la recuperación del menor (que incluye, por supuesto, el paso de este por la intervención judicial) debe llevarse a cabo en las condiciones satisfactorias mencionadas, lo que, para el caso de la intervención judicial, guarda relación directa con la prohibición de actos que ocasionen “doble victimización”.

respecto a la necesidad de asegurar la defensa suprema de los intereses del niño en la actuación judicial en todas las instancias. Este instrumento legal, por su naturaleza y fuente de procedencia, se convierte en el regulador más cercano, concreto y efectivo de la actuación judicial cubana en el contexto que abordo.

La Instrucción toma como fundamentos cardinales los planteamientos básicos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y adopta, como previsiones más trascendentales, las siguientes:

- Se instaura la exigencia de que solo se procederá a examinar a un menor víctima, cuando ello sea absolutamente imprescindible; caracterizado el examen, en todo caso que se estime procedente, por el ánimo de impedir la revictimización del niño.
- Enuncia la posibilidad de que puede resultar suficiente, a los efectos del sustento probatorio, que el tribunal, en juicio, examine la filmación de la entrevista realizada durante la fase preparatoria al menor, si la hubiera, o darle lectura al testimonio de este, brindado en la fase preparatoria, especialmente de aquellos niños menores de 12 años.
- Se instituye la facultad para el tribunal de disponer la exploración mediante un especialista, en un local creado para ello en la Unidad de Protección a los Menores, en los casos en que lo estime aconsejable y las condiciones lo permitan.
- Se plasma la necesidad de crear un ambiente propicio a la edad del

menor que se examina, con empleo de un lenguaje claro, sencillo y apropiado, procurando establecer la necesaria confianza y relación, para conseguir finalmente que el niño hable del tema que interesa tratar y que lo asuma con naturalidad; esto es aplicable para los casos en que la exploración del menor sea realizada por el presidente de la sala o sección del tribunal.

- Se establece como norma la priorización y tramitación de estos casos con la mayor celeridad posible, además de instarse la existencia de jueces debidamente preparados para actuar en los procesos penales en los que sea preciso examinar el testimonio de menores.

De manera general, considero que la Instrucción –como componente legal organizador– se ajusta bastante a las reivindicaciones exhortadas para avalar un tratamiento judicial satisfactorio en los casos de abuso sexual infantil, y se inserta al apropiado contexto legislativo vigente en la actualidad en esta materia; amén de que, más adelante, se harán algunas valoraciones con enfoque crítico sobre específicos aspectos de su contenido.

DEFICIENCIAS EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL CUBANA

Resulta innegable que –a diferencia de otros países–, el Estado cubano asume una política de actuación efectiva, con la real voluntad de enfrentar a toda costa los comporta-

mientos delictivos que pongan en menoscabo los derechos e intereses de los infantes.

El Sistema de Tribunales de nuestro país no ha estado alejado de esta política estatal, y se ha insertado de tal manera que resulta difícil excluirlo, al momento de enunciar los órganos, organismos estatales y organizaciones políticas y de masas, con mayor incidencia en el enfrentamiento a estas conductas.

Por supuesto, el mayor aporte de los tribunales, en este sentido, se expresa más estrechamente ligado al componente represivo que a la actuación preventiva, en tanto el atributo fundamental de esa aportación es coincidente con el sostenimiento de una férrea política de sanciones contra tales comportamientos, con el consecuente y logrado efecto de su contención.¹⁰

Sin embargo —como toda obra humana imperfecta—, la consecución innegable de esa finalidad no puede, en modo alguno, desechar determinadas carencias que subyacen aún en la tramitación y actuación judicial de la práctica consuetudinaria cubana en tal sentido.

La obra jurisdiccional cotidiana, en los casos de abuso sexual infantil, converge a concluir la imperio-

sidad de adoptar una serie de medidas o lineamientos de actuación funcional-institucional, que conlleven a conseguir una plena *protección integral del menor* en la esfera judicial, los cuales —en mi opinión, sustentada en la experiencia personal acumulada en el ejercicio de la actuación judicial por más de 12 años—, deben ir encaminados a erradicar las siguientes deficiencias:

1. *Falta de preparación y superación especializada de los funcionarios que intervienen en la tramitación y solución judicial de estos casos.*

Fomentar un clima de “especialización” en los funcionarios intervinientes en el andamiaje judicial penal; más que necesario, resulta imprescindible, pues desconocer los rasgos del fenómeno, las consecuencias físicas y psicológicas que conllevan para sus víctimas, los distintos modos de reacción de estas, entre otros aspectos, deviene muy peligroso, no solo por incrementar el riesgo de equivocar el camino de la adecuada decisión judicial, sino por la creciente posibilidad de que acontezca una revictimización del impúber por actuaciones desarticuladas.

Se trata, entonces, de ir más allá de la necesaria “preparación

10 En cuanto al llamamiento a la severidad en la política de sanciones contra estos casos, vale mencionar la Instrucción No. 137/90, del CGTSP, que instruía a los tribunales del deber de adecuar sanciones de rigor para varios ilícitos penales, entre estos “los que, en su comisión generen o provoquen en otras personas, la corrupción u otras formas de deformación o de descomposición social”. Este llamamiento fue ratificado con posterioridad por la Instrucción No. 175/04, del CGTSP, la cual, entre sus previsiones, instituyó que “las presentes indicaciones no contradicen ni modifican la consecuente severidad con que los tribunales deben continuar actuando ante los responsables de las conductas delictivas más dañinas y peligrosas para nuestra sociedad, en cuyos casos las decisiones judiciales deben seguir caracterizándose por el necesario rigor”.

general”¹¹ de los intervinientes para caer en un plano de “especialización” de estos; o sea, lograr que determinados instructores, fiscales, jueces y hasta concretos abogados alcancen un estado de aptitud profesional henchida para intervenir en tales situaciones, con conocimientos técnicos especializados sobre el tema; de manera que, como norma, se asuma la práctica de que sean estos los que, en principio, están preconcebidos y reconocidos, por sus respectivos órganos, como los más idóneos para participar en los procesos penales de esta índole; de tal forma que quede conminada a la excepción la injerencia, en estos específicos asuntos, del personal despojado de la especialización referida.

2. Como regla general, los intervinientes se preocupan más por satisfacer sus intereses procesales-funcionales que por garantizar la plena y obligatoria protección integral del menor víctima.

En la práctica diaria de tramitación y juzgamiento de estos casos, los participantes en el proceso penal ubican, en un primer plano, sus respectivas responsabilidades procesales por encima de cualesquiera otras aristas del proceso, incluyendo el deber legalmente instituido –específico para estos supuestos– de asegurar la salvaguarda general del infante atropellado.

No significa que, desde sus respectivas posiciones, los intervinien-

tes no contribuyan a cumplimentar, en la medida de lo posible, las exigencias establecidas para evitar la doble victimización del menor; sino que esta actitud de contribución es relegada a un segundo plano, con respecto al “interés principal” de cada cual: el fiscal, en su aspiración de quebrantar el principio de presunción de inocencia del acusado; el defensor, en su función social de antagonizar la pretensión punitiva; y el tribunal, en su afán de buscar la verdad material para sustentar su fallo, tienden a proscribir y –aunque en menor medida–, en ocasiones, hasta llegan a sacrificar las previsiones instituidas para no avalar un nuevo daño al niño.

“Lo que sucede, es que durante siglos el niño ha sido considerado objeto y no sujeto de derechos, tanto que incluso en la actualidad hay mucha gente –particulares y funcionarios estatales–, que sigue pensando que no es posible afectar la honra o reputación de una criatura de cinco o seis años. Igualmente, aún existen algunos jueces que piensan que ese eventual daño –que con frecuencia minimizan o incluso niegan–, es el costo que se debe pagar para solucionar el caso, lo cual en última instancia es para beneficio de la propia niña. Aquí cabe señalar que ningún nuevo daño o sufrimiento que se infrinja a una criatura en ‘nombre de la justicia’, puede ser beneficioso”.¹²

Este planteo es congruente con la posición defendida por Rozanski,

11 Al respecto, debe recordarse que una de las principales previsiones que instituye la Instrucción No. 173/03, del CGTSP, es precisamente la necesidad de contar con jueces debidamente preparados para explorar a los menores.

12 Carlos Alberto Rozanski: *Op. cit.*, p. 133.

en punto a la necesidad de instituir un modelo de actuación judicial inspirado en la práctica de la “ética humanitaria”, que implante supremacía a la “ética autoritaria”, que “sería aquel en el que los Jueces utilicen el enorme poder que poseen para asegurar, en primer orden y por encima de todo, el estricto cumplimiento de la Ley y la imposibilidad de que el niño víctima de abuso vuelva a ser maltratado”.¹³

De lo que se trata, entonces, es de demandarnos un cambio en la forma de pensamiento y de actuación en este sentido, y trabajar tales asuntos con la verdadera convicción de que lo primario y más importante es el respeto y amparo de los derechos e intereses del menor. Así, por ejemplo, nada justifica que los defensores, en el ejercicio de la facultad que la ley les otorga para ofrecer pruebas, interrogar a los testigos y alegar al final sobre el mérito de las pruebas producidas, empleen estrategias defensivas que tiendan directamente a investigar o desacreditar a las víctimas, cualquiera que sea su edad; de tal forma que el tribunal vendrá forzado a impedir y/o detener cualquier intento defensivo

con este sustrato. En este contexto, desde el punto de vista que patrocinamos, no tendría cabida la alegación de posibles límites al “derecho a la defensa”¹⁴ del procesado, pues el accionar de esta franquicia atribuible al inculcado no puede, en modo alguno, devenir violación flagrante de los derechos esenciales de las víctimas infantiles. “El desafío consiste en compatibilizar las garantías constitucionales del imputado con el sistema Judicial vigente; la averiguación de la verdad real (principio de legalidad) y las sugerencias a efectuar para evitar la revictimización Judicial del menor”.¹⁵

El deber asumido por el Estado de consagrar resguardo integral a los infantes, solo consigue ser concretado, en el caso de abuso sexual, a partir de intervenciones articuladas, respetuosas de las particularidades del fenómeno y, más que todo, de las parvedades de las víctimas.

3. Persistencia de prejuicios de género en algunos operadores intervinientes en la esfera judicial.

Los logros alcanzados por nuestra sociedad socialista, en lo que concierne a la lucha por la verdadera igualdad de la mujer como ser social, resultan hoy incuestionables.

13 *Ibíd.*, p. 241. Aquí, el autor define como “ética autoritaria” aquella práctica que resuelve la cuestión de lo que es bueno o malo considerando, en primer lugar, abstracciones como la “búsqueda de la verdad real” o “el debido proceso” de un imputado por sobre la integridad psicofísica de una niña víctima; mientras que, por el contrario, la “Ética Humanista” sustenta “lo bueno” en lo que es bueno para el hombre y “malo” en lo que es malo para el hombre, y en lo que atañe a la niña o niño abusado, para saber lo que es bueno o malo para ellos, hay que tener en cuenta las características y las consecuencias del fenómeno del abuso sexual infantil.

14 En cuanto al “derecho a la defensa”, ver Colectivo de autores: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal* (I parte), pp. 64-69.

15 Miriam G. Tcherbbis de Rossetto *et al.*: “El menor víctima del hecho delictivo como víctima del proceso penal en vistas al siglo XXI”.

El proceso revolucionario se trazó, desde sus inicios, la meta de ubicar a las féminas en el lugar que corresponde, con plenas garantías y derechos políticos, cívicos y sociales. En ese sentido, se ha instaurado la ideología socialista, en contraposición a otros frentes ideológicos tradicionales que, a lo largo de los años, habían traído consecuencias de verdadera devaluación hacia la mujer cubana.

No obstante lo anterior, lamentablemente, convergen aún ciertas maneras y modo de actuación que atentan contra la voluntad socioestatal de erradicar esos prejuicios de género, lo que provoca, en muchas ocasiones, laceraciones relevantes para la integridad física y psíquica de la mujer.

De manera concreta, en el entorno que abordo en este trabajo, no puedo dejar de reconocer que esos nefastos comportamientos, aunque minoritarios, también tienen cabida en nuestro quehacer judicial, con especial connotación, en los casos de tramitación de actos denunciados como posibles abusos sexuales contra niñas, fundamentalmente cuando se trata de preadolescentes o adolescentes.

Los perpetuadores de estos prejuicios de género tienden a realizar distorsiones que afectan el tratamiento que debe darse a las víctimas, lo que, en muchos casos, provoca doble victimización, aumento de riesgo y hasta la posibilidad de impunidad.

Esta tendencia se expresa a través de determinados cuestionamientos que, a lo largo de las distintas fases del proceso, se les ejecutan a las posibles víctimas de estos ilícitos, los cuales no resultan comunes en la tramitación de otros casos. Por ejemplo: ¿Por qué si la adolescente (supuesta víctima) es atractiva y con determinada fama de “desprendida” y “callejera”, casi siempre damos vida a la posibilidad de que ella haya provocado el ataque?, ¿por qué interrogar a la joven sobre posibles “relaciones amorosas anteriores” que nada tienen que ver con el hecho denunciado?, ¿por qué cuestionarnos sobre las posibilidades que tuvo la niña de marcharse de la fiesta, en la que también se encontraba el acusado, expresándole “galanterías”?, ¿acaso cuando una persona viene a denunciar la sustracción de su equipo de música, se le pregunta si “mostraba su equipo de forma tentadora a cuanta gente se le acercaba”?

Las respuestas a tales interrogantes, además de confirmarnos la alegada persistencia de prejuicios de esta índole en nuestro quehacer judicial, nos conlleva a concluir la necesidad de desentrañarlos de este entorno para, de esa forma, entrar en plena congruencia con las exigencias del Estado cubano en cuanto a protección integral de los menores y de la legislación actual con respecto al trato hacia la mujer.¹⁶

16 En el ámbito internacional, desde el punto de vista de legislación, desempeña un rol trascendental la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptada en la ciudad de Belem do Para (Brasil), el 9 de junio de 1994.

4. *No intervención obligatoria de psicólogos y/o psiquiatras especialistas en las exploraciones de los menores.*

No cabe duda de que, en los casos de abuso sexual infantil, el interrogatorio al impúber presumiblemente atacado constituye una de las diligencias probatorias más trascendentales, desde el punto de vista de aporte de convicción; pero, a la vez, se vislumbra como una de las acciones más complejas en el orden de su realización efectiva.

En cuanto a la intervención judicial cubana, existen normas e indicaciones muy concretas para proceder a la exploración de los menores en el entorno jurisdiccional, las que fueron expresamente instituidas por el CG-TSP en la Instrucción No. 173/03, ya abordada.

Sin embargo, las citadas predicciones de actuación —a pesar de que reconocen, como una de las facultades del tribunal, la de disponer la ejecución del interrogatorio del menor a través de un especialista en determinados casos y bajo específicas condiciones— no instituyen la exigencia de que estos psicólogos y/o psiquiatras dotados de conocimientos especializados participen, con *carácter imperativo*, en todas las ocasiones en que se requiera de esta clase de indagaciones, lo que entra en contradicción con los criterios defendidos por los más eruditos autores al respecto. Así, Rozanski

detalla que “las notorias diferencias que separan a las víctimas de abuso sexual de las de otros delitos obligan a que la interacción con las primeras sea efectuada *exclusivamente por profesionales especializados*, [...] El error en este punto consiste una vez más en dar igual tratamiento a los casos de abuso sexual infantil que a los delitos comunes. Entrevistar a víctimas tan particulares como las abusadas y dictaminar sobre la credibilidad o posibilidad de fabular de las mismas, *es sin ninguna duda una tarea de expertos psicólogos y/o psiquiatras*. Valorar jurídicamente esos dictámenes que validan o no los relatos, es la labor exclusiva y excluyente de los jueces”.¹⁷

Mientras, Sandra Baita señala: “Las personas encargadas de interrogar al niño, carecen de formación en áreas relativas a la infancia (estamos hablando de tribunales de mayores), por lo cual suelen desconocer los aspectos emocionales, evolutivos y cognitivos más básicos del niño. Esto se manifiesta la más de las veces, en la forma de interrogar al niño, el cual resulta desposeído de sus características evolutivas propias y extrañamente desconectado de la experiencia traumática vivenciada desde la cual se llegó hasta esa instancia”.¹⁸

Si bien resulta un avance ostensible para nuestro entorno judicial la predicción establecida por la Instrucción No. 173/03, en punto a la posi-

17 Rozanski: *Op. cit.*, pp.157-158.

18 Sandra Baita: “Impacto de los procedimientos legales en niños víctimas de abuso sexual infantil”.

bilidad de que un interrogador especialista participe en la exploración del menor, cuando el tribunal actuante así lo considere, para fomentar un ambiente de plena protección de los impúberes, esta intervención especializada debe instaurarse de manera obligatoria en la totalidad de los casos, no como una facultad del tribunal. Además, en las sedes judiciales deben habilitarse las condiciones materiales mínimas para el aseguramiento efectivo de esta indefectible participación de los citados expertos.

5. Ambiente judicial nocivo para los menores víctimas.

Aquí, me refiero, concretamente, a algunas prácticas de orden formal que, en muchas ocasiones, son obviadas en el desarrollo de la actividad judicial en estos casos y que, en buena medida, menoscaban la integridad del menor. Son las siguientes:

- Es frecuente que en víspera del inicio de las sesiones de los juicios, los menores pasen largas horas de torturante espera.
- En no pocas ocasiones, los juicios de estas causas se hacen coincidir con señalamientos que, muchas veces, conllevan la presencia de presos y otras vivencias, siempre nocivas para los menores.
- En una buena medida, no se adoptan las precauciones necesarias para que el (o los) infante(s) víctima(s) no tengan ningún contacto con el imputado (presunto abusador) o con los familiares de este.

Como se aprecia, se trata de cuestiones estrechamente entrelazadas al entorno ambiental que circunda a los menores en sede judicial; entorno este que siempre será adverso para el estado emocional de los infantes. Al respecto, la argentina Irene Intebi reconoce que “el ambiente en los tribunales penales es sórdido porque los problemas que se ventilan allí son sórdidos. A la justicia criminal llegan los dramas más profundos que pueden desatar los seres humanos. Los protagonistas deambulan por los edificios en una secuencia que queda registrada en las paredes, en los pasillos, en sus bancos de madera, en infinitos expedientes y hasta en el aire que se respira. [...] Victimarios, víctimas, testigos, policías y abogados, cada uno desde su rol y con sus propios dolores y miserias, se cruzan en un interminable desfile, muchas veces sin intercambiar siquiera una mirada. Es la mecánica del drama de la que es imposible sustraerse”.¹⁹

Por su parte, Rozanski considera que, en las condiciones descritas, resulta de toda lógica que la mayoría de las víctimas de delitos en general, y en especial las de abuso sexual, se sientan arrepentidas de su decisión de denunciar. Esta sensación surge al poco tiempo de ingresar en un ámbito como el aludido. El mal funcionamiento del sistema en esta temática no solo implica maltrato, sino que además acrecienta el nivel de vulnerabilidad con que las víctimas llegan a la justicia.²⁰

19 Irene Intebi: *Abuso sexual infantil en las mejores familias*, p. 249.

20 Rozanski: *Op. cit.*, pp.154-155.

El llamado, entonces, es a realizar transformaciones cardinales en nuestra forma de proceder, en lo que a este asunto concierne, para colocarnos en franca sintonía con las leyes preservadoras de la integridad de los niños víctimas; conscientes de que solo así será viable apaciguar el desconuelo de aquellos y asegurar una intervención respetuosa, en una etapa procesal tan perentoria como la que se ejecuta en sede judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Baita, Sandra: "Impacto de los procedimientos legales en niños víctimas de abuso sexual infantil" (ponencia), Asociación de Magistrados Funcionarios de la Justicia de Menores, Buenos Aires, noviembre de 2000.
- Colectivo de autores: "Niños víctimas de delitos sexuales (I parte)", en *Sexología y Sociedad*, año 2, no. 6, La Habana, diciembre de 1996.
- _____ : "Niños víctimas de delitos sexuales (II parte)", en *Sexología y Sociedad*, año 3, no. 7, La Habana, agosto de 1997.
- _____ : *Temas para el estudio del Derecho procesal penal* (I parte), Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Ferrajoli, Luigi: *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis Depalma, Bogotá, 1999.
- García Méndez, Emilio: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina*, Editorial Forum Pacts, Ibagué (Colombia), 1997.
- Glaser, Danya y Stephen Frosh: *Abuso sexual de niños*, Paidós, Buenos Aires, 1997.
- González Rodríguez, Marta: "Estudio teórico del delito de corrupción de menores", La Habana, 2000.
- _____ : *Experiencia cubana en el enfrentamiento al abuso sexual en niños*, Universidad Central de Las Villas.
- Intebi, Irene: *Abuso sexual infantil en las mejores familias*, Granica, Buenos Aires, 1998.
- Perrone, Reynaldo y Martine Nannini: *Violencia y abusos sexuales en la familia*, Paidós, Buenos Aires, 1997.
- Rozanski, Carlos Alberto: *Abuso sexual infantil. ¿Denunciar o silenciar?*, Ediciones B. Argentina, S.A., 2003.
- Tcherbbis de Rossetto, Miriam G. *et al.*: "El menor víctima del hecho delictivo como víctima del proceso penal en vistas al siglo XXI".

Legislación

- Constitución Socialista de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976 (incluyendo las modificaciones efectuadas con posterioridad).
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptada en Belem do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.
- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924.
- Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder,

- adoptada por la Asamblea General de la ONU, mediante la Resolución No. 40/34, de 29 de noviembre de 1985.
- Decreto-Ley No. 175, de 17 de junio de 1997, modificativo del Código penal, en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 6, de 26 de junio de 1997.
- Instrucción No. 137, de 2 de noviembre de 1990, del CGTSP.
- Instrucción No. 173, de 7 de mayo de 2003, del CGTSP.
- Instrucción No. 175, de 21 de julio de 2004, del CGTSP.
- Ley No. 7, Ley de Procedimiento Penal, de 18 de agosto de 1977.
- Ley No. 62, Código penal, de 29 de septiembre de 1987 (incluyendo las modificaciones efectuadas posteriormente).
- Ley No. 87, de 16 de febrero de 1999, modificativa del Código penal, en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 1, de 15 de marzo de 1999.

LO CIRCUNSTANCIAL EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

Prof. Dayán G. López Rojas,
Universidad de Matanzas

“Las circunstancias modificativas, tanto en su significado dogmático, técnico, como político-criminal, constituyen un semillero de no pocas controversias”.

José L. González Cussac

LA TEMÁTICA circunstancial es, sin duda, de las más apasionantes en la dogmática penal. Del debate a que son sometidas por las partes, y de la valoración que respecto a ellas realice el órgano judicial, depende, en buena medida, que el resultado del juzgamiento se concrete en la imposición de una sanción justa y ponderada, en armonía con los principios que rigen su individualización.

La evolución histórica de la determinación de la pena ha estado influida por el desarrollo doctrinal de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad. Según Cobo y Vives, “las circunstancias nacieron con apoyo del juicio de individualización de la pena y para cumplir un objetivo de gran alcance, ya que ponen de manifiesto su concepción gradativa en referencia con el delito y la personalidad del delincuente, afirmando a su vez la individualidad y personalismo que debe presidir la

responsabilidad criminal, expresión de un proceso de subjetivación de un Derecho penal evolucionado”.¹

Hoy día, gracias a los avances alcanzados en el análisis de la estructura del delito, por las tendencias causal-valorativa y finalista, se han logrado determinar con meridiana precisión las nociones de antijuricidad y de culpabilidad, lo que ha propiciado el desarrollo del estudio de las circunstancias modificatorias con el objeto de aplicar penas justas y proporcionadas a la gravedad y trascendencia social del hecho y a los fines de la pena.²

De este modo, el sujeto delincuente pasa a tener especial consideración, porque la sanción penal debe guardar estricta proporcionalidad con la gravedad del injusto y la intensidad del reproche que merece el responsable, valorando además razones político-criminales. Las circunstancias modificatorias tienen precisamente esa finalidad: determinar la mayor o menor gravedad

1 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal, Parte general*, p. 610.
2 Mario Garrido Montt: *Derecho penal, Parte general*, t. 1, p. 177.

del delito, la intensidad del juicio de reproche y las necesidades político-criminales.

En el estudio de la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, se dedica un espacio al estudio y explicación de lo relativo a la compatibilidad, en cuya sede se analiza la relación que guardan las circunstancias con el hecho o entre sí.

No resulta posible aplicar una circunstancia que excluye conceptualmente a otra, o al tipo mismo de delito. Se habla, entonces, de incompatibilidad, que puede darse entre delitos y circunstancias, o entre estas últimas.

Uno de los supuestos de incompatibilidad que más se discute es el relacionado con la apreciación de circunstancias modificativas en los delitos cometidos por imprudencia. El criterio extendido en la doctrina es la imposibilidad de apreciar, en estos casos, circunstancias de atenuación y agravación genéricas, por resultar incompatibles con el tipo imprudente.

Esta postura, asumida como dominante por la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo Popular (TSP), hoy merece ser sometida a un replanteo, en coherencia con el sos-

tenimiento de una teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Para ello, se requiere, en primer término, hacer un somero esbozo sobre algunas cuestiones esenciales de la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, en aras de sustentar nuestro criterio sobre el asunto en comentario.

LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

Actualmente, en el círculo de la dogmática jurídico-penal, se reconoce que la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se halla en un verdadero estado de semiabandono, pues, salvo puntuales excepciones,³ estas solo han sido objeto del escaso estudio que le ha brindado la parte general de la manualística. Sin embargo, no puede decirse lo mismo en lo referido al análisis de las circunstancias en particular, pues casi todas han sido tratadas en excelentes trabajos monográficos de autores, en su mayoría españoles.⁴

3 En este sentido, se ha manifestado Mercedes Alonso Álamo, quien sostiene que, en la dogmática penal actual, "no aparece suficientemente atendido el estudio general, sistemático, de las circunstancias del delito" (Mercedes Alonso Álamo: "Circunstancias del delito e inseguridad jurídica", p. 6).

4 Entre los múltiples estudios que se han proyectado sobre las circunstancias concretas, en la doctrina extranjera, pueden señalarse: Alcalá-Zamora y Castillo: *El desistimiento espontáneo y el arrepentimiento activo (memoria doctoral)*; Alonso Fernández: *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad, análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*; Altés Martí: *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del Art. 10 del Código penal)*; Amat y Furio: *La embriaguez ante la ciencia penal*; Bajo Fernández: *El parentesco en el Derecho penal*; Bravo Gutiérrez: *El disfraz y su comunicabilidad*; y Cortés Bechiarelli: *Arrebató u obcecación: circunstancias atenuantes*. Recientemente, se han ocupado de esta temática, en el ámbito patrio: Carlos

Pero la ausencia de sólidas bases, en lo referido a una teoría general sobre la temática analizada, se ha convertido en su “talón de Aquiles”. Contra estos estudios sobre circunstancias específicas conspira la enorme disparidad de criterios relacionados con aspectos sustanciales, como la delimitación del propio concepto de circunstancia, su naturaleza jurídica, su fundamento, la clasificación, la comunicabilidad o compatibilidad entre ellas, el error, y otras categorías, lo que ha conducido a que González Cussac sostenga que “las circunstancias modificativas, tanto en su significado dogmático, técnico, como político-criminal, constituyen un semillero de no pocas controversias”.⁵

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En la vida cotidiana, tienen lugar variadísimos comportamientos humanos que resultan reñidos con de-

terminados bienes jurídicos. El Derecho penal moderno, erigido sobre su función preventivo-protectora, respetuoso de las garantías individuales del ciudadano, encuentra justificación en la tutela jurídica fragmentaria de aquellos bienes jurídicos cuya protección resulta indispensable para la realización del individuo dentro de la sociedad y el Estado.⁶ Esta idea constituye el sustrato del principio de fragmentariedad e intervención mínima del Derecho penal que, tal como ha puesto de manifiesto Mir Puig, responde a la filosofía de lograr el “mayor bien social” con el “menor costo social”, alcanzar la “máxima utilidad posible” con el “mínimo sufrimiento necesario”.⁷

Ante un acontecimiento jurídico-penalmente relevante es necesario llevar adelante un proceso de transformación jurídica de ese “hecho-bruto” al hecho individualizado, al “hecho definitivo”, al tiempo que debe convertirse la “norma-bruta” en “norma particularizada”, suficientemente concretizada para ser aplicable al hecho.⁸ En este

Alberto Mejías Rodríguez: “Concepto, naturaleza jurídica y elementos de la alevosía en el derecho penal cubano” (versión digitalizada); y Danilo Rivero García: “¿Vida ejemplar o conducta destacada?” y “¿Espontánea confesión o ayuda al esclarecimiento? Polémica entre el discurso legal y la práctica”, en *Temas permanentes del Derecho procesal y del Derecho penal*.

- 5 José L. González Cussac: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, p. 3. El estado de la cuestión ha llegado a tal punto que Cobo y Vives han afirmado que “existe una gran disparidad y distanciamiento en la doctrina y un alto grado de incerteza en esta materia, disparidad, distanciamiento e incerteza de los que participan también, como no podía ser de otro modo, los pronunciamientos del Tribunal Supremo, y ello sobre aspectos tales como su naturaleza, su clasificación, su ubicación sistemática o su función, e incluso también sobre cuestiones no ya generales sino aspectos concretos de cada una de las circunstancias en particular”. (Cobo del Rosal y Vives Antón: *Op. cit.*, p. 873.)
- 6 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal, Parte general*, p. 72.
- 7 Santiago Mir Puig: *Derecho penal, Parte general*, p. 105.
- 8 K. Larenz: *Metodología de la ciencia del Derecho*, p. 274.

sentido, explica González Cusacc que “junto a la parte principal del hecho, la que da lugar a la formulación de los juicios de antijuricidad y de culpabilidad, coexiste otra accesoría –al menos desde el punto de vista jurídico-valorativo, que no desde el naturalístico, en el que ambos son iguales– que origina la teoría de las circunstancias modificativas”.⁹

De lo anterior, se concluye que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal constituyen elementos accidentales del delito (*accidentalia delicti*),¹⁰ en tanto no determinan su existencia, sino que solo importan a los efectos de la gravedad de la infracción. Se trata de las denominadas circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal que, por regla general, afectan a las categorías esenciales del delito

–injusto y culpabilidad– disminuyendo o aumentando su cantidad, sin olvidar que, en determinados casos, su justificación responde a exclusivas razones de política criminal.¹¹

FUNDAMENTO Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Quienes han pretendido hallar la justificación de por qué simples accidentes van a determinar un aumento o disminución de la pena se han agrupado tradicionalmente en dos posiciones enfrentadas; y mientras unos atribuyen tales consecuencias a la modulación que las circunstancias determinan sobre las magnitudes que componen el ilícito –injusto y culpabilidad–, y sitúan su estudio en la teoría del delito,¹²

9 José L. González Cussac: “Presente y futuro de las circunstancias modificativas”, p. 32.

10 Como bien ha puesto de manifiesto González Cussac, “su naturaleza jurídica es puramente accidental al no afectar a la sustancia (existencia misma) de la infracción, esto es, ni a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, ni a su posterior reproche. Se trata de elementos accidentales que pueden existir o no, y que pueden tener relevancia penal o no tenerla, a cuyos efectos resulta definitivo «el dato normativo»”. (*Ibid.*, p. 33.)

11 Pero estas circunstancias atenuantes y agravantes que normalmente reconocen los códigos en su parte general –*atenuantes y agravantes en sentido estricto*– no son los únicos elementos accidentales de los que depende la gravedad del hecho, pues en la parte especial también se describen numerosos elementos que aumentan o disminuyen la pena. A estos últimos, Mir Puig los denomina “elementos típicos accidentales”. (Mir Puig: *Op. cit.*, p. 602.)

12 Una postura doctrinal, superada actualmente, se pronunció por estimar que las circunstancias, aun en la teoría del delito, solo influían en la culpabilidad, entendiendo que suponían una mayor o menor peligrosidad del sujeto. Estas concepciones respondían a la corriente positivista del Derecho penal e imperaron en Cuba durante la regencia del Código de Defensa Social. En relación con esta temática, explica el profesor Pérez de Ágreda que “la tendencia mayoritaria actual, en la determinación legal de la pena, es hacia la ponderación de ésta con un amplio arbitrio judicial en busca, fundamentalmente, de la solución más beneficiosa al sancionado. [...] Es una concepción preventivo-especial no solo distinta, sino, en esencia, contraria a la que trajo el Positivismo en su tendencia de la ‘defensa social’, donde se apreciaba la ‘peligrosidad criminal futura del individuo’ para imponer una pena que, ajustada a esa predicción, procurara la supresión, la eliminación de esa peligrosidad y así la resocialización del transgresor. En esta nueva concepción preventivo-especial se aprecian las circunstancias personales del transgre-

otros esgrimen argumentos político-criminales y, en consecuencia, las ubican en la teoría de la sanción.¹³ Sin embargo, últimamente, se han alzado nuevas voces que, coherentes con las más avanzadas concepciones del sistema penal, han propuesto una solución intermedia o ecléctica.

Fundamento dogmático

Quienes defienden esta línea de pensamiento sostienen que la varia-

ción o modificación de la pena que conlleva la presencia de una circunstancia es consecuencia, a su vez, de que aquella modifica accidentalmente el contenido de injusto o de culpabilidad, lo que supone la graduabilidad de estas magnitudes de la estructura del delito.¹⁴

Tanto la antijuricidad como la culpabilidad constituyen magnitudes graduables, cuyo contenido varía de acuerdo con la intensidad con que se manifiestan sus presupuestos fácticos en el caso particular.¹⁵

sor únicamente cuando aconsejan imponer una pena inferior a la que correspondería en proporción a la gravedad del hecho; ahora, cuando esas condiciones personales no sean positivas nunca serán tomadas en cuenta como criterios para agravar la pena en razón a la supuesta 'peligrosidad criminal del sujeto' pues, al no ser objeto de valoración en el concepto del delito no puede determinar la medida de la pena. Si en el delito se aprecian antijuricidad y culpabilidad, la medida de la pena es, consecuentemente, proporcional a ellas". (Gabriel Rodríguez Pérez de Ágreda: "La adecuación judicial de la pena en el Código penal cubano actual", p. 69.)

- 13 La primera posición es la dominante en la doctrina española, salvo algunos autores que, como Cobo y Vives, González Cussac y Quintero Olivares, las estudian dentro de la teoría de la pena, siguiendo el criterio sostenido por la dogmática alemana. (Mir Puig: *Op. cit.*, p. 603.)
- 14 Se adhieren a esta postura, en la doctrina española, Mercedes Alonso Álamo y Carmen Salinero Alonso. Sostiene esta última que "en definitiva, la variación de la pena abstracta prevista para un delito es consecuencia de la presencia de circunstancias que en unas ocasiones modifican —accidentalmente— el contenido del injusto o de la culpabilidad. Por tanto, las circunstancias aún teniendo efectos últimos o mediatos sobre la cantidad de pena, van a suponer un retoque al injusto, si es que afectan a la mayor o menor gravedad del hecho, o a la culpabilidad, si descansan en elementos de la imputación subjetiva". (Carmen Salinero Alonso: "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicación de las circunstancias modificativas", p. 1310.)
- 15 Cobo del Rosal y Vives Antón: *Op. cit.*, p. 611. En la doctrina, se han alzado voces reticentes a admitir la gradación de las categorías injusto y culpabilidad (o imputación personal, como prefiere denominarle hoy un sector de la dogmática), arguyendo que un hecho es lícito o no, y que un sujeto es culpable o no lo es. Al parecer, quienes sostienen esta posición desconocen los fundamentos que informan el moderno y más avanzado Derecho penal, que se rige sobre los principios de *proporcionalidad* y *prohibición de exceso*, lo que trae como consecuencia que de *lege ferenda* se admita la graduabilidad de tales elementos del delito en atención a que un hecho puede presentar mayor o menor desvalor —objetivo o subjetivo— de acción o resultado, o puede ser más o menos reprochable al autor. Obviamente, no pueden ser valorados de la misma manera, desde el punto de vista de su gravedad, los delitos de lesión o daño y los delitos de peligro, lo cual viene determinado por el grado de ofensa al bien jurídico. Del mismo modo, no

En efecto, el injusto es graduable por dos vías: por el desvalor de la acción, o porque el desvalor del resultado sea mayor o menor. El desvalor de la acción, fuera del tipo –circunstancias–, puede verse conformado por determinados móviles o intenciones que supongan su aumento o disminución, como ocurriría de estar presentes las circunstancias de “cometer el hecho por lucro o por otros móviles viles, o por motivos fútiles” (Artículo 53b, CP) o “haber obrado el agente obedeciendo a un móvil noble” (Artículo 52g, CP), respectivamente.

En cuanto al desvalor del resultado, también puede ser modulado a través de determinadas circunstancias que, como “ocasionar con el mismo graves consecuencias” (Artículo 53c, CP), determinan una agravación.

La culpabilidad es una estructura igualmente graduable a partir del análisis de los elementos que la conforman. Como ejemplo de la modulación del reproche culpabilístico, en atención a la menor capacidad de culpabilidad –imputabilidad–, están las circunstancias de “haber obrado la mujer bajo trastornos producidos por el embarazo, la menopausia, el período menstrual o el puerperio” (Artículo 52d, CP), o “haber obrado el agente en estado de grave alteración psíquica provocada por actos ilícitos del ofendido” (Artículo 52f, CP), al igual que los supuestos de imputabilidad disminuida por la pre-

sencia de psicopatologías que no excluyen la capacidad de culpabilidad, según el apartado 2 del Artículo 20 del Código penal cubano.

Asimismo, la atenuante de la letra c) del Artículo 52, “haber cometido el delito en la creencia, aunque errónea, de que se tenía derecho a realizar el hecho sancionable”, incidirá sobre el elemento referido a la conciencia de la antijuricidad del acto; mientras que la prevista en el Artículo 52a (“obrar el agente bajo la influencia de una amenaza o coacción”) desplegará sus efectos atenuatorios sobre el último eslabón que debe valorarse en el momento de la formulación del juicio de reproche: la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Reflexionando sobre la culpabilidad, entendida como imputación personal, es decir, como la posibilidad de atribuir el injusto a su autor –juicio de reproche–, ha aclarado Mir Puig que “esta no puede crear un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto penal [...] no puede más que atribuir el injusto penal que concurra. Toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, la imputación personal solo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad”.¹⁶

En este mismo sentido, acota magistralmente el catedrático español que “la culpabilidad no añade al injusto ningún objeto específico de desvalor

puede reprochársele de igual forma el mismo comportamiento desarrollado por un sujeto que actúa bajo un error de prohibición vencible, que a uno que conoce plenamente la antijuricidad de su comportamiento.

16 Mir Puig: *Op. cit.*, p. 616.

que contribuya a fundar la pena. [...] La pena no castiga la culpabilidad, sino la realización de un hecho no deseado, prohibido, antijurídico. La culpabilidad es solo condición de atribución del injusto a su autor. Por eso no puede agravar, sino solo en su caso, atenuar o excluir la pena”.¹⁷

En mérito a lo anterior, habrá que concluir que la atenuación responde a una disminución del injusto o de la culpabilidad, y la agravación a un incremento de la antijuricidad.

Fundamento político-criminal

La segunda dirección, en torno al fundamento y ubicación sistemática de las circunstancias, es aquella que las sitúa fuera de la teoría del delito y en el seno de la teoría de la pena. González Cussac y otro grupo de autores¹⁸ rechazan el criterio de dividir las circunstancias atendiendo a su incidencia en el injusto o en la culpabilidad, bajo el criterio de que todas las circunstancias responden a consideraciones político-criminales y, más exactamente, a una mayor o menor necesidad de tutela y, en consecuencia, a una mayor o menor necesidad de pena.¹⁹

Esta ha sido la línea de pensamiento que ha llevado a sus últimas consecuencias el planteo de que

las circunstancias, como elementos accidentales que son, no afectan la esencia ni existencia del delito y que solo significan reglas de medición de la pena.²⁰

Los defensores de esta postura sostienen que la existencia o inexistencia de circunstancias repercute en lo que es la consecuencia jurídica del delito y, por tanto, a ella deben ser reconducidas, sobre la base de que la pena es un concepto sujeto a medición, que se presta mucho más a ello que el propio delito, sin desconocer la graduabilidad que pudiera concedérsele a sus elementos (culpabilidad y contenido de injusto).²¹

Posición intermedia

Aun cuando la doctrina mayoritaria quiere ver la fundamentación de las circunstancias en una modulación de las categorías injusto o culpabilidad, los defensores de esta posición no pueden desconocer que existen casos en que tal vinculación es difícil de establecerse, por no decir imposible.

Quienes, por el contrario, entienden que el campo de operaciones de las circunstancias es la pena perciben, igualmente, que, en determinados supuestos, resulta complicado “aislar” a las circunstancias de

17 Mir Puig: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p.103.

18 Ver nota 13.

19 Alonso Álamo: *Op. cit.*, p. 22.

20 De esta opinión, González Cussac entiende que las circunstancias modificativas “deben verse como instrumentos de medición de la pena, y más específicamente, como aquellos elementos ofrecidos por el legislador que posibilitan la fijación del llamado marco legal concreto de la pena”. (González Cussac: *Presente y futuro...*, p. 44).

21 Cobo del Rosal y Vives Antón: *Op. cit.*, p. 611.

valoraciones en torno a los juicios de antijuricidad o culpabilidad. Es decir, el reconocimiento de momentos político-criminales o de caracterización dogmática en las circunstancias, con independencia de su mayor o menor peso, pone de manifiesto que las “reglas generales” tienen excepciones.²²

Representando esta postura ecléctica, Arias Eibe propone una diferenciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en dos subcategorías: las circunstancias del delito y las circunstancias post-delictuales; de tal suerte, “mientras que las primeras poseen un fundamento esencialmente dogmático, por ir referidas a las categorías injusto o culpabilidad, las segundas poseen un fundamento estrictamente político-criminal”.²³

Esta, a nuestro juicio, la solución correcta, conlleva al entendimiento de que, en la teoría del delito, desde una óptica metodológicamente coherente,

el lugar sistemático que debe ocupar el estudio de las circunstancias se corresponde con el momento en que tenga lugar la explicación de las categorías injusto y culpabilidad, las que, dada su naturaleza graduable, pueden verse aumentadas o disminuidas, con independencia de que esta modificación despliegue su eficacia en el momento de la determinación del castigo, análisis que cobra efecto en el terreno de la teoría de la pena.

Las circunstancias, entonces, gradúan la pena porque modulan, en primer término, el delito,²⁴ pero todo ello sin preterir su función político-criminal de tutela, o de mayor o menor necesidad de pena, pues, a la luz de las actuales concepciones de delito, injusto y culpabilidad, no están ajenos a las exigencias político-criminales, por lo que debe admitirse que el catálogo de circunstancias que rodean al delito, en mayor o menor medida, están cofundamentadas por determinadas razones preventivas.²⁵

22 Salinero Alonso: *Op. cit.*, p. 1308.

23 Manuel J. Arias Eibe: “Graduación del desvalor y reproche en el marco de la estructura esencial y accidental del delito”, p. 6.

24 Defiende esta posición, dentro del penalismo clásico, el maestro Luis Jiménez de Asúa, quien sostuvo que “no parece propio tratarlas como datos para la medida de la pena [...] porque si agravan o atenúan la pena será por algo. Y ese algo es el grado de culpabilidad o peligrosidad”. (Jiménez de Asúa: *Principios de Derecho penal, la ley y el delito*, p. 443.)

25 No puede negarse que la moderna construcción de la teoría del delito se erige sobre la base de principios político-criminales, atendiendo precisamente a que el Derecho penal hoy se concibe como un *Derecho penal orientado a las consecuencias*, lo que convierte la comprobación empírica de las consecuencias que este persigue en un elemento fundamental para la interpretación del conjunto normativo que interesa al jurista. Un Derecho penal concebido de tal modo necesita verificar la justeza de las decisiones de las distintas instancias jurídico-penales, aunque se nos presenten como correctas desde el punto de vista normativo. Así, deberá cuestionarse el legislador penal si es necesario recurrir a esta rama del Derecho, cuando sean suficientes otros medios de solución jurídica menos radicales (Derecho laboral, Derecho de familia etc.); si las prohibiciones penales se refieren a conductas que “realmente” producen un daño y, por tanto, lesionan un bien jurídico; si el aumento de la gravedad de la pena produce el esperado efecto in-

Este criterio ha de entenderse como regla general, sin olvidar que pueden presentarse casos en que es imposible establecer la fundamentación de las circunstancias, a partir de una modulación del injusto o de la culpabilidad.

Ciertamente, si atendemos a la circunstancia que el Código penal cubano reconoce en la letra ch) del Artículo 52 –“haber procedido el agente por impulso espontáneo a evitar, reparar o disminuir los efectos del delito, o a dar satisfacción a la víctima o a confesar a las autoridades su participación en el hecho, o a ayudar a su esclarecimiento”–, podrá entenderse lo planteado sobre ella por Salinero Alonso en el sentido de que “siempre ha sido caballo de batalla para defender o criticar la vinculación de las circunstancias a la teoría del delito o fuera de ella”.²⁶

Del análisis de esta circunstancia, que la doctrina ha denominado *arrepentimiento espontáneo*, sin duda, podrá convenirse en que esta ni afecta al tipo de injusto ni a la imputación personal, por cuanto se apoya en un fundamento fáctico posterior al hecho que ya ha alcanzado la consumación, o sea, luego de que se han perfeccionado las categorías de injusto y culpabilidad.

Evidentemente, el fundamento de esta atenuante no se halla en la gra-

dación de las categorías que componen el contenido de la infracción punible, sino que descansa en razones político-criminales que, con un sentido utilitarista y pragmático, fomentan la reparación del daño y la persecución oficial, actuación de la que se deriva, *post delictum*, una menor necesidad de pena, tanto desde un punto de vista preventivo especial –menor peligrosidad apreciable en quien reconoce su actuación delictiva e interioriza la significación del bien jurídico, mediante la reparación del daño–, como preventivo general positivo –la actitud del delincuente conduce a la afirmación de la conciencia social sobre la norma y de su vigencia de cara a la comunidad.

De lo dicho hasta aquí, puede concluirse que las circunstancias modificativas tienen un doble fundamento: dogmático y político-criminal. En dependencia del caso, prevalecerán las razones político-criminales sobre las dogmáticas, o viceversa; mientras que, en otras oportunidades, solo las primeras cobrarán relevancia. Pero, en todas las situaciones, solo las particularidades del caso concreto podrán determinar la preponderancia de un aspecto u otro, en la valoración del fundamento de la circunstancia.

timidatorio. También, el juez penal tendrá que reflexionar, especialmente en el momento de determinación de la pena, sobre cuestiones trascendentales que el legislador deja en manos de su discrecionalidad. (Winfried Hassemmer y Francisco Muñoz Conde: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, pp. 15 y ss.) En el caso específico de Cuba, por ejemplo, el tribunal deberá razonar sobre la viabilidad de sustituir la pena privativa de libertad por alguna de las subsidiarias que reconoce la ley (trabajo correccional con internamiento, o sin él, limitación de libertad) o remitirla, condicionalmente, o apreciar la disminuyente por razón de la edad, etc.

26 Salinero Alonso: *Op. cit.*, p. 1312.

LO CIRCUNSTANCIAL EN LO IMPRUDENTE

Afirmada la incompatibilidad de circunstancias modificativas con el ilícito imprudente —que en nuestro país ha constituido tradicionalmente un sólido criterio de la Sala de lo Penal de TSP, asimilado a lo que en otras latitudes se identifica con la cómoda posición de “línea jurisprudencial dominante”—, corresponde ahora desarrollar un análisis crítico en torno a dicha cuestión.

El fundamento de esta inveterada postura académica parte de que, para la apreciación de tales elementos accidentales, se precisa que el agente conozca la base fáctica de la circunstancia en cuestión y, al menos, se aproveche de ella; lo que de ordinario ocurre en los delitos dolosos, ya que en ellos el sujeto conoce todos y cada uno de los presupuestos típicos y las circunstancias vinculadas a aquellos, y quiere la realización del hecho delictuoso. Pero es obvio que esto no acontece en la conducta imprudente, en la que resulta irrelevante la finalidad que anima la actuación del sujeto, toda vez que la desaprobación recae sobre la forma descuidada en que aquel ejecuta el comportamiento que ocasiona un resultado lesivo no querido, pero sí previsible y evitable, de haberse observado el deber de cuidado objetiva y subjetivamente exigible.²⁷

En este sentido, señalaba el profesor Aldo Prieto Morales que, en los delitos imprudentes, “rige el prin-

cipio de la previsibilidad, pero no el de la voluntariedad, característica del dolo, por lo que no resulta justo ni correcto apreciarlas”.²⁸

Desde nuestro punto de vista, este criterio es absolutamente válido en relación con aquellas circunstancias que poseen un típico fundamento dogmático, cuya apreciación está sujeta a que sean buscadas o, al menos, aprovechadas por el comisador.

Sin embargo, esas razones pierden toda eficacia de cara a aquellas circunstancias que gozan de un exclusivo fundamento político-criminal, con nula influencia sobre el injusto o la culpabilidad, por estar vinculadas a los fines de la sanción, como acontece en aquellas circunstancias de naturaleza predelictual —como la prevista en el Artículo 52e— o postdelictual —como es el caso del Artículo 52ch—, que no modifican la gravedad de la infracción penal en razón de un menor injusto o una menor culpabilidad, porque no es posible analizar el contenido de estas categorías, cuando todavía no se ha iniciado la dinámica delictiva —ejecución o, excepcionalmente, la preparación— ni con posterioridad a la consumación, cuando ya han quedado completamente perfeccionadas.

En estos casos, no se trata de determinar si el hecho es menos negativo, sino que las valoraciones deben estar enfocadas en la personalidad del sujeto y en las posibilidades de alcanzar el cumplimiento de

27 Con mayor amplitud, Muñoz Conde y García Arán: *Op. cit.*, p. 284.

28 Aldo Prieto Morales: *Lo circunstancial en la responsabilidad penal*, p. 241.

los fines programáticos de la sanción reconocidos en el Artículo 27 del texto punitivo en vigor. La carga de prevención especial que ha de contener la pena resulta disminuida, cuando deba recaer en un sujeto sobre quien puede fundarse la prognosis fiable de que las finalidades de la punición serán alcanzadas con una respuesta penal menos intensa, en aras de una menor necesidad de pena.²⁹

Obviamente, el criterio de apreciar estos elementos accidentales en los delitos imprudentes se limita, exclusivamente, a circunstancias atenuantes, las que deben ser acogidas sin reservas en coherencia con los principios garantistas del Derecho penal, ya que ellas implican limitar la intervención punitiva del Estado.³⁰

Siendo así, hay que admitir la posibilidad de apreciar, en delitos culposos, las circunstancias contenidas en los incisos ch) y e) del cuadro de atenuantes previsto en el Artículo 52 (arrepentimiento espontáneo y conducta destacada) que, por su fundamento político-criminal —razones utilitaristas y preventivo-especiales—, resultan plenamente congruentes con dicha forma de imputación subjetiva.

Un reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de justicia

augura, al parecer, el inicio de un cambio de postura en este sentido; y, aunque trata el asunto con cierta timidez, merece destacarse como colofón de la posición aquí asumida. Se trata de la Sentencia No. 853, de 24 de marzo de 2010, dictada por la sala de casación³¹ que, en un delito complejo y culposo de homicidio y daños, cometidos en ocasión de conducir vehículos en las vías públicas, resolvió en lo atinente: “Que la cuestión de la apreciación de las circunstancias de atenuación y agravación de la responsabilidad penal en los delitos cometidos por imprudencia es un tema tratado en el campo de la doctrina científica en el sentido de que son de apreciación unas y otras siempre que sean compatibles con la índole del delito por imprudencia, rechazándose tan solo las que se vinculen de modo especial al delito intencional; de manera que no es válida la posición sostenida en la sentencia por la Sala actuante, al afirmar que ante la comisión de este tipo de hechos se excluye todo lo referido a las modalidades circunstanciales del ilícito, lo que determinó que no se motivara, de manera particular, la antes mencionada circunstancia mitigatoria de la responsabilidad penal alegada por el recurrente”.

29 Opina Stratenwerth que “a la culpabilidad ha de añadirse siempre la necesidad práctica de una pena”, y aclara Roxin que “una conducta merecedora de pena solo estará necesitada de pena si se añade una necesidad preventiva de punición”. (Claus Roxin: *Derecho penal, Parte general*, t. 1, p. 983.)

30 Juan Bustos Ramírez: *El delito culposo*, p. 113.

31 La sala estuvo integrada por Tomás Betancourt Peña (presidente), Eulogio Roque Díaz, María Caridad Bertot Yero (ponente), Luis Olayo Hernández Márquez y Luis Reynaldo Molina Hernández.

IDEAS FINALES

- Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son elementos accidentales del delito (*accidentalía delicti*), por cuanto no determinan su existencia, sino que solo importan a los efectos de la gravedad de la infracción.
- El estudio y la ubicación sistemática de las circunstancias deben reconducirse a la teoría del delito, en unos casos; y a la teoría de la pena, en otros. Por ello, el fundamento de las circunstancias debe enmarcarse en una posición mixta, que reconozca tanto razones dogmáticas como político-criminales, lo cual habrá de determinarse de acuerdo con la circunstancia en particular.
- En los delitos imprudentes, no es posible apreciar circunstancias agravantes. Las atenuantes pueden valorarse siempre que se fundamenten en razones político-criminales. Así, podrán apreciarse, en los delitos imprudentes, las causas de mitigación de la pena previstas en los apartados ch) y e) del Artículo 52 del vigente Código penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá-Zamora y N. Castillo: *El desistimiento espontáneo y el arrepentimiento activo (memoria doctoral)*, Colegio Nacional de Sordomudos y de Ciegos, Madrid, 1928.
- Alonso Álamo, Mercedes: "Circunstancias del delito e inseguridad jurídica", en *Cuadernos de Derecho judicial*,

Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

Alonso Fernández, J. A.: *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad; análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*, Bosch, Barcelona, 1999.

Altés Martí, M. A.: *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del Art. 10 del Código penal)*, Universidad de Valencia, 1982.

Amat y Furio, V.: *La embriaguez ante la ciencia penal*, Editorial Imprenta de "El Noticiero Universal", Barcelona, 1890.

Arias Eibe, Manuel J.: "Graduación del desvalor y reproche en el marco de la estructura esencial y accidental del delito", en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_19.pdf. [Consulta: 29/11/11, 8:47 p.m].

Bajo Fernández, M.: *El parentesco en el Derecho penal*, Barcelona, 1973.

Bravo Gutiérrez, D.: "El disfraz y su comunicabilidad", en *Cuadernos de Derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

Bustos Ramírez, Juan: *El delito culposó*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

Cobo del Rosal, Manuel y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal, Parte general*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

Cortés Bechiarelli, E.: *Arrebató u obcecación: circunstancias atenuantes*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

Garrido Montt, Mario: *Derecho penal, Parte general*, t. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

González Cussac, José L.: "Presente y futuro de las circunstancias modificativas", en *Cuadernos de Derecho*

- judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- _____: *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1983.
- Hassemer, Winfried y Francisco Muñoz Conde: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- Jiménez de Asúa, Luis: *Principios de Derecho penal, la ley y el delito*, 3.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- Larenz, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.ª ed., trad. por M. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980.
- Mejías Rodríguez, Carlos Alberto: "Concepto, naturaleza jurídica y elementos de la alevosía en el Derecho penal cubano", en <http://vlex.com/vid/conceptosnaturalezaelementosalevosia50154116> [Consulta: 18/11/11, 4:22 p.m.].
- Mir Puig, Santiago: *Derecho penal, Parte general*, 7.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2005.
- _____: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed. rev., Bosch, Barcelona, 1982.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán: *Derecho penal, Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Prieto Morales, Aldo: *Lo circunstancial en la responsabilidad penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1983.
- Rivero García, Danilo: *Temas permanentes del Derecho procesal y del Derecho penal*, ONBC, La Habana, 2010.
- Rodríguez Pérez de Ágreda, Gabriel: "La adecuación judicial de la pena en el Código penal cubano actual", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 31, enero-junio de 2008, La Habana.
- Roxin, Claus: *Derecho penal, Parte general*, t. 1, tr. y notas de D. M. Luzón Peña, M. Díaz García-Conlledo y J. de Vicente Remesal, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- Salinero Alonso, Carmen: "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicación de las circunstancias modificativas", en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Luis A. Arroyo Zapatero (coord.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca, 2011.

EL FRAUDE PENAL Y EL CIVIL EN EL DELITO DE ESTAFA

Dr. Yan Vera Toste, y
Lic. Malvys Ávila Rodríguez,
abogados de bufetes colectivos, La Habana

EN EL presente trabajo, pretendemos abordar el problema, a nuestro juicio, medular, en el delito de estafa. Cuando se analiza la evolución histórica de este ilícito, vemos la relación que guarda con otras ramas del ordenamiento jurídico y, en especial, con la civil.¹ De ahí que la distinción entre la estafa y el llamado dolo civil —el cual da lugar a la nulidad relativa del negocio jurídico, pero no a una acción de carácter penal— es objeto de viva polémica, tanto por la doctrina penal, como en la civil.²

Este tópico es abordado como *la diferencia entre el dolo civil y el penal*, y se enmarca, principalmente, en el elemento del tipo penal de estafa de ardid o engaño, empleado por la mayoría de las legislaciones. Coincidimos con el legislador civil cubano³ y con Sebastián Soler,⁴ en que lo más correcto es denominarlo fraude. El llamado dolo civil, entendido como vicio del consentimiento o de la voluntad, no es el que provoca el vicio, sino

el error en que incurre el engañado por el fraude.

El resultado que le presentamos a continuación surgió de las jornadas de trabajo en que compartimos con una colega y amiga, en funciones de tutor, en una tesis de la especialidad en Derecho penal que imparte la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, titulada *Delito de estafa. Su manifestación en la realidad jurídica cubana*. Las ideas transmitidas, valoraciones y la propia importancia del tema, en el orden teórico-práctico, nos llevó a resumirlos en este artículo, aunque cuando la citada tesis salga a la luz, podrán encontrar en ella ideas más desarrolladas.

La problemática abordada, generalmente, ha sido considerada como “tierra de nadie”. Los penalistas responsabilizan a los civilistas y estos a aquellos. Lo cierto de todo es que, de cara al perfeccionamiento de nuestra impartición de justicia, se hace imprescindible su desarrollo

1 El problema de la conexión del Derecho penal con el civil podemos retrotraerlo en el tiempo a *Límites entre el Derecho privado y el Derecho penal*, libro publicado por von Liszt en 1869. Ver Valentín Silva Melero: “Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal (Introducción a su estudio)”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, serie 1.ª, no. 3, 1948, p. 246.

2 José A. Grillo Longoria: *Los delitos en especie*, t. 2, 1982, p. 343.

3 Artículo 71 del Código civil cubano, Ley 59 de 1987.

4 Sebastián Soler: *Derecho penal argentino*, vol. II, 1992, pp. 156-157.

desde una arista científica que tribute a su esclarecimiento y posible solución. Este constituye el objetivo que perseguimos.

Atendiendo a una obra de estas características, se nos hace imprescindible analizar tanto al fraude civil como el penal, y así establecer las posibles diferencias existentes entre ellos, aunque, como refirió Antón Oneca,⁵ entre ambos no hay muchas diferencias.

EL FRAUDE CIVIL

El Artículo 71 del Código civil cubano establece que “existe fraude si una parte infunde una falsa creencia a la otra o la confirma en ella, a fin de que emita una manifestación de voluntad que en otras circunstancias no habría hecho”.

La doctrina cubana considera que esta formulación permite diferenciarla del fraude penal, aunque no ofrece fundamentación alguna.⁶ Lo cierto es que se entiende⁷ como fraude o dolo (más generalizado)

un vicio del consentimiento consistente en la inducción insidiosa (bajo artificios o engaños) de una de las partes hacia la otra, que sin esta no hubiese celebrado el negocio.⁸

Los antecedentes del fraude civil (dolo), como vicio de la voluntad, se encuentran en el Derecho romano, y recibe cambios importantes a partir de su recepción por el derecho común.⁹ Es conocida la frase de Laboon incluida en el *Digesto*, en donde se definía como *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, decipiendumve alterum adhibitam*.¹⁰

El ingreso del fraude o dolo civil como vicio del consentimiento se produce en la obra de Domat, quien señaló, además, la íntima conexión de este con el *principio de buena fe*, ya que era esencial, para todos los tratos, que ellos sean hechos *avec sincérité et fidélité*.¹¹ Con este significado de vicio, que hace anulable el negocio jurídico, se le regula en el Código civil francés de 1804 (Artículo 1.1116)¹² y pasa al proyecto de 1851 (Artículo 992).

5 José Antón Oneca: “Las estafas y otros engaños”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. 9, 1957, pp. 1659 y ss.

6 Caridad del C. Valdés Díaz: “Causas de las relaciones jurídicas civiles”, en Caridad del C. Valdés Díaz (coord.) *et al.: Derecho civil*, 2006, p. 226.

7 Federico de Castro Bravo: *El negocio jurídico*, 1985, pp. 148-149; y Jorge Joaquín Llambías: *Tratado de Derecho civil, Parte general*, t. 2, 1997, pp. 436-437.

8 A esta definición se le critica, con razón, que describe el fraude de manera que solo es posible aplicarla al negocio jurídico contractual, al restringirlo a las maquinaciones de una parte frente a la otra. El testamento también puede estar afectado por fraude (proviene de un tercero) y, sin embargo, no existe más sujeto que el testador (Valdés Díaz: *Op. cit.*, 226).

9 Sobre su evolución, De Castro y Bravo: *Op. cit.*, pp. 147-149; y Joaquín Llambías: *Op. cit.*, pp. 436-437.

10 *Digesto*, Libro 4.º, Título 3.º, Ley 1.ª, parágrafo 2, De dolo malo.

11 De Castro y Bravo: *Op. cit.*, p. 148.

12 Sobre un análisis de la trascendencia de este código y su influencia en el proceso de codificación y en el Derecho civil moderno, Leonardo B. Pérez Gallardo: “De la codificación civil”, en Valdés Díaz (coord.) *et al.: Op. cit.*, pp. 9 y ss.

El vicio del contrato celebrado por fraude no es simple. A diferencia del error (Artículo 70, Código civil) o la amenaza (intimidación o coacción moral, Artículo 72), no resulta solo de la situación misma de la falta de conocimiento o de libertad. En estos últimos, la atención se centra en la persona que declara y se limita los supuestos en los que pueden apreciarse estos vicios.

En el fraude, por el contrario, se mira primero lo malicioso o insidioso de la conducta de quien induce a contratar, de la utilización por parte de esta de engaños, imposiciones o la captación de la voluntad. De lo anterior, se colige que este presenta una mayor amplitud, flexibilidad y complejidad que el resto de los vicios del consentimiento.

Debemos distinguir el fraude o dolo del llamado *dolus bonus*. En todo negocio jurídico, existe siempre un cierto margen de engaño tolerado por los usos y la moral. Por ejemplo: un comerciante que expondrá exageradamente las excelencias de las mercancías que vende. El fraude, como vicio del consentimiento, ataca al principio de buena fe, no así el *dolus bonus*.¹³

A *contrario sensu* de varios de los códigos civiles foráneos, el cubano no establece *stricto sensu* los requisitos que debe ostentar el fraude para que sea considerado como tal. No obstante, del estudio de la doctri-

na, y de la propia interpretación de su regulación en el Artículo 70, se pueden enumerar los siguientes:¹⁴

- *Conducta insidiosa*. Debe ser una actuación intencionada y dirigida a provocar la declaración negocial (manifestación de voluntad que en otras circunstancias no se habría producido). Deben emplearse artificios o engaños adecuados para tales propósitos.
- *Que dicha conducta insidiosa (fraude) sea determinante* en la declaración de la voluntad. Esto implica que la declaración no se haya emitido con natural libertad y conocimiento, sino que se ha producido a causa de una insidiosa influencia. De ahí que se califique el dolo que vicia al contrato como *dolus causam dans*.
- *Que el fraude sea grave*. Para apreciar la gravedad del dolo, se han seguido criterios subjetivo y objetivo.¹⁵ La consideración subjetiva ha llevado a la distinción entre *dolus causam dans* y *dolus incidens*.¹⁶ El primero consiste en la maquinación, que es causa o determinante del contrato, negocio o declaración, que sin ella no se hubiese hecho (indica gravedad del dolo); y el segundo (dolo incidental) es el que afecta a una cláusula del contrato no esencial y solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

13 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 8.ª ed., 1994, p. 507.

14 De Castro y Bravo: *Op. cit.*, p. 151; Joaquín Llambías: *Op. cit.*, p. 438; y Valdés Díaz: *Op. cit.*, p. 226.

15 De Castro y Bravo: *Op. cit.*, pp. 253-254.

16 Esta distinción no se realiza en el Código civil cubano.

Objetivamente, la gravedad ha de medirse ponderando las circunstancias del negocio o declaración; la consideración que merezca la presión o sugestión ejercida, según sea el medio en que se desarrollen los tratos. Así, se excluye el *dolus bonus*, la *sollertia* o artificios tolerados o naturales en el tráfico. Habrá que atender al ambiente y tipo de negocio para poder calificar de fraudulenta una maquinación o maniobra inductora de su celebración.

En la doctrina francesa,¹⁷ se admite, y creemos que debe ser valorado, que la gravedad del dolo ha de apreciarse en relación con la condición intelectual y de cultura del sujeto que padece el engaño.

- *Que el fraude cause un daño importante.* Debe ser de cierta significación económica para la persona que lo sufre. Si el fraude no provoca daño alguno, o este es insignificante, no habrá razón para que se produzca la nulidad del acto: *de minimis non curat Praetor*.

Además, la doctrina establece dos elementos de carácter negativo, a saber, que no debe valorarse el fraude cuando este es causado por un tercero ajeno a la negociación, y tampoco cuando ha sido empleado por las partes contratantes.

EL FRAUDE PENAL

Ya acotamos por qué sería más acertado utilizar la categoría fraude penal *a contrario sensu* del de dolo. No existe nada en común entre ambos, ya sea entendido el dolo como elemento del tipo o como forma o especie de culpabilidad.¹⁸ De lo anterior, se colige que las formas de fraude dependerán, en cada caso, del tipo penal en cuestión.

En la estafa, el medio para lograr la disposición patrimonial perjudicial es el *fraude*. Este se integra por acciones tendientes a simular hechos falsos, disimular los verdaderos, o falsear de cualquier modo la verdad, dirigidas al sujeto a quien se pretende engañar con ellas.¹⁹

Este puede conformarse atendiendo a la forma en que se ejecuta la acción fraudulenta, según el Código penal, por *ardides*, utilización de maniobras o artificios destinados a engañar, o por *engaños*, afirmaciones o negaciones contrarias a la verdad. Ambos tienen, como elemento esencial, la mentira, pero son algo más que esta. Suponen un esfuerzo persuasivo que busca como finalidad formar el error en su destinatario.²⁰

Lo expuesto ha llevado a varios autores a afirmar que entre el fraude civil y el penal no existe diferencia,

17 Joaquín Llambías: *Op. cit.*, p. 438.

18 La naturaleza jurídica, tanto del dolo como de la imprudencia, ha sido objeto de viva polémica por los diferentes autores, a partir de la postura iusfilosófica y sistema de teoría del delito que han defendido y servido como base.

19 Carlos Creus: *Derecho penal, parte especial*, t. 1, 6.ª ed., 1999, p. 466.

20 Laura T. A. Damianovich de Cerredo: *Delitos contra la propiedad*, 3.ª ed., 2000, p. 198.

que la discusión en torno a ello es cuestión bizantina, un falso problema o una polémica de muy pocas luces.²¹ Puede ser el mismo fraude el que se presente en las estipulaciones de carácter civil o en la comisión del delito de estafa, ya que ni el Código civil ni el penal le han conferido características especiales para que opere en ciertos casos en una materia u otra.

No obstante, la diferencia entre el delito de estafa y el ilícito civil constituye no solo un importante problema teórico, sino que su incidencia práctica es indubitada.

DIFERENCIA ENTRE LA ESTAFA Y EL ILÍCITO CIVIL

Sobre el tema, han existido disímiles posturas. Muchas de estas se han centrado en el dolo y en establecer cuándo es civil o penal.²²

En la actualidad, hemos comprobado la existencia, fundamentalmente en la doctrina española, de al menos tres posiciones bien definidas:²³

a) criterio cuantitativo, b) criterio de

la producción del perjuicio, y c) criterio de la tipicidad.

a) Para un sector de la doctrina y la jurisprudencia española, la distinción debe realizarse a partir de la gravedad e idoneidad para causar el error y determinar la disposición patrimonial.²⁴ El dolo penal es cuantitativamente superior al civil (criterio cuantitativo).

Ya acotamos que, desde el punto de vista civil, el fraude presenta, como una de sus características, que debe ser grave. En palabras de Muñoz Conde, “el concepto de dolo que da el Artículo 1.269 del Código civil [...] en muy poco se diferencia de la estafa que da el Artículo 248 del Código penal. [...] no excluyéndose la hipótesis de que el dolo civil y la estafa coincidan en un mismo hecho”.²⁵

b) Otro grupo de autores centra el problema de la diferencia en la existencia o inexistencia de perjuicio logrado o intentado.²⁶ A esta postura, cabría señalarle los mismos reparos que a la anterior. El fraude civil también debe producir un per-

21 Soler: *Op. cit.*, vol. IV, p. 339; Jorge E. Zavala Baquerizo: *Delitos contra la propiedad*, t. 2, 1988, p. 117; Francisco Muñoz Conde: *Derecho penal, Parte especial*, 11.^a ed., 1995, pp. 361-362; Antón Oneca: *Op. cit.*, pp. 1659 y ss.; Mayda Goite Pierre: “Delitos contra los derechos patrimoniales”, en Colectivo de autores, *Derecho penal especial*, 2003, p. 234.

22 Soler: *Op. cit.*, vol. IV, pp. 339-342; y Grillo Longoria: *Op. cit.*, p. 343.

23 Pedro Martín García: “Falsedad y estafa”, en *Consejo General del Poder Judicial* (11/95), pp. 7-8.

24 Miguel Bajo Fernández *et al.*: *Manual de Derecho penal, Parte especial*, vol. II, 2.^a ed., Madrid, 1993, p. 274; Juan José González Rus: “Delitos contra el Patrimonio”, en Manuel Cobo del Rosal, *et al.*, *Curso de Derecho penal español, Parte especial*, vol. II, Editorial Marcial Pons, 1997, pp. 666 y ss., indica que el problema se resuelve cuando el tipo exige un engaño bastante o suficiente.

25 Muñoz Conde: *Op. cit.*, pp. 361-362.

26 Martín García: *Op. cit.*, p. 7.

juicio importante para que dé lugar a la anulabilidad del acto jurídico, de *minimis non curat Praetor*.

c) El criterio de la tipicidad es el más acogido en la doctrina y este parte de la obra de Antón Oneca. Para Muñoz Conde,²⁷ el problema se trata de tipicidad y debe resolverse con los criterios hermenéuticos tradicionales, aunque es imposible resolverlo con la ayuda de las fórmulas, como la de la *mise en scence* del Código penal francés o los “actos concluyentes” del Derecho penal alemán, ya que el concepto de engaño es tan amplio que solo puede ser limitado en función del de estafa.

Para ello, propone interpretar el fraude penal en la estafa, a partir de su propio concepto. Esto debe conectarse con el resto de elementos que integran el tipo penal y de la finalidad preventiva y político-criminal específica del Derecho penal, teniendo en cuenta especialmente el principio de intervención mínima. De esta manera, se reserva el delito de estafa solo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cualitativa como cuantitativamente.

De los criterios estudiados, este es el que más nos convence, aunque, cuando tomemos postura, le realizaremos algunos señalamientos.

Además de lo expuesto, González Rus²⁸ unifica una serie de consideraciones desarrolladas por la jurisprudencia española que, como

bien expone Goite Pierre,²⁹ pueden servir de base para resolver casos en concreto. Estos son:

- La distinción debe hacerse puramente circunstancial; depende de cada caso en concreto.
- El dolo civil tiene mayor amplitud que el penal, que es de interpretación restrictiva.
- El dolo penal debe ser anterior al delito; en tanto el civil, aun cuando puede ser anterior al contrato, puede surgir posteriormente, mediante un incumplimiento voluntario.
- La entidad del engaño es superior en la responsabilidad penal.
- Con el dolo criminal se persigue el perjuicio fraudulento mediante el engaño, mientras que, en el civil, se persiguen algunas ventajas con las contraprestaciones recíprocas.
- El estafador no tiene el propósito de cumplir sus prestaciones o cumplirlas muy parcialmente; da mayor apariencia de verdad al engaño y obtiene, así, la contraprestación del perjudicado y se enriquece con ella.
- En el orden penal, el contrato civil resulta una ficción al servicio del fraude: aparece como un contrato vacío o captatorio, carente de realidad y seriedad, mientras que, en el orden civil, es una realidad vigente con contenido de obligaciones recíprocas.

La mayoría de los criterios expuestos constituyen premisas importantes que, en el orden práctico

27 Muñoz Conde: *Op. cit.*, p. 362.

28 González Rus: *Op. cit.*, pp. 666 y ss.

29 Goite Pierre: *Op. cit.*, p. 234.

(concreto), pueden ayudar a establecer la aludida diferenciación. No obstante, consideramos que la 4.^a y la 5.^a carecen de fundamentación por las razones anteriormente aludidas, y la 1.^a y la 2.^a constituyen premisas metodológicas (previas) orientadoras.

En el caso de la 6.^a y la 7.^a, somos del criterio que deben ser tenidas en cuenta a la hora de argumentar una postura coherente y objetiva. La 3.^a ha de ser valorada como incorrecta, desde el punto de vista de la teoría y la legislación civil.

En la doctrina cubana, el tema ha sido poco tratado. Para Grillo Longoria,³⁰ la diferencia estriba en la posibilidad de que el Código civil permita ofrecer, al conflicto social creado, una solución concreta y suficiente. Si no es posible, entonces estaríamos ante un delito de estafa.

El Derecho civil es más abarcador que el penal, el cual es de *ultima ratio*, reservado para aquellas conductas que revistan peligrosidad social en un momento histórico concreto, por lo que generalmente el Código civil posibilitará ofrecer una

solución concreta y suficiente. Si bien es un elemento que debe tenerse en cuenta, ha de ser el baremo fundamental para lograr una adecuada y coherente diferenciación. Además, lo *suficiente* constituye un *elemento normativo* de difícil concreción, por lo compleja que resulta su definición.³¹

Por su parte, Goite Pierre se afilia a la postura que considera que la diferencia debe realizarse a partir de la tipicidad.³²

Esta problemática ha sido bastante tratada por la práctica jurídica cubana. Existen numerosas sentencias de nuestro máximo órgano juzgador, en las que se reflejan variados criterios al respecto: *a) entidad suficiente del engaño*, sentencias: 12 (20 de enero de 1964), 3160 (junio de 1998), 3919 (8 de septiembre de 2005) y 4100 (15 de septiembre de 2005); *b) el artificio y el lucro ilícito*, sentencia 65 (8 de febrero de 1987); *c) la imposibilidad racional de conseguir el propósito de defraudar en los contratos de préstamos*, sentencia 433 (22 de julio de 1967); *d) presencia de engaño, ardid y defraudación*,

30 Grillo Longoria: *Op. cit.*, p. 343.

31 Ferrajoli, siguiendo la *teoría referencial* de la lógica moderna de Gottlob Frege, expone que los objetos son denominados con diversos "signos". Estos presentan dos acepciones distintas de su significado: la *extensión* o *denotación* y la *intención* o *connotación*. La primera consiste en el conjunto de los objetos al que el signo se refiere (por ejemplo, *hombre* designa a Sócrates, Marx, Lenin, Martí, etc.); la segunda es el conjunto de las propiedades evocadas por el signo y poseídas por los objetos concretos que entran en su extensión (por ejemplo, *hombre* connota a un animal inteligente, dotado de palabra, de posición erecta, etc.), lo que puede verse a nivel general, particular o singular. A partir de esto, un término será vago o indeterminado, si su intención no permite determinar su extensión con relativa certidumbre, es decir, si existen objetos que no están excluidos ni incluidos claramente en su extensión. En los términos valorativos, la extensión, además de indeterminada es indeterminable, ya que expresa actitudes o valoraciones subjetivas de quien las pronuncia (Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7.^a ed., 2005, pp. 117-120).

32 Goite Pierre: *Op. cit.*, p. 234.

sentencias: 694 (24 de noviembre de 1967), 741 (15 de diciembre de 1967), 501 (2 de junio de 1976) y 3322 (10 de junio de 1981); e) *origen en un acto jurídico incierto, engañoso y de mala fe, constitutivos de ardid o engaño que exige el tipo penal de estafa*, sentencia 3288 (4 de septiembre de 2003); y f) *el engaño a causa del ardid*, sentencia 293 (15 de enero de 2004).

Como se puede apreciar, varios de los criterios expuestos se pronuncian sobre aspectos muy concretos y otros se refieren a elementos generales. Se observa una tendencia a sostener como criterio el *cuantitativo*. No obstante, en algunos casos, no constan los elementos que fundamentan la citada diferenciación; mientras que, en otros, se centran en el origen de la defraudación, el cual debe recaer en un acto incierto, engañoso o de mala fe, lo que constituye un punto orientador importante que debe ir acompañado de otros elementos, los cuales, valorados en su conjunto, den al traste con una fundada y coherente argumentación.

TOMA DE POSTURA

Ya dejamos por sentado que el criterio que más nos convence es el

de la tipicidad. No obstante, asumirlo desde esa perspectiva, poco ayuda. Lo que convierte a la estafa en delito, desde el punto de vista formal, es que esta aparece descrita, en el caso de Cuba, en el Artículo 334, es decir, en un determinado tipo penal. No obstante, ese dato aún no basta; debemos adentrarnos a la esencia de lo delictivo, al porqué es típica la mencionada conducta.

La esencia de lo delictivo se encuentra recogida en nuestro concepto de delito (Artículo 8.1, del Código penal): *peligrosidad social*.³³ Justamente, es este elemento el que nos posibilita marcar la verdadera diferencia.³⁴ Por peligrosidad social, debe entenderse “la cualidad objetiva en la generalidad, y subjetiva, en casos concretos de ciertas acciones y omisiones para ocasionar algún perjuicio significativo, actual o probable, a los bienes jurídico-penales”.³⁵

Este rasgo del delito se manifiesta en dos momentos, en lo que Quirós³⁶ ha denominado “Concepción dialéctica de la antijuricidad”. Tales momentos son: a) cuando el Estado decide la prohibición jurídico-penal de la conducta, y b) el momento de la comisión del delito por parte del sujeto.

33 Este tema ha sido desarrollado en nuestros predios por Quirós, mediante el artículo “Despenalización”, en *Revista Jurídica*, no. 10, 1986, pp. 123-153; *Manual de Derecho penal*, t. 1, 1999, pp. 98-105; y, más recientemente, en el artículo de Vera Toste: “Fundamento de la esencia del concepto de delito”, en *Justicia y Derecho*, no. 12, 2009, pp. 39-48.

34 Aunque Muñoz Conde se refiere a la tipicidad como criterio, en su argumentación expone que el delito de estafa debe quedar para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio *verdaderamente graves*, por lo que no existe contraposición con lo aquí expresado.

35 Vera Toste: *Op. cit.*, p. 44. En esta definición, aportamos un elemento importante a la definición ofrecida por Quirós, al destacar, también, como elemento el subjetivo, y no limitarlo solamente a cualidad objetiva, como venía realizando el querido profesor.

36 Quirós: *Manual...*, pp. 116-122.

De estos dos momentos, el que nos interesa, a los fines de determinar la diferencia entre el ilícito civil y la estafa, es el segundo. Aquí, como expone Quirós, la antijuricidad constituye un juicio de realidad, en donde hay que establecer si realmente la conducta típica presenta un determinado desvalor para el Derecho penal (peligrosidad social o lesividad social),³⁷ para que se conforme la antijuricidad del comportamiento realizado y poder afirmar la existencia, sumado a otros escalones valorativos (por ejemplo, culpabilidad) del delito.

El Derecho penal no crea la antijuricidad. Ella no constituye un término específico de este, sino que, a través de la tipicidad, selecciona una parte de los comportamientos que son valorados, en un momento histórico concreto, como socialmente peligrosos, conminándolos con una sanción penal. La esencia de la antijuricidad, la lesividad social de un determinado comportamiento en concreto, posibilita lograr una interpretación restrictiva de los tipos penales. Si en un comportamiento no concurre lesividad social, no podrá

hablarse de antijuricidad, por más que formalmente exista una contradicción entre la conducta y la norma, es decir, exista tipicidad.

El problema fundamental radica en establecer cuándo existe lesividad social, o no, en un comportamiento típico. El Artículo 8.2 del Código penal ofrece esa posibilidad: “No se considera delito la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor”. En él se positiviza lo que la doctrina ha denominado principio de insignificancia.³⁸

Este artículo encuentra su origen en el Derecho penal de los países socialistas, en especial en el de la República Federativa Soviética de Rusia, de 27 de octubre de 1960. Su Artículo 7.2 establecía que “no se considera delito la acción u omisión que aun reuniendo formalmente los indicios de cualquier hecho especificado en la parte especial del presente código, carezca de peligrosidad social por su escasa significancia”.³⁹

37 A partir de este momento, para referirnos al segundo momento de la antijuricidad utilizaremos la categoría *lesividad social*. Esto obedece a que la peligrosidad social hace referencia a algo probable, potencial, futuro; y la lesividad social, a algo concreto, actual. Cuando se valora la antijuricidad de un determinado comportamiento típico, no se hace un juicio de posibilidad o probabilidad, sino de realidad, como ya acotamos.

38 Este principio se encuentra muy próximo al de adecuación social, los cuales son valorados por la doctrina como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad. El principio en cuestión presupone una relativa tolerancia a conductas desaprobadas socialmente, pero de escasa gravedad. Este encuentra basamento en principios tales como el de proporcionalidad de la intervención penal, intervención mínima, entre otros (Santiago Mir Puig: *Derecho penal, Parte general*, 6.ª ed., 2002, pp. 419, 512; y Quirós: *Manual...*, pp. 105-106).

39 En ese mismo orden, el Código penal de la extinta Yugoslavia, en el Artículo 4.2, preceptuaba que “no se reputa delito al acto que, aun conteniendo los elementos de un delito determinado por la ley, representa un peligro social insignificante a causa de su poca importancia, y de la insignificancia o ausencia de consecuencias dañinas”.

Coincidimos con Rodríguez Pérez de Ágreda⁴⁰ en que, en este artículo, se refleja una consecuencia práctica, fenomenológica, de la esencia material del concepto de delito; pero, en modo alguno, tenemos con claridad la verdadera esencia del concepto socialista de delito. Esto se debe a que, *a contrario sensu* de las legislaciones del campo socialista, adjunta un elemento que no tiene nada que ver con la peligrosidad social de un derecho penal de acto: *las condiciones personales del autor*. Esto, además de constituir un vestigio de Derecho penal de autor, ha ofrecido confusiones en relación con la peligrosidad criminal del positivismo.

Hecha esta acotación, y destacando que en el caso que nos ocupa solo debemos centrarnos en las características del hecho en concreto, existe una serie de disposiciones emitidas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, dirigidas a establecer los baremos por los cuales se deben guiar los jueces para realizar el juicio de valoración y determinar la existencia de lesividad social, o no. Entre estas, se encuentran la Instrucción No. 115 de 1984, la No. 188 de 1985 y los dictámenes 232 de 1985 y 302 de 1989.

El Dictamen No. 302, por ser el último, reúne los elementos más importantes y establece como criterios fundamentales los siguientes: dada su naturaleza; por la forma en que se llevó a cabo; por los medios em-

pleados en su realización, o por los resultados lesivos que produjo. A su vez, destaca que pudieran darse en un hecho cada uno de ellos o, por el contrario, de modo independiente.

Por su parte, la doctrina⁴¹ ha establecido varios criterios para determinar la lesividad social de un determinado comportamiento. Estos deben recaer tanto sobre la conducta como sobre el resultado: “[...] el desvalor de la acción, es la primera característica [...] que separa una conducta delictiva de otra que no lo es. Pero no basta con lo expuesto, también es significativo el menoscabo o peligro producido al bien jurídico-penal por la conducta en cuestión. El *desvalor del resultado* deviene así la segunda característica que diferenciará a esta de una que no es delito o no debe serlo”.⁴²

Como elementos importantes que deben valorarse, se establecen: a) *con respecto a la acción*, formas en que esta se ejecuta, los medios empleados para su ejecución, las circunstancias en que ocurre (tiempo, lugar y contexto histórico-social), en el supuesto de algunas conductas, su grado de reprochabilidad interna; b) en el caso del resultado, debe analizarse este en concreto y el grado de afectación o peligro que trajo para los bienes jurídico-penales protegidos.

También desde el punto de vista político-criminal, deben guiarnos los presupuestos sentados por los *principios de intervención mínima*,

40 Gabriel Rodríguez Pérez de Ágreda: “La adecuación de la pena en el Código penal cubano actual”, en *Revista Cubana de Derecho*, no. 31, 2008, pp. 80-81.

41 Quirós: “Despenalización”, pp. 140 y ss.; y Vera Toste: *Op. cit.*, pp. 47-48.

42 Vera Toste: *Ibid.*

de *subsidiariedad*, y el de *idoneidad de protección del bien jurídico*, que llevan de la mano a evitar la intervención del Derecho penal, cuando el conflicto social creado pueda solucionarse por otras vías, en nuestro caso en cuestión, el Derecho civil.

Lo expuesto nos lleva a concretar, en el caso de la estafa, qué elementos deben valorarse en cuestión, para determinar su antijuricidad penal o, por el contrario, establecer la existencia de un ilícito civil.

El resultado nos sirve en el sentido de la exigibilidad de responsabilidad penal, o no, pero poco sirve para establecer la diferencia, toda vez que puede no existir estafa y sí fraude civil, como vicio del consentimiento, aun cuando la afectación patrimonial sufrida por una de las partes concurrentes al negocio jurídico sea considerable. Lo anterior quiere decir que, para que exista estafa, debe producirse una afectación significativa a los derechos patrimoniales (valorada en concreto), lo que no es óbice para que, aun bajo estas circunstancias, concorra un ilícito civil.⁴³

Esto nos conduce a centrarnos en la conducta fraudulenta o defraudatoria que, a nuestro juicio, constituye el elemento esencial que connota a la estafa como delito. Como ya hemos expuesto, las formas, los medios y las circunstancias pueden ser comunes tanto para el fraude penal como para el civil. La diferen-

cia debe recaer en su naturaleza, valorada en cada caso en concreto.

Para eso, debemos remitirnos al origen del *acto jurídico incierto*, engañoso o de mala fe y valorar si, desde ese mismo instante, el sujeto activo *no tenía el propósito de cumplir sus prestaciones o el contrato civil efectuado es ficticio*, elaborado a los efectos de lograr el engaño, que demuestra la existencia de una defraudación de carácter penal. En el delito de estafa, la obligación surge ya viciada por la existencia de un engaño previo.

Lo antes expuesto es independiente de que se valore el resto de los elementos del tipo penal de estafa para afirmar su concurrencia, como por ejemplo, la idoneidad del engaño, etc.

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto, podemos resumir que la diferencia entre el fraude penal y el civil no puede determinarse por la entidad del engaño, toda vez que entre el engaño civil y el penal no existen diferencias. Tampoco el criterio de la tipicidad posibilita marcar la diferencia, aunque constituye un elemento importante que debe valorarse. Esta habrá que establecerla a partir de la concreta peligrosidad social de la conducta defraudadora. En tal elemento, nada nos aporta el resultado, toda vez que

43 Otro de los elementos que nos ilustra, en este sentido de interpretación, está dado por la inexistencia en la estafa de un tipo derivado subordinado o independiente atenuado que describa el limitado valor, como ocurre en el caso de figuras contempladas en el Título XIII. Por ejemplo: *hurto* (Artículo 323), *robo con fuerza* en las cosas (Artículo. 329.1) y *malversación* (Artículo 336.3).

tanto para el fraude civil como para el penal, se exige que el daño causado sea grave, por lo que la diferencia se centra en el desvalor de la acción, es decir, en la conducta fraudulenta.

Lo más importante radica en su naturaleza, la cual, en su origen, debe constituir un acto jurídico incierto, engañoso o de mala fe, o valorar si, desde ese mismo instante, el sujeto activo no tenía el propósi-

to de cumplir sus prestaciones o el contrato civil efectuado es ficticio, elaborado a los efectos de lograr el engaño.

Lo expuesto hasta aquí no pretende ser verdad de templo, sino, más bien y como pusimos de manifiesto al inicio, contribuir modestamente al esclarecimiento, desde una base científica, a tan importante tema.

COMENTARIOS EN TORNO A LA INSTRUCCIÓN No. 211

Danilo Rivero García,
profesor titular de Derecho procesal,
Universidad de La Habana

SIN DUDA, constituye un importante documento de trabajo la Guía metodológica para la realización del juicio oral que aparece en la Instrucción No. 211, de 15 de junio de 2011, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), documento al cual me referiré en algunos de sus aspectos. El dominio por los jueces, fiscales y defensores de dicha metodología resulta una necesidad en la labor cotidiana.

A partir de la entrada en vigor la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 14 de septiembre de 1882 (LE-Crim), el primero de enero de 1889, el juicio oral y público es el centro del proceso penal en Cuba;¹ lamentablemente, poco se ha escrito sobre esa cardinal etapa del enjuiciamiento.² La mencionada Instrucción denota un esfuerzo por disciplinar detalladamente la celebración de este acto en sus diversos momentos, lo

que es de sumo interés, en particular para los juristas jóvenes, que desempeñan las diversas funciones en la materia penal.

El esquema de este artículo se corresponde con el de la Guía metodológica, y prestaré especial atención a aquellos temas que inciden de manera directa en el desempeño de la defensa, sean una primicia o me resulten curiosos.

FORMALIDADES DEL ACTO DE JUICIO ORAL

En este apartado, se reúne un grupo de normas que guardan relación con la solemnidad y respetabilidad del acto bajo examen. Escasos son los preceptos de esta naturaleza que se encuentran en las leyes procesales, de organización judicial y sus reglamentos que han regido en el país. También han sido disper-

- 1 Así, el discurso legal, según el cual este acto constituye la exclusiva base de la sentencia.
- 2 Monografías de autores cubanos sobre el juicio oral, conozco: *El juicio oral*, de Andrés María Lazcano y Mazón (Editorial LEX, La Habana, 1947); *El juicio oral*, obra que escribí con Pedro Pérez Pérez (Editorial ONBC, La Habana, 2001); *El juicio oral. Antecedentes en la LECrim. Ideas para una nueva formulación*, también de mi autoría (Editorial ONBC, La Habana, 2005),... y *El juicio oral en Cuba*, de Jorge Bodes Torres (Editorial FENAJE, Ecuador, 2006).

sas las disposiciones de la otrora Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de Justicia,³ y del CGTSP⁴ que tratan esta materia.

Sobre la vestimenta, expresamente, se proscribió el uso de la guayabera;⁵ y, como novedad, que el secretario actuante en el juicio oral —con independencia de ser titulado en Derecho, o no— usará toga.⁶ Se exige entrar vestido a la sala, es decir, no colocarse la toga o retirarla en presencia del tribunal.

En relación con la hora de inicio de la sesión de juicio, se reafirman disposiciones anteriores; se insiste en la puntualidad. Sería un demérito para el abogado que, en el

proceder dispuesto, el presidente informara públicamente que no se puede comenzar la audiencia por la injustificada ausencia del defensor. Este asunto está vinculado con lo dispuesto a continuación, donde se pide objetividad a los presidentes de sala, al momento de señalar los juicios. La práctica de convocar para un mismo término todos los actos previstos en la sesión del día conspira contra la idea de ser puntual. Se difunde entre los intervinientes, “para qué llegar temprano, si tendré que esperar horas y horas a que corresponda mi juicio”. La Instrucción llama a evitar que las personas per-

3 Ejemplos:

- Acuerdo de la Sala de Gobierno, de 12 de enero de 1927: “Debe evitarse no imponer a los Letrados que por su falta de asistencia injustificada den motivo a la suspensión del juicio, la oportuna corrección”.
- Acuerdo de la Sala de Gobierno, de 15 de junio de 1931: “Los Abogados y Procuradores pueden entrevistarse con el procesado en los pasillos de la Audiencia”.
- Acuerdo de la Sala de Gobierno, de 14 de diciembre de 1931: “Recomienda a los Tribunales que, sin limitar en ningún caso el derecho de los Letrados defensores de las partes, de exponer en sus informes, dentro de una razonable amplitud, toda la argumentación que estimen necesaria a los fines de la salvaguardia de los intereses que representan, cuiden evitar disquisiciones incongruentes, así como el empleo de frases que sean o parezcan injuriosas, depresivas, mortificantes contra cualquier persona o entidad privada u oficial, y de impedir asimismo la exposición de hechos o razonamientos que no guarden relación útil en derecho, con el asunto que motiva la controversia; de suerte que en esta forma quede cumplida siempre la voluntad de la ley, de que los abogados de las partes se ciñan en sus informes a las cuestiones que son objeto de debate”.

(Tomados de Fidel Requejo: *Acuerdos del Tribunal Supremo*, Editorial Fórum, La Habana, 1949, pp. 18-20.)

- 4 El Acuerdo No. 44, de 10 de abril de 1984, del CGTSP, resulta una excepción, al tratar detalladamente un importante número de estos aspectos; y, según mi parecer, es un irrefutable antecedente de esta parte del documento estudiado.
- 5 Aunque ello se deduce del Artículo 63 del Reglamento de la Ley No. 82, “De los Tribunales Populares”.
- 6 En las disposiciones legales adoptadas luego del primero de enero de 1959, el Artículo 88 del Reglamento General de los Tribunales Populares, de la Ley No. 1250, de 23 de junio de 1973, dispuso que la toga era de uso reglamentario para los secretarios que ostentaban la condición de graduados en Ciencias jurídicas. Esta norma se reprodujo (Artículo 108) en el Reglamento de la Ley No. 4, de 10 de agosto de 1977; sin embargo, no apareció más en los reglamentos de las posteriores leyes.

manezcan en el tribunal sin causa justificada, por excesivo tiempo.⁷

Otra indicación guarda relación con el cuidado a la expresión de imparcialidad del tribunal, que siempre ha de estar presente, en lo interior y en lo externo, y es digno de elogios que sea motivo de ocupación. Se refiere a evitar —el día del señalamiento— las conversaciones privadas de los miembros del tribunal del juicio con los defensores, fiscales, o funcionarios de los órganos de persecución del delito, ya sea en presencia del público o en el despacho de los jueces. Solo concibo esta comunicación con el tribunal, públicamente, en el curso del acto⁸ y de manera oficial.

Muy importante para el desempeño de la defensa es el tema de las protestas, discordancias (contrariedad, diversidad, disconformidad) y objeciones (impugnar una proposición) que, de acuerdo con la Instrucción, han de llevarse al acta del juicio oral. Las protestas quedan

limitadas, durante el debate, a los supuestos comprendidos en el Artículo 322 de la Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal (LPP), de 13 de agosto de 1977, preguntas calificadas de capciosas, sugestivas o impertinentes; y en el 356 de la propia ley, testigos incomparecientes que se estiman necesarios (la Instrucción, en el Apartado VI, inciso b, extiende esta protesta al resto de las pruebas); de manera que no ofrece duda el acto, y resulta preparatorio del recurso de casación. No sucede así en cuanto a las discordancias y objeciones, términos no comprendidos en la LPP, y tampoco en anteriores disposiciones del CGTSP.

Respecto a las discordancias, una interpretación pudiera ser, cuando el defensor no está conforme con una actuación del presidente o el tribunal. Ejemplo: si al dictar el presidente un extracto de la declaración al secretario,⁹ el defensor considera que no se corresponde con lo expresado por el deponente. Aquí habría que lle-

- 7 La citada práctica, siempre ha tenido como fundamento que los juicios se señalan para una misma hora por la sencilla razón de que se comienza por los que “estén completos”. Mayor exigencia por parte de todos, en cuanto a la puntualidad, implicaría respetar el derecho de las personas a no desperdiciar su tiempo. Señalar los juicios —con objetividad—, unos para la sesión de la mañana y otros para la tarde, sería un buen comienzo (así se obra en algunos órganos judiciales). La abogacía tiene que contribuir con su ejemplo en este tema, que tanto merma la respetabilidad de la administración de justicia.
- 8 Si el defensor necesita hacer llegar alguna información al tribunal ese día, ha de dirigirse al secretario y este dará cuenta de inmediato a la sala. Ejemplo, que el acusado no concurrirá pues ha sido ingresado en la propia madrugada, en un centro de salud, como consecuencia de un grave padecimiento.
- 9 Así lo preceptúa el Acuerdo No. 172, de 26 de noviembre de 1985, del CGTSP, que, en el momento de su aparición, constituyó un gran paso ante un acta que nada recogía al respecto; pero nótese que lo que se lleva al citado documento no es lo que manifestó el declarante, sino el resumen hecho por el que preside; es el criterio que él se ha formado, en una dirección u otra. Hoy día, registrar fielmente, y de manera íntegra, el resultado de las pruebas constituye una necesidad para la defensa, la tecnología nos proporciona los medios adecuados.

var al acta las razones del defensor,¹⁰ lo que sería útil para posteriores revisiones. Objeciones serían las planteadas por el defensor, al impugnar una pregunta del acusador, por considerarla sugestiva, capciosa o impertinente. Otra interpretación podría conducirnos a pensar que se trata de la misma idea, la cual consiste en dejar constancia en el acta del parecer de la acusación o la defensa, sobre la actuación del tribunal en un punto discorde.

Trascendente novedad es la posibilidad de que el fiscal o el defensor, durante el juicio, estén asistidos por otros “compañeros de funciones”, los que se ubicarán a su lado en los estrados. ¿Qué significado tiene la expresión “compañeros de funciones”? Pudiera pensarse, en sentido estricto —en el caso de la defensa— en otro abogado que ayude al que lleva el asunto.¹¹ En sentido amplio, también incluiría a expertos que puedan contribuir decisivamente en el desempeño de la función. Ejemplo: un profesor de contabilidad, en un complejo delito contra la economía.

COLOCACIÓN DEL TRIBUNAL, LAS PARTES, TESTIGOS, PERITOS,...

En este rubro, se indica que el acusado se colocará en el asiento (banquillo) del mismo lado de su defensor y próximo a este.¹² Asimismo, se autoriza que el acusado permanezca sentado temporalmente al lado del abogado, en la fase de práctica de pruebas, proceder al que se le da carácter de excepcionalidad, y queda sometido a la potestad del presidente de la sala,¹³ una vez escuchado el parecer del fiscal. Seguramente, en un futuro, será una manera natural de colocación, pues el propio documento reconoce que así se facilita el ejercicio de la defensa, “a fin de permitir la adecuada y necesaria comunicación entre el acusado y el abogado”. El espacio físico de la sala puede conspirar contra esta idea, pero, sin duda, es superable por las ventajas que reporta.¹⁴ Lo que sí debe quedar presente en la mente del defensor es el derecho que le asiste de comunicarse con el

10 Esta opinión no contraría, en lo absoluto, lo dispuesto en el Acuerdo No. 172, de 26 de noviembre de 1985, del CGTSP, pues en este se hace alusión a protestas preparatorias del recurso de casación, lo que no es el caso.

11 La defensa múltiple, es decir, la posibilidad de que cada acusado esté defendido por más de un abogado, no aparece autorizada en la ley, aunque sería deseable su inclusión.

12 Antes de la entrada en vigor de la estudiada Instrucción, no existía norma al respecto; en la práctica, el acusado se situaba en el banquillo próximo a su defensor. Esta ubicación cumplía el propósito de que, en caso necesario, podrían hablar el defensor y el defendido; pero, en realidad, esta idea resultaba inviable, ya que, de hecho, se concebía como una interrupción del juicio.

13 ¿Se trata del presidente titular de la sala o del presidente de la sala de juicio? Lo más aconsejable sería este último, partiendo de la idea de que dicha pretensión se aduce cuando se ha abierto el juicio oral, antes de la recepción de las pruebas.

14 Algunos compañeros me han planteado que no les parece bien que el acusado esté en el estrado junto al defensor (así lo interpreto de la Instrucción al decir “[...] sentado al

defendido, en el curso de la audiencia, esté a su lado o próximo, y de lo que debe instruir al acusado.

Otro asunto que encuentra respuesta es el relacionado con las piezas de convicción. De acuerdo con el Artículo 309 de la LPP: “En el día señalado para dar comienzo a las sesiones, se colocarán en el local del Tribunal las piezas de convicción [...]”. Suele suceder que dichas piezas no se encuentren depositadas en el local; entonces, se recomienda que, con antelación, se solicite su presencia en la sala de juicios. Esto lo podrá hacer el letrado en el escrito de calificación, lo que estimo más apropiado; o en instancia aparte, con suficiente anticipación al día del señalamiento.

ACTOS DE INICIACIÓN DEL JUICIO ORAL

Aquí, se refleja lo que ha sido una práctica de los tribunales cubanos. Aparecen dos novedades: La primera consiste en la información a los presentes del nombre y apellidos del que presidirá el juicio;¹⁵ y la otra, sobre la dación de cuenta de los hechos que han motivado la formación

de la causa,¹⁶ al aclarar que este trámite se cumple mediante la lectura de una síntesis de los hechos imputados, redactada por el juez ponente. De *lege ferenda*, el fiscal debería, en forma breve, explicar el contenido de la acusación y, de seguido, la defensa, si lo desea, indicar sintéticamente su posición al respecto, proceder que haría más comprensible a los presentes lo que va a acontecer en el desarrollo del debate.¹⁷

De gran importancia resulta la regla que le impone al presidente el deber de exigir “que la expresión de los Jueces y de las partes no muestre cansancio, disgusto, distracción, aprobación o rechazo a lo que expresen los manifestantes”.¹⁸ Para cumplimentar la señalada exigencia, el que preside ha de predicar con su ejemplo, dando constantes muestras de imparcialidad en la conducción del juicio, de suerte tal que, de su actuación, no se revele anticipadamente el voto para la decisión del caso penal. El abogado ha de mantenerse atento a todo lo que acontece en el debate, ya que, estando en el estrado, no puede hacer otra cosa que no guarde relación con dicho acto.

lado del abogado, [...]). No albergo la más mínima preocupación al respecto; así lo he visto en tribunales de Costa Rica, Argentina y Alemania, pero si otra ubicación se decidiera, no sería asunto de importancia.

15 En verdad, debería ser de todos los miembros del tribunal, pues solo se puede recusar a un juez cuando se conoce su identidad; hoy día, se sabe quiénes integraron la sala, cuando se notifica la sentencia.

16 En la LECrim (Artículo 701), “[...] que haya motivado la formación del sumario [...]”.

17 Así, en el Código procesal penal de Costa Rica, de 10 de abril de 1996.

18 En similares términos, aparece esta idea en el Acuerdo No. 44, de 10 de abril de 1984, del CGTSP.

PRÁCTICA DE PRUEBAS

En torno a la declaración del acusado, la Guía metodológica aclara un grupo de aspectos muy útiles para el ejercicio de la defensa, y de los cuales el abogado, en su caso, debe imponer al defendido, antes de la sesión de juicio. Estos son:

1. Con estricto apego a la LPP (Artículo 312), se reconoce que, si el acusado opta por prestar declaración, después pueden preguntarle los que sean parte, y está obligado a contestar o a expresar que se abstiene de dar respuesta a la pregunta que se le haya formulado, lo que no acontece en realidad en los citados términos. Se recoge la práctica –cada vez más frecuente– de solo acceder al interrogatorio del abogado.¹⁹
2. Proscribe pasar directamente al interrogatorio por las partes (deduz-

co también que por el tribunal),²⁰ antes de que el acusado exponga libremente su criterio sobre la imputación; también prohíbe cualquier exhortación para que declare o responda preguntas si no lo desea; así mismo, solicitarle que sea veraz en sus manifestaciones.²¹

3. En caso de guardar silencio inicialmente el acusado, se reconoce que le asiste el derecho a prestar declaración en cualquier momento del juicio. También que el presidente, durante el transcurso de la práctica de pruebas, podrá solicitarle que realice alguna precisión al respecto, si lo desea.²²
4. Se faculta al presidente para que autorice al acusado a leer su declaración, o consultar notas durante esta.²³

Sobre la prueba documental, se insiste en el proceder dispuesto en

19 Salvo una razón muy justificada, considero que esta forma de actuar no causa buena impresión al tribunal.

20 Curiosamente, la LPP (Artículo 312) no comprende la facultad del tribunal para preguntar al acusado; sí concede esa potestad en el caso de testigos y peritos (artículos 320 y 333). La LECrim la otorgaba en el Artículo 700. Este asunto nunca ha sido objeto de polémica y ahora, en las indicaciones, queda claro que está autorizado el tribunal a preguntar, luego de que lo hayan hecho las partes, “no previamente”.

21 No le asiste al acusado un derecho a mentir; de considerar lo contrario, tendría que ser instruido sobre este, de acuerdo con el Artículo 2 de la LPP (C. Roxin: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 136).

22 Estas ideas, junto a lo preceptuado en el Artículo 161 de la LPP –aunque referido a la fase preparatoria, postula que al acusado le asiste el derecho a prestar declaración en cualquier momento y cuantas veces lo solicite–, me permiten afirmar que, durante el juicio, cuenta con esa facultad, lo que destruye la mala práctica de que solo tiene oportunidad de manifestarse al principio y al final del juicio oral.

En el último párrafo del Artículo 324 de la Ley No. 6, de 8 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal Militar, se expresa: “El acusado puede declarar en cualquier momento del juicio oral”.

No es posible soslayar que la declaración del acusado es expresión del derecho de defensa material que le acompaña durante el proceso y tiene rango constitucional.

23 De la lectura del Artículo 162 de la LPP, siempre deduje que, en el juicio, la declaración tenía que ser oral, y no leída; pero ahora es un asunto fuera de discusión. Lo que me ofrece dudas es que este proceder quede sujeto a la facultad del que preside. ¿Qué con-

el Acuerdo No. 90, de 14 de junio de 2001, del CGTSP (Dictamen No. 403). La citada disposición constituyó un gran paso en el momento de su aparición, pues, otrora, las partes —como regla—, se limitaban a pedir “que los documentos oportunamente propuestos y admitidos se tuvieran por reproducidos”, sin más, lo que conculca principios básicos que gobiernan el juicio oral.

El defensor no puede olvidar la regla del Artículo 338 de la LPP, en la cual se consigna: “El Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la más segura determinación de la verdad”. Esta norma impone al órgano jurisdiccional la obligación de examinar “por sí mismo”, y en el acto del juicio oral, no en otro momento, la prueba documental que fue considerada pertinente. De lo anterior, se deriva el deber del defensor de referirse públicamente al contenido de cada documento por él propuesto —y admitido— que pueda servir de base a su pretensión; así mismo, de objetar los de la parte contraria.

En relación con la prueba testimonial, me referiré solo a cuatro de los

aspectos que aborda la comentada Guía (ordinales 3, 9, 10 y 13): el testigo pariente, la proscripción de responder ciertas preguntas, el testigo discorde con su declaración sumarial, y el testigo que no ha arribado a la mayoría de edad.

La LPP, por encima del interés en el descubrimiento de los delitos, coloca la protección de la cohesión familiar. El Artículo 170 concede la potestad de “excusarse de la obligación de declarar” a “los ascendientes y descendientes del acusado, su cónyuge y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.²⁴ Esta propia norma, en su párrafo final, comprende la obligación del testigo pariente del acusado a prestar declaración, “en cuanto a los otros con respecto a los cuales no concurren dichas circunstancias, a no ser que su declaración pueda afectar a su pariente o defendido”. Este asunto es el centro de mi comentario al respecto, y consiste en el celo con que el abogado debe actuar frente al caso, pues, en ocasiones, por una deficiente comprensión de esta norma, se lleva al testigo a deponer indirectamente en contra de su pariente.²⁵

secuencias traería para el derecho de la defensa que el acusado traiga su declaración escrita y el presidente no autorice su lectura?

Igual pienso sobre las notas, pues resulta una manera de facilitar la defensa. Si el acusado guarda prisión, no se le autoriza a salir del establecimiento penitenciario acompañado de papel alguno.

Durante el juicio, debe permitirse al acusado que haga los apuntes que le interesan, para luego rebatir, precisar o aclarar.

24 Nótese que no suprime esta potestad ni siquiera en el caso donde el presunto delito ha ido en contra de la propia cohesión familiar; ejemplo de ello lo son los abusos sexuales entre los indicados parientes.

25 Así, en caso de coautoría.

No resulta ocioso recordar la regla de la LPP que preceptúa (Artículo 172): “Ningún testigo puede ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa o importante a su persona, honra o intereses, o a la persona, honra o intereses de alguno de los parientes a que se refiere el Artículo 170”. De manera que, en el supuesto analizado, el abogado debe estar atento para evitar que el propósito del legislador resulte ilusorio, y reaccionar, en forma respetuosa, fundada y comedida, ante cualquier intento desnaturalizador de la norma.

El ordenamiento procesal (Artículo 322, LPP) proscribe que el testigo responda preguntas capciosas, sugestivas, o impertinentes. Corresponde al presidente, en el ámbito de su función de dirección del debate, no permitirle al testigo que conteste esa clase de preguntas. Es posible que dicha decisión resulte cuestionable para el abogado; ante esta situación, siempre he recomendado replantear la pregunta en términos aceptables por el presidente, sin entrar en pública polémica al respecto, ya que no tiene ningún sentido favorable —como regla lo opuesto—,²⁶ salvo que sea evidente lo arbitrario de la resolución, o afecte importantes intereses de la defensa.

Lamentable es la escena, cuando la pregunta formulada en los señalados términos, parte del propio tribu-

nal. Aquí sostengo el criterio de que el abogado solo debe reaccionar, exponiendo su parecer al tribunal, si ese proceder perjudica, en alguna medida, al acusado;²⁷ de otra manera, no se trata de un asunto que merezca su atención.

En lo tocante al testigo discorde con su declaración sumarial (Artículo 326, LPP), luego de la lectura del acta contentiva de esta, lo correcto es que el presidente requiera al testigo “para que explique la diferencia o contradicción que se observa entre ambas declaraciones”. Se aparta de esta fórmula legal el presidente, cuando, en vez de realizar el invocado requerimiento, se limita a preguntarle al testigo si lo leído es su declaración. Aquí, estamos frente a una pregunta sugestiva, y reproduzco lo expresado en el párrafo anterior, en cuanto a cómo debe ser la actuación del letrado.

El último aspecto de que me ocupo, acerca de la prueba testifical, es el examen de los testigos menores de 16 años de edad, sobre lo que la LPP (Artículo 179) se limita a decir, “que serán examinados por vía de exploración”. Antes de la entrada en vigor de la Instrucción No. 173, de 7 de mayo de 2003, la regla era que el testigo menor siempre era examinado por el tribunal. En la Instrucción, bajo un loable propósito, se prescinde de su comparecencia a juicio en varios supuestos, y se incorpora al debate el testimonio

26 La casación, por este motivo (Artículo 70.3, LPP), constituye una inviable rareza.

27 Son distintas las tareas del fiscal y el defensor en el curso del juicio oral. Al primero, corresponde exigir el estricto cumplimiento de la LPP por todos los participantes en el citado acto. Al segundo, poner de manifiesto lo que puede favorecer a su defendido.

recibido en la etapa investigativa, lo que resulta inaceptable por carecer del control de la defensa. El documento estudiado refiere que este testigo comparecerá “cuando resulte imprescindible” y establece, como exigencias preceptivas²⁸ para el examen, las que antes constituían solo variantes, entre las múltiples opciones con que contaba el tribunal.

Después, la Guía metodológica trata la práctica de la prueba pericial. El hecho de que el perito deba exponer su dictamen en el juicio se deriva del principio de oralidad. Este especialista tiene tres obligaciones: comparecer, declarar y ser veraz en sus manifestaciones.

El Artículo 332 de la LPP sufrió modificaciones en dos aspectos: la primera se refiere al denominado cambio de perito. Lo que solicitan las partes es la práctica de la prueba pericial (ejemplo, la psiquiátrica), y es el tribunal quien designa a los expertos; pero no me queda la menor duda de que el perito del caso es el que practicó la peritación en la fase sumarial, o en la preparación del juicio, o en el propio juicio, y solo ese es el que puede rendir su informe ante el tribunal, no otro, aunque sea titular (ejemplo, no puede rendir informe –leer– sobre reconocimiento por delito sexual, o la práctica de la necropsia, un médico legista, que no intervino en dicho examen), pues no es el experto de la causa.

La segunda modificación trata sobre lo innecesario de la comparecencia del perito en la vista, cuando –a juicio del tribunal– el dictamen resulte “suficiente e indubitado”. Es cierto que no siempre se requiere la asistencia del especialista en el juicio. Para su no concurrencia, debe haber un acuerdo entre las partes y la aprobación del tribunal. Siempre que aquellas soliciten “fundadamente” su presencia, debe asistir. De lo contrario, ¿cómo podrían estas aclarar sus dudas, controvertir la prueba, si no estuvieron presentes en el momento de la peritación y, luego, el experto no informa en el juicio?

El abogado, cuando estime que el hecho de rendir el informe un perito distinto al propuesto (perito del caso) puede afectar el ejercicio de la actividad defensiva, debe hacerlo notar al tribunal con la exposición de los argumentos procedentes. Así mismo, siempre que entienda que la presencia del perito en el juicio es necesaria, ha de señalarlo a ese órgano oportunamente, y protestar, en su momento, la decisión de prescindir de la comparecencia del especialista. Deseable sería que, cuando el asunto lo requiera, el defensor, en el momento del examen del perito, pueda estar acompañado de un especialista de su elección, el que facilitará el interrogatorio, o lo hará por sí. Recordemos que ni el perito es omnisciente ni el letrado, un oráculo.

28 Previo a la Instrucción, las condiciones las decidía el tribunal, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Ejemplo: un joven de 15 años era examinado en la sala de juicios, como se haría a los 16. El presidente decidía si se interrogaba por su conducta o lo hacían directamente las partes.

EMPLEO DEL ARTÍCULO 351 DE LA LPP

Se abordan dos aspectos sobre el Artículo 351 de la LPP, en relación con la defensa penal.

Primero: el abogado debe emitir su opinión, y dejar constancia en el acta, si considera que se ha empleado esta fórmula sin base en los presupuestos que para su determinación establece la LPP, lo cual va en detrimento de la función que realiza. Ejemplo: cuando se utiliza, ante el supuesto de carencia de pruebas, para impedir una absolución evidente.

Segundo: en el caso de incumplimiento por el fiscal del plazo (20 días hábiles) a que hace alusión el Acuerdo No. 246, de 10 de diciembre de 2001, del CGTSP (Dictamen No. 414), es favorable para la defensa el reinicio del juicio oral, no la continuación que se pretende con inobservancia de la indicada disposición.

CULMINACIÓN DE LA PRÁCTICA DE PRUEBAS

En este epígrafe, se desarrolla lo concerniente al Artículo 341 de la LPP, en lo referido a las pruebas oportunamente propuestas que fueron admitidas, y cuya práctica no ha sido posible en el juicio oral. El presidente inquirirá de las partes su opinión al respecto. De insistir el defensor en la realización de la prueba por él propuesta, debe explicarlo fundadamente al tribunal. Esta explicación no se limitará a los argumentos iniciales señalados en su objeto, sino que ha de tener en cuenta el estado actual del asunto.

La señalada ilustración será registrada en el acta. Si el tribunal, luego de deliberar sobre este aspecto, adopta una postura contraria a lo pretendido por el abogado, lo informará públicamente, con las razones correspondientes. Frente a la invocada decisión, si el letrado no queda convencido por los argumentos de la sala, formulará la correspondiente protesta en forma motivada, refutando el parecer de ese órgano. Tanto las razones del tribunal como la protesta del abogado y sus motivos se recogerán en el acta.

Por último, se insiste en la correcta utilización del Artículo 342 de la LPP, que autoriza a las partes (la Instrucción concede al tribunal la potestad de disponerlo de oficio) a solicitar la lectura de "las diligencias que consten de la causa y que por razones realmente impeditivas no puedan reproducirse en el juicio oral". El abogado objetará cualquier empleo abusivo para el encausado de esta norma, por los riesgos que ello acarrea. La lectura del documento no demuestra la veracidad de lo leído, lo que deberá corroborarse por otros medios de prueba. Ejemplo: la lectura de la declaración sumarial de un testigo, o ante notario que luego abandonó el país (Acuerdo No. 267, de 19 de mayo de 1987, del CGTSP, por el que recayó el Dictamen No. 267).

CONCLUSIONES DEFINITIVAS Y ALEGATOS

Varios aspectos de interés para el defensor se abordan en este título. El primero reitera que las modifica-

ciones a las calificaciones provisionales “se entregarán por escrito en ese propio acto”, lo que, de hecho, puede llevar al abogado a solicitar un receso (Artículo 347, LPP) para la redacción del documento.

El segundo aclara que, al emplear la fórmula del Artículo 350 de la LPP, la ilustración al tribunal sobre el nuevo aspecto sometido a consideración puede hacerse seguidamente, o en el momento del alegato final (Artículo 354, LPP); es mejor en este último momento.

El tercero de los aspectos se refiere a una peligrosa potestad del que preside de “limitar el tiempo del informe forense” en determinadas circunstancias. Lo correcto ha de ser llamar la atención del orador las veces que sea preciso, y hasta corregirle, en el orden disciplinario. Por suerte, en nuestro país, los abogados han contado con la más amplia libertad para exponer sus argumentos en el debate; incluso, muchas veces, no con estricto apego a la norma que impone el deber de ajustarse a las calificaciones definitivas (Artículo 354, LPP).

El cuarto proscribía “la lectura íntegra de textos o preceptos de la ley, sin perjuicio de la lectura de notas para auxiliar a la memoria”, pues debe cuidar el defensor que no se le llame la atención por incurrir en estos comportamientos. Claro que la indicación no prohíbe hacer alusión a un interesante texto que viene al caso, y a referirse a un breve párrafo. En relación con la consulta de notas para el alegato final, es recomendable acompañarse de un guión que ayude a la memoria.

Para concluir el título, se establece que “el fiscal y los abogados permanecerán en la sala hasta que termine el juicio oral”. Esta regla entra en contradicción con la nefasta práctica consistente en que los defensores abandonan temporalmente el juicio para ir a otro acto de la propia naturaleza, cuando consideran que nada de lo que queda por debatir afecta a su defendido, y se reincorporan antes del trámite de calificaciones definitivas e informes finales.

DERECHO DE ÚLTIMA PALABRA

Digno de elogios es el llamado que, en este apartado, se hace al presidente del juicio, para que, en el denominado derecho de última palabra del acusado, evite “realizar advertencias excesivas o indebidas que coarten la exposición” de este en el momento final.

La pretensión del legislador, al otorgarle al acusado el derecho de dirigir la palabra al tribunal antes de concluir el juicio, consiste en garantizar su defensa material hasta el último momento. De manera que los jueces se retiren al recinto de deliberaciones, conservando en su mente las manifestaciones finales de este. Lamentablemente, la citada pretensión —en ocasiones— es incomprensida.

La LECrim (Artículo 739) refiere: “[...] el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal”. La LPP modificó esta clara expresión consignando que “el Presidente preguntará a los acusados si tienen algo que agregar

en su defensa”. Este desafortunado cambio –unido a la incompreensión de la razón del precepto–, seguramente, dio origen a la confusión reinante en la actualidad, donde, en ocasiones, solo se autoriza al acusado a declarar “nuevos aspectos”. Muchas veces, más tiempo emplea el presidente con las advertencias –encaminadas a limitar o restringir injustificadamente este derecho– que el que pudiera utilizar el acusado en su última declaración. Curioso resulta que la LPP, en el juicio sumario ante el tribunal municipal popular (Artículo 374.7), utiliza la frase “practicadas las pruebas se concede la palabra, por su orden, al Fiscal y al Defensor, si intervienen, y por último al acusado por si tiene algo que exponer en su defensa”.

CULMINACIÓN DEL JUICIO ORAL

Bajo este rubro, se trata del cierre del acta y su firma; esta tiene como presupuesto la previa lectura del documento. Falta a un elemental deber de cuidado el abogado que, sin leer el acta, procede a firmarla.

DISPOSICIÓN GENERAL

La norma final de la metodología deja claro que, en el curso del debate, el presidente adoptará las medidas necesarias para su buen desarrollo, lo que hará siempre escuchando el parecer de las partes. Ciertamente es que incontables son los problemas que pueden surgir en el juicio oral; muchos no encuentran expresa solución en la LPP, de ahí la importancia que, previo a cualquier decisión sobre estos, se escuche la opinión del defensor.

Hasta aquí, un breve comentario de algunos de los aspectos que comprende la Guía metodológica para la realización del juicio oral, la cual, como expresé al principio, es un meritorio documento para la rectitud de este acto. Seguramente, muchos de los aspectos que aborda el documento serán objeto de disímiles interpretaciones. Ello no merma, en lo absoluto, su valor; al contrario, lo enriquece; así, también, el proceso penal cubano, que tanto necesita de una culta academia y refinada práctica.

AUTONOMÍA DE LA SUCESIÓN LEGITIMARIA

*Esp. Yanet Alfaro Guillén,
jueza profesional, Sala de lo Civil y de lo Administrativo,
TPP de La Habana*

LOS TIPOS de sucesión son las maneras por las cuales llega a ofrecerse la herencia o a concretarse la delación¹ y, tradicionalmente, en el sistema sucesorio romano, se ha concebido que ello se verifica a través del testamento o de la ley, lo que identifica las sucesiones exclusivamente como testadas o intestadas. En cambio, en el modelo sucesorio germánico, se plantea sin oposiciones que son tres los tipos o formas de sucesión: testada, intestada y forzosa.² Dado que los tipos de sucesión son los que ordenan la forma en la que ha de deferirse la herencia y ese ofrecimiento se verifica con la delación, entonces, para entender que también en el sistema legitimario romano existe la forzosa o legitimaria, como una tercera forma, sin que riña ello con su naturaleza de

reglamentación negativa, es preciso sentar ciertas pautas.³

Hablar de “sucesión legitimaria” no resulta nada simple. Se advierte en la doctrina una infeliz equiparación de esta categoría a la de “sistema legitimario”, lo que da al traste con importantísimos análisis que han profundizado en los puntos neurálgicos de la sucesión forzosa. Los sistemas legitimarios pueden ser instrumentalmente definidos como el conjunto de normas, instituciones y principios que ordenan la forma en la que opera la sucesión legitimaria. Con la confusión de estas instituciones, se han perdido los contornos de un relevante presupuesto de la construcción teórica de las formas de sucesión, en lo que a la autonomía y peculiaridades de la legitimaria o forzosa se refiere.

- 1 Mientras que las formas de suceder son las vías mediante las cuales puede un individuo llegar a convertirse en sucesor de otro por causa de muerte, de modo que se refieren a las vías de acceso a la delación —a través del derecho propio, de representación o de transmisión—, los tipos de sucesión contienen los mecanismos de colocación o activación del ofrecimiento para que, por las vías correspondientes, pueda accederse.
- 2 Este contraste de sistemas legitimarios es consecuencia de las opuestas concepciones que del fenómeno sucesorio han gestado los modelos romano y germano de adquisición de la herencia.
- 3 Ver el acápite “Necesarias distinciones”.

CLASIFICACIONES DE LOS SISTEMAS LEGITIMARIOS⁴

Según su naturaleza o aspecto funcional

En primer orden, aparece la escisión de los sistemas legitimarios a partir de la clásica concepción de su naturaleza o de la más reciente terminología que alude a su aspecto funcional, pero constituyen valoraciones del mismo fenómeno. Así, hay un sistema germánico, de atribución legal, o de reserva legal en el que la legítima constituye una *pars reservata*; y uno romano, de reglamentación negativa o de freno, en el que constituye una *pars debita*.

El sistema germánico opera la legítima como una porción forzosa de la sucesión intestada, de modo que la ley concede al legitimario una protección directa a través de

una delación legal, al margen de las disposiciones volitivas del causante mediante una reserva legal. En su contexto, se habla más de una *reserve* que de una porción legítima.

El sistema romano la opera como un límite a la libertad de disponer por testamento, o cualquier modalidad de liberalidad *inter vivos*, de modo que constituyen una porción de la que el causante no puede disponer libremente, sino a favor de sus legitimarios. Engendra, por excelencia, la porción legítima.

Rivas Martínez⁵ ha señalado que, en el sistema romano, las legítimas constituyen solo una limitación a la libertad dispositiva del causante, mientras que, en el germánico, aparecen como una excepción a la posibilidad de que el causante disponga de una parte reducida de su haber, y concluye que, en el Código civil español, no hay una legítima de tipo

4 El estudio de la clasificación de los sistemas legitimarios se circunscribe al sistema continental por ser el que engendra verdaderos regímenes de sucesión forzosa. El *Common Law* no concibe este tipo de sucesión porque rige como principio general la libertad de testar, aunque matizada por los ordenamientos contemporáneos de este con las previsiones de cierta tutela familiar *mortis causa*. En el ordenamiento inglés, se prevé la *family provision*, que limita la libertad de testar solo para proteger a ciertas personas dependientes económicamente del causante mediante asignaciones de cantidades monetarias suficientes (Aurelio Barrio Gallardo: *La evolución de la libertad de testar en el "Common Law" inglés*, pp. 299-300; Sergio Cámara Lapuente: "¿Derecho europeo de sucesiones?: un apunte", p. 1219; y Antoni Vaquer Aloy: "La convergencia espontánea del Derecho de sucesiones en Europa", p. 199). Similar orientación sigue Estados Unidos; en su Código Uniforme de Sucesiones, se protege a los hijos de la inexistencia de atribución *mortis causa*. Dieciocho estados lo han adoptado. Luisiana constituye una excepción al régimen imperante en este país porque establece, aunque limitado, un régimen que no se encuentra con exactitud en ninguno de los modelos continentales (José Miguel García Moreno: "La preterición de herederos forzosos", pp. 621-623; y José María Miquel González: "Legítima material y legítima formal", pp. 520-524). En las codificaciones aún vigentes en países de Europa del este, como Estonia, Lituania y Polonia, el sistema legitimario tiene un marcado carácter asistencial, cuyo régimen, Vaquer ha calificado como una propuesta intermedia entre los sistemas de determinación de una cuantía fija de la legítima y el sistema inglés de las provisiones familiares (Vaquer Aloy: *Op. cit.*, pp. 200-201).

5 Juan José Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones común y foral*, pp. 1410 y 1411.

rigurosamente unitario, sino diversas modalidades legitimarias dirigidas a alcanzar una finalidad práctica.

La doctrina española contiene diversos análisis, en cuanto a la calificación del sistema legitimario regulado en el ordenamiento español, según este primer criterio. Se ha planteado que, en la regulación

del Código civil, convergen elementos de ambos sistemas,⁶ que se trata de uno romano o de reglamentación negativa⁷ y, también, de un sistema germánico o de reserva.⁸

Según otro criterio, ha de atenderse a la legislación concreta reguladora de la legítima para poder ofrecer la precisa calificación del sistema.⁹

- 6 Alicia Real Pérez: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, pp. 22-23. Afirma que la legítima española se formó tomando en cuenta elementos de ambos sistemas, pero predominan las notas características del romano; Xavier O' Callaghan, en *Compendio de derecho civil*, p. 225, plantea que, en el Código civil español, se mezclan elementos de la legítima romana y la germana, esta última en lo que a la mejora se refiere, aunque en Cataluña, Navarra y Baleares, se ha mantenido casi íntegramente el sistema y los principios de la legítima romana.
- 7 Vallet aclara que esta calificación no es absoluta, sino efectuada al contrastar el sistema legitimario español con el germánico de delación legal, indicativa de que no se regula en España una delación directa a favor de los legitimarios (Juan Berchams Vallet de Goytisolo: "Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas", p. 38). El mismo autor advierte que no es *pars reservata* por razón de la interpretación histórica y sistemática del Artículo 806, frente a las cuales la literal no tiene suficiente fuerza, y que la expresión de que *no puede disponer*, empleada en el precepto, no implica que el causante no tenga la posibilidad de disponer de la parte de su patrimonio relicto —en la técnica de la reserva germánica—, sino que este pueda disponer de todos sus bienes, pero en atención a las limitaciones que se establecen en el propio código en materia de legítima. Que tampoco la expresión *por haberla reservado la ley* tiene la trascendencia del sostenimiento de la tesis germana: que es empleada solo en su acepción gramatical (Vallet de Goytisolo: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, p. 8). Rivas ha entendido que el sistema de reglamentación negativa, o de freno, es el seguido fundamentalmente por el Código civil español porque la ley deja hacer y disponer al causante en cuanto este cumpla voluntariamente el deber que le impone y no se salga de los límites que le señala para disponer con un destino u otro, y solo confiere al legitimario, en forma subsidiaria, derecho de impugnación, o bien al complemento, cuando, en perjuicio suyo, el testador o donante se hubiese excedido de las limitaciones señaladas en la ley (Rivas Martínez: *Op. cit.*, pp. 1410 y 1411).
- 8 Gregorio Ortega Pardo: "Herederero testamentario y herederero forzoso", p. 361; y Manuel Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza de la legítima", pp. 850 y ss.
- 9 Roca Sastre y Puig Brutau distinguen, en el Derecho español, tres grupos de legislaciones, en cuanto al sistema de legítimas:
1. En los territorios de Derecho común, sistema romano, con influjo de la reserva germana, *quantum* más reducido y la flexibilidad de las mejoras.
 2. Cataluña y Baleares fuertemente romanizadas, sistema romano del período clásico; Cataluña y Mallorca, sistema justinianeo o de legítima elevada y variable.
 3. Aragón, Navarra y Vizcaya, regiones del Fuero de Ayala y del Privilegio de Ager, no recibieron en toda su pureza el sistema legitimario romano clásico ni tampoco el fuertemente limitativo de la reserva germánica. En estas regiones, gracias a la legítima ficticia o reducida, es posible acumular los bienes en un solo heredero, lo que posibilita la subsistencia indefinida del tipo de familia troncal (Ramón M. Roca Sastre y José Puig Brutau: *Estudios de derecho privado*, p. 180).

Cámara Álvarez,¹⁰ en enfoque similar, advierte tres sistemas, que pretenden determinar la naturaleza de la legítima, y concluye la pertenencia del ordenamiento español al tercero de ellos:

1. La legítima como parte de la herencia que se defiere *ab intestato* a los legitimarios, de modo que el testador solo podrá disponer *mortis causa* o a título gratuito de una parte de la herencia. Según la doctrina dominante en Italia, una variante de este sistema es la de imaginar, junto a la delación *ab intestato* y testamentaria que existe, un tercer tipo de delación o llamamiento *ex lege* a una cuota del haber hereditario. La legítima aquí es *pars hereditatis* y tiene su máxima expresión en el derecho francés.

2. Sistema opuesto al primero, el legitimario, por el hecho de serlo, solo ostenta un crédito contra la herencia por el valor que represente

su legítima. Aquí, el legitimario no es heredero, por lo que la legítima será *pars valoris* o *pars valoris bonorum*. Es el sistema que adopta el ordenamiento alemán.

3. La legítima se concibe como obligación o deber impuesto al testador de dejar una parte de su patrimonio líquido a los legitimarios, pero se permite al testador que elija la forma en que pueda cumplir esa obligación.¹¹

Considero que el sistema legitimario del Código civil español corresponde al modelo de reglamentación negativa. Dada la imprecisa redacción del Artículo 806, las acciones de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, reguladas en lo fundamental¹² en los artículos 814 y 815, delatan este carácter, si se tiene en cuenta que su objeto es privar de efectos a las disposiciones volitivas del testador que lesionen derechos legitimarios. Ello conduce,

10 Manuel de la Cámara Álvarez: *Compendio de derecho sucesorio*, 3ª. ed., pp. 192 y 193.

11 En este último, se discute con mucha fuerza la interrelación de la observancia del principio de libertad de testar y la limitación que las legítimas imponen a la *sui generis* libertad individual. Los análisis discurren por los senderos del cuestionamiento de la preservación, actualización o flexibilización del deber legitimario, a partir de las vigentes condiciones socioeconómicas que tanto difieren de las que motivaron su surgimiento (Rivas Martínez: *Op. cit.*, pp. 1406-1407; O'Callaghan: *Código civil: comentado y con jurisprudencia*, p. 800; Etelvina Valladares Rascón: "Por una reforma del sistema sucesorio del Código civil", p. 4893; Aurelio Barrio Gallardo: "Atemperar la rigidez de la legítima", p. 2714; Alfonso Rentería Arocena: "La libertad de testar en Derecho comparado", p. 2106; Jesús Delgado Echeverría: "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", p. 8; Miquel González: *Op. cit.*, pp. 497 y 499-500; Teodora Felipa Torres García: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", p. 220; Vaquer Aloy: *Op. cit.*, pp. 194-196 y Cámara Lapuente: *Op. cit.*, pp. 1218, 1224 y 1225. Realmente, se advierte este debate solo en el plano de las disquisiciones teóricas, porque en el legislativo, aunque los sistemas legitimarios se matizan y aligeran, en cuanto a contenido y esencia, de alguna forma, predomina irrefutablemente su previsión como cortapisa a la libertad dispositiva del testador en el sistema romano. Aun las codificaciones de última generación los contemplan (Código civil italiano y Código civil de Perú).

12 Cámara Álvarez: *Compendio...*, 2.ª ed., p. 194.

indudablemente, a la conclusión de que opera la sucesión legitimaria como límite a la libertad de testar y no como atribución legal directa.

SEGÚN SU CONTENIDO

En segundo orden, se califican los sistemas legitimarios atendiendo a su contenido fundamentalmente en sistemas *pars hereditatis*, *pars valoris*, *pars valoris bonorum* y *pars bonorum*.¹³

Pars hereditatis: Opera atribuyendo al legitimario la condición de heredero para que reciba una parte de la herencia integrada tanto por activo como por pasivo.

Pars valoris: Es el sistema por el que se concede al legitimario un derecho de crédito a pagar en la cuantía que se determine en la norma.

Pars valoris bonorum: Es la modalidad que concibe la composición de la legítima con el valor de cada uno de los bienes que componen la herencia.

Pars bonorum: Se considera al legitimario como un destinatario forzoso de bienes más que como un sucesor, por ser considerado cotitular de los bienes del activo hereditario.

La legítima como *pars bonorum*, parece ser posición predominante¹⁴ en la calificación española y, además, muy antigua.¹⁵

No obstante, se han vertido importantes criterios totalmente opuestos¹⁶ que califican al sistema de *pars hereditatis* a partir de las imprecisiones gramaticales de las normas reguladoras y, a la par, opiniones intermedias.¹⁷ Coincido con el criterio mayoritario que vincula la calificación

13 También, aunque con mucha menor incidencia, suelen calificarse en este mismo parámetro como sistemas *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet* o puramente simbólicas.

14 Vallet de Goytisolo: "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", p. 846; Rivas Martínez: *Op. cit.*, p. 1417; O'Callaghan: *Compendio...*, p. 226; José Antonio Quince Fanjul: "Preterición: interpretación del art. 814.3 Cc", p. 117. También la Dirección General de los Registros y del Notariado ha seguido este criterio de clasificación para el sistema legitimario español: Resolución de 1 de marzo de 2006 (RJ\2006\3919): "En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una *pars bonorum*, y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima".

15 Citado por Vallet de Goytisolo: "Las legítimas según Claude Chifflet", p. 683.

16 Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, pp. 864-865; y Ortega Pardo: *Op. cit.*, p. 342.

17 Lacruz sostiene que el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de la legítima no puede resolverse mediante una solución única; las alternativas deben ser planteadas no aisladamente, sino en relación unas con otras por no ser unívocas ni absolutas (Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho Civil*, vol. III, p. 354). Real Pérez reconoce la superioridad del criterio que considera la legítima una *pars bonorum*, pero considera que la naturaleza de la legítima en el Código español es plural porque no

del modelo del tipo *pars bonorum* a la posibilidad que franquea el Artículo 815¹⁸ de satisfacer el derecho legítimo por cualquier título.¹⁹

Restringir el contenido de la legítima a una *pars hereditatis* no parece admisible cuando puede ser atribuida al legítimo por concepto distinto al de herencia.

La clasificación de los sistemas legítimos, a partir de su configura-

ción y contenido, permite una completa calificación de la sucesión forzosa que cada ordenamiento establezca²⁰ y trasciende significativamente a la regulación de la preterición. El aspecto funcional de la sucesión legítima determina la utilidad de la figura de la preterición. Solo en el sistema de reglamentación negativa, por depender la protección del cumplimiento del deber del testador, será necesaria su previsión.

puede ser *pars hereditatis*, dada la no imposición normativa de la institución de heredero a favor del legítimo y la previsión de la posibilidad de pagar la legítima por cualquier título, tampoco *pars valoris* porque, aunque a veces constituye un derecho de crédito, tiene garantías especiales que no le son reconocidas a ningún otro acreedor y no es por último en los casos de pago de la legítima en metálico una *pars bonorum* (Real Pérez: *Op. cit.*, pp. 54-55). Martín Pérez considera que en la calificación del sistema legítimo español en atención a su contenido, el Tribunal Supremo tiene una posición dubitativa porque la ha considerado indistintamente *pars hereditatis* y *pars bonorum* (Martín Pérez: "Sección Quinta de las Legítimas", p. 1479). Lledó advierte que no es fácil determinar calificación en cuanto a contenido del sistema legítimo español, porque no es clara la terminología del legislador; pero, pese a ello, la posición predominante es que se trata en principio de una *pars bonorum* (Lledó Yagüe: *Sistema de derecho civil: derecho de sucesiones*, p. 360). Torres y Domínguez plantean que, aunque como regla pueda sustentarse que se trata de una *pars bonorum*, se exceptúan los supuestos contemplados en el Código español, en los que se prevé el pago de la legítima en dinero, incluso extrahereditario (Torres García y Domínguez Luelmo: "La legítima en el Código civil I", p. 1842). Torres sostuvo el mismo criterio en trabajo precedente (Torres García: *Op. cit.*, p. 202).

18 En el articulado posterior al precepto, hay alternativas al cumplimiento del deber legítimo por título distinto al de heredero (artículos 817, 818, 819, 820.1, 821, 822, 823 y 831; Cámara Álvarez: *Op. cit.*, pp. 194 y ss.; Domínguez Luelmo: "Artículos 815 al 822", p. 933; y José Manuel Busto Lago: "Artículos 806 al 822", pp. 963-993).

19 Ortega Pardo sostiene criterio distinto sobre la previsión del Artículo 815, al estimar que existen razones de economía jurídica que procuran que los actos jurídicos produzcan siempre sus efectos normales, y acudan solo, en última instancia, a la ineficacia y esa es la *ratio* del Artículo 815 del Código civil español: evitar la ineficacia testamentaria por violaciones legítimas sin intención de definir la naturaleza y esencia de los derechos del legítimo (Ortega Pardo: *Op. cit.*, pp. 342-351).

20 Las codificaciones europeas, en su mayoría integrantes del modelo jurídico continental, adoptan diferentes sistemas legítimos, en atención a su contenido, de modo que confluyen ordenamientos que regulan la legítima y otros la *reserve*. Como ocurre en España, la terminología, y en general el régimen jurídico que el legislador les confiere, impide su nítida catalogación. En Francia, rige un sistema de *reserve* al amparo de los artículos 724 y 1004 del Código civil que autores como Cámara Álvarez, Rivera Fernández, Real Pérez y García Moreno insertan en el modelo legítimo del tipo *pars hereditatis* o germano. En cambio, Alfonso Rentería la concibe del tipo *pars bonorum* y Cámara La-puente la inserta también en el sistema romano (Cámara Álvarez: *Op. cit.*, p. 192; Rivera Fernández: La preterición en el Derecho común español, p. 416; Real Pérez: *Op. cit.*, pp.

Necesarias distinciones

Suelen trastocarse los análisis de la calificación del sistema legitimario, atendiendo a su naturaleza o aspecto funcional con los tipos de sucesión; y de las líneas que anteceden, quedan esbozados los presupuestos de la distinción:

Sistema legitimario es el modo en el que cada ordenamiento concibe la dinámica de la legítima, atendiendo a su aspecto funcional, contenido, aspecto formal o material y cuantía o extensión.²¹ Así, como ya dije, existen sistemas legitimarios romanos/*pars debita* o germanos/*pars reservata*; *pars hereditatis*, *pars valoris*,

pars valoris bonorum, *pars valoris bonorum qua in specie heres solve-re debet*, *pars bonorum* o puramente simbólicas.

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

Por ser la vigencia de una forma de sucesión propiamente legitimaria

26 y 44-45; García Moreno: *Op. cit.*, p. 614; Rentería Arocena: *Op. cit.*, p. 2112; Cámara Lapuente: *Op. cit.*, p. 1222). La reciente reforma legislativa en ese país que se produce por la Ley 728, de 23 de junio de 2006, debilita la fuerza de la *reserve* al suprimirla a favor de los ascendientes y reducirla para los descendientes (Miquel González: *Op. cit.*, p. 495). En Alemania, a la *pflichtteil*, se le concibe como una *pars valoris* porque se configura como obligación a la que se da cumplimiento luego de las deudas de la herencia, pero antes que los legados y cargas modales (Anne Röthel: *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, p. 54). El sistema legitimario italiano adopta una variante de difícil calificación, bajo el acápite de la sucesión necesaria. Zaccaria afirma que, cuando el legitimario ejercita las acciones de reducción contra las disposiciones testamentarias, no hace valer su calidad de heredero, sino un derecho propio y más, cuando ejercita las mismas acciones para reducir donaciones, ni siquiera adquiere la condición sucesoria, por lo que en aquel contexto la llamada sucesión necesaria no siempre se traduce en un fenómeno sucesorio (Alessio Zaccaria: *Perfiles del derecho italiano de sucesiones*, pp. 69 y ss.; y García Moreno: *Op. cit.*, p. 615). No obstante, parece configurarse la legítima como una *pars bonorum* (Rentería Arocena: *Op. cit.*, p. 2114). Holanda, según Miquel, transitó del modelo que concibe a la legítima como una *pars hereditatis* al que la establece como una *pars valoris*, con lo que se asemeja a la legislación alemana, a partir de la Ley de Reforma de 1 de enero de 2003 (Miquel González: *Op. cit.*, p. 495). Esta divergencia se manifiesta también en las codificaciones latinoamericanas, aunque en ellas predomina la regulación del sistema cuyo contenido es una *pars bonorum* (artículos 1181, del Código civil de Chile; 1059, Bolivia; 884 Uruguay; 3591 y 3593, Argentina; 1229 y ss., Ecuador; y 1239, Colombia). En cambio, parecen seguir el modelo de contenido *pars hereditatis* los artículos 723 y ss., del Código de Perú, y 883 y ss., del de Venezuela.

21 Estos dos últimos indicadores de calificación no han sido desarrollados en este trabajo, dada la poca trascendencia que se les atribuye, pero los reconoce la doctrina (Leonardo B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa", p. 240).

el aspecto más polémico de la construcción teórica objeto de análisis, se esbozarán los pilares fundamentales sobre los que se sustenta.

Presupuestos distintivos de la “sucesión legitimaria”

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 como de reserva legal un sistema legitimario. Además, se presenta con contenido, efectos, *nomen* y fundamentos propios y muy distintos a los de las sucesiones testada e intestada.²²

Delación

Existe una delación legitimaria autónoma 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:

• 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, vocación y delación dimanan de un límite legalmente establecido a la libertad de testar. De forma natural, dimanan 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, vocación y delación legitimarias se producen *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, nunca la delación tiene un contenido atributivo directo,²³ 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 concreta únicamente

22 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: *Op. cit.*, p. 359).

23 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 (Ortega Pardo: *Op. cit.*, p. 349). Ver, también, Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, p. 865.

con la vigencia de un título sucesorio sin viabilizar la atribución legitimaria que deberá verificarse mediante negocios jurídicos de adjudicación posteriores. De cumplirse íntegramente este deber mediante actos *inter vivos*, no tendría lugar la delación forzosa, porque nada deberá adquirir por causa de muerte el legitimario. En cambio, de incumplirse dicho deber y vulnerarse en todo o en parte los derechos de los legitimarios, en este sistema, 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.

En este sentido, Vallet²⁴ ha dicho que, en el sistema de reserva legal, la adquisición de la legítima 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:²⁵

- Adquisición del (de los) derecho(s) a la legítima dimana *ope legis*, surge *ipso iure* al fallecer el causante.
- Surgimiento concreto del derecho para asegurar y obtener el contenido efectivo al cual da derecho solo surge concretamente cuando, por

incumplimiento por el causante de su deber de otorgar las legítimas a su respectivo destinatario o de respetarla, se produce su respectivo 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, etc.

- 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, es hecho efectivo a consecuencia del ejercicio con éxito de los correspondientes derechos de impugnación o reclamación.²⁶

Esta tercera forma 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 al heredero forzoso, según se haya cumplido, o no, el deber de legítimas por el testador:

1. Cuando el legitimario ha sido protegido por el testador, el título sucesorio en virtud del cual se inviste de la condición de sucesor (impres-

24 Vallet de Goytisolo: “Aclaraciones...”, pp. 835 y ss.; y “Atribución...”, p. 12.

25 Vallet de Goytisolo: “Atribución...”, pp. 6-9, 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.

26 *Ibíd.*, p. 5.

cindible 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,²⁷ 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 únicamente la norma la que dispone el contenido y los sucesores. Se mezclan, entonces, para formar un tipo de sucesión diferente, 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), es la norma la que determina el curso de la sucesión.²⁸

2. Cuando el legitimario ha sido preterido, debe concebirse que el títu-

lo 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 y limitan 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*, mediante el cumplimiento del deber propio de legítima o de la institución de heredero o legatario).²⁹

Visto de este modo, 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

27 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, etc.).

28 González Palomino, citado por Rivera Fernández, *Op. cit.*, p. 224, afirma que no es obligación del testador atribuir beneficio alguno al legitimario, cuyo derecho no deriva del testamento, sino de la ley.

29 Téngase en cuenta, solo como un elemento más, que los artículos 815 y 494 de los códigos civiles cubano y español, respectivamente, admiten la satisfacción de la legítima por *cualquier título* y, con tal regulación, lejos de excluirse, el título legitimario *per se* ha de entenderse comprendido.

alguna la *voluntas testatoris*, porque dimana íntegramente de normas de *ius cogens*.

La asimilación de los planteamientos anteriores no ha sido nada pacífica.

En varios interesantes trabajos, Vallet y Peña abordan el tema con la óptica que identifica al tipo de sucesión con el tipo de sistema legitimario. Vallet,³⁰ en crítica a un trabajo precedente de Peña,³¹ en el que este autor planteaba que la legítima regulada en el Código civil “produce un llamamiento 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, puestas 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”.³²

Vallet, en un trabajo anterior,³³ había dejado claro que sería chocante 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 no en una atribución intestada menor, sino en una delación legal forzosa, la que no operaría como consecuencia y complemento de la invalidación, sino como un preexistente llamamiento directo e inmediato.³⁴

Ambos, como otros autores, aunque con posiciones encontradas, debaten la existencia de delación legitimaria propia a partir de su traspolación a otro modelo o sistema legitimario. Se muestra convincente la posición de Vallet, al refutar la protección de los derechos de los legitimarios lesionados a partir de 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

30 Vallet de Goytisolo: “Aclaraciones...”, p. 834.

31 Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, pp. 849 y ss.

32 Vallet descartó, también, la autonomía de la sucesión legitimaria en las legislaciones forales (Vallet de Goytisolo: *Panorama del derecho de sucesiones*, t. 1, p. 531).

33 Vallet de Goytisolo: “Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima”, p. 44.

34 Vallet niega también la autonomía de la delación forzosa en los ordenamientos forales (Vallet de Goytisolo: “Los complementos de la legítima”, p. 40).

de elementos contundentes 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 como, 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, también, la autonomía de la delación forzosa, algunas con el mismo afán de sostener su inviabilidad en el sistema legitimario de reglamentación negativa o de freno³⁵ y otras con diversos argumentos.³⁶

En cambio, otros autores se refieren a la autonomía de la delación forzosa, partiendo de la interpretación de los artículos 806 y 807 del Código civil. Según Peña,³⁷ este regula un especial llamamiento de herederos, diferente al voluntario y

- 35 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 no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario (J. Alguer: "Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil", pp. 132 y ss.). Albaladejo sostiene que la sucesión legitimaria generalmente no funciona como 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 la viole, adquiriendo los legitimarios la legítima en ese concepto de sucesión forzosa (Manuel 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 imponiendo a las facultades dispositivas del causante una pluralidad de limitaciones legales y relativas, a 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: *Op. cit.*, p. 1412).
- 36 Claude Chifflet 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, citado por Vallet de Goytisolo: "Las Legítimas según...", 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 (Ortega Pardo: *Op. cit.*, p. 358). García-Bernardo Landeta sostiene que la sucesión forzosa de los legitimarios no es en el Código civil español un tercer modo sucesorio de adquirir que haya de agregarse a la sucesión testamentaria e intestada, pues el Artículo 609 desconoce que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por un tercer género sucesorio distinto de la sucesión testada e intestada, que son los dos únicos modos de adquirirlos por vía sucesoria que regula (Rivas Martínez: *Op. cit.*, p. 1412).
- 37 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. Enumera este autor ocho elocuentes supuestos, en los cuales se patentiza el carácter forzoso y especial

al intestado, pues se funda únicamente en la ley, sin ser supletorio, porque es un llamamiento general primario y estas diferencias existen en la forma de producirse los llamamientos y en su régimen. Asimismo, dejó claro que se produce, también, por el cumplimiento del deber legitimario, o sea, por voluntad del causante. En la misma línea, González Collado³⁸ afirma que el legitimario en España no precisa un *ius abstenendi*, su adquisición *ipso iure* es únicamente de activo sin que pueda acarrearle perjuicios. Adquiere y no sucede; por eso, es innecesario un tercer tipo de vocación, porque esta adquisición *ex lege* no toma en consideración la voluntad del causante por lo que no necesita imponerse a ella. Estos autores se aproximan bastante a la concepción de la independencia de la delación legitimaria, pero 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 sucesión legitimaria, si bien estará determinada en todos los casos por su carácter forzoso, no siempre tendrá como fuente a la ley.

Lacruz³⁹ 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 tiene el perjudicado 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.

Y concluye, en análisis interpretativo del Artículo 806 de dicho Código, que si el testador no puede disponer de la legítima, evidentemente el llamamiento a esta 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.

del llamamiento legitimario, porque prevalece en ellos 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 870-873).

38 Sergio González Collado: "El legitimario no es sucesor", pp. 540-541.

39 Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: *Elementos...*, vol. II, pp. 35-37; y vol. III, pp. 354, 364 y 365.

En otros estudios,⁴⁰ se aborda el tema sin tomar partido entre una alternativa u otra, pero inclinándose hacia la autonomía de la sucesión forzosa desde distintos ángulos.

Contenido

El contenido de la legítima está integrado, según lo posibiliten las codificaciones nacionales, por una porción alícuota y solo activa del patrimonio reconstruido del causante, de modo que, para su debida composición, no son suficientes los activos que existen tras su muerte, sino que se imputan a estos valores el de las posiciones jurídicas activas de las que en vida fue titular el causante, siempre que sean transmisibles *mortis causa* y aunque hubieren sido enajenadas gratuitamente mediante actos *inter vivos* por el testador.

De esta forma, 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 produce únicamente a partir de la conformación de la herencia, sin expectativa alguna de inclusión de bienes, derechos o acciones anteriores del causante.

Plantea Lacruz⁴¹ que, aunque la sucesión universal y el derecho del legitimario se expresan en partes alícuotas de un todo; se trata en cada caso de un todo; absolutamente diferente.

Sujetos

Legitimarios, herederos forzosos, herederos especialmente protegidos, donatarios, cesionarios, beneficiarios, según se acepte o no, por título distinto al sucesorio, 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, trasciende como nota distintiva con respecto a las sucesiones testada e intestada. 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, aunque son siempre legitimarios,

40 Miquel afirma que lo que falta, en caso de preterición, 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, 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", p. 536). Quince Fanjul señala que, tras la reforma legislativa de 1981 en España, en la regulación actual al respecto, se abre la sucesión legitimaria y se crea un nuevo título de imputación sucesoria (Quince Fanjul: *Op. cit.*, p. 119).

41 Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: *Elementos...*, vol. II, p. 33.

pueden ver satisfecho su derecho a título propiamente legitimario, de herencia, de legado o de beneficios que le haya dispuesto *inter vivos* el causante. Las particularidades de la institución de heredero o legatario a favor del legitimario son ajenas a estas instituciones en las sucesiones testada e intestada.

Algunos autores españoles han concebido la ubicación subjetiva del legitimario como herederos, 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,⁴² se les concibe como herederos con el argumento fundamental de que ningún análisis de la doctrina moderna puede negar la condición legal del legitimario. En cambio, estiman distinto estado de la cuestión otros autores, 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 tales sucesores.⁴³

42 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 (Ortega Pardo: *Op. cit.*, p. 361; y Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, pp. 850 y ss.).

43 Roca Sastre y Puig Brutau consideran que, cuando el Código civil español habla de herederos forzosos, en lugar de legitimarios, incurre en una imprecisión terminológica que no debe perjudicar la doctrina que él mismo desarrolla; y que la concepción de la legítima, como derecho a una porción indeterminada del saldo activo de la herencia, permite reforzar la doctrina del legado de parte alícuota (Roca Sastre y Puig Brutau: *Op. cit.*, pp. 188 y 189). Lacruz afirma que el legitimario es muy peculiar porque está dotado de poderes que convierten en un supersucesor al poder reclamar en la herencia una participación superior a la que le asignó el causante, cuya voluntad aquí es rectificada y contradicha, sobre todo pudiendo reclamar bienes o valores que ya no están en el patrimonio del causante, pero que salieron de él 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 y Sancho Rebullido: *Op. cit.*, vol. II, p. 365); Albaladejo plantea que la terminología de llamar herederos forzosos a los legitimarios es inexacta porque pueden ser también donatarios, legatarios, etc. (Albaladejo: *Op. cit.*, p. 377). 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, tampoco siendo heredero queda el legitimario vinculado a los actos del causante lesivos de su derecho (Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, pp. 370-371). Teodora

En el presupuesto subjetivo de la sucesión legitimaria, 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 adquiere por título distinto al de heredero. Como plantea Lacruz,⁴⁴ 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 legitimario. 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.

Al parecer, Vallet⁴⁵ considera que no, cuando al admitir que, aunque con la regulación actual del Código civil español no es necesario instituir heredero al legitimario, solo a favor de aquellos es que subsisten las ventajas derivadas del hecho de poder ocupar por propia autoridad la cosa asignada, de adquirir *ipso iure* la posesión civilísima otorgada por el Artículo 440 del Código civil español y de gozar de la misma protección posesoria que el heredero.

Finalmente, considero que el legitimario es un sujeto del Derecho

de sucesiones, con regulación normativa propia que obedece 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.

Efectos

La sucesión forzosa tiene efectos positivos, como las otras dos que son, respecto al causante, 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 produce 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 mediante las atribuciones insuficientes, las desheredaciones injustas o las pretericiones. Para cada uno de estos supuestos, los ordenamientos jurídicos prevén un conjunto de acciones protectoras⁴⁶ que resultan de vital importancia, a la hora de califi-

los considera propiamente legitimarios (Torres García: “La legítima en el Código civil”, p. 315). Ver, además, párrafo 2079 del Código civil alemán, que acoge la posición de considerarlos simplemente legitimarios y resalta la importancia patrimonialista de la institución.

44 Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: *Op. cit.*, vol. II, p. 37.

45 Vallet de Goytisolo: *Comentarios...*, p. 46.

46 Por ejemplo, acciones de nulidad y de suplemento, entre las que se encuentran acciones de reducción y de rescisión, cada una concebida en función de la extensión de la lesión legitimaria.

car el sistema legitimario de que se trate.

Fundamento

La sucesión testamentaria tiene como único fundamento la voluntad del causante, y la intestada traslada este fundamento ajustado al respeto a la presunta voluntad del causante, sumado al general de la necesidad del Derecho de sucesiones. En cambio, la sucesión legitimaria, según ha ido evolucionando, ha ido ajustando su fundamento, pero ha conservado siempre su esencia ética, protectora de la familia, 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,⁴⁷ ya lo conciben, pues deviene importante tutela a la incapacidad, la discapacidad y la minoridad.⁴⁸

Precisiones finales

Va quedando clara la distinción entre las categorías *tipo de sucesión* —en cuanto a la legitimaria se

refiere— y *sistema legitimario*. Este permite concebir el funcionamiento de la sucesión legitimaria, de modo que existe, entre ambas categorías, una relación interactiva a modo de género (sucesión legitimaria), especie (sistema legitimario), pero nunca de equivalencia.

Pueden colegirse, además, los presupuestos distintivos de la sucesión legitimaria, a la que en cada ordenamiento civil corresponderá un sistema legitimario cuya identificación permite determinar su funcionamiento.⁴⁹ 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 instituciones propias de este tipo de sucesión, como la mejora, el derecho al suplemento, la desheredación⁵⁰ y el funcionamiento del acrecimiento sucesorio.⁵¹

La independencia de la legitimaria, como forma de sucesión, no obedece a criterios injustificados ni mucho menos intrascendentes. Por el contrario, resulta sustentable en

47 Ver epígrafe “Según su naturaleza o aspecto funcional”.

48 Leonardo B. Pérez Gallardo: “El Derecho de sucesiones en cifras; Recapitulación y pronósticos”, p. 736.

49 Por ejemplo, la sucesión legitimaria en Cuba pertenece al sistema romano o 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.

50 Nótese que también tienen instituciones y principios propios las sucesiones testada e intestada, que coadyuvan a sus autonomías. Por ejemplo, legado, sublegado, sustitución, revocación, albaceazgo,... y representación, principio de exclusión de grados, entre otros, respectivamente.

51 Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, pp. 866-867.

el orden técnico, a partir del esbozo de los argumentos anteriores y trasciende a una protección más efectiva de los derechos legitimarios que, en el contexto de los sistemas romanos —por operar como límite a las libertades del testador y no como forma de atribución directa—, requieren un replanteamiento urgente.

Rivera Fernández⁵² 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 optamos por crear un nuevo título sucesorio, como puede ser el de simplemente legitimario, debemos dotarlo 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 Artículo 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 arribó Espejo,⁵³ al afirmar que la naturaleza de 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 sucesorio funciona autónomamente para impugnar los actos lesivos de la legítima y, luego, justificar la adquisición de la porción que corresponde a los legitimarios.⁵⁴

La mayoría de las codificaciones latinoamericanas debieron estar impregnadas 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.

Los artículos 467 y 509.1 y 2 del Código civil cubano, y 658, 912.1 y

52 Rivera Fernández: *Op. cit.*, pp. 415 y 416.

53 Espejo Lerdo de Tejada: *Op. cit.*, pp. 363, 369-370.

54 En la doctrina española, se han producido otros acercamientos al tema. Algunos autores lo han abordado solo en los supuestos de violaciones legitimarias (Torres García y Domínguez Luelmo: *Op. cit.*, p. 1850: “[...] cuando el testador cumple con su deber legitimario no hay por qué utilizar las medidas de freno en que consiste la legítima, por lo que no se puede decir que exista una forma singular de suceder: los legitimarios serán herederos, legatarios o donatarios dependiendo de la voluntad del causante, [...] pero cuando existe inoficiosidad la atribución de bienes en la medida del perjuicio sufrido se produce en virtud de un llamamiento legal [...]”). En trabajo precedente, esta autora coincide con el criterio de 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 (Torres García: “Legítima...”, p. 190; y Cámara Álvarez: *Op. cit.*, p. 199). Torres García estima, además, que la reforma que introduce la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, a los artículos del Código civil, avala la autonomía de la sucesión forzosa (Torres García: “La legítima...”, p. 305).

2 del español⁵⁵ no constituyen verdaderos obstáculos porque:⁵⁶

- Los artículos 467 y 658 son reguladores de los tipos de sucesión

dispositivamente, pero omiten a la sucesión legitimaria como tercera forma de sucesión sin que sea esta omisión invalidante, por-

55 Del Código civil cubano:

Artículo 467.1. La sucesión tiene lugar por testamento o por ley. La primera se denomina testamentaria y la segunda intestada. 2. La herencia puede transmitirse también en parte por testamento y en parte por disposición de la ley.

Artículo 509: La sucesión intestada tiene lugar cuando: a) Una persona muere sin haber otorgado testamento, o este se declara judicialmente nulo o ineficaz en todo o en parte; b) el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, derechos y acciones, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión intestada tiene lugar solamente respecto de aquellos de que no hubiere dispuesto.

Del Código civil español:

Artículo 658: La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de este, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Artículo 912: La sucesión legítima tiene lugar: 1. Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez. 2. Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

56 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). Este autor 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 de la primera (Vallet de Goytisolo: "Observaciones...", p. 68, y "Atribución...", p. 16). En sentido contrario, Peña sostiene con fuerza 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 establecen, respecto de las distintas relaciones jurídicas, 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, por consiguiente, tanto cuando hay testamento como cuando no lo hay, de forma tal que, existiendo testamento, el régimen de la sucesión viene integrado por:

- a) Las normas imperativas y, entre ellas, 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*.

Si no existe 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 (Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, pp. 868-869). Similar criterio de integración con primacía ofrece 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

que en artículos posteriores (492 al 495 del Código cubano y 806 y ss. del español) se regula de forma específica, por lo que resulta enteramente viable en ambos ordenamientos. En el caso de Cuba, se vislumbra una situación paralela en el caso de la imprevisión del contenido atípico del testamento en la correspondiente norma de carácter general (Artículo 476) y, luego, en otros específicos, se regulan particulares atipicidades en las disposiciones testamentarias (Artículo 469, apartado 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 se encuentran formulados bajo el sistema de *numerus clausus*. 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 omiten, en sus apartados primeros, 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 hubiere, quedare aun herencia por transmitir. No previsto a las claras

por el legislador, interpretarlo pudiera quebrantar el viejo dogma que prohíbe al intérprete distinguir cuando la norma no lo hace; pero, si se analizan todos los elementos anteriores, no podrá considerarse contundente este inconveniente.

Finalmente, la delación legítima 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 luce 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 les confiere autonomía y relevancia. Es, por tanto, una delación compleja por la variedad de manifestaciones y de fuentes.

CONCLUSIONES

1. "Sistema legitimario" es el modo en el que cada ordenamiento

de que la adquisición del legitimario no figure entre ellos como parte de los modos de suceder, no quiere decir que se opere siempre y necesariamente a través de las formas testada e intestada, sino que no existe una sucesión necesaria como regla general, ni tampoco con caracteres unitarios; en cambio, 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 (Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: *Op. cit.*, vol. II, pp. 35 y 364).

- concibe la dinámica de la legítima, atendiendo a su aspecto funcional, contenido, aspecto formal o material y cuantía o extensión.
2. “Forma de sucesión”, alude al modo en el que llega a ofrecerse la herencia, sea a través de delación voluntaria, en sus modalidades contractual o testamentaria; de delación legal que dimana de la norma; y de delación legitimaria que, en el sistema germano, surge siempre de la norma; pero, en el romano, según se cumpla el deber de legítima, o no, puede tener la voluntad del causante o la ley como fuente.
 3. La legitimaria es, sin duda, una tercera forma de sucesión, distinta de la testada e intestada porque se viabiliza a través de una delación propia o independiente y se presenta con contenido, efectos, *nomen* y fundamentos propios y muy distintos a los de las sucesiones testada e intestada.
 4. A la sucesión legitimaria en cada ordenamiento civil corresponderá un sistema legitimario cuya identificación permite determinar su funcionamiento.
- Alguer, J.: “Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho civil, VI”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. XXXVII, no. 2, Barcelona, 1931, pp. 36-152.
- Barrio Gallardo, Aurelio: “Atemperar la rigidez de la legítima”, en *Aranzadi civil*, no. 3, 2007, pp. 2711-2738.
- _____: *La evolución de la libertad de testar en el “Common Law” inglés*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- Busto Lago, José Manuel: “Artículos 806 al 822”, en *Comentarios al Código civil*, 3.ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 963-994.
- Cámara Álvarez, Manuel de la: *Compendio de Derecho sucesorio*, 2.ª ed. actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 1999.
- _____: *Compendio de Derecho sucesorio*, 3.ª ed., actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 2011.
- Cámara Lapuente, Sergio: “¿Derecho europeo de sucesiones?: un apunte”, en *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 1185-1233.
- _____: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000.
- Caravia Díaz, Elena: “Efectos de la preterición de herederos en el ordenamiento civil cubano: ¿Reforma necesaria o pretensiones vanidosas?” (trabajo de diploma), Facultad de Derecho, La Habana, 2010 (versión digital).
- Contreras, Pedro de Pablo: “Preterición, derecho intertemporal y Constitución española”, en *Anuario de Derecho civil*, t. 20, 1987, pp. 701-711.
- Delgado Echeverría, Jesús: “El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel: *Curso de derecho civil*, vol. V. Derecho de sucesiones, 9.ª ed., Edisofer, Madrid, 2008.
- Alcalá Navarro, Antonio: *Código civil: comentarios y jurisprudencia*, vol. II, coord. por Antonio Salas Carceller, Sepin, Madrid, 2009, pp. 2312-2351.

- muerte”, en *La Ley*, no. 7675, 18 de julio de 2011, pp. 710.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- Domínguez Luelmo, Andrés: “Artículos 806 al 810”, en *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 923-926.
- _____ : “Artículos 815 al 822”, en *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 933-942.
- Espejo Lerdo de Tejada, Manuel: *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- García Moreno, José Miguel: “La preterición de herederos forzosos”, en *Manuales de formación continuada*, no. 47, 2008, pp. 603-690.
- _____ : “La preterición de herederos forzosos en el derecho común tras la reforma de 1981”, en *Actualidad civil*, no. 44, 1995, pp. 893-906.
- González Collado, Sergio: “El legitimario no es sucesor”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 3, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, pp. 533-541.
- Lacruz Berdejo, José Luis y Francisco de Asís Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho civil*, vol. II, José María Bosch, Barcelona, 1973.
- _____ : *Elementos de Derecho civil*, vol. III, José María Bosch, Barcelona, 1993.
- Lledó Yagüe, Francisco: *Compendio de Derecho civil*, t. 5, 2.^a ed., corregida, Dykinson, Madrid, 2008.
- _____ : “La tutela de la legítima formal”, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, t. 3, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 2524-2560.
- _____ : *Sistema de derecho civil: Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002.
- López Frías, María Jesús: “Comentario a la STS de 23 de enero de 2001: problemas interpretativos en relación a la preterición”, en *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, 2001, pp. 1775-1785.
- Martín Pérez, José Antonio: “Sección Quinta de las Legítimas”, en *Jurisprudencia civil comentada: código civil*, Comares, Granada, 2000, pp. 1475-1533.
- Miquel González, José María: “Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional: comentario a la STS de 9 julio 2002 (RJ 2002, 8237)”, en *Revista de derecho patrimonial*, no. 10, 2003, pp. 433-442.
- _____ : “La preterición”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 5339-5390.
- _____ : “Legítima material y legítima formal”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, Madrid, 2009, pp. 493-560.
- _____ : “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, pp. 531-537.
- Moreno Mozo, Fernando: “El doble concepto de sujeto preterible contenido en el art. 814 del Código civil”, en *Actualidad civil*, no. 18, 2009, pp. 1-19.
- O’Callaghan, Xavier: *Código civil: comentado y con jurisprudencia*, 6.^a ed., La Ley, Madrid, 2008.
- _____ : *Compendio de Derecho civil*, 6.^a ed., corregida y puesta al día, Edersa, Madrid, 2006-2007.

- Ortega Pardo, Gregorio: "Hereditario testamento y heredero forzoso", en *Anuario de Derecho civil*, vol. 3, no. 2, 1950, pp. 321-361.
- Peña Bernaldo de Quirós, Manuel: "La naturaleza de la legítima", en *Anuario de Derecho civil*, vol. XXXVIII-IV, octubre-diciembre de 1985, pp. 849-907.
- Pereña Vicente, Montserrat: "La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001", en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 79, no. 679, 2003, pp. 2855-2878.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: "El Derecho de sucesiones en cifras; Recapitulación y pronósticos", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 39, Madrid, 2009, pp. 701-765.
- _____: "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa", en *Derecho de sucesiones*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 200-310.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. y María Elena 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*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1997, pp. 36-90.
- _____: "Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código civil cubano: algunas interrogantes al respecto", en *Temas de Derecho sucesorio cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1997, pp. 1-50.
- Quince Fanjul, José Antonio: "Preterición: interpretación del art. 814.3 Cc", en *Revista jurídica de Asturias*, no. 32, 2008, pp. 115-127.
- Real Pérez, Alicia: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988.
- Rentería Arocena, Alfonso: "La libertad de testar en Derecho comparado", en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 87, no. 726, 2011, pp. 2095-2128.
- Rivas Martínez, Juan José: *Derecho de sucesiones común y foral*, t. 2, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- Rivera Fernández, Manuel: *La preterición en el Derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Roca Sastre, Ramón M. y José Puig Brutau: *Estudios de Derecho privado*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.
- Röthel, Anne: *El Derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, tr. de Antoni Vaquer Aloy, Bosch, Barcelona, 2008.
- Torres García, Teodora Felipa: "La legítima en el Código civil", en *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, 2009, pp. 297-322.
- _____: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", en *Derecho de sucesiones: presente y futuro*, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2006, pp. 173-230.
- Torres García, Teodora Felipa y Andrés Domínguez Luelmo: "La legítima en el Código civil I", en *Tratado de Derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1841-1897.
- _____: "La legítima en el Código civil II", en *Tratado de Derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1899-1958.

Valladares Rascón, Etelvina: "Por una reforma del sistema sucesorio del Código civil", en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. 2, Murcia, 2004, pp. 4893-4902.

Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans: "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", en *Anuario de Derecho civil*, vol. XXXIX, no. 3, Madrid, 1986, pp. 833-849.

_____: "Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas", en *Anuario de Derecho civil*, vol. XXV, no. 1, Madrid, 1972, pp. 3-151.

_____: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. 11, Edersa, Madrid, 1978, pp. 1-225.

_____: "Las Legítimas según Claude Chifflet", en *Anuario de Derecho civil*, t. 27, Madrid, 1974, pp. 679-693.

_____: "Los complementos de la legítima", en *Anuario de Derecho civil*, vol. XXVI, no. 1, Madrid, 1973, pp. 3-46.

_____: "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima", en *Anuario de Derecho civil*, vol. XXXIX, no. 1, Madrid, 1986, pp. 3-68.

_____: *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. 1, Civitas, Madrid, 1982.

_____: "Sección Quinta de las Legítimas", en *Comentario del Código civil*, t. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1967-2032.

_____: "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar", en *Anuario de Derecho civil*, vol. 19, no. 1, Madrid, 1966, pp. 3-44.

Vaquero Aloy, Antoni: "La convergencia espontánea del Derecho de sucesiones en Europa", en *Obligaciones y sucesiones en el Derecho comparado*, ARA Editores, E.I.R.L., Madrid, 2010, pp. 183-213.

Villarrubia Martos, Javier: "El decreto de declaración de herederos a la luz de la Ley 13 de 2009", en *La Ley*, no. 7687, 5 de septiembre de 2011, Madrid, pp. 1-16.

Zaccaria, Alessio: *Perfiles del derecho italiano de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2008.

Legislación

Código civil de Bolivia, Decreto-Ley No. 12760, de 6 de agosto de 1975, modificado por la Ley No. 018, de 16 de junio de 2010.

Código civil de Cataluña, Ley No. 10, de 10 de julio de 2008, consultado en www.westlaw.es, el 12 de septiembre de 2011.

Código civil de la República Argentina, Ley No. 340, de 25 de septiembre de 1869.

Código civil de la República de Colombia, Ley No. 57 de 1887, de 26 de mayo de 1873, edición a cargo de Luis César Pereira Monsalve, Medellín, marzo de 1994.

Código civil de la República de Chile, Decreto No. 1937 de 1976, de 14 de diciembre de 1855, edición oficial del 31 de agosto de 1976, Editorial Jurídica de Chile.

Código civil de la República de Costa Rica, Ley No. 63, de 28 de septiembre de 1887, vigente desde el primero de enero de 1888.

Código civil de la República de Ecuador, codificación No. 000.RO/Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, consultado en www.legislacionandina.com, 6 de septiembre de 2011.

Código civil de la República de Honduras, de 14 de septiembre de 1989, Congreso Nacional de Honduras.

- Código civil de la República Oriental del Uruguay, de primero de enero de 1868, modificado en 1995.
- Código civil de Perú, Decreto legislativo, No. 925, de 24 de julio de 1984, entrada en vigor el 14 de noviembre de 1984.
- Código civil de Venezuela, de 26 de julio de 1982.
- Código civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1888, en *Gaceta*, 25 de julio de 1889.
- Código civil federal de México, de 1928, última reforma publicada en DOF, 31 de diciembre de 2004, vigente a partir del primero de enero de 2005.
- Código civil italiano, Decreto Real No. 262, de 16 de marzo de 1942 (última actualización: marzo de 2000).
- Código del Derecho foral de Aragón, publicado en el *Boletín Oficial de Aragón*, de 29 de marzo de 2011.
- Decreto-Ley No. 117 de 1989, "Del Registro de actos de última voluntad y de declaratoria de herederos", La Habana.
- Decreto-Ley No. 241, de 24 de enero de 2006, sobre modificaciones a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, La Habana.
- Fuero Nuevo de Navarra, Ley No. 1, de primero de marzo de 1973.
- Ley No. 1, "De Enjuiciamiento Civil", de 7 de enero de 2000, España.
- Ley No. 1, "De sucesiones por causa de muerte en Aragón", de 24 de febrero de 1999.
- Ley No. 6, de primero de julio de 1985, Ley Orgánica del Poder Judicial, España.
- Ley No. 7 de 1977, "De Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral", de 19 de agosto, en *Gaceta Oficial*, ordinaria, no. 34, de 20 de agosto de 1977, La Habana.
- Ley No. 10, "De Enjuiciamiento Civil", de 1881 (modificada por la de 30 de abril de 1992), España.
- Ley No. 13, de 23 de noviembre de 2009, sobre reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, España.
- Ley No. 50, "De las notarías estatales", de 28 de diciembre de 1984, MINJUS, La Habana, 1986.
- Ley No. 59, de 16 de julio 1987, anotada y concordada por Leonardo B. Pérez Gallardo, Ediciones ONBC, La Habana, 2007.
- Resolución No. 7 de 1990, Reglamento del Registro de actos de última voluntad y de declaratoria de herederos, MINJUS, La Habana.
- Resolución No. 70 de 1992, Reglamento de la Ley de las notarías estatales, MINJUS, La Habana.

LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL

*Lic. Yamilka Torriente Hidalgo,
jueza profesional, TMP de Minas, Camagüey*

“Si la justicia es rápida, segura y certera, la ley es fuerte y las obligaciones tienden a cumplirse”.

Ricardo Guibourg

LA HISTORIA universal del proceso civil enseña que la actividad jurídica en el procedimiento puede desarrollarse a viva voz o mediante escritos o en forma mixta. En realidad, es difícil encontrar un sistema puramente oral o exclusivamente escrito. En lo que se refiere a uno u otro, se señala que la forma oral predominó en el proceso romano clásico y la escrita prevaleció en el Derecho canónico.

Para calificar un proceso en ese aspecto, hay que atenerse a la tendencia dominante. Así, se califica de escrito aquel en el que predomina la escritura; y oral, donde prevalece la palabra hablada. También existe el principio de documentación como sistema mixto o intermedio, se documentan las alegaciones y pruebas oralmente mediante acta; pero, en realidad, se plantea que el principio de escritura rige en el proceso civil, mientras que en el penal predomina la oralidad.

Si bien es cierto que en el proceso civil instituido en nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), prima la escritura, a la luz de los albores modernos que lo alimentan en la

actualidad, su exclusiva aplicación resulta ineficaz, atendiendo a que en Latinoamérica son muchos los países que han implantado la oralidad en este proceso, a fin de superar la crisis en la composición de la litis, con el propósito de obtener pronta y cumplida justicia.

PRINCIPIO DE ORALIDAD

Para entender el principio de oralidad, es oportuno hacer una síntesis de los orígenes de este en su vinculación con el proceso.

El proceso puede entenderse como la forma jurídicamente regulada por el Estado para la protección del ordenamiento jurídico, de donde surgen las distintas ramas de este, los diversos procesos; así, el civil es el que sirve al Derecho privado (civil y mercantil), con las oportunas declaraciones y pronunciamientos respecto a las relaciones jurídicas y derechos subjetivos de carácter privado.

La realidad histórica que acompañó el desarrollo del proceso civil tiene estrecha vinculación con el

principio de oralidad, puesto que existieron pueblos donde los procesos eran orales y la figura actora era representada por un abogado que desempeñaba sus funciones mediante la danza. Con sus movimientos, a ritmo de la música nativa expresaba su posición al juez en el conflicto. Mientras que el plano *familia del ofensor*, representado también por un bailarín, constituía la parte demandada.

En Atenas, el procedimiento también era verbal y lo más importante de este eran los discursos razonados que emitían los defensores, entre los cuales se entablaba un debate, a fin de convencer cada uno a los jueces, modo este bastante afín con el que existe hoy en día y razón por la cual, en Egipto, el procedimiento era escrito y se prohibía la discusión oral, por el temor a que los retóricos, como se les denominaba a los abogados, pudieran ocultar la verdad con sus discursos de defensa.

A diferencia del Derecho romano, que era objetivo y casuista, el germano viene a dar un matiz más ético, y profundamente místico, que nos remonta al período germánico, donde sobresale una característica esencial en el procedimiento que instituyeron estos pueblos y es el de la colegialidad de sus tribunales, razón por la cual algunos autores apuntan que este era muy formalista y con poderes escasos para el juez.

El procedimiento alemán en el período germánico se caracterizó, además, por su simbolismo y formalidad, era público y oral y se erigió sobre el principio de controversia. El

proceso se inicia con la constitución y posterior declaración solemne del tribunal, a lo cual se le secunda el emplazamiento al demandado por parte del demandante. El autor, junto a la demanda, interpone sus alegaciones, ante lo cual el demandado o se allana o contesta negativamente sin dar razones.

En este período, el demandado debía contestar a la demanda con una declaración, de manera general, sobre los hechos. La presentación de pruebas por las partes la decidía una sentencia que a tal efecto se dictaba, para saber demandado y demandante a cuál de ellos correspondía.

En la actualidad, normalmente, los derechos y deberes que surgen en el ámbito privado civil o mercantil son ejercitados y reconocidos pacíficamente, con lo que se facilita la normal convivencia y el tráfico jurídico diario. Sin embargo, cuando esos derechos son discutidos o no respetados, el Estado, entre las normas establecidas para regular la convivencia, ha puesto a disposición de las personas la posibilidad de acudir a la tutela judicial, con un instrumento para conseguir la realización del derecho que se pretende, que no es otro que el proceso civil.

El fin del proceso es conseguir u obtener una respuesta judicial, que puede ser favorable o desfavorable a las pretensiones que se piden en la demanda (o, en su caso, a la reconvencción), teniendo en cuenta que dicho fin no crea un derecho objetivo ni siquiera subjetivo, pues es eminentemente práctico, no teórico, emite

las declaraciones o pronunciamientos de condena que procedan, las cuales, en todo caso, confirman o declaran los derechos que ya anteriormente existiesen, incluso en el supuesto de sentencias constitutivas, las que parecen presentar más claramente una naturaleza creadora de derechos, reconocen un derecho ya preexistente que facilita el cambio jurídico. Visto así, el principio de la oralidad garantiza el predominio del proceso en la forma oral, que lo hace más sencillo y rápido, lo cual no quiere decir que su prevalencia elimine la posibilidad de lo escrito.

Todo esto, teniendo en cuenta la preocupación de los estudiosos del Derecho procesal, nacional e internacionalmente, por encontrar una solución que resuelva, de una vez por todas, la parálisis en que se encuentra la justicia por las razones expuestas, que conllevan a la excesiva lentitud en la solución de los conflictos entre las partes y terceros, en procura de la efectividad de los derechos sustanciales, objeto de tutela judicial oportuna y efectiva, que consulte el debido proceso, en especial para las legislaciones que tienen influencia en el continente europeo, como los llamados *civil* y *law* –caracterizado por el predominio de la escritura, por su larga tradición histórica– que, en su aplicación, han demostrado su ineficacia, por lo que se hace necesario reclamar de los distintos estados, la sociedad, gobernantes y legisladores, una reforma trascendental en

sus códigos procesales para ponerla a tono con las modernas doctrinas difundidas en Europa y otras legislaciones modernas, atendiendo a las exposiciones en las jornadas iberoamericanas de Derecho procesal, donde muchos países han implantado la oralidad en lo civil, y en el código procesal único para América Latina, donde la implantación de la oralidad ha sido la panacea para superar la crisis en la composición de la litis, con el propósito de obtener “pronta y cumplida justicia”.

En este orden de ideas, es necesario destacar las ventajas que ofrece la oralidad sobre la escritura, como medios de comunicación en el proceso judicial, esgrimidos por autorizados doctrinantes en la materia.

Por ejemplo, Couture entiende que “el Principio de Oralidad, por oposición a principio de escritura, es aquel que surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable”.¹

Otro reconocido procesalista, Giuseppe Chiovenda, refiriéndose a la oralidad, expone: “El nombre mismo de Oralidad, adoptado por la necesidad de expresar con una forma simple y representativa un complejo de ideas y características, puede conducir a error si no se analizan los principios distintos, si bien estrechamente relacionados entre sí contenidos en esta fórmula y que dan al proceso oral su aspecto específico”.²

1 Eduardo J. Couture: *Fundamentos de Derecho procesal civil*, p. 199.

2 Giuseppe Chiovenda: *Curso de Derecho procesal civil*, p. 429.

El procesalista Enrique Vescovi puntualizó la importancia de la oralidad, al expresar: “Los procesos que hoy se consideran como orales tienen en general una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces, inclusive en la sentencia dictada al final de la última) y luego recursos de apelación y casación, también escritos. Son por lo tanto mixtos. Más correctamente deberíamos llamarlos procesos por audiencia, ya que en definitiva es aquí donde se realiza la parte sustancial del juicio”.³

Pero es en la ilustración del procesalista Jairo Parra Quijano, presidente de los institutos iberoamericano y colombiano de Derecho procesal, donde se entienden verdaderamente las ventajas de este principio, al considerar que el juicio oral permite garantizar una mayor independencia del juez, en tanto al encontrarse sometida su actividad al control de la comunidad, se obtiene un distanciamiento de las presiones ejercidas en la resolución de los conflictos a su cargo sometidos. También opina que el principio de oralidad adquiere mayor fuerza no solo porque adopta eficacia la administración de justicia, sino porque a través de este se permite una relación directa del juzgador con las partes, los medios de prueba en la cual va a fundar su decisión.

Aun cuando se han expuesto como desventajas para este principio que la falta de actuación escrita conduce a que la revisión o reexamen por el tribunal de instancia superior exija la reproducción total del

juicio, para resolver adecuadamente la apelación, y la posibilidad de errores u omisiones por falta de registro en las actuaciones, lo cierto es que, de manera general, el principio de oralidad se destaca por tener menor formalismo, más rapidez y sencillez, que el escrito, ofrece el tribunal la oportunidad de relacionarse con las partes y sus defensores y, por tanto, mayor posibilidad de apreciar y valorar el alcance de sus pretensiones; permite al tribunal enfrentar a las partes directamente para sacar conclusiones de la confrontación, desde el aspecto psicológico.

Aunque en el proceso civil instituido en la LPCALE predomina la escritura, existen procesos en dicha ley en los que adecuadamente se utiliza el principio de oralidad. Por ejemplo: proceso sumario (a tenor de lo dispuesto en el Artículo 369) y proceso de divorcio por justa causa (Artículo 384); en razón de tratar las medidas provisionales, también está presente en la celebración de vista, a tenor del Artículo 351; en materia probatoria, en lo regulado en los artículos 270, 313, 317, 334, 340 y 341, en las facultades que se confieren al tribunal y a las partes en la práctica de las pruebas a que dichos preceptos se refieren para hacer observaciones, pedir explicaciones o ampliaciones, formular preguntas adicionales, etc.

Las mayores o menores facultades del juez pasan por la posición ideológica que se tenga sobre el papel del proceso civil en la sociedad. Unos consideran que el proceso

3 Enrique Vescovi: *Teoría general del proceso*, p. 59.

debe ser el escenario donde, de manera libre, las partes puedan discutir sus derechos típicamente privados, sin interferencias del juzgador, en el cual dichas facultades quedan limitadas a las de arbitrar la contienda.

Otros consideran que el juez debe tener una posición más activa en el proceso, de manera tal que le permita acceder a la verdad jurídica objetiva.

Pienso que es conveniente reformular el actual sistema del proceso judicial civil, con la oralidad en ciertos momentos y otorgándole un rol efectivamente protagónico al juez. Esta reformulación debe tener, como objetivo general, garantizar la real y efectiva vigencia de los principios generales que rigen el proceso civil, referidos a intermediación, celeridad y concentración, para llegar sin dilaciones al fin último: la obtención de la verdad jurídica objetiva; claro está, partiendo de las características propias de la sociedad en la que se implementa, pues cada grupo social demanda expectativas y necesidades acordes con su identidad y estructura político-económica y social.

Los jueces están obligados a usar sus poderes, para esclarecer la verdad de los hechos alegados por las partes, sin excusarse en la carga de la prueba, que pesa sobre cada una de ellos, y con independencia de la actividad probatoria que hayan realizado.

NECESIDAD Y VIABILIDAD

Actualmente en Cuba, la mayoría de los procesos que se tramitan en la jurisdicción civil de los tribuna-

les de justicia son asuntos de índole familiar, que conocen los jueces de lo civil y aplican las normas correspondientes, caracterizadas por la prevalencia del principio de la escritura con relación a la oralidad, amén de los formalismos y formulismos que signan a un proceso en el que se dirimen enconadas controversias, luchas entre partes y que, casi siempre, tienen el sello patrimonial inherente al Derecho civil.

Con la introducción de los tribunales de familia, se comenzó a potenciar el principio de oralidad, que correlativamente supone la potenciación del de intermediación y concentración, el cual autoriza una facultad conciliadora del juez, respecto a la controversia que ante él se ha llevado, con lo que se evita la continuación del proceso o, en otro caso, permite discutir y resolver sobre la clase de juicio, si se alega la inadecuación del procedimiento y, esencialmente, la posibilidad de pedir a las partes las aclaraciones oportunas, en lo referente a la concreción de los hechos y la subsanación de defectos de que pudieran adolecer los escritos.

A contrario sensu de la naturaleza controversial del proceso civil, en general, el derecho procesal familiar se sustenta en bases en las que predomina el papel conciliatorio del juez de familia, que debe abstenerse de conocer otros conflictos que se suscitan en la esfera del proceso civil, tales como los patrimoniales.

Es, precisamente, en esta labor conciliadora del juez donde alcanza mayor efecto el principio de oralidad, en tanto todos los actos procesales

que se verifiquen se realizarán “a viva voz” (con una sumaria reseña en acta de los particulares que sean de relevancia), lo cual exige que el juez designado presida cada uno de los actos que se lleven a efecto, los que se verificarán en presencia no solo de las partes y sus representantes, sino de la población, controladora máxima de la realización de la justicia.

De ahí que los principios del Derecho procesal de familia que signan este procedimiento *sui generis* y especialísimo son mucho más amplios, expeditos y flexibles que los conocidos principios rectores o técnicos configurativos del proceso civil; y, por ende, la necesidad de que sean reformulados y flexibilizados.

El desarrollo futuro de nuestro proceso civil debe enrumbarse hacia un proceso donde predomine el principio oralidad-documentación, el que permitiría una aplicación más efectiva de los principios de concentración, intermediación y publicidad.

Lo anterior no significa que me refiera a la oralidad en un sentido estrictamente puro; se trata de su ejercicio, con debida constancia, lo cual implica que me afilie al denominado principio oralidad-escritura. Esto constituye una solución para los que señalan, como inconveniente principal de la oralidad, al sustanciarse un recurso, que sea necesario reproducir todas las actuaciones en el tribunal de segunda instancia, por no haber dejado constancia de ellas el de primera instancia. Tampoco niego la presumible realización de actos procesales que, por

su naturaleza y condiciones, necesariamente deben hacerse de forma escrita.

El principio de oralidad, de escasa expresión en nuestros procesos civiles, sería conveniente que fuera ganando terreno poco a poco, como ha acontecido en los penales, pues debe desterrarse la idea de que la oralidad supone una merma en las garantías y debidos controles, de forma que históricamente se ha venido manteniendo el predominio del escrito, para aquellos procesos de mayor calado jurídico o importancia económica, en tanto que se reservaba la oralidad para sustanciar las contiendas de mínima cuantía, mientras está acreditado por la práctica judicial diaria que no es así, y que pueden resolverse con igual solvencia y observancia de los principios procesales.

El principio de oralidad, y su extensión, facilita y hace más realizable el principio de intermediación del juez, esencial también en el proceso, por cuanto permite un contacto cercano con el trámite que en ese momento se está realizando; asimismo, da posibilidad a las partes de “ver la cara al juez”, en quien en definitiva ellos han confiado la resolución de sus controversias.

Al contar con un instrumento procesal moderno, donde prevalezca la oralidad sobre la escritura, con un compromiso efectivo de todos los intervinientes, cambia automáticamente el rol del juez que entra en contacto directo con las partes y, de esta forma, se humaniza la justicia. Procurando una efectiva y ágil solu-

ción a los planteamientos jurídicos y sociales que se van a dilucidar en los estrados judiciales, obtendremos el ideal para la solución de los problemas de orden civil que aquejan a la comunidad en general, con una pronta y cumplida impartición de justicia.

La oralidad constituye un medio de comunicación entre el tribunal y las partes, al objeto de establecer o resolver los extremos asociados a las pretensiones de estas. El proceso civil debe enrumbarse con el predominio del principio de oralidad sobre la escritura, de manera tal que permita un procedimiento más amplio, expedito y flexible.

La oralidad no significa una merma de las garantías procesales de las partes; todo lo contrario, significa la posibilidad de que el juez pueda formarse, de manera más directa, inmediata y personal, una convicción, elemento importante al momento de tomar una decisión jurisdiccional.

El desarrollo de la oralidad en el proceso civil potencia el contacto entre el juez y las partes; de ahí, la necesidad de que este deba desempeñar una actuación más activa.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Torres, Osvaldo Manuel: "La jurisdicción especial de familia: El caso cubano" (ponencia), Universidad de Matanzas, abril de 2004.

Caballero Núñez, Julián: "La oralidad en el proceso civil. Implementación de la oralidad como nueva tendencia del Derecho procesal" (ponencia), III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2006.

Chiovenda, Giuseppe: *Curso de Derecho Procesal Civil* [s.m.d.]

Couture, Eduardo J.: *Fundamentos de Derecho procesal civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.

Del Junco y André, Alberto: *Derecho procesal civil I y II*, segundo curso, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 1942.

Grillo Longoria, Rafael: *Derecho procesal civil, teoría general del proceso*, t. 1, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1983.

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

Vescovi, Enrique: *Teoría general del proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1984.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Lic. María de las M. González Jaramillo,
jueza profesional, Sala de lo Penal, TPP de Villa Clara

EL DECURSAR indetenible del tiempo motivó la necesidad de enmarcar su repercusión en el orden jurídico, a partir de la exigencia de modificar las normas ante la cambiante sociedad y de qué manera, al estar establecida determinada relación jurídica, el simple paso de los días, incide en el nacimiento, modificación o extinción de esta.

No es justo que una persona rescite viejas pretensiones, poniendo en peligro situaciones quietas y pacíficas mantenidas por otras durante largo tiempo.

Los acontecimientos naturales son aquellos hechos que ocurren con independencia de la voluntad humana y que producen determinados efectos jurídicos atribuidos a estos por la ley. Tal definición legal es lo que doctrinalmente se conoce como *hecho jurídico involuntario*, en lo que desempeña un importante papel el transcurso del tiempo, del cual las normas hacen depender significativas consecuencias jurídicas de gran variedad.¹

La incidencia del tiempo en las relaciones jurídicas debe analizarse en cada una de ellas, en particular; pero, de forma general, cabe establecer su influjo en la extinción y pérdida de los derechos, o de las acciones necesarias para su ejercicio, a través de una de tales instituciones: en este caso, la prescripción, ya que regula “la extinción y pérdida de los derechos, o de las acciones necesarias para el ejercicio de estos”.²

La prescripción es una institución necesaria para el orden social, la seguridad jurídica y el bien público.

Su origen se encuentra en el Derecho romano, en la confluencia de la *usucapio* y de la *praescriptio*; la primera, ejemplo de la lucha entre el hecho y el Derecho; la segunda, como ejemplo del proceso formulario romano. Ya desde esa época, se distinguió la prescripción adquisitiva, mediante dos instituciones: la *usucapio* y la *praescriptio longi temporis*. Se veía aquella como una institución de Derecho civil y se aplicaba solamente a los ciudadanos

1 Los efectos del transcurso del tiempo se estudian particularmente en las instituciones jurídicas que por él se afectan. Entre ellas: en cuanto a la vigencia temporal de las normas, el comienzo de la entrada en vigor y el período de aplicación; respecto a la persona, la capacidad de obrar con relevancia en la adquisición o pérdida de la nacionalidad, y en la declaración de ausencia y de presunción de muerte; respecto a las obligaciones, es esencial en las denominadas a término o plazo; en los derechos reales, tiene decisivos efectos en cuanto a la inscripción registral. Ver X. O’Callaghan: *Compendio de Derecho civil*, t. 1, p. 403.

2 María del Carmen Valdés Díaz (coord.): *Derecho civil, Parte general*, p. 282.

romanos y a las cosas del dominio quirritario.

Las legislaciones germánicas, al no deslindar bien las relaciones de posesión y propiedad, no pudieron acoger inmediatamente el instituto romano de la prescripción, al no reconocer la eficacia del tiempo para la adquisición de derechos.

Posteriormente, aparecieron en los códigos napoleónico,³ austríaco (1811), italiano (1856) y portugués (1867). El Código civil español reconoció la prescripción en sus dos formas.

Ahora bien, aunque la figura podríamos analizarla también a la luz de otros códigos que no siguen nuestro sistema, es más importante señalar la evolución que ha tenido en legislaciones derivadas de la hispánica, tal como señala el catedrático Gabriel García Cantero, en su estudio sobre dicha institución, al mencionar los “Códigos Civiles puertorriqueño, el filipino de 1949, y la curiosa regulación contenida en el Código civil cubano de 1987, en los arts. 114 y siguientes, que establecen un abanico de plazos desde los tres meses a los tres años, con diferenciación legal entre interrupción y suspensión de la prescripción, y también de la caducidad, que se regula con criterios muy modernos”.⁴

El Código civil cubano, promulgado en 1987, se considera “[...] el primer Código Civil nacido en el seno de la propia nación, genuina manifestación de nuestra cultura e idiosincrasia nacional”.⁵ Según el estudioso español Gabriel García Cantero, es “[...] la última manifestación en el tiempo de una codificación civil socialista [...]”, en la que, sin duda, es indiscutible el precedente que tiene del Código civil español, pero esta vez la nueva ley posee características y evidente influencia de los códigos civiles socialistas. Al ser muy preciso en sus instituciones ya reconocidas y en materia de prescripción, se observa una reducción de los términos de prescripción, a tono con la dinámica de la vida, tal y como se prevé en los artículos del 114 al 126 del Código civil cubano.

De él, se han vertido las más diversas críticas, desde su enfoque sociopolítico hasta la técnica legislativa empleada. Lo han clasificado, incluso, como reforma del Código civil español heredado por nuestra nación, mero producto de los cambios políticos profundos, por el establecimiento del socialismo real,⁶ no concebido como un fenómeno de recodificación, lo que contradice la propia esencia transformadora de

3 “[...] la prescripción aparece regulada en los artículos finales y parece como si los legisladores, tras de haber recorrido centenares de preceptos, hubieran llegado a esta parte desfallecidos, y de ello se resintiera la propia regulación que, en ocasiones, da la impresión de tratarse de una mera técnica matemática que por la misma fuerza de los plazos hiciera innecesaria la interpretación” (Carbonnier, *apud* Gabriel García Cantero: “El instituto de la prescripción y sus orientaciones en el Derecho comparado”).

4 *Ídem*.

5 Valdés Díaz: *Op. cit.*, p. 62.

6 Así lo afirma Luis Díez-Picazo en “Codificación, descodificación...”, p. 481.

las relaciones privadas que el Código civil impuso.

Si bien no puede negarse la importancia que en su articulado tiene el precedente Código civil español, ya que reproduce algunos de sus preceptos, en su gran mayoría reformados conforme con la sistémica y la técnica empleadas, se distancia del código hispano desde el plan al que se afilia, de corte alemán, hasta el grado de concreción de las instituciones reconocidas, que linda con una parquedad excesiva, influjo de los códigos civiles socialistas de Europa del este. Hoy se cataloga como uno de los más escuetos del mundo, en contraste con el español, criticado por su casuismo y minuciosidad extremas.

Desde el punto de vista jurídico, la prescripción tiene dos acepciones diferentes. Por una parte, se adquiere de un derecho por la posesión continua e interrumpida durante cierto tiempo señalado por la ley; por la otra, se extingue un derecho por el transcurso del tiempo. La primera es conocida por usucapición o prescripción adquisitiva; la segunda, por prescripción extintiva.

Se le llama prescripción a aquella institución que produce la adquisición o pérdida de derechos o acciones por el transcurso del tiempo, unido ello a otros requisitos y presupuestos;⁷ de ahí que sea el paso del tiempo, y el no actuar del titular de un derecho, lo que resume o conceptualiza de otra forma tal

cuestión, dentro de la que es procedente distinguir la *prescripción adquisitiva o usucapición* y la *prescripción extintiva*.

Nuestro máximo órgano de justicia, con claridad meridiana deja establecida esta diferenciación, en la Sentencia No. 581, de 30 de julio de 1999, cuando, al referirse a la confusión entre lo que constituye la prescripción adquisitiva y la prescripción como medio para extinguir las obligaciones, indica que “[...] es indispensable en la primera poseer las cosas con justo título de dominio, entendiéndose como tal el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate [...]”.

Justamente es la prescripción extintiva la que, en sentido estricto, se conoce como prescripción con alcance a todos los derechos patrimoniales y, como componente básico, el paso de un determinado plazo de tiempo, en el que existe un derecho subjetivo que no es ejercitado por su titular, ni tampoco es reconocido por el obligado de esa relación jurídica establecida, es decir el sujeto pasivo; de esta forma, no solo decursa el tiempo, sino que el sujeto activo no actúa y el pasivo no reconoce la situación de derecho, lo que se conoce como “silencio de la relación jurídica”.⁸

La prescripción debe ser referida a la acción procesal y no al *derecho subjetivo*; representa un equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia material. Cuando establecemos

7 Valdés Díaz: *Op. cit.*, p. 284.

8 Demófilo Alas de Buen y Ramos: “De la prescripción extintiva”, Madrid, 1918, p. 51, *apud* Francisco Javier Muñoz Jiménez. “El inicio de la prescripción y el cómputo de sus plazos” (soporte electrónico).

que la prescripción guarda relación con la acción procesal, ponemos de relieve el verdadero objeto de la institución que define su naturaleza.

Constituye una institución necesaria para el orden social y la legalidad, pues el ordenamiento jurídico no debe proteger indefinidamente los derechos que no se usan ni son reconocidos, ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica general. Con la prescripción, se trata de mantener la estabilidad de las relaciones jurídicas. Sin ella, podrían producirse reclamaciones carentes de verdadero fundamento; y quien las padeciera, haber perdido los medios de defensa o prueba producto del tiempo transcurrido, o no recordar con seguridad si ha cumplido oportunamente lo que debía.⁹

La prescripción va ligada a la falta de ejercicio de los derechos durante el tiempo determinado por la ley. Encuentra su apoyo en el derecho positivo y, aun cuando su fundamento tenga una raíz evidentemente subjetiva, no puede olvidarse que opera por el mero transcurso del tiempo; es decir, con una base objetiva que

constituye aquel lapso temporal requerido para que sea desestimada en el fondo la acción afirmada en el proceso.

El Código civil cubano de 1987 se refiere a la prescripción *de acciones*, no de derechos. El Artículo 112 dispone que las acciones civiles prescriben cuando no son ejercitadas dentro de los términos fijados en la ley; y el Artículo 113 añade que el cumplimiento de una obligación prescrita no puede ser impugnado por el que lo realizó.¹⁰

De esta forma, nuestra ley sustantiva se afilia al criterio tradicional antes mencionado. Queda claro que no solo es necesario el transcurso del tiempo, sino, además, se necesita que la contraparte lo alegue en la litis, lo que permite la seguridad jurídica y equilibrio necesarios; y, a pesar de que su fundamento tenga basamento subjetivo, ya que es una falta de ejercicio de los derechos, se caracteriza y funciona por el mero transcurso del tiempo, por lo que tiene base objetiva.¹¹

Se ha determinado que esta figura es de aplicación a los derechos

9 Como la doctrina ya ha observado, en el seno de la institución de la prescripción, existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material que, a veces, ha de ceder para dar paso a aquella y permitir un adecuado desenvolvimiento del tráfico jurídico.

10 "Se discute cuál es el fundamento de la *solutio retentio* en este caso, si la existencia de una obligación natural producto de la subsistencia del derecho subjetivo a pesar de haberse extinguido la acción que priva a su titular de la posibilidad de hacerlo valer judicialmente, o el hecho de que al poder renunciarse a la prescripción ganada deba entenderse como tal el cumplimiento, no pudiendo luego el que ha cumplido impugnar su propia renuncia, ya que ello significaría volverse contra sus propios actos afectando con ello a un tercero, en este caso a quien ha recibido el pago. Es la segunda posición la que nos parece más adecuada" (Valdés Díaz: *Op. cit.*, p. 286).

11 Juan Francisco Valls Gambau: "Tratamiento procesal de la prescripción extintiva y caducidad", p. 7.

y acciones de carácter patrimonial, como unidad, no aisladamente a las distintas facultades que los integran, que no son desglosables en cuanto a esta institución, ya que los demás serían acciones imprescriptibles y, de tener alguna afectación, sería por caducidad. Tampoco son prescriptibles las potestades, aunque estas también pueden resultar afectadas por el transcurso del tiempo, mediante la caducidad.

También los intereses individuales intervienen en el ámbito de la prescripción. La doctrina admite la renuncia a la prescripción ganada, tanto de forma expresa como tácita. Y se admite que las partes, en determinados supuestos, puedan incidir con su voluntad privada en los plazos de prescripción que establezca la ley. Teniendo en cuenta lo anterior, parece difícil mantener que, en el régimen de la prescripción extintiva, predominan siempre los intereses generales sobre los particulares.

En la Sentencia No. 313, de 30 de mayo de 2007, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular (TSP), se refrenda el propio ámbito de aplicación del instituto de la prescripción, al consignar lo siguiente:

“Que la relación jurídica conyugal tiene dos contenidos uno económico y otro personal, este comprende, los deberes y derechos de los cónyuges, que analizado cada supuesto establecido en el articulado del Código de familia son exigibles mientras la pareja se encuentre en

matrimonio formalizado, naturaleza distinta que tiene el económico, que está integrado por el conjunto de bienes adquiridos dentro del matrimonio o de la unión matrimonial no formalizada si llega a ser reconocida judicialmente, es decir que esta última situación solo alcanza los efectos patrimoniales del matrimonio regulados en el mencionado código, dado que los miembros de la pareja tienen carácter de copropietarios, sentado lo anterior la acción ejercitada objetivamente va ligada a ese contenido económico ya que los efectos y consecuencias no pueden ser otros que el patrimonial, de ahí que le asista razón al recurrente en el sentido de la indebida aplicación por parte del tribunal a quo del artículo 124 del CC, cuando a su amparo desestimó la excepción perentoria de prescripción de la acción alegada en su momento por el hoy recurrente, sobre la base errada que se trataba de una acción cuyo ejercicio puede afectar el estado civil de las personas [...]”.

La prescripción adquisitiva o *usucapición* se presenta afectando solo a derechos reales; es una manera de obtener el dominio sobre una cosa ajena, por la posesión continuada en el tiempo y requisitos que establece la ley.¹²

La doctrina distingue nítidamente dos especies de prescripción que nada tienen que ver entre sí: la *prescripción* adquisitiva o *usucapición* y la llamada *prescripción* extintiva. La segunda es la que se conoce como

12 Valdés Díaz: *Op. cit.*, p. 285.

prescripción. De forma que la usucapión y la prescripción difieren por su objeto, requisitos y efectos.

- Por su objeto: La usucapión se refiere al dominio y a los derechos reales susceptibles de posesión; la prescripción extintiva, a toda clase de derechos, tanto reales como personales.
- Por sus requisitos: La prescripción extintiva se funda en un requisito de tipo negativo que es la conducta pasiva del titular del derecho; en la usucapión, se exige, además, una conducta positiva del beneficiado, manifestada en la posesión de la cosa, como si fuese propia durante el plazo fijado por la ley.
- Por sus efectos: La usucapión es un modo de adquirir derechos reales o de provocar un cambio en su titularidad; la prescripción es una causa de extinción de los derechos y de las acciones.¹³

Desde el punto de vista jurídico, la prescripción adquisitiva es la institución mediante la que se adquiere un derecho, por la posesión continua e interrumpida durante cierto tiempo.

Los presupuestos que la integran quedan aclarados en dos sentencias de nuestro máximo órgano de justicia.

La Sentencia No. 581, de 30 de julio de 1999 (Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP) declara: “[...] en el caso de la (prescripción adquisitiva) es indispensable poseer las cosas con justo título, entendiéndose

como tal, el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate [...]”.

Sentencia No. 357, de 27 de mayo de 2005 (Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP): “[...] si bien la prescripción adquisitiva resulta ser una de las formas de adquirir la propiedad [...] no basta con la posesión quieta y pacífica pues ello por sí solo constituye tolerancia, lo cual no genera derecho alguno, sino que se requiere además la concurrencia de otra circunstancia, a saber, poseer a título de dueño, consideración que no puede equipararse a la creencia que de tal situación tenga solo el poseedor, sino que ello presupone además que se trate de una transmisión legítima con tal propósito, y sobre todo, por quien estaba facultado para ello [...]”.

La distinción entre estas figuras, desde el punto de vista doctrinal, está asentada firmemente en la ley y deriva de la diferente base y función de las figuras. La usucapión se centra en la posesión, la conducta y la actividad del poseedor; y concluye en la adquisición de un derecho. La prescripción extintiva, por el contrario, atiende al mero no hacer del titular de la otra parte; y termina con la extinción del derecho o acción.¹⁴

Del propio estudio de los diferentes criterios doctrinales de las dos instituciones, se observa que, donde hay usucapión, hay prescripción ex-

13 Pablo Contreras: “Prescripción y caducidad de derechos y acciones” (soporte electrónico).

14 Juan Luis Gimeno Gómez: “La prescripción y el tiempo en el registro de la propiedad” (soporte electrónico).

tintiva del derecho del titular usucapido; y donde hay prescripción extintiva del derecho real, hay *usucapión*.

Estas dos figuras tienden, también, a lograr la seguridad estática y dinámica, de donde resulta la existencia de un aparente conflicto insoluble entre justicia y seguridad, contradicción que se elimina con las orientaciones sociales y comunitarias de los derechos.

Adentrarnos en el estudio de esta figura exige establecer algunas consideraciones de índole doctrinal, especialmente vinculadas a la posesión, ya que, si bien se posee una cosa cuando la tenemos en nuestro poder, tal posesión es un hecho que puede no coincidir con el derecho, pues a veces, quien tiene una cosa en su poder no es el que tiene derecho sobre esta, pero necesita un elemento intelectual, que es la voluntad de ejercer sobre una cosa un derecho. En la actualidad, esto se aplica a los demás derechos reales, como la servidumbre, el derecho de crédito, y los referidos al estado de las personas, como por ejemplo la posesión del estado de cónyuge.

Pero es la posesión de los derechos reales la que motiva este estudio, ya que la protección del poseedor como tal se encuentra en todas las legislaciones, en las que prevalece la regla: la posesión equivale al título.

La posesión puede tener vicios que, de por sí, explican su sentido: la discontinuidad, la violencia, la clandestinidad, el equívoco y la pre-

cariedad (vicio del que no posee a título de propietario).

En virtud de la usucapión, el poseedor, en concepto de dueño o titular de un derecho real distinto, puede adquirir la propiedad que no le pertenece; en definitiva, se dirige a la convalidación de situaciones posesorias y su transformación en relaciones de propiedad u otros derechos reales, lo que resulta necesario para darle seguridad a la vida jurídica.

La usucapión se justifica a pesar de que su efecto es el de despojar al verdadero titular; por cuanto, al ser un estado de hecho que se ha prolongado mucho tiempo, puede ser perjudicial atacar el orden de las cosas establecido, ya que el orden social está interesado en que estén estables las situaciones. Por otra parte, el propietario que deja lo suyo muchos años en manos de otro comete una negligencia que debe ser castigada, y es finalmente la prescripción un modo de adquirir, ya que para probar la propiedad no basta presentar el título que posee, sino del que la haya transmitido y así hasta el infinito, lo que se conoce como *probatio diabolica*,¹⁵ pero por la prescripción no hace falta retroceder tanto, ya que dará origen al derecho legítimo del poseedor actual.

Del análisis de estos aspectos, me veo en la necesidad de dar solución a dos puntos de vista de ese problema: para una persona, ha prescrito la acción reivindicatoria y no podrá recuperar la cosa que otra posee; y

15 Ambrosio Colin y H. Capitat: *Curso elemental de Derecho civil*, t. 2, p. 902.

el poseedor, teniendo un título inepto para adquirir el dominio o careciendo incluso de él, seguirá detentándolo, sin que nadie pueda ya poner en peligro su posesión, pero sin poder cambiar su título posesorio.¹⁶

La adquisición de la propiedad por usucapión que realiza el poseedor de la cosa provoca la extinción de la titularidad del verdadero propietario, ya que este no podrá ejercitar la acción para reivindicarlo de aquel poseedor, pese a que no ha transcurrido el plazo marcado para la prescripción extintiva de la acción.¹⁷

La primera posición es muy discutida, y el propio Díez-Picazo refiere que, mientras no se obtenga el dominio por usucapión, la acción real reivindicatoria no puede declararse extinguida.

No cabe duda de que estos dos puntos de vista requieren un análisis conceptual más pormenorizado, en el que no ahondaré por el propio objetivo de este estudio.

Esta figura evoluciona con sus particularidades. El Código civil español reconoció la prescripción en sus dos distintas formas, ambas en un solo tratado. Nuestro derogado Código civil adoptó una teoría unitaria para regular la pérdida o adquisición de la propiedad por el transcurso del tiempo. Se siguió por casi todos los códigos europeos y latinoamericanos, hasta que el Código civil alemán de 1900 incorporó a su

dogmática la distinción entre ambas prescripciones y le dio el nombre de usucapión, retomando la palabra latina usada por los jurisconsultos romanos.

La misma técnica no unitaria siguió el Código polaco de 1964, que llamó *usucapión* a la prescripción adquisitiva; también el húngaro de 1977 separa el tratamiento de ambas instituciones, como el de la entonces República Democrática Alemana, caso contrario al Código civil ruso de 1964, que no admite la prescripción adquisitiva, lo que se debatió en aquel entonces intensamente.

La doctrina reconoce dos tipos de usucapión, la ordinaria y la extraordinaria. La primera se produce cuando se requiere justo título, verdadero y válido y la buena fe. Es la admitida en Cuba.¹⁸ Si, para que se verifique la usucapión, no es necesario ni buena fe ni justo título, estamos en presencia de la usucapión extraordinaria que, si bien no exige el título ni la buena fe, no debe faltar la posesión en concepto de dueño (*animus domini*), por lo que, faltando este, no puede consumarse la usucapión extraordinaria.

Para ejemplificar este caso, tomo una sentencia del Tribunal Supremo de España que, en su considerando, dice: “Un contrato no válido por inexistente al faltarle el esencial requisito de forma, necesario para su eficacia, no puede ser el justo título a que se refiere el artículo 1.952 del

16 Orlando Rivero Valdés: “Temas de derechos reales” (soporte electrónico).

17 Díez-Picazo: *Sistema de Derecho civil*, p. 447.

18 Artículo 184.1 del Código civil: El que sin ser propietario de un bien lo posee a título de dueño, adquiere la propiedad por el transcurso del tiempo, cuando concurren los requisitos establecidos en la ley. 2. La posesión ha de ser pública, pacífica y no interrumpida.

CC, que se exige para la prescripción ordinaria en el artículo 1.957, ya que como tal ha de entenderse el que legalmente basta para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate, y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles, e incluso los otorgados por quien no ostente la disponibilidad jurídica de la cosa, pero no los que sean inexistentes o radicalmente nulos, puesto que *quos nullum est, nullum producit effectum*, pero además es de tener en cuenta que la Sentencia de 13 de marzo de 1952 niega que la posesión adquirida por donación, no legamente formalizada, pueda serlo en concepto de dueño, a los efectos prevenidos en los artículos 447 y 1.941 CC, por lo que, en definitiva, aun la prescripción extraordinaria, que no requiere justo título, pero sí que aquélla se adquiriera y disfrute en el concepto expresado, le estaría vedada al recurrente”.

Por tanto, no podrá atribuirse la posesión en concepto de dueño quien tenga su título legitimador en el mandato; y tampoco podrá adquirir, por prescripción, el dominio de determinados bienes quien los poseyó en concepto de usufructuaria.

En la prescripción adquisitiva, de manera general la doctrina observa como requisitos imprescindibles, por un lado, que la posesión sea en concepto de dueño; por otro, la existencia de justo título y que, por ende, ha de ser verdadero y válido y, finalmente, ha de poseer con buena fe.

La propia ley cubana civil, reconocedora solamente de la usuca-

pión ordinaria, establece los requisitos para usucapir:

1. *Posesión pública*: Ha de gozar de publicidad, no clandestina, en la que tal estado no puede ser conocido por los sujetos con aptitud y recursos legales para hacerla cesar. Para lograr la publicidad de la posesión, hablamos primero de las expresiones externas comunes de la detentación, o a través de un sistema registral. La publicidad ha de mantenerse todo el tiempo necesario, ya que es el punto de partida para contar el término de prescripción.
2. *Posesión pacífica*: Para usucapir, la posesión debe haber sido adquirida sin violencia. En Cuba, la violencia vicia cualquier acto jurídico (Artículo 67 del Código civil), aunque empleada para tomar posesión, cese posteriormente, impide que la detentación tenga causa legítima y menos que sirva para ganar algún día la propiedad. Además, quien se oponga a la usucapión prueba la violencia, al entender este requisito como una presunción.
3. *Posesión ininterrumpida*: Es necesario que, a partir de que se toma posesión y hasta el momento en que la acción reivindicatoria prescribe y se produce la usucapión, el poseedor detente materialmente la cosa. Nuestro Código civil favorece al usucapiente con la presunción de continuidad –quien ha poseído en una fecha, y posee en el presente, se presume que lo ha hecho en el tiempo intermedio– y con el derecho a sumar a

su término de posesión el que ha aprovechado a su causante. La interrupción de la posesión para usucapir corresponde probarla al que la alegue, por la propia presunción que otorga la ley.

4. *Ánimo de dueño*: Un elemento subjetivo importante es el concepto posesorio o *animus possessionis*. El poseedor ha de detentar la cosa con la idea de ser el dueño y ejercitando las facultades que comúnmente corresponden a este tipo de poseedor, en relación estrecha con el medio social donde se desarrolla y con la causa de la toma de posesión.
5. La posesión para usucapir requiere, además, la buena fe (CC de 1987, artículos 186.1 y 187), para lo cual es preciso, en un sentido positivo, que el poseedor crea haber recibido el bien en propiedad de manos de un sujeto que tenía la condición de dueño y la libre disposición de sus bienes; y, en sentido negativo, que ignore desde el primer momento la existencia de que persona distinta a su *tradens* es el verdadero dueño y que el negocio o acto carece de eficacia sustancial para transmitir la propiedad. La buena fe del poseedor para usucapir se presume siempre, pero admite prueba en contrario que correrá por cuenta de quien se oponga a la usucapición. Nuestro Código civil exige la buena fe durante todo el tiempo hasta acontecida la usucapición.

En auxilio de la buena fe, ha de concurrir la causa legítima o el jus-

to título para usucapir. Justo título o causa legítima son un elemento objetivo y formal, aparentemente válido y suficiente para transmitir o constituir título y la transmisión del dominio. Un contrato, o cualquier acto jurídico, es un título eficaz para transmitir el dominio, cuando, además de reunir todos los elementos necesarios, como pueden ser los sujetos, objeto y formas solemnes en su caso, sustancialmente goza de plenitud. Cuando no puede percibirse del acto jurídico la carencia de validez sustancial, estamos ante un justo título, pero no ante un título eficaz.

Sobre este aspecto, se proyecta la Sentencia No. 323, de 30 de mayo de 2000, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP: “Que el motivo primero del recurso, apoyado en la causal primera del Artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral tampoco puede prosperar, porque para adquirir un bien a través de la institución de la prescripción adquisitiva se debe poseer a título de dueño, entre otros requisitos, y sobre tal extremo es clara y precisa la sentencia interpelada en el sentido de que la posesión era meramente tolerada, lo que resulta suficiente para que no tenga éxito el motivo, habida cuenta de que la técnica del amparo escogido requiere que se razone la infracción que se denuncia sobre la base de la situación fáctica que sostiene el fallo que se combate, cuestión de la que se desentiende completamente la inconforme; además para el reconocimiento del derecho reclamado tiene

que estar presente la intención de los sujetos sobre la trasmisión de la propiedad, pues de lo contrario el *animus* es *tenendi*, es decir, el de simple detentador, y siendo así, es evidente por las propias alegaciones contenidas en el primer hecho del escrito de demanda acerca de que el propietario del bien en cuestión dejó a la misma a su cuidado, uso, disfrute y conservación, obviamente el elemento intencional implicado no cabe dudas que no es el *animus domini*, razones suficientes para rechazar el motivo”.

La Sentencia No. 581, de 30 de julio de 1999 (Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP), indica: “Que el motivo segundo del recurso, amparado en el apartado primero del Artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral debe prosperar, porque de los argumentos que sostiene el fallo interpelado se evidencia la confusión del Tribunal *a quo* entre lo que constituye la prescripción adquisitiva y la prescripción como medio de extinguir las acciones, pues en el caso de la primera mencionada es indispensable poseer las cosas con justo título, entendiéndose como tal, el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate; sentando lo cual se aprecia que de los propios razonamientos de la sentencia interpelada en el sentido de que el recurrente desde mil novecientos ochenta y cinco hasta el momento de establecer la demanda, poseía el vehículo en cuestión recibido de su legítimo propietario en virtud del

contrato de compraventa que entre ellos se suscribió, posesión que mantuvo, no obstante haber fallecido el referido propietario el doce de abril de mil novecientos noventa y cinco, situación de hecho que favorece a quien recurre para el reconocimiento del derecho que reclama, apoyado en el artículo ciento ochenta y cuatro del Código civil y al no entenderlo así el citado Tribunal incurrió en la infracción del citado artículo, tal y como se denuncia, habida cuenta de que es un absurdo jurídico que el abandono del derecho se aprecia con respecto al poseedor del bien y no de su titular y de sus sucesores que durante todos esos años no establecieron acción alguna dirigida a recuperarlo, razones suficientes para acoger el motivo analizado y casar la combatida sentencia, sin necesidad de resolver el otro motivo de que consta el recurso”.

En otro considerando, consigna: “Que por los fundamentos del Considerando de la Sentencia de casación, que se dan por reproducidos, es evidente que la demanda que nos ocupa debe prosperar, toda vez que el doce de noviembre de mil novecientos noventa el propietario del vehículo en cuestión reconoció por Declaración Jurada su venta a favor del demandante en el año mil novecientos ochenta y cinco, la cual se efectuó ante Notario, por lo que no pueden ahora sus herederos contradecir este acto con la alegación que aquél no entregó a su causante la suma pactada de diez mil pesos y la referida que esa Declaración se llevó a efecto por el finado para posibilitar

la Póliza de Seguro, toda vez que la misma se suscribió el veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve, visto lo anterior y al no existir prohibición legal alguna con respecto al señalado negocio, por tratarse de un Ford, modelo Fairline del año mil novecientos sesenta [...]”.

El plazo de prescripción en Cuba concuerda con el que tiene el propietario para reivindicar la cosa: tres años para bienes muebles y cinco para inmuebles. Cuestión distinta es determinar qué acontece cuando prescribe el término para reivindicar y el poseedor no tiene justo título para adquirir la propiedad por ser poseedor precario,¹⁹ y no existe la usucapión extraordinaria. Considero que se crearía una situación de hecho que nunca podría reconocerse en el derecho, a no ser que se reconociera la usucapión extraordinaria, tema sumamente interesante y con incidencia práctica.

La propiedad por usucapión se adquiere cuando transcurre el término de prescripción con todos los demás requisitos y no requiere ello de la realización de ningún procedimiento ni trámite formal. Si plantea alguna controversia posterior a la usucapión, el nuevo propietario vencería en juicio y lograría una reso-

lución declarativa de su dominio ya ganado (CC de 1987, Artículo 129.3) pero no, como a veces se afirma, la propiedad en ese momento.

La ley civil cubana es clara, al establecer a qué bienes declara insusceptibles de usucapión; en primer lugar, exime los bienes de propiedad estatal (Artículo 185.1 del CC),²⁰ los que se obtienen por medios delictuosos por los autores o cómplices del delito,²¹ los bienes inmuebles rústicos, sobre los que se sigue lo preceptuado en el Artículo 191.1 del CC, que regula que estos bienes están sujetos a autorización especial.²²

La Sentencia No. 823, de 22 de junio de 2001 (Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP), indica: “Que el motivo primero del recurso establecido por la Administración, amparado en el apartado primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral debe prosperar, porque al establecer la sentencia combatida que el terreno objeto de litis es de propiedad estatal, obvio resulta que en virtud de lo previsto en el artículo diecisiete de la Ley General de la Vivienda, lo que se disponga con respecto al mismo es facultad de la Administración no sujeta a disposición de un precepto le-

19 Es quien tiene el vicio de no poseer a título de propietario, es un mero detentador.

20 Decreto-Ley No. 227/2002, de 8 de enero, “Del patrimonio estatal”, en *Gaceta Oficial de la República*, ordinaria, no. 2, de 10 de enero de 2002: Artículo 3.2, CC, anotado y concordado, versión electrónica. En lista taxativa, describe los bienes calificados bajo este régimen en una tipología general que abarca los que tienen existencia actual y futura, cuya fuente son las que se enuncian en los preceptos.

21 Código penal, artículos 8.1, 18 y 19, CC, anotado y concordado (soporte electrónico).

22 Ley General de la Vivienda: artículos 21, 22, 24, 26, 31, 68, 70, 108, último párrafo, 109 inciso e); Ley de Protección al Patrimonio Cultural: artículos 9 y 10 y su Reglamento, contenido en el Decreto No. 118/1983, de 23 de septiembre: artículos 41 al 45, CC.

gal, y siendo así, no cabe duda que la resolución impugnada en el proceso no lesiona derecho subjetivo alguno establecido a favor de la demandante, cuestión que se evidencia del propio escrito de demanda, al no sustentar su pretensión en norma alguna de la señalada clase, sino que pide se le reconozca el derecho a pagar la mitad del mismo, según lo argumentado en el hecho segundo del citado escrito; y en cuanto a la otra cuestión que también tuvo en cuenta el Tribunal *a quo* para resolver en la forma en que lo hizo, consistente en que ambas familias han utilizado el discutido terreno, vale decir que tampoco es causa lícita para revocar la resolución dictada por la Administración, habida cuenta de que es claro y preciso el artículo ciento ochenta y cinco del Código civil en el sentido de que ningún bien de propiedad estatal puede adquirirse por su posesión pública, pacífica y no interrumpida durante un número de años, por lo que a falta de título sobre el controvertido terreno, como ya se expuso, es la Dirección Municipal de la Vivienda en representación del Estado, la autoridad facultada para determinar sobre su destino, razones suficientes para estimar el motivo analizado y casar la interpelada sentencia, sin necesidad de resolver el otro de que consta el recurso que nos ocupa; así como es atinado prescindir del examen de los otros dos recursos interpuestos por iguales razones”.

El Código civil cubano de 1987 se propuso, entre otros objetivos, poner al Derecho civil en armonía con la realidad socioeconómica

del momento de su promulgación; escoger las más recientes contribuciones de la doctrina jurídica socialista; y fortalecer nuestro sistema jurídico y económico. De ahí que la prevalencia de los intereses y derechos del Estado la podamos ver en disposiciones tales como la imprescriptibilidad de la acción del Estado para reivindicar sus bienes (Artículo 124a); la nulidad de los actos realizados contra sus intereses y, por tanto, imprescriptible la acción conducente a ese fin (artículos 67a y 68.1) con los efectos previstos en el Artículo 75.2; así que, contra él, no cabe usucapión (Artículo 185.1), por otra parte redujo los términos para la usucapión de bienes entre particulares (artículos 186.1 y 187 de la propia norma sustantiva).

No se puede negar la influencia de la Ley de Reforma Agraria en esta codificación, al establecer que, para la transmisión de inmuebles rústicos o urbanos y de ganado mayor, requiere autorización previa conforme con su legislación especial, además del cumplimiento de formalidades particulares (Artículo 191.1), todo ello con relación a la institución que se estudia.

A modo de conclusiones, puedo señalar que el estudio de la institución de la prescripción demuestra que no es abundante la literatura sobre estos dos aspectos, en contraposición con las aristas investigativas que el tema presenta, si se tiene en cuenta la gran aplicabilidad de estos institutos a las diferentes situaciones de hecho que conocemos como operadores del Derecho.

Es necesario que se conozcan las diferencias existentes entre las dos variantes de la prescripción, en especial la adquisitiva o usucapión, al ser una institución poco alegada y aplicada por la jurisprudencia. Puede observarse que, en los recursos que se someten al TSP, en ocasiones, el máximo órgano tiene que hacer disquisiciones doctrinales, que son manifestación de la incompreensión de esta institución en nuestros tribunales.

Si no está presente el justo título, ni la buena fe, pero se acredita la posesión en concepto de dueño, por tiempo prolongado, no se consuma la usucapión, en tanto en nuestra ley sustantiva civil no se reconoce la modalidad extraordinaria de esta institución, lo que tiene incidencia en la práctica jurídica, ya que, en ocasiones, el caso merece que se le aplique, en aras del principio de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Colin, Ambrosio y H. Capitat: *Curso elemental de derecho civil*, t. 2, Madrid, 1925.
- Contreras, Pablo: "Prescripción y caducidad de derechos y acciones" (soporte electrónico), Consejo General del Poder Judicial, España, 1995.
- Díez-Picazo, Luis: *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964.
- _____: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Barcelona, 1984
- García Cantero, Gabriel: "El instituto de la prescripción y sus orientaciones en el Derecho comparado", en *Cuaderno de Derecho judicial*, Biblioteca Virtual del Poder Judicial, España, 1995.
- Gimeno Gómez, Juan Luis: "La prescripción y el tiempo en el registro de la propiedad", Biblioteca Virtual del Poder Judicial, España, 1995.
- Muñoz Jiménez, Francisco Javier: "El inicio de la prescripción y el cómputo de sus plazos", Biblioteca Virtual del Poder Judicial", España, 1995.
- O'Callaghan, X.: *Compendio de Derecho civil*, t. 1, EDERSA, Madrid, 1986.
- Rivero Valdés, Orlando: "Temas de derechos reales" (soporte electrónico). Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Valls Gambau, Juan Francisco: "Tratamiento procesal de la prescripción extintiva y caducidad", Biblioteca Virtual del Poder Judicial, España, 1995.
- Valdés Díaz, María del Carmen (coord.): *Derecho civil, Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

Legislación

- Código civil de España.
- Ley 59, de 16 de julio de 1987, Código civil cubano.
- Ley 1289, de 14 de febrero de 1975, Código de familia.
- Ley 7, de 17 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.
- Código penal cubano.
- Ley 65, Ley General de la Vivienda.
- Decreto No. 118/1983, de 23 de septiembre, Reglamento del patrimonio cultural.

ALCANCE DEL PROCESO SUMARIO DE ALIMENTOS PARA EL ADULTO MAYOR

Lic. Teresa Andrea Méndez García,
presidenta, TMP de Santa Clara

EN NUESTRO país, la familia, como institución, se encuentra indisolublemente relacionada con el desarrollo social; es su célula fundamental para la formación y educación de las nuevas generaciones, en la que el alimento resulta una prestación importante.

Los alimentos cumplen una función social y tienen su fundamento en la solidaridad humana, por lo que tienen derecho a recibirlos quienes carecen de lo necesario y obligación de darlo quienes tienen la posibilidad económica para satisfacerlos total o parcialmente. Resulta intolerable que algunas personas, incumpliendo los deberes y obligaciones que se derivan de las relaciones paterno-filiales, releguen la obligación de alimentar a sus hijos o parientes, incluidos los que, con una avanzada edad, se encuentren incapacitados para trabajar y no reciben ingresos (o, en caso de percibirlos, les resulten insuficientes para su sostenimiento). Nuestro ordenamiento jurídico tutela este derecho, independientemente de ser una institución de orden e interés público. No solo las personas naturales están obligadas a su satisfacción; también

el Estado, en muchos casos, presta alimentos, por medio de la asistencia social.

Enfatizo en los procesos sumarios de alimentos que tienen su objetivo en el reclamo de protección efectiva que presenta un particular, y en el reforzamiento de la legalidad socialista y del Estado, dado el interés público, al resultar la familia la institución de mayor importancia para el hombre y la sociedad, el medio natural para el desenvolvimiento de sus miembros y un fenómeno del que todos hemos sido testigos.¹

No obstante, el Estado no está en condiciones de asumir la manutención de todas las personas, sin valorar, en primera instancia, la existencia de la familia, pero sí de proveer a esta de las vías necesarias para que cualquiera de sus integrantes que carezca de los recursos necesarios reclame alimentos al familiar obligado a darlos que cuente con posibilidades económicas para satisfacerlos.

Según nuestro Código de familia, se entiende por *alimento* todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación y vestido y, en el caso de

los menores de edad, también los requerimientos para su educación, recreación y desarrollo.² O sea, el derecho de alimentos incluye la alimentación propiamente dicha y otras necesidades básicas, lo que se encuentra refrendado en el Artículo 38 de la Constitución de la República de Cuba, al estipular que: "Los padres tienen el deber de dar alimentos a sus hijos y asistirlos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones, así como el de contribuir activamente a su educación y formación integral como ciudadanos útiles y preparados para la vida en la sociedad socialista.

"Los hijos, a su vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres".

El Código de familia es omiso al especificar qué se considera indispensable, por lo que, para determinar la citada cuestión, es necesaria la apreciación del tribunal que conoce del asunto.

El derecho de alimentos se deriva del parentesco, entendido este como el lazo existente entre personas que proceden de un tronco o procreador común, o relación que existe entre dos personas, o más, por tener una misma sangre, aunque no descienda una de otras.³ También puede dar derecho a reclamar alimentos la existencia de matrimonio.

NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ALIMENTARIO

Para la *Enciclopedia Jurídica OMEBA*,⁴ uno de los significados fundamentales que presenta la palabra *naturaleza*, en el vocabulario filosófico, es el de esencia de un género. Es definida como una clase o conjunto de objetos que poseen, todos ellos y solamente ellos, determinados caracteres comunes. Referido al mundo jurídico, significa establecer la equivalencia entre la naturaleza del Derecho y su esencia. Dicho de otro modo, la naturaleza del Derecho es el conjunto de propiedades que permiten definir, entre los objetos, un sector que presenta características comunes (la juridicidad), al cual llamamos *lo jurídico*.

No se adopta una posición doctrinal decisiva, en orden a la definición de su naturaleza; no obstante, nuestra ley sustantiva, el Código de familia, lo contempla, en el Artículo 132, como un derecho imprescriptible, irrenunciable e intransferible a tercero, que no puede compensarse con lo que el alimentista deba al obligado a prestarlos.

Es imprescriptible porque no se libra uno de esta obligación por el simple transcurrir del tiempo. Es exigible desde que la persona que tenga derecho a recibirlos los nece-

1 M. E. Benítez Pérez: *La familia cubana en la segunda mitad del siglo XX*.

2 Ley 1289 de 1975, Código de familia, Artículo 121.

3 O. Mesa Castillo: *Derecho de familia*, p. 44.

4 *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, t. 20, p. 74.

site para subsistir; pero se abonarán a partir de que sea interpuesta la demanda, según estipula el Artículo 130, no importa el tiempo para reclamar alimentos, en tanto la acción del alimentista prescribe por el transcurso de tres meses.

Al respecto, se pronunció el Tribunal Supremo Popular (TSP) en el Acuerdo No. 366, de 9 de octubre de 1976, al disponer que esta obligación será exigible desde que el tribunal, mediante la correspondiente resolución, señale su cuantía; no obstante, la acción para reclamar las mensualidades vencidas y no percibidas prescribe por el transcurso de tres meses, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 133 del aludido cuerpo legal, por lo que, una vez notificada la resolución judicial, comienza la obligación para abonarla y, también, a contarse el tiempo de prescripción.

Al no serle imputable al alimentista el retraso del tribunal en dictar la resolución correspondiente, una vez dictada esta, dicho alimentista está en el derecho de reclamar el importe total de las pensiones vencidas, y no pagadas, a partir de la fecha de la presentación de la demanda y, en virtud de esto, el término de prescripción comenzará a contarse desde la fecha de la mencionada resolución judicial, o sea, desde que quedó líquida y fue posible obtener su pago. Así mismo, podrá reclamar las pensiones vencidas y no percibidas, a consecuencia de ausentarse el ali-

mentante de su centro de trabajo o desconocerse su domicilio, sin que prescriba la acción para ello.⁵

Se considera un derecho irrenunciable e intransferible a tercero porque el alimentista no puede transferir y, mucho menos, renunciar a la pensión alimenticia porque sería atentar contra sí mismo, independientemente de que el Estado esté interesado en que los miembros de la familia se conserven y desarrollen en la forma más conveniente, con el objeto de que cumplan las finalidades que tienen encomendadas, las que no podrían desempeñar ante la imposibilidad de satisfacer sus necesidades más elementales al renunciar, por alguna causa, al derecho de percibir alimentos, los que tienen la finalidad de asegurar la existencia de una persona a la cual el crédito está circunscrito y si la ley establece la obligación para un deudor alimentante de suministrarlos a su acreedor, en virtud del parentesco que los une, debe de considerársele de naturaleza personal.

Además, está provisto de una afectación especialísima: no tiene razón de ser, en tanto no recaiga sobre aquella persona cuya existencia deba asegurarse.

Si su carácter eminentemente personal está derivado del derecho del alimentista, es intransmisible porque los alimentos están relacionados con las necesidades individuales y propias de este; por tanto, sería injusto transmitir tal derecho,

5 Dictamen No. 207, Acuerdo No. 366, de 1976, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP).

pues el alimentante no tendría obligación alguna para con la persona sustituta. El Artículo 123 del Código de familia establece quiénes son los obligados a darse alimento.

Al otorgársele tal carácter a esta obligación, se considera un derecho no susceptible a compensación, concretando únicamente que la característica de que no es compensable es una protección más que el legislador ha querido conferir a este derecho para que el obligado alimentante no pueda oponer un crédito que el alimentista le adeude, porque en tal forma eludiría el cumplimiento de la obligación y no se cumpliría el fin para el que fue creada la institución de los alimentos.

Para algunos tratadistas, el derecho a percibir alimentos no es compensable porque el crédito que pudiera tener un obligado contra el acreedor alimentista de ninguna manera puede extinguirlo, pues exige una satisfacción sobre todas las cosas, ya que, por el contrario, iría de por medio la vida de la persona.

Soy del criterio de que también resulta un derecho inembargable, pues, si prescindimos de que la petición alimentaria es un derecho que tiene la persona para percibir alimentos, cuando se encuentra en un estado de necesidad, y el disfrutar de esa pensión que se le ha asignado implica un medio para su subsistencia, privarle de esta mediante el embargo sería como condenarla a perecer por inanición.

Dado que la deuda alimentaria tiene como fin satisfacer necesida-

des vitales, toda la suministración sobre el particular debe considerarse primero que cualquier derecho o reclamación; por tanto, las declaraciones que por alimentos se hagan deben ser preferentes a toda deuda, pues, de lo contrario, sería sacrificar el derecho a la vida, en aras de un interés secundario. Por ello, la norma jurídica protege, ante todo derecho, el de la pensión alimenticia.

Lo considero un derecho recíproco, puesto que el acreedor alimentista está obligado, también, respecto a su obligado a otorgarle, cuando este caiga en estado de necesidad, una pensión alimenticia, todo ello en razón del parentesco o del matrimonio, tal como señala el Artículo 123 del código invocado.

Este derecho también resulta proporcional, al establecer el Artículo 127 que la pensión alimenticia será proporcional a la capacidad económica de quien la dé y a las necesidades de quien la reciba, sin que se pueda determinar exactamente el gasto para la alimentación. Dicha pensión varía según las circunstancias que se presenten. En materia de alimentos, no hay cosa juzgada; una sentencia se puede variar cuantas veces se requiera, por lo que es un derecho indeterminable y variable (Artículo 128).

Por último, es un derecho asegurable por el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, los cuales procuran garantizar el pago de alimentos mediante una pensión alimenticia provisional.

LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS

La obligación de dar alimentos está definida doctrinalmente como la deuda surgida entre parientes, basada en lazos de solidaridad familiar; tiene su fundamento en el derecho a la vida, configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela, pues es un interés jurídico privado e individual.⁶

Entiéndase por deuda alimentaria familiar la prestación que determinadas personas, económicamente posibilitadas, han de hacer a algunos de sus parientes, para que con ella puedan estos subvenir las necesidades más importantes de la existencia.

La obligación de dar alimentos se regula en el Capítulo I del Título III y presupone su necesidad por un sujeto que lo requiere para subsistir, y la existencia de vínculos parentales consanguíneos sin límites en la línea recta y hasta el segundo grado en la colateral, o de un vínculo matrimonial entre el sujeto que los necesita y el compelido por ley a suministrarlo, por lo que su contenido último es económico, al traducirse en un pago de dinero o en la alimentación en la propia casa; no obstante, la finalidad a que atiende es personal. Díez-Picazo y Gullón afirman que “aunque patrimonial sea el objeto de la prestación, la obligación se encuentra conexiónada con el

desarrollo de la personalidad y de los derechos de este tipo”.⁷

Esta obligación implica la existencia de un derecho de crédito a favor del alimentista y un deber de prestación a costa del alimentante, derecho de crédito que le atribuye a aquel un poder jurídico sobre la conducta de este, que se refleja de manera típica en la facultad de exigir alimentos (pretensión crediticia) y, en su defecto, en la facultad de poner en movimiento un mecanismo coactivo de agresión sobre los bienes para obtener una satisfacción por equivalencia.

Pérez Gallardo destaca que la característica notable de esta obligación, que contrasta con el sentido normal de las relaciones obligatorias es el *instinto personal* que posee, ya que se da en atención a determinadas personas, solo entre ellas y bajo peculiares circunstancias. Significa ello que la obligación no se transmite ni por vía *inter-vivos* ni *mortis-cause*. (Artículo 135, incisos 1 y 2, Código de familia).⁸

La obligación de alimentos se constituye *ex lege* y así queda determinado su contenido, amén de que el hecho causal productor directo lo sea el parentesco consanguíneo o el matrimonio, según sea el caso; pero no olvidemos que, en sede de fuentes de las obligaciones, la ley tiene valor supletorio o indirecto, pues es el tapiz en el que se reconocen y a través del cual se le confiere valor de fuente a los he-

6 *Enciclopedia Jurídica Española*, apud Odalis Hernández Fuentes (tesis).

7 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, pp. 52-53.

8 Leonardo B. Pérez Gallardo: “Una visión reflexiva acerca del derecho de alimentos a favor del concebido”, en Colectivo de autores: *Temas de Derecho de familia*, p. 101.

chos o actos jurídicos causantes directos de las obligaciones.⁹

El derecho de pretensión y la deuda se extinguen desde el momento en que fallece el obligado a cumplirla o el llamado a beneficiarse de ella. No se traspa a los herederos; con la muerte, desaparece el vínculo que justificaba la obligación, aunque sí se transmite a los herederos del alimentante la obligación de abonar la deuda correspondiente a los meses anteriores al fallecimiento que no hubiese pagado este y, en su lugar, fuese pagado por un tercero no obligado, con conocimiento, o no, del fallecido, de lo cual se concluye que el derecho a reclamar y percibir los alimentos es inherente a la persona beneficiada y no constituye un crédito con el valor económico del que pueda disponer, pues se articula en un sujeto distinto.

Según Chironi, “es de orden público esta obligación y la convención de las partes no puede modificarla, y por la misma razón, ya que el fundamento de este derecho es la vida del alimentista, no es susceptible de novación por cambio de objeto, ni de compensación, ni de transacción”.¹⁰

REQUISITOS PARA QUE SE CONSTITUYA LA DEUDA ALIMENTARIA

Para constituir esta deuda alimenticia, deben darse tres condiciones o requisitos:

1. La existencia de lazos de parentesco entre el alimentista y el alimentante: cuando la prestación se da entre extraños, la ley no confiere la obligación; esta *surge merae voluntate*, como ocurre con la prestación de alimentos que nace de un contrato.
2. Es necesario que el deudor alimentante esté en posibilidad de proporcionar los alimentos: en un hermoso espíritu de altruismo y razón, articula en los parientes necesitados un derecho subjetivo a solicitar alimentos.

Inexcusablemente, hay que partir de la situación del deudor alimentario. Para que pueda reclamarse el cumplimiento de esta obligación, debe vivir y atender por sí mismo sus necesidades personales, es decir, que esté en condiciones de otorgarlos y siempre en relación con los ingresos que percibe, pues resulta imposible que a una persona se le exija el pago de una pensión que esté por encima de sus necesidades económicas.

3. El acreedor alimentista debe encontrarse necesitado verdaderamente de recibirlo. El código vigente no precisa en qué grado de necesidad ha de estar esta para poder exigir la prestación alimentaria; sin embargo, se rige por el principio que marca tal estado. El deudor alimentario debe satisfacerla desde el momento en que dicha obligación se le demanda ante la autoridad jurisdic-

9 Ídem

10 Valverde y Valverde, p. 529.

cional, por lo que, en realidad, se trata de una cuestión sometida a la apreciación del tribunal. Se observa que:

- a) Para determinar si una persona se encuentra necesitada, o no, deberá tenerse en cuenta su sexo y edad, pero no su desocupación voluntaria.
- b) Para apreciar esa necesidad, deben valorarse su patrimonio y su capacidad de trabajo.
- c) En cuanto a su patrimonio, han de sopesarse los ingresos que tenga, lo que permite determinar si tiene posibilidad económica para mantenerse a sí mismo, o no.
- d) Si la persona no tiene ingreso, pero sí capital (aunque sea improductivo), no debe considerársele necesitada, si puede disponer de aquel para subvenir, de momento, a sus necesidades.

Esta condición requiere que la persona a quien se le reclame la pensión alimenticia sea precisamente el pariente más solvente y próximo en grado, por lo que se establece una jerarquía entre las partes obligadas.

CLASIFICACIÓN DE LA DEUDA ALIMENTARIA

La pensión alimenticia es una obligación de dar líquida. *Líquido*, entre otras acepciones, significa “disponible”: dinero líquido, que no tiene ningún gravamen; por lo que, desde el punto de vista estricta-

mente técnico, hemos de atribuirle como significado la declaración que contenga una sentencia que obligue a determinada persona al pago de cierta cantidad en metálico.

Se trata de una obligación de dar y, en ese sentido, siempre es posible obtener la ejecución forzada en naturaleza.

El derecho a solicitar alimentos va mucho más allá de la relación entre padres e hijos, aunque los primeros facultados a pedirlos son los hijos menores de edad, en cualquier caso. Además, están obligados a darse recíprocamente alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos.

En estos casos, no se pueden pedir siempre los alimentos. Es indispensable que estas personas carezcan de recursos económicos y estén impedidos de obtener los alimentos por sí mismos, por razón de edad o incapacidad, según establecen los artículos 122 y 123 de la ley de trámites.

Esta obligación de alimentos es exigible desde que la persona con derecho los necesite, pero su abono se realizará a partir de la fecha en que se interponga la demanda.

Cuando en la prestación por alimentos existe un solo alimentante y un solo alimentista, no hay problemas. Estos surgen cuando son dos (o más) los obligados a prestarlos, o dos (o más) los que puedan reclamarlos de una misma persona.

Para ello, el Código de familia estipula que, cuando haya dos (o más) personas obligadas a prestar alimentos a otra, la reclamación se

hará siguiendo el orden que prevé el Artículo 124: primero, el cónyuge; después, los ascendientes del grado más próximo, a los descendientes de igual condición y, por último, los hermanos.

En el caso de que existan varios parientes obligados a dar alimentos, todos deben satisfacerlos, pero el pago de la pensión será proporcional a los ingresos económicos de cada uno. Ahora bien, si la necesidad del que debe recibir los alimentos es sumamente urgente, o se presentan circunstancias especiales, se puede obligar a uno solo de los obligados a que pague la pensión en su totalidad, con el derecho de reclamar, a los demás obligados, la parte que ellos debían pagar (Artículo 125).

Si a una persona le reclaman alimentos dos parientes con derecho, o más, la decisión de a quién pagar depende de la capacidad económica del obligado. Si posee recursos suficientes, debe pagar a todos. Si no, se decidirá a quién, según el orden descrito en el Artículo 124.

No obstante, si concurrieran el cónyuge y un hijo menor de edad o mayor de edad incapacitado, los hijos tendrán preferencia sobre el cónyuge (párrafo segundo del Artículo 126).

COMPETENCIA DEL PROCESO SUMARIO DE ALIMENTOS

Para conocer de los procesos sumarios por reclamaciones de alimentos, en razón de la materia, la competencia es del tribunal munici-

pal popular; y, en razón del lugar, el del domicilio del obligado a satisfacer la obligación.

En nuestro ordenamiento jurídico, el proceso sumario encuentra su regulación en los artículos del 357 al 367 de la ley de trámites.

En tal proceso, se tramitan reclamaciones de pequeña cuantía, o asuntos que, por su naturaleza o características, exigen una solución rápida (el Artículo 358 señala cuáles son estos):

1. Demandas de contenido económico en las que la cuantía de lo reclamado, o el valor de los bienes sobre los que se litiga, no exceda de 1000 pesos.
2. Conflictos que surjan con motivo del ejercicio de la patria potestad, cuando la ejerzan ambos padres.
3. Conflictos entre los cónyuges sobre la administración y disfrute de los bienes comunes.
4. Reclamaciones sobre alimentos.
5. Controversias entre los partícipes en relación con la administración y uso de la cosa común.

Estas reclamaciones se sustanciarán mediante el procedimiento sumario, en casos de alimentos, el cual está previsto en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE). A diferencia del proceso sumario general, que es escrito, este es predominantemente verbal.

Se autoriza a establecer la demanda por comparecencia ante el secretario del tribunal, quien consignará en acta los particulares a que se refiere el Artículo 359, para

el escrito de demanda, en el proceso sumario general.

Antes de dar traslado al demandado, el tribunal solicita –del centro de trabajo, el Registro del Estado Civil u otras entidades–, antecedentes e informes que sirvan de pruebas fundamentales relacionadas con la pretensión deducida. Con estos antecedentes, el tribunal podrá señalar una pensión alimenticia con carácter provisional (mientras transcurra el proceso), que deberá pagar el demandado de inmediato, sin que se conceda recurso alguno contra la resolución. Los límites de esta pensión se establecen en el Artículo 463.

Verificando lo anterior, el tribunal cita a comparecer a las partes. El demandado puede contestar de manera verbal, o por escrito, según su elección.

En el caso de no concurrencia del demandante, se le tendrá por desistido, sin que se le conceda recurso alguno contra esta resolución.

Si se ausenta el demandado sin justa causa, se presumirá su conformidad con los hechos de la demanda y, sin la práctica de pruebas, el tribunal dictará la sentencia que proceda. Esto no requiere de la solicitud de la parte actora, como en el proceso sumario general, pues el tribunal lo hace de oficio.

La pretensión de conformidad del demandado comprende solo los hechos de la demanda; y la sentencia puede ser estimatoria o desestimatoria de la pretensión del demandante.

Si el demandado concurre a la comparecencia, contestará verbal-

mente o por escrito y propondrá las pruebas que estime convenientes a su interés; en este caso, la ley faculta al demandante a proponer pruebas adicionales (Artículo 370).

Ante la imposibilidad de practicar las pruebas en el acto de comparecencia, se podrá conceder un plazo de no más de 10 días para esto.

La sentencia deberá dictarse en un plazo de dos días, después de la comparecencia o de haberse practicado las pruebas.

Teniendo en cuenta las limitaciones externas que, en ocasiones, tienden a dilatar la presentación de la reclamación de alimentos por el representante del menor (entiéndase la obtención de las certificaciones de nacimiento ante el Registro del Estado Civil; la ejecutabilidad de la obligación, cuando el obligado no cuenta con centro de trabajo,...), la Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2007, del CGTSP, introdujo modificaciones importantes:

- Si existe demora en la obtención de la certificación de nacimiento, estimar acreditado ese extremo con los datos obrantes en la tarjeta del menor o el carné de identidad, cuya exhibición se exigirá al demandante, se dejará constancia en las actuaciones.
- Cuando se exprese que el demandado carece de vínculo laboral, se convoca a la comparecencia que dispone el Artículo 370 de la LP-CALE, en la que se indagará acerca de los ingresos económicos, y el tribunal realizará, de oficio, las actuaciones pertinentes.

– Fijación de pensión provisional para el menor alimentista. Se precisa su aplicación en todos los casos, conforme lo regula el Acuerdo No. 28, de 5 de febrero de 1985, del CGTSP.

DETERMINACIÓN Y CUANTÍA DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Dentro del espíritu de equidad de la ley que debe prevalecer en el juzgador, es importante contar con fórmulas que permitan establecer parámetros para fijar o cuantificar el pago de alimentos por parte de la persona que se encuentra obligada a proporcionarlos al alimentante.

Sobre la base de una recta y armónica interpretación del Artículo 60 del Código de familia, se establece que la ascendencia de las pensiones para los hijos menores se fijará de acuerdo con los gastos normales de estos y los ingresos de los padres, a fin de establecer la responsabilidad en forma proporcional, en relación con el Artículo 127, el cual dispone que la cuantía de los alimentos será proporcional a la capacidad económica de quien los dé y a las necesidades de quien los reciba.

Los tribunales en Cuba utilizan el arbitrio judicial para fijar el monto de la deuda, ajustándose a las reglas especiales que recoge la propia ley en el Artículo 127, y las reglas generales de meditación de las decisiones a que se contraen los principios de la lógica, la ciencia, la experiencia y la razón, partiendo de

las pruebas que aporten las partes: certificación de salario del padre que trabaje, demostrar otros ingresos o capital, en general, que posea el demandado y las características concretas del caso. En un proceso sumario como el que utilizamos y sin representación letrada, en ocasiones, se dificulta mucho aportar pruebas que no sean las indicadas.

Para la adecuación de esta cuantía, el tribunal deberá tener en cuenta todo lo que el alimentista perciba, susceptible de imputarse al concepto de alimentos. En ningún caso, se afectarán los recursos del obligado a prestar alimentos hasta el punto de que no pueda satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y, según el caso, las de su cónyuge e hijos menores.

La cuantía debe establecerse partiendo del equilibrio entre los recursos del deudor y las correlativas necesidades del acreedor alimentista, con el fin de determinar, en forma justa y equitativa, una condena de alimentos, por lo que el juzgador debe tomar en cuenta los bienes y posibilidades económicas con que cuenta el deudor, y las necesidades de los acreedores, con el propósito de que estas sean cubiertas en sus aspectos biológico, intelectual y social.

Es, precisamente, a estos aspectos fundamentales a los cuales debe atender ese principio de proporcionalidad, cuya observancia es obligatoria en toda controversia de carácter alimentario, donde, además, se tomará en consideración el entorno social en que estos se desenvuelven, sus costumbres y demás par-

particularidades que presenta la familia a la que pertenecen, pues los alimentos abarcan el poder cubrir las necesidades vitales o precarias del acreedor, y el solventar una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el estatus aludido. De ahí que no sea dable atender, para tales efectos, a un criterio estrictamente matemático, pues se requiere de un análisis más profundo, en el caso de los adultos, al estar obligadas estas personas a desembolsar determinadas cantidades por servicios que se le presten, como acueducto, electricidad, entre otros.

El TSP estableció reglas de obligatorio cumplimiento por los tribunales municipales populares para determinar el monto de las pensiones alimenticias, mediante la Instrucción No. 106, de primero de marzo de 1983, que nos incita al estudio profundo de todas las circunstancias que pudieran influir en tal determinación.

En estricta observancia de lo anterior, resulta más factible definir la cuantía de la pensión alimenticia en los casos en que el obligado presenta un vínculo laboral acreditado en las actuaciones. Lo contrario ocurre cuando se trata de un trabajador por cuenta propia o de una persona que no se encuentra vinculada a una labor socialmente útil.

En el supuesto de que el alimentista sea trabajador por cuenta propia, el TSP se pronunció en el sentido de que el tribunal actuante debe proceder a requerir al demandado para que exprese si está inscripto

como contribuyente, y en qué concepto, a fin de determinar el promedio de ingresos mensuales y poder fijar la pensión adecuada, mientras que, al propio tiempo, requiera a la parte demandante para que ofrezca todos los datos a su alcance que resulten atinentes para fijar en lo posible los ingresos que percibe el demandado, susceptibles de imputarse al concepto de alimento (Dic-tamen No. 7 de 1978).

MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN

La pensión dispuesta no es propiamente definitiva, puesto que el término de estabilidad opera en un momento determinado, es decir, mientras no aparezcan cambios en las circunstancias que se tuvieron como base al fijar aquella, por lo que es variable y depende de cada caso. Lo reafirma el hecho de que tal cuantía, una vez fijada por el tribunal, este puede aumentarla o disminuirla, si se demuestra que variaron las circunstancias que dieron lugar a su adopción.

Es decir, en un momento dado, la pensión puede ser objeto de modificación, porque las circunstancias que se dedujeron del juicio son susceptibles de variación; de ahí que su monto no se fije definitivamente por la sentencia: es proporcional a la disminución o aumento que sufran las necesidades del alimentista y los ingresos económicos del que hubiere de satisfacerlos, tal como regula el Artículo 129 del Código de

familia, lo que se tramitará a tenor de los incidentes del Título VI de la LPCALE, según el Acuerdo No. 151, de 20 de marzo de 1979, Dictamen No. 54.

No existe un momento preciso para interponer el incidente de variación, ni la ley indica cuándo debe plantearse. Puede intentarse en tanto se considere que hayan cambiado las circunstancias analizadas para su determinación. Basta solo acreditar plenamente estas, para la variación en que se apoye la demanda.

La legislación no precisa, en materia de alimentos, el número de incidentes que los interesados tengan derecho a interponer, lo que nos da a entender que serán tantos como transformaciones se susciten en la situación de las partes, sin que alguna de ellas se permita alegar la existencia de la cosa juzgada.

EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN

La obligación de dar alimentos, al amparo de lo establecido en el Artículo 135 de la ley sustantiva termina por las siguientes causas:

– Muerte del alimentante o del alimentista. Esta causa de cesación no es transmisible por vía de herencia. Tampoco lo es el derecho del alimentista a reclamar alimentos a los herederos del alimentante que los prestaba, ni el deber del alimentante a prestarlo a los he-

rederos del alimentista que venía recibéndolos.

- Cuando los recursos económicos del obligado se hayan reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades o las de su cónyuge, hijos menores o mayores de edad incapacitados que dependen económicamente de él.
- Cuando el que tenga derecho a recibirlos arribe a la edad laboral (en nuestro caso, 17 años de edad) y no esté incapacitado ni incorporado a institución nacional de enseñanza que le impida dedicarse al trabajo remunerado, la continuación en el pago de los alimentos, a partir de ese momento, dependerá de la voluntad del alimentante.
- Cuando cese la causa que hizo exigible la obligación de suministrar los alimentos.

No obstante, aunque se presente una de estas causas, la obligación legalmente establecida no cesa automáticamente, sino que se hace necesario que la persona interesada en que cese la pensión lo solicite al tribunal.

Así, si un tribunal estableció que un padre debe pagar una pensión a su hijo menor de edad y este, al cumplir la edad laboral, no se encuentra estudiando, ni trabajando, el padre debe pedir a ese mismo tribunal que dé por finalizada la obligación de dar alimentos; de lo contrario, esta persiste, lo que también se tramitará por los incidentes (Acuerdo No. 557, de 29 de diciembre de 1979, Dictamen No. 81).

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS

Una vez fijada la pensión, lo normal es que esta se satisfaga voluntariamente; pero, de no ser así, el representante del menor puede pedir al tribunal que decrete el embargo salarial. Una vez decretado, se remite oficio al centro de trabajo del obligado, para que a este se le descuenta, de forma automática, la parte del salario necesaria para satisfacer el monto de la pensión fijada en la proporción que la ley autoriza (Acuerdo No. 168, Dictamen No. 241, de 14 de noviembre de 1985).

La mera negativa del demandado a cumplir la sentencia recaída en un proceso civil no constituye delito porque, en esfera de Derecho, se regula el procedimiento para la ejecución forzosa de la sentencia, y el actor viene obligado a utilizar esa vía, a fin de ejecutar la declaración judicial; en consecuencia, solo si el ejecutado comete alguno de los delitos previstos en el Código penal, surge la acción penal para perseguir al actor de ese hecho. Se determina si se reúnen los elementos típicos, o no, de algún delito, según lo establece el Dictamen No. 204, de 25 de octubre de 1984 y el Dictamen No. 164, de 19 de julio de 1983.

Este delito, u otro, no puede constituirse ante la temeraria desaparición u ocultamiento intencional de determinado bien por el obligado, para eludir el requerimiento judicial de su entrega, si lo tuviera en calidad de depósito, luego de haberse

procedido al embargo para tramitar la necesaria vía de apremio, conforme establece el Acuerdo No. 17, Dictamen No. 368, de 28 de marzo de 1986.

Lo anterior no obsta para acotar que, en el Capítulo III, Sección segunda del Título XI, del Código penal, se regule lo referido a los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales; y contra la familia, la infancia y la juventud. El Artículo 315 establece el delito de otros actos contrarios al normal desarrollo del menor, y protege a los menores de los padres que los tengan bajo su patria potestad, o guarda y cuidado, y no atiendan o descuiden su manutención.

Tal delito se configura una vez que, por la vía civil, se ha fijado la pensión alimenticia y, después de firme la sentencia y requerido este para su cumplimiento, rehúse constantemente esa obligación. Agotadas todas las opciones de reclamación que dan las normas de Derecho de familia y de procedimiento civil, puede tipificar la conducta del obligado, en el caso del adulto mayor, el delito de abandono de menores, incapacitados y desvalidos, previsto y sancionado en el Artículo 275.

En el caso de incumplimiento de esta obligación, a tenor del Artículo 477 de la ley de trámites, se procederá a darle cumplimiento directamente mediante embargo, en forma que cubra las vencidas y las que vayan venciendo, soslayando el requerimiento y dando paso al embargo, cuya práctica más representativa recae en los asuntos de índole fa-

miliar, sin que sean estos los únicos que adquieran tal categoría, habida cuenta de que, en procesos civiles –por ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios que se hayan causado a determinada persona en su integridad personal–, este precepto resulta de entera aplicación.

La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos sumarios de alimentos se fundamenta en el interés del acreedor alimentario de instar al órgano jurisdiccional para la materialización del derecho reconocido en la sentencia dictada en su día.

El caso de las pensiones alimenticias donde el obligado a dar no tenga centro de trabajo reconocido, antes de la puesta en vigor de la Instrucción No. 186 se hacía muy engorrosa la ejecución, ya que no se utilizaba prácticamente la variante del embargo de bienes para satisfacer la prestación, lo que resultaba atinado si consideramos que, dada la naturaleza de este proceso –que no requiere la dirección letrada, en la mayoría de los casos–, la persona que debía recibir la pensión desconocía esta otra solución que nuestro ordenamiento jurídico prevé.

De todo lo anterior, se concluye que, con independencia de que nuestra legislación establece el cobro de la pensión de alimentos, como una vía para garantizar el sustento de las necesidades básicas de las personas con derecho a cobrarlas –supuestos estos que pueden contener a los adultos mayores–, no son comunes los casos donde estos reclamen las pensiones. En

la práctica, son frecuentes los procesos donde se exige que el padre pague la mencionada pensión a sus hijos; pero no sucede así en litigios que son a la inversa.

Son varias las causas que pueden justificar por qué los adultos mayores no reclaman a sus descendientes su derecho a la pensión. Uno de los primeros factores que incide en esta cuestión es el poco conocimiento que tiene la población acerca del ordenamiento legal y, particularmente, del proceso que se analiza, sobre todo en la variante que ahora se estudia, y la otrora postura adoptada por el Estado al suplir tales omisiones, pero que, a consecuencia de las transformaciones llevadas a cabo, han devenido la supresión de estas prestaciones monetarias, una vez acreditada la existencia de parientes obligados a ello.

También inciden las condiciones de salud de estas personas, muchas de las cuales padecen de enfermedades que les imposibilitan desplazarse con facilidad o presentan algún padecimiento de tipo mental que les disminuye su capacidad o se la suprime totalmente. Aquí influye el hecho de que algunos de los ancianos no mantuvieron una conducta correcta con su familia, en etapas anteriores de la vida, por lo que sus parientes pueden tener resentimientos con ellos.

Lograr que algún pariente del adulto mayor pague una pensión a este, aunque constituye una vía para eliminar su total desatención, tampoco eliminará del todo sus pe-

sares, en términos económicos; por eso, muchos prefieren seguir en el estado en que están y no buscar “problemas” con su familia que, en fin, es la que podría hacer algo por ellos algún día.

Estas cuestiones negativas inciden en la poca efectividad del pago de la pensión de alimentos, en relación con el adulto mayor, pero constituyen una vía que se debería explotar más, pues el fundamento de su existencia lo constituye el derecho a la vida de las personas (con derecho a recibirlos); y que este sea garantizado, en gran medida, por los que un día recibieron, de la persona que ahora necesita, todo el amor y las atenciones que estaban a su alcance.

Esta obligación no es exigible de oficio, salvo por el tutor institucional o el fiscal, cuando se trata de un incapacitado; sin embargo, en los adultos mayores con plena capacidad, no existe legitimación para establecer la reclamación, si este no la desea o no puede. De ahí la necesidad de que se determinen mecanismos legales alternativos de legitimación que permitan aplicarlas a otras personas —en los casos de que los propios afectados no reclamen—, a hacerlo por ellos, siempre y cuando redunde en beneficio de ese pariente que, en realidad, es el más afectado, pues, a pesar de que nadie puede reclamar algo que no se relaciona con su persona, existen situaciones en las que el sujeto legitimado no lo hace, ya sea porque carece de capacidad, o porque posee determinada discapacidad que

no le permite desarrollarse como corresponde en el proceso.

Nuestra legislación prevé la legitimación del fiscal para el adulto mayor que sea declarado incapaz, lo que no ocurre cuando no ha sido declarado incapaz, por lo que debería regularse la posibilidad de que el fiscal asuma la representación del anciano en este tipo de proceso, aunque no haya sido declarado en estado de incapacidad. También instituciones que guardan relación con el tratamiento a este sector de la población, ya que pueden concurrir otras circunstancias que justifiquen tal actuar.

Además, como expresa el Artículo 47 de la LPCALE, el fiscal puede ser parte en cualquier proceso donde muestre un interés social que, de cierta forma, también está presente en estos procesos, al pretender que la familia desempeñe un rol principal en el sostenimiento del anciano y, lo más importante, el interés de este.

CONCLUSIONES

1. La institución de alimentos constituye una obligación derivada de las relaciones paterno-filiales, cuya característica más notable lo es su *intuito personae*, ya que se da, en atención a determinadas personas, solo entre ellas y bajo peculiares circunstancias. Por su naturaleza, alcanza rango constitucional, al considerarse el derecho al alimento, o a la subsistencia, como forma de alcanzar la protección del derecho a la vida.

2. La obligación de dar alimentos es una institución que permite dar cobertura jurídica a los adultos mayores plenamente capaces o declarados incapacitados judicialmente, lo que evita que se constituyan situaciones de abandono intrafamiliar. La obligación de dar alimentos es ineficaz, pues no se utiliza por sus destinatarios, al no interpelarse reclamaciones de alimentos de adultos mayores.
3. Para garantizar el cumplimiento efectivo de la obligación de dar alimentos, se requiere adoptar medidas tendentes a resolver situaciones que limitan la debida y oportuna actuación de los tribunales de familia en supuestos que hoy alcanzan notoriedad, como la no exigencia de la obligación por parte del adulto mayor a los parientes obligados por ley; esta debe valorarse especialmente, por su incidencia social y la ausencia total de reclamos a los familiares obligados.

BIBLIOGRAFÍA

Benítez Pérez, M. E.: *La familia cubana en la segunda mitad del siglo XX*,

Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2003.

Compendio de acuerdos en materia civil, 1974-2005, Tribunal Supremo Popular.

Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976.

Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1983.

Enciclopedia Jurídica Española, Barcelona, 1910.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Driskill S. A., Buenos Aires, t. 20, 1986.

Hernández Fuentes, Odalis: "Tesis para la opción de especialista en Derecho civil y patrimonial de familia sobre la obligación de dar alimentos".

Ley No. 1289 de 1975, Código de familia, MINJUS, La Habana, 1999.

Ley No. 7 de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, MINJUS, La Habana, 1999.

Mesa Castillo, O.: *Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

Pérez Gallardo, Leonardo B.: "Una visión reflexiva acerca del derecho de alimentos a favor del concebido", en Colectivo de autores: *Temas de Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

LA CARTA DE CRÉDITO: ¿UN TÍTULO EJECUTIVO?

Lic. Odelexis Álvarez Guerra,
jueza profesional, TPP de Pinar del Río

CON LA expansión del comercio, más allá de las fronteras territoriales de cada nación, surgen en el siglo XIX las ventas marítimas internacionales que, en sus inicios, se hacían bajo la condición del arribo de las mercancías al puerto de destino, lo que traía consigo grandes dificultades entre vendedores y compradores porque, en ocasiones, a estos últimos no les convenía ya recibirla después de su llegada; por eso, el vendedor temía desprenderse de ellas sin obtener a cambio el pago correspondiente y el comprador no quería abonar el precio sin recibir lo comprado que, en ocasiones, llegaba retrasado, con relación a la fecha pactada por los contratantes.

Ante tales inconvenientes, fue imprescindible lograr una conciliación en la contraposición de intereses entre los sujetos que participaban en las ventas, por lo que se comenzó a asegurarlas con la intervención de los bancos. Así, “surge el crédito documentario como consecuencia de una necesidad sentida en el tráfico comercial internacional”,¹ difundido inicialmente en Inglaterra, por

la superioridad de sus bancos en el mercado mundial y, en la segunda mitad del siglo XX, Estados Unidos se convirtió en el centro de operaciones de estos créditos, como consecuencia del predominio que alcanzaron en el mundo los bancos norteamericanos.

Gerardo O’Siel, en su *Manual práctico sobre cartas de crédito y cobros documentarios*, define el crédito documentario o carta de crédito como un acuerdo por el cual un banco, a petición y de acuerdo con las instrucciones de un cliente, se compromete a pagar a un tercero, o a su orden, una determinada cantidad, contra la entrega de los documentos exigidos, siempre que se cumplan los términos y condiciones que se hayan fijado en el texto del crédito documentario.

La satisfactoria experiencia acumulada por los comerciantes en las ventas marítimas fuera de fronteras, con la intermediación de tales créditos, propició que su utilización se extendiera al comercio terrestre, irrumpiendo de esta manera en la mayoría de las operaciones de venta y convirtiéndose en uno de los

1 María de Jesús Guerrero Lebrón: *Los créditos documentarios, los bancos intermediarios*, p. 15.

instrumentos de pago más recurridos en el comercio. Sin embargo, no obstante la unánime utilización de estos, no existen legislaciones que, de modo exclusivo, los regule como institución y en su funcionamiento: el marco legal en el que operan está constituido por *Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios* y por algunas legislaciones nacionales en las que se hace referencia a su funcionamiento.

Estas reglas y usos conforman un conjunto de disposiciones consuetudinarias que la Cámara Internacional de Comercio² compiló y unificó en Viena en 1933, cuya redacción, desde entonces, ha sufrido varias reformas, en la medida que se le han realizado revisiones para adaptarlas a las exigencias de los comerciantes y al progreso técnico. La edición actual responde a la séptima revisión efectuada en 2007, que entró en vigor en agosto de ese año (en lo adelante, será identificada como las Reglas).

Una vez que se ha efectuado el contrato de crédito documentario, su ejecución implica, en primer orden, la expedición de la correspondiente carta de crédito, que es el instrumento a través del cual se materializa y utiliza aquel, conocido como “el documento que expide el banco acreditante al banco notifi-

cador y en el que se reproducen literalmente las instrucciones recibidas por el acreditado, solicitándole que en los términos y condiciones literalmente expuestas en las cartas, pague o acepte una letra de cambio al beneficiario-vendedor, contra la entrega que le hará este de la documentación requerida en la misma carta”.³

Estos documentos de crédito pueden ser de carácter nacional o internacional, en dependencia del lugar donde permanezcan los sujetos involucrados en dicha relación; y, con el fin de surtir los efectos para los que han sido redactados, deben expresar todas las características referentes a las condiciones de transporte, el término y los lugares de embarque y desembarque, mercadería, y las instrucciones que se deben cumplir al presentarse una negociación. También, se debe precisar y describir en las cartas de crédito los documentos que debe presentar el beneficiario de este y, si se han fijado plazos de vencimiento, los gastos en que se incurrirá por la emisión del crédito y el monto que deberá pagar el ordenante por esta operación.

La institución crediticia en cuestión desempeña diferentes roles en las operaciones que se susciten en el tráfico mercantil, en dependencia

2 La Cámara Internacional de Comercio fue creada en 1919 con el propósito de facilitar el flujo del comercio internacional, en un momento en que el proteccionismo y el nacionalismo constituían una seria amenaza para su desarrollo. Este organismo ha sido aceptado casi por la totalidad de las naciones del mundo actual y, entre sus múltiples funciones, se encuentra la de crear normas que homogenicen las prácticas comerciales internacionales (*Reglas y usos uniformes de la Cámara de Comercio Internacional*).

3 “Los créditos comerciales”, en *Manual de Créditos*, t. 11, p. 15.

del sujeto de que se trate. Así, para el comprador, figurará como *instrumento de pago*, pues, mediante este, paga el precio de las mercancías objeto del contrato; para el vendedor, constituirá un *instrumento de garantía*, puesto que el importe de la operación será abonado por una entidad financiera; y, desde el banco, será considerado un *crédito* que tendrá contra el comprador.

EL CRÉDITO DOCUMENTARIO EN CUBA

Desde el inicio de este siglo, en Cuba se está promoviendo el uso de la carta de crédito, como parte de la implantación de instrumentos financieros que se correspondan con la nueva política que, en materia de planificación estratégica, mercadotecnia, inversiones y en el orden de cobros y pagos, se comenzó a ejecutar a partir de la década de los 90 en la economía cubana, hasta ganar gran profusión en el ámbito empresarial, con respecto a las relaciones monetario-mercantiles.

El crédito documentario en nuestro país se rige, en principio, para su concertación y tramitación, por las Reglas y usos uniformes relativos a créditos documentarios, emitidos por la Cámara Internacional de

Comercio, conforme a lo establecido en el Artículo 2, ordinal 6, de la Resolución No. 101, dictada por el Banco Central de Cuba, el 18 de noviembre de 2011.

Este contrato de crédito documentario en Cuba, aunque en principio se revela como un contrato crediticio mercantil—guarda similitud con el resto de los de su tipo en otras latitudes—, un estudio a fondo de los elementos de la relación o vínculo de derecho que se integra en torno a este negocio, demuestra que presenta diferencias de aquellos, que incluso comprometen su naturaleza jurídica mercantil y devienen contratos económicos, en los que “surgen derechos y obligaciones, que tienen como referente el cumplimiento de los planes económicos aprobados a las entidades”⁴ que en él participan, ya sea ordenando el crédito o como beneficiarias de él, en tanto de empresa nacionales se trate.

La afirmación anterior presenta su mayor sustento en la naturaleza de la relación que se establece entre los sujetos que participan en este negocio, para materializar la letra contractual, pues se trata de una relación jurídica cuya dinámica y efectos se suscriben en la economía nacional.

Sin embargo, también debemos hablar de los sujetos que participan

4 La utilización de dicho instrumento de pago, durante la última década, ha comportado un incremento notable. Por citar un ejemplo: en la provincia de Pinar del Río, hasta diciembre de 2009, se habían emitido 610 cartas de créditos locales, mientras 669 fueron negociadas, y se encuentran presentes en la mayoría de las transacciones comerciales que realizan las empresas de Comercio Mayorista y algunas unidades presupuestadas, gran número de ellas del sector de la salud.

en la concertación del contrato de crédito; no podemos dejar de mencionarlos porque con ellos nuestro crédito documentario adquiere distinción de los demás, pues, en cualquier crédito de esta índole, se puede identificar a las entidades financieras, bancarias o no, como uno de los sujetos que intervienen en la relación crediticia, ya sea en calidad de emisor del crédito, como notificador, confirmador, designado para pagar o reembolsador de este.

No obstante, en nuestro país, las entidades bancarias son las que reciben del Banco Central de Cuba una licencia general para realizar todo tipo de negocios de intermediación financiera, como es el crédito documentario, ya sea en moneda nacional o divisas, en el territorio nacional o en el extranjero, aun cuando, al hablar de entidades financieras en Cuba, nos refiramos a todas aquellas que integran el sistema financiero que, en la actualidad, se estructura por “los bancos, las instituciones financieras no bancarias, las oficinas de representación de los bancos e instituciones financieras no bancarias extranjeras en Cuba”.⁵

Frente a estas entidades bancarias, encontramos como ordenantes o beneficiarios del crédito, a las empresas estatales, las sociedades mercantiles, las empresas mixtas o extranjeras autorizadas a operar en Cuba, las cooperativas de producción agropecuaria, las cooperativas

de crédito y servicios, las unidades básicas de producción cooperativa y los agricultores pequeños.

En la práctica comercial, aunque de un modo más infrecuente que en otros negocios jurídicos, se observa que el crédito documentario, como cualquier otra relación jurídica en la que convergen intereses contrapuestos, no está exento de que surjan determinados conflictos entre los sujetos que en él intervienen, máxime cuando de la relación crediticia que se materializa a través del contrato se derivan otras relaciones que, no por sencillas, dejan de implicar deberes y derechos para las partes.

En la relación que surge entre el ordenante y el banco emisor, el primero corre el riesgo de que, al momento de recibir la mercancía que compró y pagó mediante el crédito, no se corresponda con la descrita, ya sea por calidad o cantidad en los documentos presentados por el vendedor o beneficiario de dicho crédito, irregularidad imposible de detectar con anterioridad, puesto que, en este tipo de operación, solo se trabaja con documentos y el banco emisor, desde que ha concertado el contrato, ya tiene un conflicto en potencia (aunque se ha comprometido a pagar, no tiene la certeza de que se realizará el reembolso de la operación por el ordenante).

Así, en la relación entre banco emisor y beneficiario, este también tiene que afrontar riesgos, como

5 Narciso A. Cobo Roura y Johana Odriozola Guitart: “Los contratos económicos. Una visión desde la actualidad”, en *Temas de Derecho económico*, p. 113.

puede ser una interpretación errónea de la documentación revisada por parte del emisor o del ordenante que los induzca a rechazarla y negarse a pagar, negociar o aceptar, según lo convenido. Precisamente, las discrepancias surgidas entre los bancos y los beneficiarios, en la documentación presentada por los últimos, son las que con más frecuencia se presentan en la actividad comercial. Mientras, los bancos tendrán que prestar extrema atención a las instrucciones recibidas por el solicitante del crédito, pues un exceso en su actuación como intermediarios pudiera generarles grandes responsabilidades ante aquel, incluso al punto de llegar a propiciar su exoneración del cumplimiento de la obligación de reembolso a que había quedado sujeto al iniciarse la relación, exigencia que también guarda relación con el fraude documentario por parte del beneficiario para disponer del crédito, mediante la utilización de documentos falsificados o materialmente fraudulentos.

Los empresarios en nuestro país, involucrados en una situación conflictual como las antes enunciadas, ante la falta de un acuerdo amigable para solucionarla, deben acudir a la vía judicial para dirimir dichas discordias, específicamente a las salas de lo económico del Sistema de Tribunales Populares, cuya jurisdicción no figura contrapuesta a la civil, sino más bien surgen por la necesidad de lograr una administración de justicia especializada en asuntos de Derecho económico, independiente a la civil, que cuenta con un proce-

dimiento judicial especial y con profesionales especializados en esta materia, para procurar un alto grado de eficiencia, celeridad y pronta resolución de los conflictos económicos, en los cuales subyacen derechos no disponibles que responden a intereses totalmente diferentes a los que se litigan en los asuntos de orden civil.

Para resolver el enorme potencial de asuntos que se conocen en sede de lo económico, dos son los procesos que se prescriben para su sustanciación, en dependencia de la naturaleza de la litis de que se trata. El primero de ellos, el proceso ordinario o de conocimiento, reservado para los asuntos en los que se pretende la declaración de existencia de un derecho, la condena de determinada prestación, la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, y la indemnización de daños y perjuicios derivados de ilícitos civiles con repercusión directa en la esfera productiva, del comercio y los servicios, y los procesos que versen sobre afectación al medio ambiente, entre otros supuestos que le sean asignados por ley y que no se hayan mencionado.

En segundo lugar, encontramos el proceso establecido para la ejecución de títulos o de sentencias firmes y laudos arbitrales, traído desde la jurisdicción civil mediante la Instrucción No. 160, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), el 18 de febrero de 2000, que autorizó a las salas de lo económico a conocer los litigios surgidos en materia de letras

de cambio, pagarés y cheques, con aplicación de las reglas contenidas en los artículos del 486 al 498 de la norma procesal de marras, aunque no fue hasta la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 223, “De la jurisdicción y competencia de las salas de lo económico de los tribunales populares”, de 2001, que se extiende la jurisdicción de lo económico al conocimiento de procesos sobre los títulos ejecutivos previstos en la ley.

Ante las posibilidades que brindan ambos procedimientos, me pregunto: ¿A cuál de ellos acudir en busca de un proceso eficiente y racional, ante un conflicto de impago surgido de un crédito documentario?

Mientras que el proceso ordinario, común en otros tiempos y siempre de conocimiento, está diseñado para desarrollarse ante una pretensión que puede ser controvertida y que exige el conocimiento por los jurisdicentes del fondo de la litis, el ejecutivo actúa sobre una pretensión indubitada, que busca ser satisfecha, pues la sustanciación de un proceso de esta índole alberga una presunción *iuris tantum* sobre la existencia del crédito que se pretende satisfacer, de modo que la litis no puede verse sobre la existencia, o no, de una deuda, sino para establecer la fuerza ejecutiva del título en que se funda la pretensión y que permanece, de forma indisoluble, unido a la figura del proceso ejecutivo, ya que su existencia deviene presupuesto indispensable para poder encauzar un litigio que tenga por objeto el incumplimiento de pago por los canales de este proceso.

A la luz del Artículo 486 de nuestro ordenamiento procesal, gozan del privilegio de estar comprendidos entre los títulos ejecutivos los siguientes:

1. Los testimonios de escritura pública expedidos con arreglo a ley.
2. Los documentos privados cuyo reconocimiento, o el de su firma, se pida y obtenga en diligencia previa a la ejecución.
3. La confesión de la deuda en diligencia previa a la ejecución.
4. Los cheques y pagarés nominativos, o a la orden, y las letras de cambio con sus correspondientes protestos, sin necesidad del reconocimiento del librador, aceptante, avalista o endosante, siempre que no haya opuesto tacha de falsedad de la firma o de la aceptación en sus respectivos casos, al tiempo del protesto, o de la notificación de este, a las demás personas obligadas al pago.
5. Los cheques y pagarés nominativos, o a la orden, y las letras de cambio, aunque solo contra el librador del cheque, el emisor del pagaré o el aceptante de la letra, aun sin el protesto, mediante el reconocimiento de documento referido en el apartado dos.

Del análisis de dicha regulación, podría concluirse que, sin ser la carta de crédito una escritura pública expedida por notario ni una letra de cambio, un cheque o un pagaré, resulta claro que, para llegar al proceso ejecutivo, debe primero preparar su ejecución a través de

las diligencias previas que estipulan los apartados 2 y 3 del Artículo 486, consistente en el reconocimiento de documento privado o de la firma de quien lo expidió, la cual puede ser atemperada a la carta de crédito, por tratarse de un documento privado, en consonancia con las definiciones de documento público y privado que ofrece la Instrucción No. 108, de 27 de abril de 1983, dictada por el CG-TSP, ahora complementada con el Dictamen No. 426, adoptado por el mismo órgano, el 8 de julio de 2009, y la confesión de la deuda del deudor, prevista en el inciso 3.

Pero, tratándose tanto de una diligencia previa como la otra, de un trámite subsidiario al que debe recurrirse por excepcionalidad, y que puede cumplimentarse simplemente a través de un *sí* o un *no* que ofrezca en el acto la persona deudora, si es natural, o el representante legal, si se tratase de una persona jurídica, ya sea reconociendo el documento, o no, la firma o la certeza de la deuda, negarla implicaría frustrar la acción ejecutiva que le sucedería al acto y al acreedor le quedaría como única opción la de replantear el caso por la vía ordinaria, por lo que considero que tal sutileza no ofrece garantías como único recurso para acceder al proceso ejecutivo, sin mayores dilaciones.

Sin embargo, considero que esta realidad, no por cierta, queda enervada de cuestionarse e, incluso, hasta de procurarle una modificación, sobre todo si las Reglas y usos uniformes exhiben una concepción del crédito documentario que discrepa con el referido articulado, que también entra

en franca contradicción con las normas bancarias y, en particular, con la Resolución No. 101, cuyo Artículo 2 –referido a los instrumentos de pago y los títulos de créditos que se podrán utilizar en el tráfico mercantil– contempla las cartas de crédito locales junto a los cheques, las letras de cambio y los pagarés.

Estos razonamientos me obligan a cuestionar ¿por qué no beneficiar a la carta de crédito con las bondades del proceso ejecutivo?

Estimo atinado razonar si la carta de crédito puede ser considerada como un título ejecutivo, cuyo presupuesto es indispensable para lograr el éxito en la cuestión planteada.

De la lectura del Artículo 486 de la ley procesal, se advierte que los títulos ejecutivos, al amparo de dicha legislación, deben cumplir los siguientes requisitos:

- Ser títulos de créditos.
- Líquidos: Expresión de una deuda de contenido económico, cuya suma se expresa numéricamente, pues el proceso ejecutivo está diseñado para conocer de litigios referidos al cumplimiento de obligaciones pecuniarias.
- Vencidos y exigibles: Características que se complementan mutuamente, pues uno condiciona la existencia del otro; a saber, que los títulos se entienden exigibles a partir del momento en que ya se encuentran vencidos, bien porque ha llegado la fecha establecida para ello o, encontrándose sujeta la obligación al cumplimiento de una condición o a un término, ya

la primera ha acaecido o porque ha transcurrido el segundo.

Al decir del profesor Rodrigo Uría, en la técnica moderna, se denominan *títulos de créditos o títulos valores* los documentos que incorporan una promesa unilateral de realizar determinada prestación a favor de quien resulte legítimo tenedor de ellos; y una definición similar la ofrece Vicent Chuliá, al señalar que los títulos valores pertenecen a la categoría de documentos que recogen declaraciones de voluntad, ya sean negocios jurídicos bilaterales o actos jurídicos unilaterales.

De ambas definiciones, que son representativas del criterio mayoritario en la doctrina y las cuales también comparto, se advierten varias características que deben reunir los títulos de crédito para ser considerados como tal. Algunas de ellas son:

- Que se trate de *un documento*.
- La *posesión de dicho documento como legitimación* para ejercer el derecho en él incorporado.
- La *literalidad*, toda vez que en su contenido debe aparecer literalmente reflejada la declaración de voluntad que incorpore un derecho al documento.
- *Autonomía*.
- *La negociabilidad*.

Planteadas las particularidades que tipifican los títulos de crédito, me atrevo a asegurar que todas ellas se encuentran presentes en la figura del crédito documentario.

Puedo afirmar que posee una *naturaleza documental* determina-

da por el soporte material de la declaración de voluntad que contiene: *la carta de crédito*.

En cuanto a la *posesión como legitimación*, es sabido que las entidades bancarias son bien meticulosas al momento de efectuar cualquier operación, de modo que el crédito solo podrá ser recibido por quien posea la carta de crédito, como único documento acreditativo de este.

La *autonomía* de los créditos documentarios, con relación al contrato subyacente, queda refrendada en la regulación que contiene el Artículo 3 de las Reglas, el cual establece que “son, por su naturaleza, operaciones independientes de las ventas o de cualquier otro contrato en los que puedan estar basados y los bancos no les afectan ni están vinculados por tal/es contrato/s, aun cuando el Crédito incluya alguna referencia a los mencionados contratos”.

La *negociabilidad* del crédito documentario, si bien es limitada porque solo puede transmitirse una sola vez, según estas propias regulaciones legales, y se condiciona la posibilidad de hacerlo a que se consigne expresamente en él que es “transferible”, dicha restricción no significa que no esté presente allí el rasgo de la negociabilidad y no debe argumentarse como fundamento para mitigar la condición de título de crédito que ostenta, criterio que también es sostenido por “los autores Nuri Rodríguez y Carlos López, para quienes el crédito documentario reviste los caracteres de un título valor”.⁶

6 Revista del Banco Central de Cuba, año 9, no. 3, septiembre de 2006, p. 29.

Convencidos de que la carta de crédito, más que un instrumento de pago, es un título de crédito, por los elementos anteriormente expuestos, también sostengo que la liquidez, la exigibilidad y el vendimiento se erigen como elementos que deben quedar bien delimitados en ella para que surta efecto, ya que, entre los requisitos formales para su confección, se deben consignar los términos de la responsabilidad que se pretende exigir, la cuantía del crédito que se otorgará al beneficiario y las condiciones a que se encuentra sujeta su entrega, pues el beneficiario del crédito solo lo recibirá una vez que entregue la documentación que lo acreditan merecedor del pago que le interesa al banco.

Todos estos razonamientos me llevaron a considerar que sería conveniente otorgarle fuerza ejecutiva, por ley, a la carta de crédito, pues los conflictos derivados del crédito documentario relacionados directamente con un impago se beneficiarían con prontitud, si pudieran conocerse en sede judicial directamente por las normas del proceso ejecutivo, cuya efectividad se obtiene en un plazo menor que en el proceso ordinario, lo que, sin duda, aumenta sus bondades como instrumento de pago en el sistema económico-financiero cubano, y dedicarle un espacio entre los títulos ejecutivos que generan ejecución en nuestro ordenamiento procesal permitiría atemperar el procedimiento económico a las nuevas realidades y necesidades de nuestra economía, que reclaman con prontitud el resta-

blecimiento del orden quebrantado y, en última instancia, asegurar el buen funcionamiento de las relaciones monetario-mercantiles.

Los criterios antes expuestos me conducen a proponer la modificación del Artículo 486 (específicamente el apartado 4) de la ley rituaría, en el que se debe incluir la carta de crédito como título ejecutivo, en las condiciones que, por gracia de esta normativa, se concede a la letra de cambio, los cheques y los pagarés, al tiempo que ha de mantenerse vigente para la carta de crédito el mismo régimen de excepciones que se le pueden oponer a estas últimas, previstas en el Artículo 495, como herramienta de defensa y garantía del deudor.

Considero que esta propuesta constituye una de las pautas que deben trazarse en el amplio cúmulo de cambios que la práctica judicial económica reclama, con relación a la normativa del proceso ejecutivo civil que le está siendo aplicada y podría ser atendida por el CGTSP, a tenor de la facultad que le está reconocida en el Artículo 15 de la Ley No. 82, “De los Tribunales Populares”, de 11 de julio de 1997, mediante la adopción de una instrucción que incluya la carta de crédito entre los títulos ejecutivos regulados en la norma adjetiva en cuestión, prerrogativa que se ha ejercitado en múltiples ocasiones, en aras “de establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la Ley”.⁷ Puede es-

7 Valentín Valdés López: *Los créditos documentarios. ¿Títulos o valores?*, p. 22.

tar vigente esta instrucción en tanto se logre la regulación de un proceso ejecutivo propio de la materia económica, atemperado a las condiciones actuales que presentan las relaciones monetario-mercantiles y las disposiciones jurídicas que regula la política de cobros y pago en nuestro país.

Esta propuesta es una cuestión que debemos traer a colación, en los tiempos actuales, caracterizados por el análisis y la reformulación de las normas de Derecho económico, tanto en el orden sustantivo como en el procesal, por parte de los legisladores y de los operadores del Derecho en general, que ya obtuvo su primer fruto en el Decreto-Ley No. 241, cuyo articulado se encuentra muy a tono con las nuevas realidades y exigencias económicas del país, las cuales reclaman lograr, en asuntos de Derecho económico, una justicia pronta y eficaz, según se ha constatado con la puesta en práctica, a tres años de su promulgación. Súmese, además, el proyecto legislativo sobre los contratos económicos, cuya entrada en vigor ya es inminente.

Con esto, se podría dotar al ordenamiento jurídico procesal cubano de un instrumento necesario para lograr una satisfactoria regulación de títulos ejecutivos, consecuente con las condiciones que actualmente presenta el sistema financiero en Cuba.⁸

BIBLIOGRAFÍA

- Manual de Créditos*, t. 11, Bancomer S.N.C. [s.m.d.]
- Alcázar-Caballero, Manuel: *Créditos documentarios (Actividades de la Banca en relación con el Comercio Exterior)*, I parte, Talleres Gráficos Marsiega, Madrid, 1945.
- Barrera Graf, Jorge: *Libro de Derecho mercantil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991.
- Bonet Navarro, José: "Cuatro cuestiones generales, problemáticas y omitidas en el proceso civil de ejecución", en *Revista del Poder Judicial*, no. 65, Valencia, primer trimestre de 2002.
- Cobo Roura, Narciso: "¿De cara a un cambio en el conflicto?", en *Temas de Derecho económico*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Cobo Roura, Narciso y Johana Odriozola Guitart: "Los contratos económicos. Una visión desde la actualidad", en *Temas de Derecho económico*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Código de Comercio de Bolivia, 1978.
- Código de Comercio de Venezuela, de 23 de julio de 1955.
- Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, 1988.
- Checa Martínez, Miguel: *La dinámica de los medios de pago y garantías en la contratación internacional*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Cádiz.
- Decreto-Ley No. 15, "Normas básicas para la concertación de los contra-

8 Ley No. 82, en *Gaceta Oficial de la República*, extraordinaria, no. 8, 14 de julio de 1997, Artículo 15.

- tos económicos”, de 3 de julio de 1968, La Habana.
- Decreto-Ley No. 173, del Consejo de Estado, “Sobre los bancos e instituciones financieras no bancarias”, de 28 de mayo de 1997, en *Gaceta Oficial de la República*, extraordinaria, no. 4, 28 de mayo de 1997, La Habana.
- Decreto-Ley No. 241, en *Gaceta Oficial de la República*, extraordinaria, no. 33, de 27 de septiembre de 2006.
- Echevarría Asteinza, José Ignacio y Manuel Martínez Parro: *La gestión práctica del crédito documentario*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1998.
- Fraga Martínez, Raiza: *El sistema bancario cubano* (soporte electrónico).
- Garrigues, Joaquín: *Curso de Derecho mercantil*, t. 1, Editorial Porrúa S.A., México.
- Guerrero Lebrón, María de Jesús: *Los créditos documentarios, los bancos intermediarios*, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2001.
- <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst09/CUC00905.pdf>
- http://www.expansivaudp.cl/media/en_foco/documentos/07052007121746
- http://www.colescba.org.ar/agenda/2008/4encuentro_cuba.pdf
- Ley No. 1, “De Enjuiciamiento Civil de España”, de 7 de enero de 2000.
- Ley No. 7, “De Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico”, de 19 de agosto de 1977, La Habana.
- Ley No. 82, “De los Tribunales Populares”, de 11 de julio de 1997, en *Gaceta Oficial de la República*, extraordinaria, no. 8, de 14 de julio de 1997.
- Martínez Gaviera, Luis Emilio: Cuba: *Medios de pago*, Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en La Habana, 2005.
- Mesa, Natacha (coord.), Alejandro Vigil Iduate et al.: *Temas de Derecho mercantil cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Mosquera Moreno, María José y Andrea del Pilar Vargas León: *El contrato de crédito documentario stand by y la carta de crédito stand by o contingente, su naturaleza jurídica y operatividad a la luz de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional*, Bogotá, 2006.
- O'Siel, Gerardo: *Manual práctico sobre cartas de crédito y cobros documentarios*, Banco de Crédito y Comercio, La Habana, 2000.
- Pérez Suárez, Elpidio: “La justicia económica en el sistema judicial cubano: Breve reseña”, en *Justicia y Derecho*, año 2, no. 3, junio de 2004, La Habana, pp. 4-10.
- Prendes Lima, Pablo: “El territorio en la función jurisdiccional de lo económico”, en *Justicia y Derecho*, año 4, no. 7, diciembre de 2006, La Habana, pp. 59-65.
- Reglas y usos uniformes de la Cámara de Comercio Internacional, 1993.
- Resolución No. 245, de 17 de septiembre de 2008, del Banco Central de Cuba.
- Rosales Olvera, Luciano: *Legislación y procedimientos bancarios en relación con el crédito agrícola*, 4.ª ed., Banco de México S.A., México, 1979.
- Santos, Vicente: *El contrato bancario. Concepto funcional*, 1972.
- Soberano Fernández, José Luis: *Historia del juicio ejecutivo civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1977.

Soberón Valdés, Francisco: *Finanzas, banca y dirección*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 2000.

Uria, Rodrigo: *Derecho mercantil. El mercado de crédito y los contratos bancarios*, 24.ª ed., Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.

Valdés López, Valentín: “Los créditos documentarios. ¿Títulos o valores?”, en *Boletín*, Consultoría Jurídica Internacional, La Habana, mayo de 2005.

Vicent Chuliá, Francisco: *Compendio crítico de derecho mercantil; contratos, títulos, valores, derecho concursal*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1986.

Villanueva Haro, Benito: *Aspectos generales al proceso ejecutivo, la problemática jurídica de la sentencia innecesaria y propuestas de cambio al pensamiento procesal civil*. [s.m.d]

UNA REUNIÓN HISTÓRICA PARA LOS TRIBUNALES POPULARES

*Esp. Plácido Batista Veranes,
Sala DCSE, presidente, TSP*

EN LOS primeros años del triunfo de la Revolución, el Comandante en Jefe y Primer Ministro Fidel Castro Ruz solía asistir frecuentemente a la Universidad de La Habana, para reunirse, conversar y discutir con los profesores y estudiantes.

En uno de esos encuentros —12 de octubre de 1962—, en la Escuela de Ciencias Jurídicas (hoy, Facultad de Derecho), les planteó la necesidad de que el ejercicio del Derecho se acercara más al pueblo y, en especial, los tribunales, idea que reiteró meses después en el discurso pronunciado en la Universidad Lomonosov, de Moscú —mayo de 1963—, en ocasión de concedérsele el título de Doctor Honoris Causa, en la que expresó: “Nosotros, a los estudiantes de Derecho les recomendamos la importancia que tienen sus estudios; les explico cómo todavía hay muchas cuestiones de procedimiento que resolver de una manera revolucionaria; les recomendamos incluso que vayan al pueblo, que vayan a los campos, que estudien la vida del pueblo, para que en las nuevas condiciones de nuestro país surgiera un procedimiento adecuado a la solución de todos los conflictos que tengamos, y que son, desde luego, menores en número

de los que surgen en la sociedad capitalista”. Seguidamente, significó: “No son las realidades las que deben adaptarse a las instituciones, sino las instituciones las que deben adaptarse a las realidades”.

Estas ideas del líder de la Revolución comenzaron a materializarse en la histórica reunión efectuada la noche del 7 de febrero de 1963, en el anfiteatro José Garcerán, presidida por Juan Marinello (entonces Rector), en la que participaron, además, Mariano Rodríguez (director de la Escuela de Ciencias Jurídicas), Héctor Garcini (Junta Superior de Gobierno de la Universidad de La Habana), Fernando Flórez (teniente fiscal del Tribunal Supremo), José M. Pérez (presidente del Colegio de Abogados), Luis Solá (presidente de la Asociación de Estudiantes de Ciencias Jurídicas), Mario Ceballos, Francisco Morúa y Antonio Cejas (miembros de la Comisión de tribunales populares), José Rebellón y Maximino González (presidente y secretario general, respectivamente, de la FEU), Genaro Suárez (presidente del Instituto de Medicina Legal), Fausto Clavijo (Ministerio de Justicia), Candelaria Rodríguez (Ministerio de Trabajo), representantes de varias organizaciones (FMC, CDR, CTC, ANAP y

UJC) y un buen número de profesores y estudiantes de dicha Escuela. También, se contó con la presencia de Amin Guerike, profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Humboldt (República Democrática Alemana), como invitada especial.

Su objetivo era la discusión del Proyecto de creación de tribunales populares en zonas rurales de Cuba, redactado por una comisión creada por la mencionada Escuela. Esos estarían integrados, en primera instancia, por trabajadores y agricultores pequeños, para conocer infracciones penales que no debían sancionarse con privación de libertad y, así, lograr el efecto de una justicia más humanista.

Se caracterizó por claros y ágiles debates que redundaron en valiosos aportes. Se acordó culminar un proyecto final o definitivo para octubre, no sin antes realizarse una serie de trabajos investigativos por estudiantes designados –cuyos equipos llevarían el nombre del mártir de la Escuela (José Garcerán)–, a quienes se les impartiría un seminario de capacitación en materias jurídica y política. Finalmente, estaría la coordinación de la labor con las ORI (Organizaciones Revolucionarias Integradas) y la JUCEI (Junta de Coordinación, Ejecución e Inspección), para que apoyaran y facilitaran el trabajo, desde los puntos de vista político y administrativo, respectivamente.

Los debates se iniciaron con las palabras del director de la Escuela de Ciencias Jurídicas, quien expli-

có los objetivos y alcances del proyecto que, hasta ese instante, era solo un boceto, y cuya conclusión estaría para octubre, coincidiendo prácticamente con el día en que el Primer Ministro hizo la sugerencia. El presidente de los alumnos de la Escuela destacó la importancia del documento y dijo que se trataba de un hecho muy positivo, como vía eficaz para la implementación y reforzamiento de una auténtica democracia socialista.

Después de leído, los integrantes de la Comisión hicieron las correspondientes explicaciones. Seguidamente, hablaron varios participantes con valiosas opiniones y sugerencias; entre ellos, Amin Guerike, quien expresó su criterio al respecto e hizo algunas observaciones, a partir de las experiencias y estudios efectuados por los países socialistas. Todos los planteamientos fueron recogidos, en aras de enriquecer el documento.

Culminadas las deliberaciones, el resumen estuvo a cargo del Rector de la Universidad de La Habana, quien resaltó el peso y alcance de la labor iniciada, y recalcó la necesidad apremiante de ir, con pasos firmes y seguros, hacia la sustitución de la vieja organización jurídica –hasta ese momento, instrumento de la capa explotadora, aliada del imperialismo–, a reemplazarla por una que tuviera la participación popular, respondiera al pueblo con un sentido más humanista y orientado a la rehabilitación del infractor de la norma penal mediante procedimientos o métodos educativos en los

que predominase el trabajo creador y formador de las personas.

Exhortó, a modo de conclusión, a que se desarrollara una cooperación estrecha entre las comisiones provinciales, los órganos y dependencias del Estado y la Comisión nacional, a fin de elaborar el proyecto que sería sometido a consideración de otra asamblea, con la participación de estudiantes y profesores de la Escuela de Ciencias Jurídicas, antes de llevarla al estudio de las autoridades docentes de la Universidad y del Gobierno Revolucionario.

Así concluyó una histórica y trascendente asamblea, que constituyó

el antecedente inmediato de lo que son hoy los tribunales populares, como órganos de poder, recogidos en el Artículo 120 de la Constitución de la República de Cuba, de 1976.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República de Cuba, MINJUS-TSP-FGR-ONBC, La Habana, 2004.

Revista Cubana de Jurisprudencia, La Habana, enero de 1963.

Revista Cubana de Jurisprudencia, La Habana, junio de 1963.

REGLAS DE BRASILIA

EL PASADO 27 de marzo, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular adoptó el Acuerdo No. 72, mediante el que se valida y orienta el conocimiento, aplicación y difusión de las Reglas de Brasilia para las personas en condiciones de vulnerabilidad –aprobadas en la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana–, por los jueces del Sistema de Tribunales Populares en Cuba, en el ejercicio de su función de administrar justicia.

Estas Reglas constituyen estándares básicos para garantizar las posibilidades de acceso efectivo a la justicia de aquellas personas que, por razones de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

A continuación, reproducimos ambos documentos:

ACUERDO No. 72

M.Sc. Caridad M. Fernández González, secretaria del Tribunal Supremo Popular.

CERTIFICO: Que el Consejo de Gobierno de este Tribunal, en sesión ordinaria celebrada el día veintisiete

de marzo del año dos mil doce, adoptó el acuerdo que copiado literalmente dice así:

Número 72.- Se da cuenta con valoración de aplicabilidad de las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad:

El Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, como miembro y participante en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 en la ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil, manifestó su anuencia con un documento contentivo de cien reglas mínimas para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, denominadas “Reglas de Brasilia”; como parte de un modelo de justicia integrador y que garantiza el ejercicio pleno de los derechos de las personas y de garantías de los no intervinientes en los procesos judiciales.

En tanto el sentido de estas Reglas está contenido en nuestra Constitución y en el resto de las normas de nuestro ordenamiento jurídico y en coincidencia plena con la labor de perfeccionamiento del sistema judicial cubano, a partir de la gestión de la calidad de los procesos judiciales, como garantía primordial del verdadero y efectivo acceso a la justicia de la población en general, y con las acciones específicas

dirigidas a sectores con evidentes limitaciones o desventajas para la defensa y ejercicio efectivo de sus derechos.

En atención a lo anteriormente expuesto, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba acuerda:

Validar la adopción de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia y promover su divulgación, conocimiento y aplicación, en lo pertinente, por los jueces del Sistema de Tribunales en Cuba en el ejercicio de su función de administrar justicia.

Comuníquese lo dispuesto a los vicepresidentes, y a los presidentes de salas del Tribunal Supremo Popular; a los presidentes de los tribunales provinciales populares, al Tribunal Especial Popular de la Isla de la Juventud, y, por su conducto, a los presidentes de los tribunales municipales populares, para su conocimiento y efectos pertinentes.

REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

CAPÍTULO I.- PRELIMINAR

Sección 1.^a Finalidad

(1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto

de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

(2) Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares.

Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Sección 2.^a

Beneficiarios de las Reglas

1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indíge-

nas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

2.- Edad

(5) Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

(6) El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la *persona adulta mayor* encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercer sus derechos ante el sistema de justicia.

3.- Discapacidad

(7) Se entiende por *discapacidad* la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

(8) Se procurará establecer las condiciones necesarias para ga-

rantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

4.- Pertenencia a comunidades indígenas

(9) Las personas integrantes de las *comunidades indígenas* pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercer con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

5.- Victimización

(10) A efectos de las presentes Reglas, se considera *víctima* toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción

penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

(11) Se considera *en condición de vulnerabilidad* aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

(12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).

Y se procurará garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reitera-

da o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un período de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.

6.- Migración y desplazamiento interno

(13) El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera *trabajador migratorio* toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de *refugiado* conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los *solicitantes de asilo*.

(14) También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los *desplazados internos*, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de

violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

7.- Pobreza

(15) La *pobreza* constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.

(16) Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

8.- Género

(17) La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(18) Se entiende por *discriminación contra la mujer* toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

(19) Se considera *violencia contra la mujer* cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

(20) Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

9.- Pertenencia a minorías

(21) Puede constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia.

10.- Privación de libertad

(22) La *privación de la libertad*, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

(23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la

que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

Sección 3.ª Destinatarios: actores del sistema de justicia

(24) Serán destinatarios del contenido de las presentes Reglas:

- a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial;
- b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país;
- c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados;
- d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de *Ombudsman*;
- e) Policías y servicios penitenciarios;
- f) Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

CAPÍTULO II: EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS

El presente Capítulo es aplicable a aquellas personas en condición de

vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte de proceso, para la defensa de sus derechos.

(25) Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

Sección 1.ª Cultura jurídica

(26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(27) Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

Sección 2.ª Asistencia legal y defensa pública

1.- Promoción de la asistencia técnico-jurídica a la persona en condición de vulnerabilidad

(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

- En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;
- En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;
- Y en materia de asistencia letrada al detenido.

(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4^a del presente Capítulo.

2.- Asistencia de calidad, especializada y gratuita

(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de *calidad y especializada*. A

tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

Sección 3.^a Derecho a intérprete

(32) Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución.

Sección 4.^a Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia

(33) Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1.- Medidas procesales

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan a la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los

requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

(34) *Requisitos de acceso al proceso y legitimación.* Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

(35) *Oralidad.* Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

(36) *Formularios.* Se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada.

(37) *Anticipo jurisdiccional de la prueba.* Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la

prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.

2.- Medidas de organización y gestión judicial

Dentro de esta categoría cabe incluir aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales.

(38) *Agilidad y prioridad.* Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.

(39) *Coordinación.* Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades,

tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia.

(40) *Especialización.* Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.

(41) *Actuación interdisciplinaria.* Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

(42) *Proximidad.* Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

Sección 5.^a Medios alternativos de resolución de conflictos

1.- Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad

(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como duran-

te la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

(44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

2.- Difusión e información

(45) Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización.

(46) Cualquier persona vulnerable que participe en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo, sobre su contenido, forma y efectos. Dicha información se suministrará de conformidad con lo dispuesto por la Sección 1.^a del Capítulo III de las presentes reglas.

3.- Participación de las personas en condición de vulnerabilidad

en la Resolución Alternativa de Conflictos

(47) Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria.

La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen.

Sección 6.ª Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas rela-

tivos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

CAPÍTULO III: Celebración de actos judiciales

El contenido del presente Capítulo resulta de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte o en cualquier otra condición.

(50) Se velará para que en toda intervención en un acto judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación.

Sección 1.ª Información procesal o jurisdiccional

(51) Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad.

1.- Contenido de la información

(52) Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos:

- La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar.
- Su papel dentro de dicha actuación.

- El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo.

(53) Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos:

- El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales.
- Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso.
- La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente.
- El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo.

2.- Tiempo de la información

(54) Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades policiales cuando se trate de un procedimiento penal.

3.- Forma o medios para el suministro de la información

(55) La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria. Se resal-

ta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto.

Asimismo resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad.

4.- Disposiciones específicas relativas a la víctima

(56) Se promoverá que las víctimas reciban información sobre los siguientes elementos del proceso jurisdiccional:

- Posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido.
- Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción.
- Curso dado a su denuncia o escrito.
- Fases relevantes del desarrollo del proceso.
- Resoluciones que dicte el órgano judicial.

(57) Cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquellas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.

Sección 2.^a Comprensión de actuaciones judiciales

(58) Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten

a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que esta pueda comprender su alcance y significado.

1.- Notificaciones y requerimientos

(59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

2.- Contenido de las resoluciones judiciales

(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

3.- Comprensión de actuaciones orales

(61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del presente Capítulo.

Sección 3.ª Comparecencia en dependencias judiciales

(62) Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de

una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición.

1.- Información sobre la comparecencia

(63) Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto.

2.- Asistencia

(64) Previa a la celebración del acto. Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.

(65) Durante el acto judicial. Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad.

También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.

3.- Condiciones de la comparecencia

Lugar de la comparecencia

(66) Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.

(67) Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

Tiempo de la comparecencia

(68) Se procurará que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial.

Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente.

Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad.

(69) Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona.

(70) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable.

(71) En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.

Forma de la comparecencia

(72) Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla.

(73) Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito.

(74) Cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, incluso excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista, siempre que resulte compatible con el Derecho del país.

A tal efecto, puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión.

4.- Seguridad de las víctimas en condición de vulnerabilidad

(75) Se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar

una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses.

(76) Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja.

5.- Accesibilidad de las personas con discapacidad

(77) Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales.

6.- Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales

(78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la

toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

7.- Integrantes de comunidades indígenas

(79) En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país.

Sección 4.^a Protección de la intimidad

1.- Reserva de las actuaciones judiciales

(80) Cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, podrá plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas, de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas.

2.- Imagen

(81) Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en video, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad.

(82) En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona.

3.- Protección de datos personales

(83) En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad.

(84) Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

CAPÍTULO IV: Eficacia de las reglas

Este Capítulo contempla expresamente una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de las Reglas, de tal manera que contribuyan de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

1.- Principio general de colaboración

(85) La eficacia de las presentes Reglas está directamente ligada al grado de colaboración entre sus destinatarios, tal y como vienen definidos en la Sección 3.^a del Capítulo I.

La determinación de los órganos y entidades llamadas a colaborar depende de las circunstancias propias de cada país, por lo que los principales impulsores de las políticas públicas deben poner un especial cuidado tanto para identificarlos y recabar su participación, como para mantener su colaboración durante todo el proceso.

(86) Se propiciará la implementación de una instancia permanente en la que puedan participar los diferentes actores a los que se refiere el apartado anterior, y que podrá establecerse de forma sectorial.

(87) Se destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros Poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(88) Se promoverá la participación de las autoridades federales y centrales, de las entidades de gobierno autónomico y regional, así como de las entidades estatales en los estados federales, dado que frecuentemente el ámbito de sus competencias se encuentra más próximo a la gestión directa de la protección social de las personas más desfavorecidas.

(89) Cada país considerará la conveniencia de propiciar la participación de las entidades de la sociedad civil por su relevante papel en la cohesión social, y por su estrecha relación e implicación con los grupos de personas más desfavorecidas de la sociedad.

2.- Cooperación internacional

(90) Se promoverá la creación de espacios que permitan el intercambio de experiencias en esta materia entre los distintos países, analizando las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijando buenas prácticas.

Estos espacios de participación pueden ser sectoriales.

En estos espacios podrán participar representantes de las instancias

permanentes que puedan crearse en cada uno de los Estados.

(91) Se insta a las *Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que*:

- Continúen brindando su asistencia técnica y económica en el fortalecimiento y mejora del acceso a la justicia.
- Tengan en cuenta el contenido de estas Reglas en sus actividades, y lo incorporen, de forma transversal, en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.
- Impulsen y colaboren en el desarrollo de los mencionados espacios de participación.

3.- Investigación y estudios

(92) Se promoverá la realización de estudios e investigaciones en esta materia, en colaboración con instituciones académicas y universitarias.

4.- Sensibilización y formación de profesionales

(93) Se desarrollarán actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes Reglas.

(94) Se adoptarán iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad.

Se considera necesario integrar el contenido de estas Reglas en los distintos programas de formación y

actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial.

5.- Nuevas tecnologías

(95) Se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

6.- Manuales de buenas prácticas sectoriales

(96) Se elaborarán instrumentos que recojan las mejores prácticas en cada uno de los sectores de vulnerabilidad, y que puedan desarrollar el contenido de las presentes Reglas adaptándolo a las circunstancias propias de cada grupo.

(97) Asimismo se elaborará un catálogo de instrumentos internacionales referidos a cada uno de los sectores o grupos mencionados anteriormente.

7.- Difusión

(98) Se promoverá la difusión de estas Reglas entre los diferentes destinatarios de las mismas definidos en la Sección 3.^a del Capítulo I.

(99) Se fomentarán actividades con los medios de comunicación para contribuir a configurar actitudes en relación con el contenido de las presentes Reglas.

8.- Comisión de seguimiento

(100) Se constituirá una Comisión de Seguimiento con las siguientes finalidades:

- Elevar a cada Plenario de la Cumbre un informe sobre la aplicación de las presentes Reglas.

- Proponer un Plan Marco de Actividades, a efectos de garantizar el seguimiento a las tareas de implementación del contenido de las presentes reglas en cada país.
- A través de los órganos correspondientes de la Cumbre, promover ante los organismos internacionales hemisféricos y regionales, así como ante las Cumbres de Presidentes y Jefes de Estado de Iberoamérica, la definición, elaboración, adopción y fortalecimiento de políticas públicas que promuevan el mejoramiento de las condi-

ciones de acceso a la justicia por parte de las personas en condición de vulnerabilidad.

- Proponer modificaciones y actualizaciones al contenido de estas Reglas.

La Comisión estará compuesta por cinco miembros designados por la Cumbre Judicial Iberoamericana. En la misma podrán integrarse representantes de las otras Redes Iberoamericanas del sistema judicial que asuman las presentes Reglas. En todo caso, la Comisión tendrá un número máximo de nueve miembros.

ACTUALIDAD JUDICIAL

*Lic. Sergio Ravelo López,
Departamento de Divulgación e Información, TSP*

TOMA DE POSESIÓN

EN la sede del Tribunal Supremo Popular (TSP), tuvo lugar la toma de posesión de Liliana Hernández Díaz como jueza titular de este órgano de justicia. El solemne acto estuvo encabezado por Rubén Remigio Ferro, presidente de la institución en presencia del Consejo de Gobierno, jueces y cuadros de dirección. Durante la ceremonia, la jueza juró cumplir y hacer cumplir la Constitución y ejercer sus funciones con profesionalidad, sencillez y modestia.

Graduada en 1994 de Licenciatura en Derecho, en la Universidad Central de Las Villas, ocupó diversos cargos en los tribunales municipal y provincial de Cienfuegos y en el de La Habana Vieja.

En 2003, fue designada presidenta titular de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana y, al año siguiente, vicepresidenta en funciones del Tribunal Provincial Popular de La Habana, como parte de su entrenamiento en la reserva.

En 2009, resultó designada presidenta en funciones de la Sala de lo Económico de ese tribunal provincial, hasta ser promovida al TSP. Es especialista en Derecho civil y patrimonial de familia.

Ha participado en numerosos cursos de postgrado, congresos y eventos científicos, tanto en Cuba como en el extranjero.

En la actualidad, se desempeña como presidenta en funciones de la Sala de lo Económico del TSP.

FORTALECEN INTERCAMBIOS

Invitada por el TSP, entre el 26 y el 28 de febrero de 2012, visitó nuestro país una delegación del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, encabezada por su presidente, Viacheslav M. Lebedev, e integrada por Vasili N. Tarasiv, presidente del tribunal de la región de Saratov, y Alexander Yu. Korchaguin, presidente del tribunal de la región de Stavropol.

Como parte de este intercambio, el Presidente del TSP y el distinguido visitante firmaron un protocolo de cooperación, adjunto al Convenio de colaboración suscrito en 2002, con la intención de establecer, consolidar e intensificar la cooperación entre ambos altos órganos de justicia.

La delegación sostuvo conversaciones con el Presidente del TSP, en las que participaron, además, Mijail L. Kaminin, embajador de la Federación de Rusia; y Vadim Temnikov,

ministro consejero. Posteriormente, los visitantes intercambiaron con el Consejo de Gobierno y jueces del alto órgano de justicia. También, sostuvieron encuentros con Darío Delgado Cura, Fiscal General de la República, y María Esther Reus González, ministra de Justicia.

VISITA DE TRABAJO

Invitada por el TSP, realizó un viaje de trabajo a nuestro país, entre los días 25 y 29 de abril, una delegación del Tribunal Supremo Popular de la República Popular China, presidida por el excelentísimo señor Wang Exiang, vicepresidente de ese órgano de justicia, e integrada por otros altos funcionarios del sistema judicial de esa nación.

Este encuentro permitió fortalecer las relaciones, intercambiar experiencias y fortalecer los nexos de cooperación bilateral existente entre ambos tribunales.

Durante su estancia en Cuba, los distinguidos visitantes sostuvieron reuniones con Rubén Remigio Ferro, y directivos del Ministerio de Justicia y de la Fiscalía General de la República.

El viernes 27 de abril, a las 10:00 a.m., Wang Exiang ofreció una conferencia magistral en el Aula Magna de la Universidad de La Habana, en la que abordó los temas: China en el contexto del Derecho internacional, y China y las reformas de su sistema judicial.

ACUERDO DE COLABORACIÓN

Entre el 18 y 24 de marzo, una delegación de cooperación técnica del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, integrada por el Dr. Hussein Ali Kalout, director de Relaciones Internacionales, entre otros funcionarios, realizó una visita de trabajo al TSP. En la sesión inicial del encuentro, participaron José E. Martins Felicio, embajador de Brasil en Cuba; Sergio Couto, consejero de esa sede diplomática encargado de la cooperación; e Ileana González Fernández, especialista de la Dirección de América Latina del Ministerio de Comercio Exterior e Inversión Extranjera de Cuba.

Como resultado de los encuentros, fue preparado un proyecto de Protocolo de cooperación técnica, mediante el cual la parte brasileña se compromete a determinar, y aportar, el marco presupuestario y realizar la adquisición del equipamiento tecnológico para habilitar el centro de datos que servirá de soporte al proyecto de informatización de los procesos judiciales del Sistema de Tribunales de la República de Cuba. Además, fue aprobado un cronograma de trabajo que se extenderá hasta 2013.

Como paso final, previo a la puesta en ejecución del Protocolo, debe ser firmado, en Brasilia, un acuerdo complementario por la Agencia Brasileña de Cooperación y la representación diplomática cubana acreditada en ese país.

RESULTADOS INVESTIGATIVOS

El Centro de Estudios Martianos sirvió de sede, el 7 de enero, a la jornada científica del TSP, la cual, por su importancia para exponer y debatir temas de especial significado para el perfeccionamiento de la labor judicial, se realizará anualmente, a partir de esta edición. Fueron expuestas cuatro ponencias y efectuados dos paneles, sobre el recurso de casación y en torno a la experiencia procesal de familia, a partir de la Instrucción No. 187, del Consejo de Gobierno del TSP.

CLUB MARTIANO

El 20 de diciembre de 2011, en el Memorial José Martí, los doctores Armando Hart Dávalos y Rubén Remigio Ferro firmaron un acuerdo de colaboración entre la Oficina del Programa Martiano y el TSP, como saludo al aniversario 38 de la constitución del Sistema de Tribunales Populares y a la rendición de cuenta de este a la Asamblea Nacional del Poder Popular.

En la ceremonia, fueron entregadas medallas Enrique Hart Dávalos a jueces y trabajadores con 25 años, o más, en esta labor.

Como resultado de ese acuerdo, el 19 de enero, fue constituido

el club martiano Enrique Hart Ramírez, perteneciente a la Sociedad Cultural José Martí, en cuya sede tuvo lugar el acto inaugural. El club, integrado por 13 miembros fundadores, tiene el propósito de aunar esfuerzos en la investigación en torno al Derecho en la obra del Héroe Nacional, e indagar en la vida y la obra de destacados juristas cubanos.

HOMENAJE

El 27 de enero, en el teatro del TSP, se realizó una actividad conmemorativa por el aniversario 159 del natalicio de nuestro Héroe Nacional. Fueron presentados los integrantes del club martiano Enrique Hart Ramírez constituido en el máximo órgano de justicia y se dieron a conocer sus proyecciones de trabajo. El Dr. Rodolfo Sarracino Magriñat, del Centro de Estudios Martianos, se refirió al significado de la edición crítica de las *Obras Completas* de Martí y fue presentada una muestra de una importante donación de libros realizada al TSP por el Dr. Armando Hart Dávalos, director de la Oficina del Programa Martiano. Por último, fue proyectado el documental *Dos Ríos: el enigma*, sólida indagación histórica sobre las circunstancias de la caída en combate de nuestro Héroe Nacional.

MEJOREMOS ALGUNAS EXPRESIONES (I)

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez,
editor-corrector del TSP

RETOMO LA idea iniciada con la serie “Evitemos incorrecciones” —publicada en los números 14, 15 y 16—, para abordar expresiones que, generalmente, se usan mal o con un significado diferente al que tienen en realidad.

Como siempre, parto de la lectura, revisión y corrección diarias de trabajos que genera el Sistema de Tribunales, en los que encuentro palabras y estructuras, escritas de manera incorrecta, que pudieran evitarse con solo saber que su empleo no es adecuado.

Antes de adentrarme en esta nueva etapa, vale un somero recuento de lo tratado en “Evitemos...”, para refrescar conocimientos que, según todo parece indicar, no han sido interiorizados, pues continúan repitiéndose constantemente. (Ofrezco la correspondiente referencia de cada uno, con el objetivo de facilitar su localización y re-estudio.) Aquí, sumo nuevos elementos.

En la primera parte de “Evitemos...” (edición no. 14), traté acerca de *mismo, así como* y la composición *verbo + adjetivo (+ verbo) + que*.

En cuanto a la primera (incluidas las variantes *el mismo, la misma, los mismos, las mismas*), se dejó sentado que no tiene valor pronominal y, por tanto, no cabe usarse como sustituto de palabras anteriores. Solo puede ir acompañada de sustantivos (ejemplo: *El mismo procedimiento*).

De *así como*, dije que se trata de una estructura adverbial (*de modo*, añadido ahora), cuyo significado es “de igual manera que”; no el correspondiente a la conjunción copulativa *y*, como asidua e inadecuadamente se usa.

Acerca del compuesto *verbo + adjetivo (+ verbo) + que* (como *es importante recordar que*, y otras similares), basten solo tres acotaciones: siempre está de más; no aporta nada a lo queremos decir; es una expresión viciosa nacida en el lenguaje de los informes, donde, incluso, resulta pedante y absurda.

En “Evitemos... (II)” (edición no. 15), entre otras palabras y expresiones, ofrecí detalles acerca de la sistemática omisión de un *que* imprescindible, que no puede eliminarse pretendiendo evitar el queísmo. He aquí dos buenos ejemplos de lo que no se debe escribir:

– En una estructura netamente verbal (la más común): *Elementos que demuestran no participaba en el régimen económico del núcleo familiar del causante* (el español exige *que* entre *demuestran* y *no participaba*).

- Antecedido por un sustantivo que forma parte de una composición verbal: *Tiene por objeto se declare la nulidad de la combatida sentencia* (por supuesto, entre **por objeto y se declare**, debió escribirse *que*).

La parte final de “Evitemos...” (edición no. 16) recogió dos elementos importantes en este contexto:

- El reiterado y manido uso de la estructura *aun y cuando*, inexistente en español. En ella, la **y** sobra.
- El empleo de *conforme y conforme a*, según el caso. Para precisar mejor, propuse este simple análisis: “si lo que viene a continuación es una estructura verbal, lo apropiado es *conforme*. Si se trata de una estructura nominal (sustantiva), que puede incluir adjetivo, artículo, pronombre,..., debe colocarse *conforme a*. Ejemplos: *Conforme establece el Artículo 25; Conforme a lo establecido en el Artículo 25*”.¹

POR NUEVOS DERROTOS

Y tras este apretado y necesario resumen, continúo el camino por otras estructuras y expresiones que, a menudo, suelen emplearse de manera inadecuada. En estos casos, en general, se trata de modificaciones o alteraciones a frases prepositivas o conjuntivas establecidas de antaño en el español.

Independientemente de que muchas personas se hayan acostumbrado, durante décadas, a emplearlas en las variantes alteradas, al punto de que tales formas ya les parezcan muy precisas, vale ganar conciencia al respecto y tratar de interiorizar las versiones adecuadas, si quieren usar con propiedad su lengua materna.

De acuerdo con

Con bastante frecuencia, suelen encontrarse las frases *de acuerdo con* y *acorde con* (y las variantes que sustituyen esta preposición por **a**), usadas, de manera indistinta, con el sentido de “según”, lo cual no es exactamente así.

De acuerdo con es una locución preposicional que significa “según o conforme a”. Para el *Diccionario panhispánico de dudas*, “esta es la forma preferida en la lengua culta, tanto de España como de América, aunque existe también la variante *de acuerdo a*, más frecuente en América que en España, surgida posiblemente por influjo del inglés *according to* y solo válida si lo que introduce se refiere a cosas [como cuando decimos:] *Nosotros continuaremos de acuerdo a lo planeado*. Cuando lo locución introduce un

1 Juan R. Rodríguez Gómez: “Evitemos incorrecciones (III, final)”, p. 157.

sustantivo de persona, y significa ‘con arreglo o conforme a lo que dice u opina esa persona’, el uso culto solo admite de acuerdo con: ‘*De acuerdo con Einstein*’ [...]”.²

Por idénticas razones, esta fuente indica que “debe evitarse el empleo de *acorde con* o *acorde a* como locuciones invariables de sentido equivalente a *según* o *de acuerdo con* [...]”.³

En fin, para ambos casos (*de acuerdo...* y *acorde...*), existen las variantes con **a**, pero estas tienen usos restringidos (solo referidas a cosas), mientras las terminadas en *con* sirven para todos los casos.

Por tanto, no hay por qué complicar tanto la expresión. La mejor sugerencia es emplear siempre *de acuerdo con* y *acorde con*, que constituyen “la forma preferida en la lengua culta, tanto de España como de América”.

En relación con

Esta estructura, como la anterior, tiene la posibilidad de que *con* sea sustituido por **a**; no obstante, en aquella, se tolera la última variante para ciertos casos; aquí, no. Claro, me refiero solo a *en relación con*, que es la única válida en tal sentido.

¿Por qué digo “en tal sentido”? Porque, en español, además de *en relación con*, existe la expresión *con relación a*, igualmente correcta. Es decir, se trata de dos locuciones diferentes, con idéntico significado, emparentadas mediante la palabra *relación*, alrededor de la cual, cambian las preposiciones.

Pero esto no es todo. Por la similitud formal y el entrecruzamiento de una y otra, con bastante frecuencia, se escribe un híbrido apócrifo que no tiene cabida en el uso culto del idioma: *en relación a*, curiosamente, muy empleada en nuestro contexto.

Así, resume esta situación el *Diccionario panhispánico de dudas*: “Las dos locuciones [*en relación con* y *con relación a*] son válidas, no así *en relación a*, resultado del cruce entre ambas”.⁴

Quieto en base

Me permito el juego de palabras con esta expresión, propia del léxico beisbolero –al menos, en Cuba– para adentrarme en un conjunto de expresiones que se construyen alrededor de *base*, dos de las cuales son incorrectas y, además, muy usadas en nuestros textos.

2 Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, pp. 18-19.

3 *Ibíd.*, p. 16.

4 *Ibíd.*, p. 567.

En este caso, transito el camino siguiendo un orden alfabético:

1. *A base de*. Locución preposicional que, seguida de un sustantivo, expresa que lo denotado por este es el fundamento o componente principal: *Ese es un producto elaborado a base de azúcar*. Tiene otras variantes, afines o no, pero de menor trascendencia en el habla y la escritura. Según Manuel Seco, “suele ser tachada de inelegante y, en efecto, es bastante rara en la lengua literaria”.⁵ No obstante, el *Diccionario panhispánico de dudas* (2005) la incluye,⁶ sin precisar detalles en contra.
2. *Bajo la base de*. La he visto usada infinidad de veces y nunca le he encontrado un sentido que la justifique. No cabe pensar que sea por el adverbio *bajo* que, en sus diferentes sentidos, siempre da idea de posición o altura; ni por influjo de la preposición homónima, ya en desuso. (No se confunda esto con los casos de *bajo palabra*, *bajo presión*, *bajo tutela* y otros, que constituyen expresiones creadas a partir del sentido figurado “sometiéndose a”, de dicha preposición, pues aquí es otra la realidad, solo relacionada con la palabra *bajo*, no con la estructura completa.)
3. *Con base en*. Tiene una larga historia como “lugar que sirve de base a algo”. A principios del pasado siglo, “[...] comenzó a usarse en el lenguaje jurídico, con el sentido de ‘con apoyo o fundamento en’: [...] *Este tratado sólo podría ser realizado con base en el Derecho internacional*”.⁷ De ahí, se extendió a otros ámbitos y hoy está bastante extendida en América: *Con base en la evolución económica mundial, fija sus criterios normativos*. “No hay razones lingüísticas para censurar su empleo en estos casos, pues la noción de ‘apoyo o fundamento’ está presente en la palabra *base*, y las preposiciones *con* y *en* están bien utilizadas; no obstante, en el uso culto se prefieren otras formas más tradicionales, como *sobre la base de*, *en función de*, *basándose en*, *a partir de*, *de acuerdo con*, *según*, etc.”.⁸
4. *En base a*. Con significado equivalente a la anterior, se escribe mucho en nuestro contexto, pero su empleo se considera censurable porque las preposiciones *en* y *a* no se justifican en esa situación. Es el criterio generalizado en las fuentes consultadas. Lo mejor es eliminarla de nuestro léxico. Un buen recurso nemotécnico que puede seguirse, cuando se tiene duda, es que “no se trata de un *embase*”.
5. *Sobre la base de*. Es la estructura más aconsejable para sustituir las tres anteriores, en el sentido de “con apoyo o fundamento en”, respaldada por todos los diccionarios, enciclopedias y manuales consultados. Sobran los ejemplos.

5 Manuel Seco: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, p. 6.

6 Real Academia...: *Op. cit.*, p. 88.

7 *Ibíd.*, p. 88.

8 *Ídem*.

En nombre de

Tiene un uso absolutamente reiterativo en muchas sentencias, y otros textos del Sistema de Tribunales, la expresión *a nombre y en representación de*, que no tiene hoy el sentido de antes y ha sido sustituida por otra.

En los tiempos que corren, *a nombre de* no significa lo que pretende decirse, sino “con destino a alguien”: *Dejó un sobre lacrado a nombre de la madre*. También indica “a favor de alguien”: *Puso la cuenta personal a nombre de su hija*. “No debe usarse con el sentido de ‘en representación de’, valor que tuvo en épocas pasadas y para el que hoy se prefiere *en nombre de* [...]”.⁹

Esto exige otros comentarios. Si bien ya no existe *a nombre de* porque fue actualizada con la variante encabezada por la preposición *en*, la nueva denominación (*en nombre de*) significa, precisamente, “en representación de” y, por tanto, resulta redundante el empleo de la expresión mencionada en el primer párrafo de esta estructura porque ambas partes expresan lo mismo.

De ahí que sugiera usar una u otra: *en nombre de* o *en representación de*, nunca las dos, como una frase conjunta.

Y no más por hoy.

BIBLIOGRAFÍA

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2005.

Rodríguez Gómez, Juan Ramón: “Evitemos incorrecciones (I)”, en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 14, junio de 2010, La Habana, pp. 179-182.

_____ : “Evitemos incorrecciones (II)”, en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 15, diciembre de 2010, La Habana, pp. 147-151.

_____ : “Evitemos incorrecciones (III, final)”, en *Justicia y Derecho*, año 9, no. 16, junio de 2011, La Habana, pp. 154-160.

Rodríguez-Vida, Susana: *Curso práctico de corrección de estilo*, Ediciones Octaedro, S. L., Barcelona, 1999.

Seco, Manuel: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, 2.^a ed. [s.m.d.]

9 Real Academia...: *Op. cit.*, p. 457.

VII ENCUENTRO
INTERNACIONAL
JUSTICIA
Y DERECHO
2 0 1 4



**Palacio
de Convenciones
La Habana, Cuba**

**Revista del Tribunal Supremo Popular
República de Cuba**

ISSN1810- 0171