

# REVISTA <sup>DE LA</sup> ABOGACÍA

## CONSEJO EDITORIAL

### *Presidente de honor*

Prof. Danilo Rivero García

### *Miembros*

María Teresa Benito Menéndez - *Presidenta*

Gabriel Pérez de Agreda

Yanet Souto Fernández

Gladys de los Ángeles Castro Rodríguez

Ana Isabel Zamora Sorí

Maritza de la Caridad McCormack Bequer

Miriam Velazco Mugarra

Vicente Alejandro Entrialgo León

René Alfara Leyva

Fermín Romero Alfau

El Consejo de Redacción no se responsabiliza  
con la opinión emitida por los autores

### *Revisión*

Fermín Romero Alfau

### *Emplane y diseño de cubierta*

René Alfara Leyva

### *Obra editada e impresa en:*

Ediciones ONBC

Vicepresidencia JDN/ONBC

Calle 41 no. 7208 entre 72 y 74, Playa, La Habana

72144208

jsuperacion@onbc.cu

RNPS 0491

ISSN 2308-2240

Organización Nacional de Bufetes Colectivos

Calle 41 no. 7208 e/ 72 y 74,  
Playa, La Habana

- 3** El carácter social de la Abogacía cubana

**ESP. SOLNÉS EXPÓSITO SARMIENTO**

- 9** Derecho a la defensa como garantía  
de los derechos civiles

**LIC. PAVEL ESPEK RODRÍGUEZ**

- 12** Ausencia de una protección jurídica eficaz  
ante la presencia de actos ilícitos que lesionan  
los derechos de autor

**LIC. DANNIS MARÍA RIVERO REYES**

**LIC. IRINA GARCÍA RODRÍGUEZ**

**LIC. RACHEL MABEL MARTÍN GUERRA**

**MSc. SARIEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ**

- 20** Modernización del procedimiento agrario

**DRA. MIRIAM VELAZCO MUGARRA**

- 39** La función conciliatoria de la comparecencia  
en materia familiar

**LIC. YANET RUIZ GIL**

- 49** El proceso ejecutivo de títulos de crédito  
que generan ejecución en la jurisdicción  
económica cubana

**LIC. DAIRY VALLE ENRIQUE**

- 61** Los contratos y el delito de negociaciones ilícitas  
en la legislación penal cubana. Consideraciones  
a partir de los nuevos actores de la economía

**YULITZA NURIS SARMIENTO GONZÁLEZ**

**MANUEL ALBERTO LEYVA ESTUPIÑÁN**

- 66** La Defensa Penal. Presupuesto  
de legitimidad de la acusación  
y de la sanción penal

**MSc. YUDITH LÓPEZ SORIA**

- 76** Normas editoriales  
Revista de la Abogacía





# *El carácter social de la Abogacía cubana*

ESP. SOLNÉS EXPÓSITO SARMIENTO\*

*«La justicia, la igualdad del mérito, el trato respetuoso del hombre, la igualdad plena del derecho: eso es la Revolución»<sup>1</sup>*

## Introducción

El 1 de enero de 1959, triunfó en nuestro país una auténtica revolución social, protagonizada por las masas populares encabezadas por el invencible Ejército Rebelde comandado por Fidel Castro, iniciándose de esa forma un proceso de sustitución del viejo y desgastado régimen capitalista, por un sistema socioeconómico que no demoró en declarar su esencia socialista.

Hasta ese momento en Cuba coexistía una sociedad burguesa, que descansaba en la propiedad privada sobre los medios de producción y en la más brutal explotación del hombre por el hombre, donde se anteponía el enriquecimiento propio en menoscabo de los intereses de las mayorías, propugnándose el culto al lucro y a las riquezas, promoviéndose como primordiales valores el egoísmo, el individualismo y el afán por los privilegios derivados de una determinada posición social, a la vez que se acrecentaba la desigualdad, el analfabetismo, la insalubridad, el latifundio, la incultura, el desempleo y otras lacras que le eran inherentes.

Era en ese contexto y en medio de la contienda de intereses que germinaban de esas relaciones sociales, que se desenvolvía el abogado cubano como profesional del Derecho, el que al mismo tiempo era procreado y deformado por ese mismo sistema, de ahí que su actividad técnica estuviese sujeta a las condiciones específicas de la sociedad burguesa, en la que preponderaba cardinalmente el pago de honorarios, sin otras motivaciones morales y éticas

que le permitieran entrar en contradicción con los patrones de conducta profesional a los que era condicionado.

Pero la Revolución cubana, como parte de su programa de transformaciones sociales emprendió la creación de su propio Derecho, lo que trajo consigo la aparición de una nueva conciencia jurídica socialista, donde el abogado como ente social pasó a ser parte del pueblo, dispuesto a luchar por la consecución de los altos fines del socialismo, situando sus intereses en lo profesional, lo científico y lo cultural al servicio de la dignidad humana, expresados estos a través de la escala de valores que reclamaban los intereses generales de la sociedad nueva, y sobre los cuales progresivamente se fue forjando el carácter social de la Abogacía cubana. Sobre esa distintiva y noble cualidad, es que he escrito estas breves y modestas líneas.

## Breve reseña sobre el proceso de instauración y organización de los Bufetes Colectivos

El carácter de los colegios de abogados heredados por la Revolución como institución social, eran por razón de fuerza resultado del Derecho vigente en la formación económico-social-capitalista, cuyo sistema jurídico devenía por sus fundamentos esenciales en impopular, formal y restringido, al igual que la legalidad burguesa. En consecuencia, dichos colegios constituían por sus objetivos, su estructura y funcionamiento real, una expresión ostensible de los rasgos del Derecho burgués.

En las nuevas circunstancias, se imponía dentro del incipiente orden social que se avizoraba, enaltecer el rol y la imagen social del abogado, procurando que su desempeño adquiriera un carácter más abarcador, para lo cual era condición básica la prestación de servicios legales al alcance de las mayorías, con tarifas de cobros cuantitativamente menores que las que hasta ese momento se habían mantenido en virtud de la práctica privada de la Abogacía.

Fue en esa dirección que en el año 1962, se aprobó un nuevo Estatuto del Colegio de Abogados de La Habana, el que derogó al establecido en 1949 aún vigente, y ya para el 21 de diciembre de 1964, la Junta de Gobierno del referido colegio, realizaba la propuesta al ministro de Justicia de entonces, sobre la creación de una agrupación de abogados que se nombraría en lo sucesivo, Bufetes Colectivos y que debería funcionar de acuerdo con las bases propuestas por esa propia junta.

\* Bufete Colectivo No. 1, Holguín.

<sup>1</sup> José Martí: «Los cubanos de Jamaica y los revolucionarios de Haití», en José Martí: *Patria*, t. 3, Nueva York, 31 de marzo de 1894 (tomado del Diccionario del Pensamiento Martiano, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2002, p. 104).

Poco después, el 22 de enero de 1965 se promulgó la Resolución 18 del Ministerio de Justicia, que ratificó la creación del primer Bufete Colectivo en la capital del país, el que estaría sometido en lo sucesivo a la potestad del Colegio de La Habana, bajo la orientación y supervisión del propio ministro de Justicia.

En data posterior y exactamente el 25 de abril de 1966, el Consejo de Ministros proclamó la Ley 1189, que dispuso la inscripción de los abogados en el Registro de Ministerio de Justicia, como condición indispensable para el ejercicio profesional. De hecho se excluía la Abogacía de forma privada en Cuba, favoreciendo que los Bufetes Colectivos se convirtieran en una dependencia más del Ministerio de Justicia. No obstante a ello, hasta 1974 cohabitaron en el país el ejercicio profesional de la abogacía de forma privada y los Bufetes Colectivos adscriptos al Ministerio de Justicia.

El 23 de junio de 1973, el Consejo de Ministros aprobó la Ley 1250, Ley de Organización del Sistema Judicial, que abolió absolutamente el ejercicio privado de la Abogacía, creando una nueva y distintiva institución más a tono con el interés público de esa profesión y su trascendencia social, la que se apartaba diametralmente de la concepción organizativa y estructural existente hasta ese momento.

La aludida ley creó los Bufetes Colectivos e instituyó la categoría específica de los abogados, integrada por juristas que prestaban el servicio de dirección y representación de las partes ante los órganos judiciales, arbitrales y administrativos, lo cual se ratificó en virtud de la Ley 4, de 10 de agosto de 1977, que sustituyó la ley promulgada en 1973.

Posteriormente y con el propósito de contribuir al progreso del ejercicio de la Abogacía, atendiendo a las normas de la ética profesional en el ámbito de la sociedad, se procedió a la reorganización total de los Bufetes Colectivos con el apoyo estatal más amplio. En consecuencia el Consejo de Estado de la República de Cuba, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 88, inciso c) de la Constitución de la República,<sup>2</sup> aprobó el Decreto Ley 81, Sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

<sup>2</sup> La Constitución de La República de Cuba, fue aprobada el 15 de febrero de 1976 y proclamada el día 24 de ese mismo mes y año. Asistieron a ejercer el voto cinco millones seiscientos dos mil novecientos setenta y tres, para un 98 % de participación popular. Votaron a favor cinco millones cuatrocientos setenta y tres mil quinientos treinta y cuatro, cifra que representó el 97,7 % de aprobación.

A partir de ese momento, y en virtud de una decisión soberana dentro del proceso democrático de institucionalización que se desarrollaba en el país, la comunidad de abogados de Cuba quedaba organizada de forma efectiva y eficaz, al ser de interés estatal que el ejercicio de ciertas profesiones dada su importancia social, estuviesen sujetas a una especial regulación, sin que ello implicara que el ejercicio de la Abogacía alcanzara un carácter netamente público o que simplemente se convirtiera en la manifestación de una función pública, pues el abogado en ningún modo sería considerado como un funcionario del Estado o del Gobierno.

### ***El Decreto Ley 81, Sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos***

La Constitución Socialista de 1976 refrenda en su artículo 59 que todo acusado tiene derecho a la defensa, mandato que es desarrollado y complementado entre otras disposiciones jurídicas por el mencionado Decreto Ley 81, en sus postulados se acentúan aquellos que le imprimen un profundo arraigo colectivo y social a la Abogacía cubana.

Comenzando por la exposición de motivos contenidos en sus *Por Cuantos*, en el citado instrumento jurídico<sup>3</sup> aún vigente, se definió que el ejercicio de la Abogacía en nuestra Patria, se efectuaría en atención al interés público de esa misión y a su trascendencia social conforme a determinadas normas, toda vez que la actuación ante los tribunales y otros órganos jurisdiccionales estaría íntimamente relacionada con la realización de la justicia socialista, la represión de las conductas antisociales, el debate sobre derechos e infracciones de normas establecidas, así como la interpretación y aplicación de las leyes.

Asimismo se determinaba en el citado texto, que a los fines de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento del ejercicio de la Abogacía, conforme a las normas de la ética profesional en el ámbito de la sociedad socialista, se hacía necesario que con el apoyo estatal más amplio, se procediera a la reorganización total de los mencionados bufetes colectivos, a fin de asegurar la mayor eficiencia de sus funciones.

<sup>3</sup> El Decreto Ley 81, Sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, fue aprobado por el Consejo de Estado de la República de Cuba, el 8 de junio de 1984.

Igualmente se especificaba que la reorganización de los bufetes colectivos debía comprender la institución de principios y reglamentaciones que contribuirían a elevar constantemente la calidad técnica y moral del trabajo desarrollado por los abogados, al fortalecimiento de la disciplina laboral y de la ética de esta actividad y la revisión del sistema vigente de retribución del trabajo, tanto de los abogados como del resto del personal que laboraba en los bufetes colectivos.

Según del referido decreto ley, se conceptualizaba como ejercicio de la Abogacía, el evacuar consultas, dirigir, representar y defender los derechos de una persona natural o jurídica ante los tribunales de justicia, los órganos de arbitraje y los organismos administrativos en el territorio nacional, así como ante los órganos, organismos y organizaciones extranjeras o internacionales. Se ratificaba en dicho texto además, que serían abogados los juristas que ejercieran habitualmente la Abogacía dentro de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

Más adelante se puntualizaba, que el ejercicio de la Abogacía era libre y que en el ejercicio de sus funciones el abogado era independiente y solo debía obediencia a la ley; disfrutando de todos los derechos y garantías legales para exponer sus alegatos en relación con el derecho que defendiera; contribuyendo de esa manera a la realización de la justicia, mediante la observancia y el fortalecimiento de la legalidad socialista, coadyuvando a la educación social de sus representados y de todos los ciudadanos, y al respeto de los derechos establecidos en la ley. Del mismo modo se significaba que el abogado estaría obligado a mantenerse actualizado sobre la legislación vigente y sus modificaciones, y a perfeccionar permanentemente sus conocimientos acerca del Derecho a fin de cumplir debidamente sus funciones.

En su articulado se identificaba a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, como una entidad autónoma nacional de interés social y carácter profesional, con personalidad jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por juristas, la que se regiría por el comentado Decreto Ley, su legislación complementaria y los acuerdos y disposiciones de sus órganos de dirección, recayendo la dirección de la Organización, en la Asamblea General, la Junta Directiva Nacional, los directores provinciales y los directores de bufetes colectivos, cada uno de ellos con sus debidas atribuciones.

La Asamblea General, conforme a ley debe reunirse una vez al año, teniendo entre sus funciones, además de la elección de la Junta Directiva, evaluar y adoptar decisiones sobre los informes de rendición

de cuentas de la Junta, aprobar los lineamientos anuales de trabajo y el presupuesto de la institución, así como la de rehabilitar como miembros de la organización a los abogados que hubiesen sido separados de la organización, en virtud de la aplicación de medidas disciplinarias.

La Junta Directiva Nacional, integrada por siete miembros (presidente, vicepresidente primero, vicepresidente, tesorero, vicesorero, secretario y vicesecretario), sería la encargada de dirigir el trabajo de la institución entre período y otro de sesiones de la Asamblea General.

En lo concerniente a los servicios jurídicos se contratarían por los usuarios con el abogado designado, y se prestarían conforme a lo estipulado y previo el pago de las tarifas establecidas.<sup>4</sup> Se agrega que es en el Reglamento del Decreto Ley, se señalarían los casos en que podría rebajarse dicha tarifa o eximirse totalmente de pago al usuario.

De la misma forma se establecía que los usuarios de los servicios de los bufetes colectivos, tendrían derecho a designar al abogado de su preferencia, así como a sus sustitutos eventuales, para que atendieran sus asuntos. Se añadía que en todos los bufetes se establecería un turno rotativo para asignar los servicios que fueran solicitados por usuarios que no hicieran designación directa de abogado.

Con la promulgación de este instrumento legal, se dieron los primeros pasos para garantizar al ciudadano medio cubano el acceso a la justicia, sin que razones de tipo económicas, se convirtieran en una barrera para que los sectores más desposeídos de la sociedad pudiesen recibir la asesoría y la asistencia legal del abogado, y para lo cual se concibió incluso la defensa penal de oficio gratuita ante los tribunales populares y militares.

<sup>4</sup> El Ministerio de Justicia en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Disposición Especial Primera del Decreto Ley 81 de 1984 en relación con la Resolución V-10- 95 del Ministerio de Finanzas y Precios emitió las Resoluciones 287 y 288 de 30 de diciembre de 2015, aprobando las tarifas aplicables a los asuntos contratados en pesos cubanos por las personas naturales, el Reglamento de las formas de retribución y las escalas de descuentos por incumplimientos de los parámetros de calidad, aplicables a los abogados y jefes de equipos de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, respectivamente. La junta Directiva Nacional de la ONBC, seguidamente aprobó mediante acuerdo, la implementación de ambas resoluciones en los términos fijados.



## ***La Resolución 142, Reglamento Sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos***

Con su extenso articulado, esta resolución perfeccionó un tanto y reforzó jurídicamente la plataforma social para el ejercicio de la Abogacía, al conferirle a esa actividad profesional en su artículo uno, «carácter de servicio social de orientación y asistencia jurídica».

El descrito reglamento, al referirse a los fines de la organización, los concibió en lo atinentes a prestar asistencia jurídica y representación procesal a las personas naturales o jurídicas que la requirieran; orientar el ejercicio profesional de la Abogacía para que se desarrollara como función coadyuvante de la actuación de los tribunales en la administración de justicia y en la observancia de la legalidad socialista; cuidar la eficiencia profesional de sus miembros y la observancia de la legislación y la ética en el ejercicio de la Abogacía; contribuir a la superación ideológica, política, jurídica y cultural de sus miembros y demás trabajadores de la organización; auxiliar a los tribunales y a los órganos y organismos del Estado en el cumplimiento de las disposiciones legales relativas al ejercicio de la Abogacía, evacuar consultas y emitir dictámenes o informes solicitados por estos; contribuir a las tareas de divulgación jurídica y elevar constantemente la calidad técnica de sus servicios a la población.

La propia concepción de la agrupación de los abogados en una unidad de Bufetes Colectivos, como entidad autónoma subordinada a los órganos de dirección de la organización, obligaba por el reglamento a que para la prestación del servicio jurídico, se hacía necesario concertar el correspondiente contrato con el abogado en el local del Bufete Colectivo al que estuviese adscrito y no fuera de este. De esa misma forma, el servicio consignado en el contrato debía ser abonado conforme a tarifa personalmente por el solicitante, al que se le entregaría una copia del mismo como constancia de su contenido y recibo de su pago.

Se estipuló que el usuario contratante en cualquier momento de la prestación del servicio, podría sustituir de modo definitivo al abogado que hubiese seleccionado por otro, lo que comunicaría al director del bufete colectivo, el que a su vez lo informaría al abogado reemplazado y al sustituto, así como que el abogado que causara baja definitiva de un bufete colectivo, sería sustituido definitivamente y se convendría por parte del director con el cliente, la designación de un nuevo abogado.

Se instituyó como facultad de los directores de las unidades de bufetes colectivos, la de autorizar la rebaja o exención de pago por los servicios jurídicos que se prestaran por los abogados adscriptos a las unidades que dirigieran para lo se debía exigir al usuario que probara el monto de sus ingresos. Para ello la Junta Directiva Nacional debía tener en cuenta los criterios de los órganos competentes de la asistencia social que rigieran al respecto, a los efectos de regular las pruebas de los ingresos económicos de los usuarios que solicitasen la rebaja o exención del pago.

Para los casos en que la persona solicitante del servicio no estuviese considerada entre aquellas de insuficientes ingresos, por contar con entradas superiores a las establecidas por el órgano competente de la Asistencia Social, pero aún así se hiciese evidente que el pago del servicio jurídico podría lesionar sensiblemente su economía familiar, teniendo en cuenta también las características y composición del núcleo, resultaría recomendable reducir la tarifa del servicio hasta un cincuenta por ciento.

Finalmente la exención del pago se brindaría, cuando la persona solicitante del servicio fuere considerada con ingresos insuficientes, según los criterios que en tal sentido estuviesen establecidos por el órgano competente de la Asistencia Social.

Una importante cuestión uniformada por el reglamento, fue la defensa penal de oficio ante los tribunales populares y militares, la que se prestaría como un servicio social por los abogados pertenecientes a la ONBC. La organización brindaría la representación de oficio en aquellos casos en que se exigiera por ley la representación letrada, sin erogación alguna para el usuario, corriendo con esos gastos el tribunal donde se tramitara el asunto, y el costo de esa defensa se abonaría al Bufete Colectivo con cargo al presupuesto de dicho órgano de justicia.

Especial regulación recibieron los Bufetes Especializados para la atención a determinados asuntos de una rama o especialidad del Derecho como el Bufete Especializado en Recursos de Casación, radicado en La Habana, el que tiene por misión fundamental atender ante el Tribunal Supremo los trámites de personerías y vista de los recursos interpuestos por los abogados residentes fuera de la capital. También se regulaba la prestación de servicios especializados en las oficinas de Servicios Legales Especializados con filiales en todas las provincias del país.

El reglamento dispuso que las consultas sobre temas legales serían gratuitas y se podrían realizar personalmente en cualquier bufete colectivo, dentro del hora-

rio de prestación de servicios. Es de destacar que en algunos de ellos, en dependencia de las características del lugar donde estuviesen enclavados, fue necesario implementar el horario extendido después de la jornada laboral, con vistas a ofrecer consultas jurídicas en las diferentes materias, fundamentalmente a las personas que su actividad laboral no le permite asistir a dicha institución en el horario ordinario.

### **Contenidos de normas reglamentarias de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, relacionados con el carácter social de la Abogacía**

Como antes hemos dicho la Junta Directiva Nacional, es el máximo órgano de gobierno y administración de la ONBC, cuando la asamblea general no se encuentra reunida, y es por ello que en esos períodos dicta las normas reglamentarias con vistas a garantizar el pleno funcionamiento de todas sus estructuras de dirección, y la actividad en general de los abogados.

El Capítulo 3 del Manual de Procedimiento en su norma 5, regula la «exención de pago del servicio jurídico», de forma excepcional para cuando el interesado no pudiera asumir el pago del servicio por carecer de recursos suficientes, y no tener familiares convivientes obligados a la prestación de alimentos. Vale resaltar que para la autorización de la instrumentada exención, se requiere que la insolvencia económica sea acreditada preferiblemente de forma documental, siempre mediante declaración jurada ante el director del bufete o de la unidad. Asimismo se enuncian los asuntos donde es procedente la exoneración del pago de la tarifa estipulada, señalando los de filiación, patria potestad, reconocimiento de hijos menores de edad, y los vinculados a las pensiones alimenticias de estos.

A la par se exceptúan los procesos de divorcio por justa causa, cuando puedan ser afectados los intereses de los hijos menores habidos del matrimonio, o en aquellos donde se litiga la pensión para el cónyuge, y en los incidentes sobre pensión alimenticia. Se incluyen además los procesos administrativos derivados de la aplicación de la Ley General de la Vivienda, y en los que puedan ser lesionados los intereses patrimoniales de menores de edad o discapacitados. Al mismo tiempo se pauta que en los casos que en materia penal se proceda al archivo provisional de las actuaciones, de ponerse nuevamente en curso el proceso, se procederá a suscribir un nuevo contrato de servicios jurídicos exento de pago.

La siguiente norma 8, está referida a las «devoluciones», del importe de los contratos por conceptos de servicios jurídicos, procediendo la devolución del 100 %, siempre que se demuestre una deficien-

te labor del letrado a consecuencia de la concertación indebida del contrato; al no ser susceptible de reclamación la pretensión del cliente; no proceder la vía escogida por la prescripción de la acción o caducidad de los derechos; por la no promoción en término de ley del asunto; o por cualquier otra evidencia que demuestre una deficiente labor profesional. También cuando resulte imposible la tramitación del asunto o se hubiesen producido errores al momento de convenir el contrato.

La aludida norma prevé la devolución del 50 % del importe del contrato, cuando se hubiese procedido a tramitar el asunto con anterioridad o ya se estuviese tramitando, o por la imposibilidad de obtener los documentos u otros datos necesarios para la tramitación del asunto; los documentos obtenidos presenten errores imposibles de subsanar; y por desistimiento del cliente antes de la promoción del proceso. Se adiciona, que conjuntamente con la devolución del importe del contrato, sería restituido todo lo que por otros conceptos se cobrase, incluyendo sellos, documentos, y otros datos que fueron aportados por el cliente.

En la norma 9 se regula el “Reporte de las Defensas de Oficio”, donde se expone que a los efectos de asegurar la calidad de las defensas penales, a ningún abogado se le debería responsabilizar con representar a más de tres acusados en la misma causa, y que se procedería al menos para el término de seis meses, a designar el número de abogados para atender las defensas de oficio en el territorio, en correspondencia con la distribución de las salas penales de los tribunales populares y militares y la cifra de radicación de causas en el espacio de un año.

La norma 15, contiene los parámetros de calidad generales y específicos para la atención a las personas naturales y jurídicas, dirigidos a que el abogado realice su labor profesional, ajustándose a las exigencias técnicas que requieran los asuntos y los acuerdos de la organización, observando las disposiciones legales vigentes para cada asunto en dependencia de su naturaleza jurídica, más otros indicadores que deben tomarse en cuenta por los abogados, todos encaminados a elevar la calidad en la tramitación de los asuntos y hacia la búsqueda de la excelencia de los servicios legales.

Dichos parámetros suponen una estrecha relación abogado-cliente,<sup>5</sup> para lo cual debe exigirse al mo-

<sup>5</sup> Ángel Osorio: *El Alma de la Toga*, pp. 47 y 48. Refiriéndose a la relación abogado-cliente señalaba: «El cliente tiene derecho a nuestra cultura, a nuestra palabra y, sobre todo, a nuestra prudencia en el consejo y a nuestra serenidad en la ac-

mento de concertar el contrato su identidad y las vías de comunicación, concertar relación contractual solo cuando el cliente aporte todos los documentos e información necesaria para asumir su representación, profundizar en las instrucciones del contratante de forma que las mismas sean claras, así como en su pretensión y objeto del contrato.

Del mismo modo es obligado anotar cronológicamente todas las diligencias, incidencias y notificaciones de interés para el asunto en la hoja de trámites, dejar constancia documental de las entrevistas y estudios de documentos, mantener informado al cliente de los derroteros y cauces del proceso, participar en los actos judiciales agotando cuanto trámite, diligencia o gestión sea necesaria para la defensa de los intereses del representado, para finalmente imponerlo en su día del resultado del proceso, entre otras exigencias y requerimientos técnicos y organizativos que se exigen.

Esta disposición formula conjuntamente parámetros de calidad específicos para cada materia, los cuales deben ser considerados como pautas a seguir, lográndose de esa manera unificar en alguna medida cuestiones importantes en la tramitación de los asuntos y sobre todo velar por la celeridad y eficiencia del accionar del abogado.

Empero, para alcanzar la excelencia del servicio, se requiere como condición y presupuesto insoslayable, de una perenne superación profesional del abogado y del personal técnico de la ONBC, lo que se encuentra previsto en la norma 20, en la que se subraya la necesidad del estudio constante por todas las vías posibles, el interés y el sacrificio personal, la dedicación y la búsqueda de información, no obstante al apoyo institucional que se requiera para alcanzar los objetivos propuestos.

En ese sentido se instrumenta la superación profesional, a través de la autopreparación consciente, las jornadas técnicas, las conferencias jurídicas, el concurso anual, las investigaciones y estudios, las conferencias especializadas, los talleres, seminarios, debates científicos, encuentros de intercambios de experiencia, diplomados, cursos, entrenamientos y la formación académica de postgrado. Importante lugar ocupan los congresos internacionales Abogacía, con sus eventos previos a nivel de unidades de

bufetes colectivos y provinciales, lo que viene a ser cada año el colofón de las actividades de corte científica que se realizan en la organización.

Todo lo antes expuesto denota que el compromiso del abogado en su ejercicio cotidiano, no solo recae en la concepción popular y extendida de los servicios legales que presta, sino también en la elevada calidad técnica y profesional de los mismos, teniendo en cuenta que: «La Abogacía que se ejerce es esencialmente social, tributa a que la población tenga acceso fácil a un abogado cuando lo necesite y reciba un trato afable y respetuoso, de un personal calificado con formación ética, y sobre todo, capaz de escuchar, de oír sin prisa lo que el cliente quiere expresar, permitiendo que este explique, se abra y exponga lo que quiere y por lo que ha buscado ayuda profesional».<sup>6</sup> Por tanto la sujeción rigurosa a los parámetros de calidad, es constante preocupación para la máxima dirección de la ONBC, que cuenta con los mecanismos de control y supervisión sistemática a todos los niveles de dirección para cuidar y exigir por su estricto cumplimiento.

## A modo de conclusiones

Hasta aquí he pretendido expresar en breve síntesis, cual fue el proceso de socialización del carácter de la Abogacía en el seno de una sociedad revolucionaria, tarea sumamente compleja que no estuvo ausente de confrontaciones políticas, ideológicas, éticas y morales, como manifestación concreta de los intereses, de la cultura, y de las formas de vida de una u otra clase, grupo social o individuo, en una etapa histórica concreta de nuestra Patria.

Esa compleja metamorfosis fue una real y palpable demostración dialéctica, de que si el Derecho, desde el interior de sus estructuras no se adecuaba al ritmo y al avance que llevaban las cosas en su entorno, se produciría entonces una insondable cisma entre la vida misma y el Derecho. Por eso las nuevas circunstancias nos llevaron a comprender la necesidad de un cambio profundo en la orientación y organización de nuestros abogados para los nuevos tiempos, pues solo así podríamos desempeñar un rol significativo en el perfeccionamiento y modernización de la sociedad, que con singular sentido de sacrificio nos proponíamos edificar.

Fue así como paso a paso se gestó la actual Organización Nacional de Bufetes Colectivos, la que el pasado año 2015 cumplió su 50 aniversario. Ha sido medio

---

ción. Traicionaríamos nuestro deber si actuásemos abatidos por un desastre o embriagados por un triunfo. El abogado es como la balanza de precisión de un laboratorio: separándose un milímetro del fiel, origina la intoxicación o el fraude».

<sup>6</sup> María Teresa Benito Menéndez: *De la Abogacía, su ejercicio: pasión y vida*, Ed. ONBC, La Habana, 2015, p. 26.



siglo de arduo y perenne trabajo, por ofrecer servicios legales de óptima calidad, al punto de no cejar en el empeño de alcanzar altos niveles de excelencia en nuestra labor profesional, sin descuidar jamás el constante fortalecimiento de las convicciones éticas y revolucionarias de las que deben ser portadores nuestros abogados.

El doctor Ariel Mantecón Ramos, actual Presidente de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, refiriéndose al ejercicio de la Abogacía en Cuba, ha expresado: «Es ese el espíritu que prima en el documento fundacional. Creador de un nuevo tipo de Abogacía, fiel a los patrones del esquema liberal en lo atinente a los rasgos de autonomía e independencia de la organización, a su total desligue de las estructuras del Estado y a las garantías del libre ejercicio que reserva la ley al abogado en ejercicio de su profesión».<sup>7</sup>

Para terminar resulta pertinente recalcar, en que la Revolución<sup>8</sup> no se detiene y que su marcha indetenible presupone hoy nuevos retos. La actualización del modelo económico cubano, implica la aparición de nuevas formas de propiedad y de asociaciones, incremento de la inversión extranjera, desarrollo acelerado de determinados sectores económicos tales como el turismo, las comunicaciones, y el transporte entre otros, y la ampliación de las relaciones comerciales internacionales, cuyo contexto presupone un enorme reto para los abogados cubanos, únicamente vencible con una elevada preparación profesional y ética. Solo así estaríamos a la altura de esos desafíos, los que una vez superados nos permitirán continuar sintiéndonos orgullosos de haber adquirido la condición de abogados del pueblo.

<sup>7</sup> Intervención realizada en el VIII Encuentro Internacional de Ciencias Penales, celebrado en el Palacio de las Convenciones, La Habana, 21 de noviembre del 2006.

<sup>8</sup> Fidel Castro Ruz: *Discurso pronunciado el 1 de mayo de 2000*. Sobre el concepto de *Revolución* señalaba: «Revolución es sentido del momento histórico; es cambiar todo lo que debe ser cambiado; es igualdad y libertad plenas; es ser tratado y tratar a los demás como seres humanos; es emanciparnos por nosotros mismos y con nuestros propios esfuerzos; es desafiar poderosas fuerzas dominantes dentro y fuera del ámbito social y nacional; es defender valores en los que se cree al precio de cualquier sacrificio; es modestia, desinterés, altruismo, solidaridad y heroísmo; es luchar con audacia, inteligencia y realismo; es no mentir jamás ni violar principios éticos; es convicción profunda de que no existe fuerza en el mundo capaz de aplastar la fuerza de la verdad y las ideas. Revolución es unidad, es independencia, es luchar por nuestros sueños de justicia para Cuba y para el mundo, que es la base de nuestro patriotismo, nuestro socialismo y nuestro internacionalismo».

## Derecho a la defensa como garantía de los derechos civiles

LIC. PAVEL ESPEK RODRÍGUEZ\*

### Introducción

El derecho a la defensa se encuentra, en la regulación constitucional, únicamente en la esfera penal, abordado en el artículo 59 de nuestra carta magna, no así en relación a la vida civil de las personas, en tanto este derecho no aparece expresamente reconocido. Sin embargo, al remitirnos a las normas civiles, en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en su artículo 66 se establece que las *partes*, (definidas en el Título II, Capítulo I de la propia ley), podrán comparecer al proceso civil por sí representadas por abogado, requiriéndose la dirección letrada para cuando lo hagan por sí, exceptuando la necesidad de esta en determinados casos que, por su naturaleza, quedan delimitadas en el propio precepto.

En razón de ello todo aquel que se considere legitimado para ejercer una acción civil, debe acudir al Bufete Colectivo de su elección para recibir orientación o asesoramiento *a priori* por un letrado de la consulta, que es gratuita, se decide sobre la procedencia de su pretensión, para posteriormente suscribir contrato de servicios jurídicos con la Organización Nacional de los Bufetes Colectivos (ONBC), a fin de ser representado por el abogado que determine designar.

La actuación del letrado está respaldada en el Decreto Ley 81, artículo 1, “Sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos”, del 8 de junio de 1984, publicado y puesto en vigor en *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 12, de fecha de junio de 1984, y cito:

«El ejercicio de la Abogacía consiste en evacuar consultas y dirigir, representar y defender los derechos de una persona natural o jurídica ante los tribunales de justicia, los órganos de arbitraje y los organismos administrativos en el territorio nacional, así como ante los órganos, organismos y organizaciones extranjeras o internacionales. Son abogados los juristas que ejercen habitualmente la Abogacía dentro de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos».<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 12, junio de 1984.

El objetivo esencial de nuestro trabajo es abordar desde nuestro punto de vista algunas de las situaciones de omisión legislativa o imprecisiones jurídicas que nos encontramos tanto en el texto constitucional como en las normas civiles, así como las limitaciones que en el orden práctico se ponen de manifiesto en la materialización del derecho a la defensa de las personas.

## Desarrollo

A pesar de que en la Constitución no aparece recogido el derecho de la defensa en la esfera civil, podemos citar como ejemplo de actuación letrada en pro de la defensa de los derechos individuales, la novedad de lo que está regulado en el Decreto 292, “Regulaciones para la Transmisión de la Propiedad de Vehículos de Motor”, del 20 de septiembre de 2011, publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria*,<sup>2</sup> donde se establece que las personas naturales cubanas y extranjeras con residencia permanente, están autorizadas por el ministro de Transporte a la compraventa, en las entidades comercializadoras en CUC del país, y a la transmisión de la propiedad por salida definitiva del país de un propietario de vehículo de motor.

En caso de ser denegada la transmisión de la propiedad del vehículo motor en cuestión, puede presentar recurso de reforma a la decisión de dicho ministro, a partir de la notificación con un rango de treinta días hábiles. El ministro responderá a través de una Resolución, que será emitida respondiendo este recurso en sesenta días hábiles siguientes.

Contra tal Resolución cabe accionar en la vía judicial, promoviendo demanda en el procedimiento administrativo conforme a las disposiciones de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico vigente, y es cuando la persona afectada puede acudir a solicitar nuestros servicios legales.

La persona no queda desamparada a la decisión de un organismo de la administración central del Estado o de algún otro de rango intermedio.

En esta Resolución se protege a aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigor de esta normativa, se encontrarán en trámites tanto ante el Ministerio de Justicia, las direcciones provinciales de justicia o del municipio especial Isla de la Juven-

tud, en cuanto a la transmisión de la propiedad, y en el Ministerio de Finanzas y Precios relacionado con la autorización para la compra de vehículos de motor en entidades comercializadoras, donde todos los asuntos se trasladarán al Ministerio del Transporte.

En ello vemos las garantías pero estas personas también tienen deberes y derechos que cumplir, como el pago de impuesto sobre la transmisión de bienes y herencias y el impuesto sobre los ingresos personales aplicables a los traspasos de vehículos de motor, dispuestos por el Ministerio de Finanzas y Precios, de acuerdo con lo que regula el decreto, al que nos hemos referido.

Con respecto a las garantías recordemos que son las condiciones objetivas de leyes constitucionales, tiene que preexistir tanto la norma de derecho como los medios para ejercerlo y para defenderlo.

Es por eso que no debe haber contradicción entre la Constitución y la norma, de existir se deroga la normativa, a través de los mecanismos que hagan efectiva la supremacía constitucional, no basta con que el texto diga sino que la creación del derecho tiene que ser consciente sin faltar a la Carta Magna.

Cuando se crea una norma se debe analizar primero la Constitución y apreciar límites y limitaciones, para saber hasta dónde se puede llegar con el derecho sin afectar el del otro, ni el orden público. En el caso de las limitaciones, mantener la observancia en las regulaciones adicionales que se imponen para asegurar el cumplimiento del Derecho; este puede ser desconfigurado por un exceso de limitación.

Es importante la dirección letrada desde la solicitud, pues de esta forma el legitimado no choca con la burocracia administrativa, donde un poco se desorienta, y se queda en una especie de indefensión en su proceso. Mientras, con la representación letrada, se le agiliza la solución del asunto por los canales correspondientes, quedando posteriormente a merced de la institución que debe dar la respuesta, que es el Ministerio del Transporte, representado por su ministro.

Como muestra positiva del derecho a la defensa de la personas, dada la posibilidad de que los trámites originados por esta circunstancia específica se realicen mediante los Bufetes Colectivos (Resolución 400, del 26 de septiembre de 2011, dictada por el Ministerio del Transporte), en su Capítulo III, la Junta Directiva de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos adoptó el Acuerdo 557, del 29 de septiembre de 2011. En él se acordó aprobar las indicaciones metodológicas para la contratación y tramitación por los Bufetes Colectivos de las solicitudes de transmisión de la propiedad de

<sup>2</sup> *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 31, 27 de septiembre de 2011, puesta en vigor el 1 de octubre de 2011.

vehículos de motor, cuando su propietario hubiese salido definitivamente del territorio nacional, a presentarse ante el nivel central del Ministerio de Transporte.

En la pleca 2 de estas indicaciones se recoge lo siguiente:

«Los ciudadanos podrán optar por hacer personalmente los trámites ante el Ministerio del Transporte o contratar los servicios de un Bufete Colectivo. En este último caso, la solicitud del servicio la realizarían en sus respectivos municipios o en cualquier otro donde existan Bufetes Colectivos».

Aquí se ve reflejada la buena fe del legislativo al aprobar que el ciudadano esté representado legalmente por un operador del Derecho, que en este caso son los abogados de Bufetes Colectivos.

Se le ha dado la misión al Bufete Especializado en Recursos de Casación (BEC) de recibir todas las solicitudes realizadas a través de los Bufetes Colectivos de todo el país, incluyendo a La Habana, de presentarlas y hacer las diligencias pertinentes ante el Ministerio del Transporte.

Este bufete cuenta con un personal auxiliar, preparado y habilitado para la obtención de todos los documentos que la población requiere para trámites personales o para ser aportado en un proceso que se ventile con los abogados, siempre que surta efectos en el territorio nacional.

Los *técnicos jurídicos*, nombre por el que es conocido el personal encargado de esta actividad, o gestor de trámites como también se le conoce, acreditados en el BEC son los únicos autorizados en el país para personarse, hacer trámites y gestiones ante el nivel central del Ministerio del Transporte por este concepto.

## Conclusiones

Los textos hablan de la defensa constitucional, que es el acto de soberanía mediante el cual se modifica o adiciona a la Ley Fundamental del Estado, también se habla de que todo acusado tiene derecho a la defensa, en cuanto a la materia penal (artículo 59 de la Constitución de la República), pero respecto a la defensa de los derechos civiles no hay nada regulado en lo particular, solo existe una variedad de procedimientos que remiten a la solución de estos asuntos tanto por la vía judicial como la administrativa, quedando a disposición de los tribunales y las instituciones del Estado para dar respuesta, constitucionalmente no se hace alusión a la defensa a los derechos civiles.

La Constitución recoge el derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley, debido a un daño causado por agentes o funcionarios del Estado (artículo 29 de la Constitución de la República), también le da funciones a los tribunales y a la fiscalía, donde existe acceso del ciudadano a la justicia (Capítulo XIII de la Constitución de la República).

Los derechos civiles deberían tener una atención más particular en la Ley Fundamental del Estado ya que en ellos se está regulando las relaciones patrimoniales y otras no patrimoniales vinculadas a ellas, de personas que se presentan con plena igualdad, al objeto de satisfacer necesidades materiales y espirituales (artículo 1 de la Ley 59, Código Civil), es por ello la importancia de estos derechos.

Soy del criterio que todos los derechos a la defensa referentes a las personas deben contemplarse en la Constitución como garantías constitucionales. Sabemos que está el programa político pero falta la creación consciente de Derecho para que se prevea lo que se necesita implementar. No es lo mismo la medida política a la medida jurídica. Considerando que la Constitución es el conjunto normativo para aplicarlo y ejecutarlo, ya que si no se deslegitima y no se interpreta, se cumple exactamente su enunciado.

La tutela judicial efectiva en el ámbito de los derechos civiles debe existir como garantía de estos, por lo que proponemos incluirlos en la Ley Fundamental del Estado, y poner en práctica la implementación de una sala especial que recepcione y dé solución a las violaciones de los derechos constitucionales y fundamentales de las personas, cosa que anhelamos tener algún día.

El 2011 fue un año de cambios sociales, donde estuvieron implícitas modificaciones o implementaciones de nuevas normativas legales, que permitirían un mejoramiento de la vida humana y económica, reflejado en las personas jurídicas y naturales. Con ello se demostró la intención y buena voluntad del Estado y sus representantes, la búsqueda de soluciones viables para resolver conflictos que anteriormente estaban prohibidos y hoy son legales, siempre velando por que no se incumplan los preceptos de la Constitución de la República, la legalidad socialista, evitando violaciones de los derechos inherentes a la personalidad.

Confiamos y seguiremos confiando en que el Estado siga buscando nuevos horizontes legislativos que nos ayuden a aliviar la carga económica que tiene el país con las producciones subsidiadas, sin dejar de perder los logros de la Revolución alcanzados en estos cincuenta y cinco años de victorias.



## ***Ausencia de una protección jurídica eficaz ante la presencia de actos ilícitos que lesionan los derechos de autor***

LIC. DANNIS MARÍA RIVERO REYES  
LIC. IRINA GARCÍA RODRÍGUEZ  
LIC. RACHEL MABEL MARTÍN GUERRA\*  
MSc. SARIEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ\*\*

Una vez incorporada Cuba a organismos y acuerdos sobre propiedad intelectual, de escala mundial y regional, y la consecuente necesidad de asumir determinados compromisos internacionales, así como el desarrollo cultural, científico y tecnológico alcanzado internamente, ha dado lugar al surgimiento de nuevos tipos de obras, y modalidades de explotación de aquellas, y a la evolución de una naciente industria cultural cuyo sistema de relaciones exigen amparo normativo, situaciones de hecho que justifican indudablemente la necesidad de una nueva Ley de Derecho de Autor. Negar la fuerza y la importancia de este derecho, traería consecuencias, que negativamente inciden en el progreso y estabilidad cultural de una sociedad como la nuestra, pues sus normas estimulan e impulsan la producción intelectual al brindar al autor la seguridad de que su trabajo será recompensado y de que su especial relación con la obra será respetada.

Es común que muchas personas desconozcan el alcance de la propiedad intelectual o el derecho de autor, no respetando o evadiendo las responsabilidades y normas que se establecen. La sociedad está acostumbrada a no observarlas y darle una mínima importancia a estos derechos, con la creencia de que no es verídica o somos inmunes a ellas, de forma tal que no somos capaces de percibir los problemas que a diario se causan tanto al autor originario como a nosotros mismos.

Se entiende, en principio, que cada obra es única y es considerable para todos, sin embargo no se conoce el inminente valor que pueda llegar a tomar la creación humana. La obligación existe, se debe respetar,

exigir y hacer valer los derechos de los demás, bajo la libertad personal de publicar y crear cosas nuevas y en consecuencia lograr el respeto y reconocimiento debido. Sin embargo hay que educar primero en conocer o buscar la manera de no cometer una falta, evitándose así conflictos en el conocimiento y observancia de la *propiedad intelectual*.

En el ordenamiento jurídico cubano, el Derecho de Autor y los llamados *derechos conexos* tienen un mínimo desarrollo legislativo, siendo actualmente una de las materias más desprovista de cambios y modificaciones en los últimos años, que la atemperen a las transformaciones operadas a nivel internacional. Sin embargo, es meritorio reconocer que desde el proceso de institucionalización llevado a cabo en la Revolución cubana, en la promulgación de la Constitución Socialista en 1976, como punto culminante de este, si bien no se reconoce de manera expresa el derecho de autor, sí proclama que «el Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones», lo que constituyó base para la sucesiva entrada en vigor de la Ley 14 de 1977.

Amerita entonces, en medio de esta compleja situación, buscar mecanismos de solución alternativa, que de forma eficaz permitan resolver los conflictos de derechos de autor, sin necesariamente esperar un extraordinario cambio legislativo, como sería la adopción de una nueva Ley de Derecho de Autor.

Lo cierto es, que el cuerpo normativo vigente en Cuba, dígame Ley 14 de 1977, se ve complementado por un conjunto de *resoluciones* dictadas por el Ministerio de Cultura, por el director general del Centro Nacional de Derecho de Autor, así como *instrucciones* y *circulares*, disposiciones que si bien han tratado de perfeccionar y desarrollar las instituciones de Derecho de Autor, estas quedan solo dentro del marco que le permite la Ley 14, que no se atempera a los tiempos actuales y a las modernas tendencias doctrinales y legislativas del Derecho de Autor, amén de la consabida dispersión legislativa que provoca, con las aludidas consecuencias de esta.

En tal sentido, no se puede perder de vista que paralelamente a estas limitaciones, no existe un mecanismo garante y eficaz para la reparación del daño causado al derecho que tienen los autores, cuando el mismo ha sido vulnerado por una conducta infractora. Realidad marcada además por el desconocimiento y falta de voluntad por parte de los usuarios, incluso estatales, acerca de sus obligaciones en la materia; así como las serias dificultades de organización de la mayoría de las entidades que explotan o administran las obras que generan derechos de autor.

\* Abogadas del Bufete Colectivo 3 de Camagüey.

\*\* Especialista en Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual (CIGET) Camagüey.



Precisamente en cumplimiento de las obligaciones contraídas por Cuba con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionado con el Comercio (ADPIC) y el Convenio de Berna, en la actualidad se realizan estudios, elaboración y propuestas de modificaciones a las leyes relacionadas con la propiedad intelectual en sentido amplio, encontrándose ya en fase de proyecto una nueva Ley de Derecho de Autor donde son incluidas conductas violatorias que atentan contra las facultades del autor con trascendencia penal.

## 1. Consideraciones generales del Derecho de Autor

### 1.1. Definición, contenido moral y patrimonial del Derecho de Autor. Características generales

Un acercamiento al origen del Derecho de Propiedad permite comprenderlo como un hecho de apropiación del hombre, el que fue evolucionando hasta llegar a convertirse en un hecho jurídico. Al comienzo las obras no tuvieron prohibiciones de copia, reproducción o edición de las obras, con posterioridad a la aparición de la imprenta, se facilitó la distribución y copia masiva de las obras, y sucesivamente surge la necesidad de proteger las obras no como objetos materiales, sino como fuentes de propiedad intelectual.

En tal sentido, la Propiedad Intelectual es la disciplina jurídica que tiene por objeto la protección de bienes y materiales de naturaleza intelectual y de contenido creativo, lo que permite incluir dentro de este concepto bienes intelectuales de diferentes órdenes como industriales, comerciales, técnicos, artísticos, literarios y científicos.

Está integrada por dos ramas principales: la *Propiedad Industrial* que alcanza los derechos relacionados con las marcas, patentes, invenciones, denominaciones de origen, lemas comerciales, dibujos y modelos industriales; y el *Derecho de Autor* definido como aquel conjunto de facultades exclusivas de orden personal, moral y patrimonial que la ley atribuye a los creadores artísticos y literarios, y sus efectos trascienden a todo el resto de la sociedad.

El *Derecho de Autor*, actualmente reconocido como fundamental en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se inicia en 1710 con el Estatuto

de la Reina Ana,<sup>1</sup> existiendo solo con el dominio público, sin embargo en el Derecho anglosajón se utiliza la noción de *copyright*, lo que se conoce y traduce literalmente como “derecho de copia” que comprende generalmente dentro de los derechos de autor los derechos patrimoniales. Ambas concepciones, *derecho de autor* y *copyright* se refieren a la propiedad literaria y artística. La primera, proveniente de la familia del Derecho continental, específicamente del francés, mas la segunda deviene del Derecho anglosajón (o *common law*).

Es común que las legislaciones sobre derecho de autor cambien de un país a otro, con independencia de que existan preceptos básicos armonizados por tratados internacionales, pues precisamente la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO), coordina y homologa las legislaciones nacionales y las prácticas comerciales que afectan al Derecho de Autor, sin embargo difieren especialmente en los siguientes puntos:

- Plazo de protección. En la mayoría de los países, los derechos de autor expiran no más allá de setenta años tras la muerte del autor.<sup>2</sup>
- Situación de la obras del Estado. En muchos países (pero no en todos), los documentos publicados por el Estado para uso oficial están en el dominio público.
- Tipo de material sujeto a Derecho de Autor.

### 1.2. Sujeto y facultades inherentes al Derecho de Autor. Modo de transmitirlos

Dentro de la Propiedad Intelectual el autor es precisamente el sujeto por excelencia, distinguiéndose como elemento denominador de dicha rama en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internacionales, den-

<sup>1</sup> El *Estatuto de la Reina Ana*, aprobado por el parlamento inglés en 1710, fue la primera norma sobre *copyright* de la historia. Esta ley establecía que todas las obras publicadas recibirían un plazo de *copyright* de catorce años, renovable por una vez si el autor se mantenía con vida (o, sea, un máximo de veintiocho años de protección). Mientras que todas las obras publicadas antes de 1710 recibirían un plazo único de veintiún años a contar de esa fecha.

<sup>2</sup> Decreto Ley 156 de 1994: «Art. Único. Se modifican los arts. 43, 45 y 47 de la Ley 14 del 28 de diciembre de 1977, Ley del Derecho de Autor, relativos al período de vigencia del derecho de autor, comprendiendo la vida del autor y cincuenta años después de su muerte».

tro de los cuales se encuentra el cubano, que califica a su Ley 14 de 1977, "Ley de Derecho de Autor". De lo que se interpreta que sobre él se esparce el eje medular de la norma especial, es decir hacia el creador de la obra intelectual, traducida como bien inmaterial que encuentra expresión a través de una forma determinada, siendo reflejo de la inteligencia y la sensibilidad humana, estando al alcance de la sociedad a partir de su materialización en un soporte determinado.

La obra constituye el objeto sobre el que recaen las facultades contentivas del derecho del autor, dígame facultades morales y patrimoniales, las que regula la Ley 14 en su artículo 4.

#### *Derechos morales:*

En su artículo 4 la ley 14 establece:

«El autor tiene derecho a:

»a) Exigir que se reconozca la paternidad de su obra y, en especial, que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que la misma sea utilizada en alguna de las formas previstas en esta Ley.

»b) Defender la integridad de su obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación o modificación que se realice en ella sin su consentimiento».

#### *Derechos patrimoniales:*

Y en el propio artículo en los incisos siguientes:

»c) Realizar o autorizar la publicación, la reproducción o la comunicación de su obra al público por cualquier medio lícito, bajo su propio nombre, bajo seudónimo o anónimamente.

»ch) Realizar o autorizar la traducción, la adaptación, el arreglo o cualquier otra transformación de su obra.

»d) Recibir una remuneración, en virtud del trabajo intelectual realizado, cuando su obra sea utilizada por otras personas naturales o jurídicas, dentro de los límites y condiciones de esta Ley y sus disposiciones complementarias, así como cuantas otras disposiciones legales se establezcan sobre la materia».

Siendo necesario esclarecer que solo la persona natural o física, puede ostentar tal condición, resultando nula la posibilidad de atribuir autoría a una persona jurídica.

Resulta obvio que solamente pueden crear las personas naturales, aun así resulta un argumento reiterativo, pues con independencia de asociarlo directamente a la naturaleza humana, a la que lógicamente responde, es presupuesto importante en el reconocimiento que de ello se deriva, es decir, se trata de un derecho que corresponde únicamente al autor,<sup>3</sup> el que no está ajeno a ser vulnerado por terceros y que las leyes deben intervenir para protegerlo.

La Ley 14/77 se refiere a la condición de *autor* en su artículo 11, señalando en la primera parte del precepto que corresponde a «aquel que haya creado una obra». Se intenta definir al *autor* de forma imprecisa, lo que pudiera incluso traer confusiones, amén de las valoraciones anteriores que redundan en el reconocimiento de la creación a la persona física e individual, más se intenta esclarecer dicho término en el proyecto de Decreto Ley que modificará la normativa vigente, al destacar «que solo la persona física que crea la obra tiene la condición de autora», lo que concuerda con el principio que en tal sentido orienta al sistema jurídico latino de Derecho de Autor, del que somos parte.<sup>4</sup>

Frente a la condición de *autor* existe también la denominación del *titular del derecho de autor*, ambas terminologías diferentes entre sí. Es en el momento de la creación de una obra original donde convergen estas distinciones, pues es el único título atributivo de la autoría y, al propio tiempo, el único modo de atribución originaria del Derecho de Autor.

En *garantía del autor*, es necesario se exija y cumplimente el reconocimiento moral de la paternidad de la obra, y por encima de ello, una ventaja patrimonial a consecuencia de la explotación de esa obra, nacida de su propio intelecto y novedad, no obstante ante el evidente derecho colectivo de acceso a la información, desarrollo y la comunicación social, se limita en cierto sentido este derecho del titular.

<sup>3</sup> C. C. Valdés Díaz: *Acerca de la autoría y la titularidad en el contexto jurídico cubano. ¿El Estado como titular del derecho de autor?*, La Habana, s.d.e., pp. 81 y ss.

<sup>4</sup> En la ley cubana, la titularidad originaria del derecho de autor se reconoce, como regla, al creador de la obra. No obstante, la regla sufre una excepción importante en el caso de las obras cinematográficas, en las que la norma reconoce el derecho de autor, de modo originario, a la empresa o entidad que la haya producido.

Exclusivamente se limitan los derechos patrimoniales del autor hacia su obra, pues los morales nunca serán quebrantados, resultando contradictorio otorgarle la condición de *autor* a quien no la ostenta, ni aun con cesión de derechos.

Solo la vulneración de los derechos morales del autor encuentra cabida cuando una persona es capaz de otorgarse tal condición cuando la obra es de un tercero, lo que alcanza una conducta delictiva propiamente, atentatoria contra la prerrogativas del verdadero titular.

Las limitaciones a los derechos patrimoniales de los creadores son por el interés colectivo, sin embargo, para poder proteger de igual forma el derecho moral individual del titular, siempre se debe colocar el nombre del autor o reconocer en cierta forma quién creó la obra que se está exhibiendo, los ejemplos pueden ser, el derecho a cita, obras en sitios públicos, bibliotecas, discursos periódicos y todas las demás limitaciones.

## **2. Garantías legales ante la vulneración de los derechos de autor. Valoraciones desde el punto de vista internacional. Tratamiento en Cuba**

En la mayoría de las legislaciones autorales del mundo, aparece un título dedicado a la observancia del derecho de los autores en el que coexisten *sanciones penales* para las conductas constitutivas de delito; *acciones civiles* para exigir la indemnización de los daños materiales y morales derivados de una actividad ilícita; y *procedimientos administrativos* bajo la competencia de las oficinas nacionales de Derecho de Autor.

Cierto resulta que en nuestro país está diseñado el mecanismo para las reclamaciones por violaciones de Derecho de Autor, independientemente de prevalecer la vía administrativa, existe la acción propiamente civil. La primera, en virtud de la Resolución 162 del ministro de Cultura, de 15 de noviembre de 2002, que dispone el procedimiento para la presentación, el análisis y la solución de estas reclamaciones por incumplimiento o violación de la legislación vigente sobre Derecho de Autor, así como para la tramitación de las solicitudes de aclaración o interpretación acerca de esta. La segunda brinda la posibilidad de que el titular del derecho pueda ejercitar la acción civil correspondiente, demandando el cese del acto ilícito del infractor y la indemnización de los daños materiales y morales causados.

En este orden de análisis, nuestra legislación civil por su propia característica de norma supletoria al resto de las ramas del Derecho, ofrece la vía indemnizatoria derivada de la responsabilidad civil que se genera de cualquier acto perturbador y lesivo de un tercero hacia los derechos del titular, integrándose por ende una relación jurídico civil perfectamente constituida y legítima en el ejercicio de la acción de este tipo al propio autor. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico no goza en materia de Derecho de Autor de una regulación que expresamente establezca aquellas infracciones objeto del procedimiento administrativo,<sup>5</sup> que se convierte a su vez en exclusión, en materia del proceso civil.

Ahora bien, un análisis *a priori* desde el punto de vista penal, nos permite concluir que la protección de este tipo es insuficiente en nuestro ordenamiento jurídico, criterio que abordamos a continuación en el presente. Sin embargo, no se debe perder de vista que la ausencia en el Código Penal cubano de determinadas figuras constitutivas de delito, hoy reconocidas incluso a nivel internacional y que persisten en nuestro país, impide que consecuentemente se pueda exigir responsabilidad civil derivada de la comisión de estos, cuando ni siquiera sean reconocidos como tal.

En Cuba existe como precedente el Código de Defensa Social<sup>6</sup> que establecía sanciones para los que violaran los derechos del autor, si en perjuicio de su legítimo dueño, se cometiera alguna defraudación en su propiedad intelectual registrada. Es aquí donde coexistían (ambas disposiciones), la Ley 14 y la Ley 21 de 1979, en la que sí se tipificaban como delitos algunas conductas atentatorias contra los derechos de autor en la parte relativa a los delitos contra los derechos patrimoniales, con sanciones de privación de libertad de tres a nueve meses o multa de hasta doscientas setenta cuotas o ambas.

La Ley 14 no contiene de manera expresa una definición de qué figuras se entenderán *violatorias* del Derecho de Autor. Solo remite en su artículo 50 a la

<sup>5</sup> Resolución 162 del ministro de Cultura, de 15 de noviembre de 2002, sobre el procedimiento para la presentación, el análisis y la solución de las reclamaciones por incumplimiento o violación de la legislación vigente sobre Derecho de Autor y para la tramitación de solicitudes de aclaración o interpretación.

<sup>6</sup> M. Soto Granado: *El Derecho de Autor en Cuba. Casos destacados en la práctica jurídica*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, s.a., pp. 92 y ss.



legislación penal vigente para que los afectados ejerzan las correspondientes acciones, al referir expresamente que: «Las violaciones del derecho de autor se sancionan en la forma que establece la legislación penal vigente».

Sin embargo como consecuencia del proceso de despenalización, estas conductas fueron eliminadas del nuevo Código Penal afianzándose la impunidad de los infractores del derecho de autor, por lo que actualmente la legislación penal no regula conductas que integren hechos constitutivos de delito por violaciones del Derecho de Autor, restringiéndose de manera única a definir como *ilícito* la falsificación de obras de arte en la última de sus modificaciones, lo que coloca en evidente estado de indefensión a los autores ante las violaciones de sus derechos, al no existir en el Código Penal cubano (Ley 62) ni en la Ley de Derecho de Autor normas penales que tipifiquen y sancionen las violaciones de los derechos de los autores.

Cierto resulta que el bien jurídico que se protege bajo este título no es el Derecho de Autor, en principio, sino la protección de un bien jurídico de interés colectivo como lo es toda obra que forme parte del patrimonio cultural de la nación. Además no toda obra es parte del patrimonio cultural de la nación, conociendo que se distingue por tal característica aquella que, por su especial relevancia en relación con la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, la educación, el arte, la ciencia y la cultura en general compone el Patrimonio Cultural de la Nación.

La ausencia de penas efectivas en esta materia, tal como ocurre en Cuba, significa que se juzga a quien hurte un bien material ajeno, pero queda impune el que explota una obra sin autorización del titular; se condena al que falsifica un documento, pero no a quien mutila o deforma una creación intelectual; se castiga a quien manipule la electricidad por ejemplo, pero no a quien roba una señal de satélite para utilizar los programas transmitidos. En fin, de lo que se trata es de contemplar estos ilícitos y aplicarles sanciones equivalentes a las que se prevén para otros delitos de similar entidad como los que atentan contra la propiedad de los bienes materiales.<sup>7</sup>

Se ha tratado durante mucho tiempo a estos delitos como modalidades de los más comunes como falsificación, defraudación, hurto y usurpación, y ha quedado bien demostrado que estos son *sui generis*, no

puede concebirse el objeto como una simple propiedad, es una disciplina con especialidad y autonomía que se compone por facultades morales y patrimoniales, y por tanto no pueden asimilarse a otros delitos de distinta naturaleza. Lo que hacen estas teorías es darle al Derecho de Autor un carácter estrictamente patrimonial, olvidando la existencia de derechos morales en juego.

El Código Penal solo recoge expresamente como *delitos*: la falsificación de obras de arte (artículo 246) y el contrabando como figura general referida a la introducción o extracción de objetos y mercancías sin cumplir las disposiciones legales y conductas relacionadas por adquisición, ocultación o cambio de estos habitualmente (artículos 233 y 234).

Solo este artículo 246 del Código Penal tipifica conductas que directamente tienen su concreción en el ámbito de la protección de los derechos de autor, como es la de falsificar y traficar con obras de arte. La trascendencia de esta regulación para la protección de los derechos de autor, la sintetiza concretamente la profesora Goite Pierre al afirmar: «Existe esa clara mezcla del patrimonio cultural con la propiedad intelectual», quien afirma además que cualquier otro ataque a los derechos de autor en el ordenamiento jurídico cubano en sede penal no estaría en relación directa con la propiedad intelectual, puesto que, de forma indirecta, delitos como el hurto, robo, apropiaciones, estafas o daños, al proteger el patrimonio pueden proteger las obras de derechos de autor.

Es frecuente encontrar en las legislaciones foráneas la figura de la *piratería*, entendida como aquella conducta antijurídica, típica contra el derecho exclusivo de reproducción.<sup>8</sup> Es la fabricación, venta y cual-

<sup>8</sup> En piratería especialmente hay casos de:

- Penas exclusivamente pecuniarias (Guatemala): Pero generalmente el infractor prevé este hecho ante la posibilidad de ser sorprendido y lo considera como un posible gasto de la inversión, y como son bajas las multas no se ve realmente afectado. Además no se guarda proporción con el daño producido al titular.
- Aplicación alternativa de sanciones económicas o privativas de libertad (Austria, Uruguay).
- Penas pecuniarias con casos agravados de reclusión, a veces conjuntamente (España).
- Penas privativas de libertad (Alemania, Argentina, Costa Rica, Chile, Perú, Venezuela - Mayor tendencia).
- Aplicación conjunta de ambas sanciones –privativas y pecuniarias– (Brasil, Canadá, Colombia, Chile, Ecuador, E.U.A, Francia, Italia, México, Rep. Dominicana).

<sup>7</sup> I. Díaz Mesa y D. Filgueiras Valero: *El Derecho de Autor. Su tratamiento en Cuba* (doc. dig.), Cienfuegos, 2012, pp. 35 y ss.



quier forma de distribución comercial de ejemplares ilícitamente reproducidos (libros e impresos en general, discos, cassettes, videos, diskettes, etc.). Con el referido tipo penal, quiso el legislador reprimir la conducta que comporta la copia de todo lo original y lo que está en el dominio público, pero, no obstante, se le atribuye al autor la paternidad de la obra, en este caso lo falso es el soporte en que la obra fue fijada, y no esta en sí.

A diferencia de lo que ocurre con lo que usualmente se conoce como *plagio*, conducta con la que el sujeto agente da por propia la creación ajena, en los eventos de *piratería*, el infractor no desconoce la paternidad de la creación de la obra ajena en cuanto simplemente efectúa reproducciones ilícitas; como que en momento alguno se atribuye su autoría, ya que, por el contrario, acepta que se trata de creación.

En igual sentido encontramos la *falsificación*, como aquella reproducción de una obra, ostentando falsamente el nombre, (la designación) o la marca. Es común confundirla con la piratería y con el plagio, (algunos asumen que el plagio es una modalidad de la falsificación). Consiste en una reproducción exacta, incluida la firma, en muchas ocasiones al hacer una obra original con el estilo y nombre de otro autor reconocido, sin embargo es aclaratorio que lo falso aquí es la obra.

Por su parte el *plagio*, también como conducta lesiva a las facultades patrimoniales del autor, consiste en sí una lesión mixta porque siempre entraña una agresión a los intereses morales y los patrimoniales,<sup>9</sup>

<sup>9</sup> El Derecho Penal mexicano solo trata las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, y en el marco del Derecho de Autor, por lo general se sancionan penalmente las conductas que supongan la copia o el plagio de las obras protegidas, donde concurren dos circunstancias: el ánimo de lucro y el perjuicio del tercero, donde el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica. Esto último, en muchos casos, supone una actividad altamente especializada, que busca la comercialización de los productos copiados o plagiados, y se define en actos tales como la exposición de las copias en comercios, catálogos de venta, y otros. Considerar estos derechos como una forma de propiedad (y no como un derecho de uso) facilita la criminalización de la copia no autorizada. Permite además a las grandes multinacionales que controlan estos derechos una equiparación con otros delitos de mayor gravedad como el robo.

Bajo presión de organismos internacionales y de los Estados Unidos, el presidente Vicente Fox lanzó el programa más ambicioso contra la venta de música y

la que encuentra sustento en el apoderamiento de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor presentándolos como propios, o sea, la copia total (firma de una obra ajena original como propia) o parcial de una obra ajena original firmándola como propia y presentándola como original (se infringe el derecho moral de paternidad del autor y el de integridad si el plagio trata de disfrazar el plagio y se infringe el derecho patrimonial de transformación del autor y la utilización o explotación de la obra).

### 3. Características actuales en el país. El trabajo por cuenta propia y la incidencia de la ampliación de estas actividades en los derechos de autor

En razón de los cambios que han sucedido en la economía nacional y en la sociedad cubana en sentido general, las condiciones que hoy imperan en el país se alejan totalmente de las que motivaron la promulgación de la Ley 14 de 1977. Por un lado la creciente preparación de nuestros especialistas en la materia y el reconocimiento que internacional y nacionalmente han adquirido los titulares del Derecho de Autor, y por otra, el cada vez más creciente movimiento del trabajo por cuenta propia, que se afianza y desarrolla, incurriendo incluso en conductas que amparadas legislativamente protegen tal ejercicio.

Situaciones estas que provocan que en la actualidad exista una evidente confrontación entre normativas vigentes, unas en casi desuso e inobservancia y otras recientes que responden a necesidades objetivas del país. Ello provoca la colisión de derechos en perjuicio del autor, donde se afectan seriamente sus facultades patrimoniales, viéndose el país en la necesidad de lograr sistematicidad en ellas o impulsar una ardua actividad revisoria que permita establecer los mecanismos necesarios que lo protejan, siendo en definitiva esta una preocupación en el contexto cubano actual.

No estamos ajenos al reordenamiento laboral por el que transcurrió el país ante las situaciones que en esta materia fueron sobrevenidas, donde resul-

---

películas reproducidas sin autorización en México, llamada la "guerra contra la piratería", en un claro paralelo con la guerra contra las drogas promovida por Washington desde la década de 1980. Durante el último año de la administración de Fox, más de ocho mil setecientos operativos fueron realizados en el país para decomisar mercancía y detener presuntos vendedores de piratería.

tó importante fortalecer el trabajo por cuenta propia en el ordenamiento jurídico nacional, y con ello los resultados obtenidos. La experiencia derivada de su aplicación devino necesidad de adicionar nuevas actividades y a su vez eliminar limitaciones en el otorgamiento de autorizaciones para este ejercicio, encontrando el Estado cubano una alternativa de empleo.

La Resolución 42 de 2013 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) enumera y denomina las diferentes actividades que ampliaron el trabajo por cuenta propia, dentro de las que se encuentra la denominada *comprador-vendedor de discos*, cuya fundamentación no va más allá de simplemente: comercializar discos, cumpliendo las regulaciones existentes en materia de derecho de autor, e incluye el alquiler de discos.

En primer orden llama la atención la exigencia descrita, cumplimentar necesariamente la normativa en materia autoral vigente, lo que resulta un evidente contrasentido, pues los trabajadores que a diario se observan en la ciudad en esta actividad no poseen el mínimo conocimiento de la materia.

Es necesario enunciar que la actividad en sí denomina de forma inexacta su objeto, pues utilizando estrictamente el término *disco* como lo hace, se remonta al disco de vinilo o disco gramofónico, como aquel antiguo formato de reproducción de sonido basado en la grabación mecánica analógica, sin embargo se le ha dado una extensiva interpretación, pues numerosos y cada vez más son las personas que encuentran en tal actividad su quehacer diario, que van desde la comúnmente conocida *quemada de CD, DVD*, donde su contenido no es más que una reproducción de audiovisuales o de música tanto nacional como internacional, hasta el llenado de memorias de datos, canales que atentan evidentemente contra la distribución de la información, y con ello el contenido patrimonial del Derecho de Autor.

Por otra parte la compra y venta de CD y DVD, exige la autorización de las casas discográficas, como productoras de fonogramas, quienes además patrocinan la formación de audiovisuales y le son atribuibles los también conocidos *derechos conexos*, dígame derechos complementarios que se reconocen a quienes ayudan a que la obra llegue a su destino. Del resultado de las ventas realizadas por los trabajadores acogidos a esta actividad, no se percibe absolutamente nada, ni por el titular de los derechos conexos ni por el autor de la obra. Situación que tipifica a escala internacional lo que se conoce por *piratería* conducta que atenta directamente contra los derechos patrimoniales del autor.

Paradójicamente, en Cuba, si bien no aparecen reconocidos los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, sí se reconoce un derecho de autor sobre las emisiones de radio y televisión y los filmes producidos expresamente para la televisión a las entidades emisoras que los realicen. A tales organismos de radiodifusión, cuya actividad industrial, organizativa y de difusión no tiene carácter de creación intelectual, no corresponde un derecho de autor, sino la titularidad de derechos conexos, respecto a los cuales no se pronunció el legislador.

Ahora bien, desacertado sería afirmar que en Cuba no existe el mecanismo legal para hacer valer las facultades patrimoniales que sobre sus obras ostentan los autores, específicamente la de recibir una remuneración, cuando su obra sea utilizada por otras personas naturales o jurídicas, lo que debe ser evaluado teniendo en cuenta la creciente oleada de cuenta-propistas que en el país existen y en desarrollo de la actividad previamente enunciada.

La Resolución 150 de 1986, otorgó a la Agencia Cubana de Derecho de Autor Musical –como Sociedad de Gestión Colectiva–, personalidad y patrimonio propio, estando entre sus facultades y atribuciones efectuar a nombre y en representación del Centro Nacional de Derecho de Autor la gestión operativa, comercial y de promoción relacionadas con los autores residentes en Cuba, y la representación en la Isla de autores residentes extranjeros.

Con posterioridad, se pone en vigor la Resolución 5 de 1997, la que diseña un grupo de tarifas para la remuneración por parte de los usuarios de la música por cada modalidad de utilización a la ACDAM, de la cual se transferirá a los autores o sus derechohabientes la parte que corresponda. Tarifas predeterminadas para la reproducción mecánica, por citar un ejemplo, donde se encuentra la reproducción fonomecánica, comprendiendo discos, cassetes, CD y otros soportes, términos que pudiesen asimilarse más a la actividad que hoy desarrollan los cuenta-propistas en la actividad *comprador-vendedor*, actividad de reproducción sobre la que se exige la aplicación de un determinado porcentaje sobre el precio de la venta mayorista.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> La Circular 2 de 17 de septiembre de 1997 del Ministerio de Cultura, donde se exigió con carácter obligatorio a todas las entidades que utilizaran música, la obtención del correspondiente contrato de licencia en virtud de la formalización de la relación que establece la Ley para el ejercicio efectivo del Derecho de Autor de obras musicales.

Una respuesta rápida al problema que hoy se aborda, se limitaría a confirmar la existencia de este mecanismo en garantía de los derechos de autor, cuando en principio esta normativa vigente por casi veinte años de diferencia, adolece de nuevas figuras en el mercado que aparecidas con los cambios de nuestro modelo económico exigen su tratamiento, pero además, consonancia con las normativas de carácter general existentes.

En principio, la alternativa no es hacer extensiva tal Resolución a los trabajadores por cuenta propia dedicados a esta actividad, por una parte porque no está diseñada para ellos ni para tales actividades. Por otra parte, en primer orden porque todos los autores no se encuentran afiliados a la ACDAM, segundo, porque el contrato que se formaliza es de adhesión, viéndose limitado el autor en su modificación, y tercero, porque el porcentaje a aplicar es sobre la venta mayorista, que no se realiza por el trabajador por cuenta propia en la actualidad.

Resulta entonces evidente la no correspondencia entre la normativa ambigua y aún vigente, y el sector sobre el que se pretende aplicar. No obstante, no estamos lejos de conocer que los trabajadores autorizados a la actividad de comprador-vendedor de discos no están sometidos a ningún gravamen en garantía y conservación de las facultades patrimoniales del autor.

Razones que nos permiten afirmar que el panorama actual por el que atraviesa el país hace que existan determinadas conductas ya comunes,<sup>11</sup> que de manera acreciente van atentando contra los derechos

de autor. Aquí convergen dos puntos importantes, en primer orden, es una materia prácticamente desconocida, hecho que conlleva a la inobservancia absoluta que de sus normas existe. Y por otro, la deficiencia en la regulación en sede penal, que alcanza incluso la imposibilidad de exigir responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos. Con ello, la posición de nuestro ordenamiento jurídico de manera general, donde lejos de ofrecer garantía adolece de una sistemática coherente que responda a las exigencias actuales, de total apego a los fenómenos que hoy imperan en el país, tanto el auge alcanzado por las actividades del trabajo por cuenta propia, como la promulgación de la Ley de Inversión Extranjera.

## Conclusiones

- Es necesaria una revisión del ordenamiento jurídico cubano que permita garantizar una seguridad jurídica a los creadores intelectuales respecto a sus obras contra aquellos actos ilícitos que afectan sus derechos.
- Incluir para aquellos actos ilícitos de naturaleza penal figuras como la piratería, falsificación y plagio, que garanticen la convivencia de las diferentes obras en el mercado nacional con una seguridad jurídica adecuada, permitiendo el desarrollo de nuevas creaciones.
- El ordenamiento jurídico cubano está llamado a hacer objeto de revisión constantemente como parte de la dinámica socioeconómica de nuestro país, estando en correspondencia con las exigencias del Acuerdo ADPIC de la OMC y la Ley de Inversión Extranjera en Cuba.

## Recomendaciones

Lejos de eliminar la actividad de comprador-vendedor de discos, como conducta que lacera directamente las facultades patrimoniales del autor, se necesita buscar soluciones dentro del propio ordenamiento jurídico que repriman los actos ilícitos, por una parte, y por otra, que armonicen la confrontación de normas existente, haciendo exigible el respeto a los derechos del autor y utilizar otras figuras como *contratos de licencias* o la creación de nuevas sociedades de gestión colectiva atemperadas a este tráfico comercial.

<sup>11</sup> Los principales conflictos de Derecho de Autor en Cuba en la materia son la modificación y transformación de obras originarias para obras audiovisuales sin consentimiento de los autores, dígame argumentos, guiones, obras literarias, para su uso en la televisión. Reproducción sin autorización de obras de las artes plásticas (pinturas, esculturas y fotografías) en etiquetas, carteles, logotipos, camisetas, postales. Plagios parciales y totales de telenovelas, investigaciones históricas, cuentos, novelas, programas de computación. Falsificación de obras de las artes plásticas, fonogramas y libros. Apropiación indebida de derechos sobre obras. Utilización no autorizada de dibujos y modelos industriales y artesanales. Incorrecta consignación de créditos autorales. Contratos editoriales irregulares. Publicación indiscriminada y desautorizada de ejemplares de obras. J. L. Ordellin Font: *La mediación en la solución de conflictos de derechos de autor en Cuba: Necesidad de su implementación*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, pp. 25, 28 y ss.



# Modernización del procedimiento agrario

DRA. MIRIAM VELAZCO MUGARRA\*

## Introducción

Este trabajo se inserta en la especialidad del Derecho Agrario regulado con una concepción puramente administrativa que motiva oposición en cuanto a su carácter autónomo,<sup>1</sup> pues no precisa la norma positiva su verdadera dimensión.<sup>2</sup>

No existe en nuestra doctrina jurídica una construcción teórica del proceso agrario, su naturaleza, caracteres y principios generales, motivado por la carencia de procedimiento judicial propio

\* Secretaria Sociedad Científica Derecho Agrario. Abogada, Profesora Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: *Las nuevas dimensiones del Derecho Agrario*, p. 23: «Comienzan a escucharse con cierta fuerza, algunas tesis pesimistas. Anuncian la desaparición del Derecho Agrario. La discusión en torno al G.A.T.T. o la O.M.C. divide a los agraristas. Para unos es la única alternativa válida para la agricultura. Para otros su destrucción».

<sup>2</sup> Embajador Bernardino Osio, Sec. Gral. del Instituto Italo-Latinoamericano, presentación del libro: *El Renacimiento del Derecho Agrario*. «Vislumbrar un renacimiento de esta rama jurídica en hechos tan trascendentales como son el impacto de los mercados, y en este caso específicamente del europeo, en la agricultura, sobre todo bajo una óptica de una agricultura respetuosa de la naturaleza y aliada de los consumidores, ofrece muchas sugerencias al proceso de integración iniciado en América Latina. E igual acontece respecto de una agricultura vinculada al desarrollo sostenible según las orientaciones señaladas durante esta última década del siglo por las Naciones Unidas al darle rango universal a estos dos nuevos derechos humanos el ambiente y el desarrollo. En este campo nuestros continentes están comprometidos y hay un largo, pero esperanzador, camino por recorrer. Cierran el círculo de estas nuevas dimensiones del Derecho Agrario, cuyo impacto va a constituir su renacimiento, en las posibilidades ciertas, y necesarias, de modernizar los sistemas de administración de justicia agraria y ambiental. Se profundiza en las experiencias de ambos continentes y se estructuran las más modernas alternativas, como el impulso de la oralidad, para citar solo un ejemplo, cuya tarea debe iniciarse pronto, para permitir el acceso a la justicia a los productores, los propietarios, los pobres».

para el conocimiento de los conflictos agrarios cuya solución se reserva en exclusiva a la Administración de la Agricultura en sus distintos niveles de autoridad.

En mi experiencia profesional, he podido apreciar los inconvenientes del procedimiento civil en general y en particular del procedimiento agrario administrativo vigente, reglamentado para resolver los conflictos que surgen con motivo del uso y explotación de la tierra y demás bienes agropecuarios, así como de la comercialización de los productos del agro.

El señalado problema ha determinado la selección de este tema relacionado con la modernización del procedimiento agrario con el objetivo general de sistematizar criterios teóricos basados en el estudio del proceso agrario comparado y del procedimiento administrativo vigente en Cuba, sin recurso en lo judicial excepto para reclamar por inconformidad con la cuantía de la indemnización fijada a causa de expropiación forzosa y por incumplimientos de los contratos económicos concertados entre los productores y de estos con terceros.

Las facultades, atribuciones y funciones que por mandato de ley vienen conferidas al Ministerio de la Agricultura como organismo rector en la materia resultan objeto de análisis, pues esta especial circunstancia plantea la necesidad de buscar eficacia en la solución de los conflictos y reclamaciones que se producen entre los sujetos de la relación jurídica agraria lo que repercute en los sectores agropecuario y azucarero de importancia vital para todos porque constituyen eslabón fundamental de la economía cubana. Para lograr la eficacia jurídica deseada en esta actividad es indispensable la correspondencia entre el Derecho y el proceso agrario para la consecución de sus fines; a saber: la eficiencia en la producción agrícola dirigida a la satisfacción de los intereses económicos y sociales.

Atendiendo a las señaladas razones, resultan objetivos específicos de esta ponencia, los siguientes:

- a. Valorar comparativamente los criterios legales y doctrinales nacional y de derecho comparado sobre el Derecho y el proceso agrario a los fines de disponer de una base teórica de apoyo a las conclusiones.
- b. Analizar críticamente la administrativización de los derechos agrarios en Cuba intentando demostrar la necesidad de su reordenamiento de acuerdo con las tendencias actuales.



Se intenta demostrar la necesidad de la modernización jurisdiccional agraria cubana como una vía para acercar a los productores agropecuarios a la justicia mediante el principio de la *oralidad* como práctica reconocida por los sistemas judiciales más avanzados, tanto del *civil law* como del *common law*.

La metodología utilizada en la elaboración de este trabajo se fundamenta en el método analítico descriptivo que se vincula a conceptos teóricos basados en el estudio del *ius* agrario cubano sin dejar de considerar nuestra realidad económica social y su posible relación con los textos consultados.

En nuestra práctica profesional realizada al abogar por los productores agrarios ante las instancias correspondientes hemos constatado las diversas dificultades que se presentan por la carencia de un ordenamiento consecuente con el desarrollo alcanzado en materia agraria.

El diseño del esquema consta de introducción, desarrollo que abarca tres capítulos, las conclusiones y las recomendaciones. Los dos primeros capítulos se refieren a los fundamentos teóricos conceptuales del Derecho y del proceso agrario comparado, y el capítulo tercero aborda el procedimiento administrativo agrario cubano cuyo tratamiento evidencia la necesidad de su modificación acorde con las posiciones más avanzadas en lo jurisdiccional.

Se procura exponer de modo sintético y objetivo los aspectos puntuales que en el orden procesal requieren de una profunda transformación para la caracterización del *ius* agrario cubano.

## Capítulo 1. Fundamentos teóricos de Derecho y proceso agrario

El desarrollo y madurez del Derecho Agrario impulsado por acontecimientos históricos de gran importancia en la nación, exige su debida correspondencia con las normas procesales que resultan el instrumento adecuado para su tutela y para la demostración inequívoca de sus fines; la satisfacción de los intereses económicos y sociales propios de la agricultura.

Es necesario, caracterizar los institutos del Derecho Agrario para definir rasgos particulares de especialidad mediante los cuales se pueda estructurar el proceso y darle un adecuado enfoque científico. Desde luego, el proceso agrario surge a partir de la propia existencia del derecho sustantivo y en particular por la definición de su naturaleza.

En Cuba se regula el Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra mediante el Decreto Ley 125/1991, de 30 de enero de 1991, que establece normas sustantivas y procesales que obliga a realizar el análisis teórico del Derecho Agrario y el proceso agrario a la vez, por su estrecha vinculación normativa aunque se establecen reglas propias de procedimiento por Resolución 24/91, de 19 de marzo de 1991, del ministro de la Agricultura que es el Reglamento. Esa circunstancia justifica la valoración teórica del presente capítulo.

### 1.1. Naturaleza jurídica del Derecho Agrario

Resulta indiscutible que el Derecho Agrario es de interés público y social en tanto se enmarca en la actividad de la producción, del producto agrario y de la sociedad en general.

El Derecho Agrario cubano tutela intereses de la producción y de la colectividad, de ahí, su carácter tridimensional: económico, social y ambiental, considerándose en Cuba la intervención del Estado para garantizar en primer lugar la satisfacción de un interés colectivo sin ignorar los derechos de los campesinos.<sup>3</sup>

El contenido de Derecho Agrario está condicionado por su naturaleza que abarca las complejas relaciones sociales que surgen con motivo del uso y explotación de la tierra y de los bienes agropecuarios y de la comercialización de los productos agrícolas.

Como afirma el profesor Zeledón Zeledón: «Desde hace mucho tiempo se advirtió sobre la necesidad de sostener la presencia también de un fundamento económico junto al social. Porque su origen está estrechamente vinculado con la germinación de los derechos humanos económicos y sociales. No solo con uno. Este planteamiento tuvo como objetivo robustecer aquella tesis clásica de considerar solo al fundamento social. Era una consecuencia de afirmar la función social de la propiedad como principio cardinal, totalizador y casi único de la materia. Hoy evidentemente aquella avanzadilla de lo económico y social se encuentra agrandada con el ambiental. Por esta razón modernamente deberá afirmarse la presencia de un triple fundamento: económico, social y ambiental».<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: *Las nuevas dimensiones del Derecho Agrario*, op. cit., p. 18.

<sup>4</sup> *Idem.*, p. 27. «Principalmente en Europa el impacto del mercado sobre el Derecho Agrario ha sido determinante. La doctrina clásica ha visto el derrumbamiento de sus fundamentos, ahora superados y atípicos, mientras se erigen originales perspectivas».

## 1.2. Interrelación con las demás ramas del Derecho

Para asesorar legalmente esta materia es necesario el dominio de la gestión económica y la actividad social inherente a las relaciones que surgen entre los sujetos que intervienen en la agricultura y para ello se requiere el conocimiento de otras ramas de Derecho por su estrecha relación con esta actividad; entre ellas: Derecho Constitucional, Laboral y Seguridad Social, Fiscal, Económico, Financiero, Ambiental, Mercantil y Societario.

La estrecha conexión del Derecho Agrario con otras ramas del Derecho no niega el carácter autónomo de la disciplina que se rige por su propia especialidad teniendo en cuenta que «los principios generales del Derecho Agrario asumen un papel cardinal. Significa la negativa a utilizar normas de otras ramas jurídicas, aun cuando sean de rango superior. Si no hay norma se recurre a sus mismos principios. Es el instrumento para aplicar fuentes jurídicas idóneas. Incluso pueden aprovecharse los institutos del Derecho Romano, o del mismo Código Civil, pero sobreponiendo la función económica y social de lo agrario. La verdadera autonomía está ahí. Es la forma de lograr la completez del sistema».<sup>5</sup>

La tutela concedida a los sujetos de la relación jurídica agraria no puede ser atendida en toda su magnitud mediante un proceso civil de estricto orden privado o de un proceso contencioso administrativo donde el Estado tiene facultades ilimitadas.<sup>6</sup>

## 1.3. Caracteres y principios generales

Las relaciones que se originan en el proceso de producción agropecuaria necesitan para su conocimiento y resolución de la existencia de órganos colegiados especiales a fin de darle el tratamiento jurisdiccional propio que merece.<sup>7</sup>

Es obvio, que esa necesidad surge por el desarrollo alcanzado en cuanto a la normativa material del agro. Coincidió con el criterio de que es una nece-

sidad del Derecho consagrar su evolución, para lo cual es indispensable un método de interpretación jurídico moderno «capaz de visualizar la norma a la luz de los valores de la sociedad y la realidad donde va a ser aplicado. Dándole al hecho técnico y al hecho político su verdadera dimensión».<sup>8</sup>

En consecuencia el ordenamiento procesal cubano debe responder a los fines y objetivos de la realidad económica social de la agricultura y debe ofrecer todas las garantías a los sujetos que intervienen en ella. Es importante tener presente la conexión del interés individual con el interés colectivo y es por ello que las normas deben estar inspiradas en fines generales con lo cual se socializa el objeto del proceso agrario a los fines de reflejar equidad entre el interés público y el interés privado.<sup>9</sup>

Comparto el criterio de que el proceso agrario debe ser rápido, económico, barato y sin excesos formales, dotado de un alto contenido social, adecuado a las exigencias de la agricultura y de las relaciones económico-sociales. Por su parte la actividad *discrecional* ha de tener presente los principios que inspiran las leyes agrarias.

El proceso de oficio concede facultad a la autoridad administrativa para actuar oficiosamente en búsqueda de la verdad material teniendo como premisa los derechos sociales y los derechos de los campesinos.

Se observa en la actualidad el desarrollo del Derecho Agrario en todas las latitudes unido a su gran dispersión legislativa, motivado por los constantes cambios que ocurren en el sector de la producción agropecuaria, vinculada al consumo y a la comercialización, así como a la introducción de nuevas técnicas.

De la comentada situación mundial no escapa Cuba, que por su condición de país agrícola necesita la dedicación de los juristas cubanos para su estudio y perfeccionamiento teórico, doctrinal y práctico por esto «el agrarista tiene dos opciones frente a las grandes alteraciones. La primera es investigar esos cambios para valorar los posibles avances y retrocesos. Urge conocer el estado actual de sus fuentes para acordar el nuevo contenido. Solo así, recurriendo a modernos criterios de interpretación, podrá fortalecer su ciencia. La segunda es más simple: aceptar

<sup>5</sup> *Idem.*, p. 31.

<sup>6</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: *Proceso agrario comparado en América Latina. Derecho Procesal Agrario*.

<sup>7</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: *Las nuevas dimensiones...*, *op. cit.*, p. 32. El autor señala que la «modernización de los sistemas judiciales, cuarta dimensión para el Derecho Agrario, se plantea como exigencia de la sociedad democrática moderna».

<sup>8</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: *Proceso Agrario comparado en América Latina...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>9</sup> *Idem.*, p. 34.

irremediablemente la crisis. El Derecho en general, con una marcada influencia en el agrario, presenta una evolución en cuatro dimensiones:

- »1. La nueva economía impulsa la creación de un cierto derecho de los mercados.
- »2. Para combatir la degradación de la naturaleza surge, con una energía sin precedentes, el Derecho Ambiental.
- »3. Como exigencia de los Pueblos el desarrollo se convierte en un fin y asume también el carácter de derecho.
- »4. Frente a la acusada crisis del Derecho y la jurisprudencia se modernizan los sistemas judiciales».<sup>10</sup>

## Capítulo 2. La doctrina procesal agraria y el Derecho comparado

La doctrina procesal agraria es de reciente origen si se tiene en cuenta que en el decursar del pasado siglo, ha tenido que enfrentar la jurisprudencia cuya tendencia ha sido llevarlo a los principios de Derecho Civil. Uno de sus primeros obstáculos fue visto en el I Congreso Nacional de Derecho Agrario italiano celebrado en Florencia en 1935, en el que Piero Calamandrei, desechó la creación de cualquier tipo de tribunales agrarios siempre en aras de sostener la unidad procesal civil.

No es hasta la segunda mitad del siglo XX que se aprecia la creación de posiciones procesales agrarias en correspondencia con la complejidad de las relaciones económicas de la sociedad moderna.

En Europa el sistema procesal resulta muy variado respecto a la naturaleza de sus órganos, competencia, tipo de procedimiento y principios que lo informan. Por ejemplo, en Alemania Federal se encuentra el *Landwirtschaftsgerichte* que es un órgano facultado para conocer las controversias relacionadas con los arrendamientos agrarios y forestales, así como el Régimen de la transmisión hereditaria. Bélgica conoce en sede civil. En España existen los jurados de riego, el tribunal de las aguas de Valencia, y los tribunales de censo de Cataluña. En Inglaterra es competencia de árbitros y órganos judiciales especializados. Irlanda posee tribunales agrarios. Ita-

lia tiene dentro de los tribunales civiles, una sección especializada agraria integrada por jueces juristas y laicos, cuya competencia se refiere al conocimiento de la contratación agraria. En Portugal existe una comisión arbitral integrada por un juez de distrito (presidente), un representante del Ministerio de la Agricultura y otro de las organizaciones agrícolas, cuya resolución tiene apelación ante el tribunal de la *relação*. En Suecia existen jueces especiales.<sup>11</sup>

En América se observan en la primera mitad del siglo XX, los ejemplos de México y Argentina al resolverse la justicia agraria en una jurisdicción especial.

El desarrollo de la jurisdicción agraria en Latinoamérica es destacado en México, pues ya en la segunda década de este siglo había dictado la Ley de Reforma Agraria, sentó principios fundamentales del proceso del agro y las bases para garantizar los derechos concedidos a través de procedimientos especiales.

En Chile en 1967, se crean los tribunales agrarios sujetos al poder judicial. Con excepción de México, Perú y Venezuela es regla que la materia del Derecho Agrario se conoce en la jurisdicción ordinaria, aun cuando en las leyes de reforma agraria exista previsión para el establecimiento de tribunales agrarios.

El procesalista Fix Zamudio,<sup>12</sup> laboró en la estructuración del proceso agrario mexicano que en la actualidad es un vivo ejemplo para la ciencia procesal dotada de principios específicos producto de la socialización de las relaciones jurídicas agrarias.

El destacado jurista italiano Mauro Cappelletti centra su estudio al respecto en tres elementos: el órgano agrario, el procedimiento y los principios procesales informadores del sistema con una amplia visión del Derecho comparado.

Los más destacados procesalistas agrarios de Europa entre otros, son los italianos; Antonio Carrozza, quien fuera presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (UMAU), Alfredo Massart, Anselmi Blas, Cappelletti, Germano y Pietro Romano Orlando, los españoles Sanz Jarque, Ballarín Mar-

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Héctor Fix Zamudio: «Estructuración del Proceso Agrario», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad*, p. 177. Explica que aún no se ha intentado en forma sistemática una estructuración procesal que nos permita conocer los lineamientos del proceso agrario y su vinculación con la teoría general del proceso.

<sup>10</sup> *Idem.*, p. 24.



cial, Agundez y Fairen, los que han profundizado en los principios del proceso agrario. En América Latina sobresalen la mexicana Chávez Padrón, el peruano Figallo, Robles Recavarren y el profesor Ricardo Zeledón de Costa Rica quien fuera presidente de la UMAU y Consultor internacional en esta materia.

El VIII Congreso mexicano de Derecho Procesal celebrado en 1979 reunió a estudiosos del Derecho Agrario y Procesal de América Latina y Europa, marcó pauta para tratar esta nueva clasificación jurídica orientados en los temas de tribunales agrarios, proceso agrario, Derecho Procesal Agrario en el ámbito internacional, procedimientos especiales agrarios y el amparo en materia agraria, todo lo cual constituye un verdadero aporte doctrinal.

Los diversos congresos de Derecho Agrario convocados por la UMAU se han convertido en fuente inspiradora de la doctrina más avanzada en la materia. Entre los más destacados vale citar el Congreso Mundial de Agraristas Universitarios celebrado en Brasil en 1994, donde se abordaron las tendencias actuales de esta especialidad vinculada a los Derechos Humanos y el Derecho Ambiental.

En relación con nuestro país, se destaca que antes de 1959, los conflictos y reconocimientos de derechos agrarios eran competencia de los juzgados civiles. Con el triunfo de la Revolución se dictó la primera Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, que constituye el primer antecedente legislativo cubano que prevé los tribunales de tierra para el reconocimiento y resolución de los procesos judiciales generados por su aplicación y los demás conflictos relacionados con la contratación agrícola y la propiedad rústica en general.

El establecimiento de esos tribunales quedó a cargo del extinguido Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), mientras se constituyeran, se consideró competente para conocer de los procesos de expropiación forzosa de fincas rústicas, al juez de primera instancia de la demarcación donde se encontraba la finca. De este modo, respecto al uso y tenencia de las tierras agropecuarias y forestales con motivo de la aplicación de dicha ley, fue competente el antiguo INRA, resolviendo los tribunales lo referente a las transmisiones hereditarias y liquidación matrimonial de bienes agrarios.

El Instituto Nacional de la Reforma Agraria creó comisiones en la zona oriental del país, conocidas como *Comisiones de Conflictos Campesinos*, que resolvían asuntos relacionados con el reconocimiento al campesino de la condición de beneficiario de la Ley de Reforma Agraria y su correspondiente inscripción en

el Registro de tenencia de la tierra. Con el expresado propósito, las *comisiones* referidas realizaban investigaciones respecto a la vinculación del campesino a la tierra como precarista o arrendatario adoptando mediante acta de acuerdo sus consideraciones, las que debían resultar aprobadas por la Comisión Regional de Protección a la tierra estatal y campesina para proceder de inmediato a su ejecución.

No es hasta 1981 que se dispone mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, dar cuenta al Ministerio de la Agricultura (sucesor del INRA), de los procesos referidos a fincas rústicas o bienes de producción agropecuaria a los efectos de ejercer los derechos que al respecto se estimara asistido en cumplimiento de lo establecido en último párrafo del artículo 555 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, ya que estos trámites no se realizaban por las instancias judiciales correspondientes.

El 30 de diciembre de 1982 se regula la herencia agraria mediante el Decreto Ley 63/1982, el que sustrae del conocimiento de los tribunales estos trámites, transfiriéndolos a la competencia del Ministerio de la Agricultura. Para heredar la tierra, esta norma establecía la exigencia al heredero de mantenerse trabajando de forma permanente y estable en la Finca por el término de un año antes del fallecimiento del titular.

El citado Decreto Ley fue derogado por el Decreto Ley 125/1991, de 30 de enero, a tenor del cual todas las cuestiones de derechos y reclamaciones relativas al uso y explotación de la tierra y bienes agropecuarios se resuelven únicamente por la Administración de la Agricultura, sin que las resoluciones dictadas por la autoridad administrativa puedan impugnarse en la vía judicial.

No disponemos de una reconocida doctrina procesal agraria en Cuba aunque existe una rica experiencia en este campo que permite caracterizarla con rasgos propios con una concepción distinta a la sostenida en nuestra área latinoamericana, lo cual está motivado por los principios filosóficos y éticos del sistema socialista pero esto no constituye un obstáculo para valorar la modernización procesal agraria que tiene lugar en los distintos países de América y su posible incidencia en nuestro país.

### ***2.1. La reforma procesal agraria***

En la actualidad los ordenamientos más avanzados se encuentran enfrascados en la modernización procesal, con el propósito de eliminar las deficien-



cias de los procesos burocráticos vigentes para procurar una justicia sencilla, rápida y más cercana al ciudadano.

En el ámbito del Derecho latino encontramos grandes reformas en el procedimiento civil como puede apreciarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil española Ley 1/2000, de 7 de enero, que abandona su antiguo arraigo a la escritura y a los formalismos innecesarios al introducir audiencias orales en las que las obligaciones y los derechos de las partes y de los jueces se concentran dinámicamente. Con esta ley se ha producido en España uno de los acontecimientos más importantes en la esfera jurídica como afirma Montero Aroca: «La entrada del siglo XXI se está produciendo con una nueva ley, en la que se ha alcanzado por fin, la ruptura del modelo procesal. Ocho siglos de proceso civil escrito, consecuencia de la recepción del proceso común llevada a cabo en el siglo XIII, están terminando en este albor del siglo XXI».<sup>13</sup>

Las opciones del Código Tipo que fue aprobado en 1987 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal orientaba el desarrollo de audiencias preliminares o complementarias conforme a cada tipo de proceso o las exigencias propias de la audiencia lo que ha constituido una pauta para la construcción del sistema de oralidad por audiencias.<sup>14</sup>

Respecto al proceso civil por audiencias, con acierto se plantea que «en ellas se deben cumplir de forma plena el principio de oralidad, y los consustanciales e indisolubles a ella como son los de inmediatez y concentración, así como los propios de la audiencia consistente en la publicidad, y en igual forma los inherentes a la dinámica de la oralidad como son el de contradicción, identidad física del juzgador y el de la búsqueda de la verdad real».<sup>15</sup>

Se sabe que la *oralidad* no significa ausencia de escritura porque todos los actos requieren documentarse sino que este principio es la forma en que se realizan las audiencias públicas. Ejemplo del establecimiento de la audiencia pública en el procedimiento civil en nuestra área latinoamericana se puede apreciar en el Código Procesal General de Costa Rica que la desarrolla en seis etapas fundamentales: «1. La definición del contenido del proceso o el objeto mismo de la audiencia específica; 2. La conciliación; 3. El sanea-

miento; 4. La recepción de pruebas; 5. Las conclusiones de los abogados o las partes; 6. El dictado de la parte dispositiva de la sentencia».<sup>16</sup>

La modernización procesal va acompañada de amplios poderes al juez para dirigir el proceso; investigador de la verdad real, conciliador siempre que sea posible y ejerciente de autoridad cuando se requiera. Desde luego un cambio tan radical en la esfera procesal exige un cambio cultural y filosófico jurídico de trascendencia ya que se necesitaría una nueva mentalidad para nuestra actuación profesional pues la esencia del proceso pasaría de la escritura a la oralidad entre otras innumerables reformas que exigiría la introducción de este principio en el procedimiento civil.

El procedimiento agrario no escapa a esta idea de modernización cuyo eje esencial lo constituye el principio de oralidad. Las particularidades del proceso agrario ofrece un sistema de fuentes propio lo cual afirma la autonomía del Derecho Procesal Agrario.

Es sabido que los conflictos agrarios en Cuba son resueltos por la administración del Estado sin recurso en la vía judicial por lo que esto convierte al que resuelve en juzgador agrario que en todo caso incorpora dentro de sus facultades el poder cautelar del juez agrario latinoamericano otorgado «para tutelar la producción y la conservación de los recursos naturales de índole agraria, antes de que una parte produzca a la otra, o a la misma colectividad, daños y perjuicios irreparables». Esta actuación demuestra una expansión de los amplios poderes del juez respecto al Derecho Procesal general. «Por eso el juez agrario, bajo su poder cautelar atípico, debe desprenderse de todo temor y tomar las medidas cautelares necesarias en defensa de la producción agraria y el ambiente (...) es un instrumento procesal idóneo para lograr una tutela efectiva del derecho agro sustancial y, de esa forma, evitar un fallo ineficaz».<sup>17</sup>

Otra tendencia de modernización de la justicia agraria tradicional latinoamericana es la resolución alternativa de conflictos en la que el *juez conciliador* procura un arreglo amistoso entre las partes.<sup>18</sup> También se plantea la introducción de otras soluciones como la media-

<sup>16</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: «El proceso por audiencia y oralidad en el Código Procesal General», p. 21.

<sup>17</sup> Enrique Ulate Chacón: *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, p. 55.

<sup>18</sup> Estatuto de la jurisdicción agraria en Colombia, arts. 35, 36 y 37. Ley agraria de México, art. 285, Proyecto de Ley de jurisdicción agraria y ambiental, arts. 32, 62, 63, 64 y 76.

<sup>13</sup> Juan Montero Aroca: *Los principios políticos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad*, p. 13.

<sup>14</sup> E. Vescovi: *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica*.

<sup>15</sup> Sergio Artavia Barrantes: *La Gran Reforma Procesal*, p. 31.

ción, la conciliación y el arbitraje como mecanismos para resolver de forma ágil los conflictos agrarios, pero dado el interés público que tutela el Derecho Agrario, estas instituciones tienen limitada eficacia.

La influencia del Derecho Ambiental en el Agrario trastoca el objeto de este último, que se dirige cada vez más a una producción sostenible produciéndose una estrecha vinculación entre la ecología y la materia agraria. El padre del Derecho Agrario moderno Antonio Carrozza ha considerado que «la reciente explosión de sensibilidad por los temas y los problemas de la ecología es la consecuencia difundida del progresivo deterioro del ambiente en todos sus valores y en todos sus componentes que llaman a participar, obviamente, también al Derecho Agrario, precisamente, por su estrecha vecindad con la naturaleza».<sup>19</sup>

El reto de la modernización del proceso agrario pasa por alcanzar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, con justicia agraria y paz social.<sup>20</sup>

Siguiendo la tendencia de la unificación procesal en algunos países de América Latina la justicia agraria se realiza por jueces comunes respetando los criterios de especialización de lo agrario, al respecto es un ejemplo el Código General del Proceso de Uruguay aprobado en 1988 –en vigor desde 1989–, el que reconoce la especialidad de la materia agraria y su particular interés social junto con los de familia, menores, seguridad social y laboral en virtud de lo cual establece dos disposiciones importantes: a) posibilidad de modificar la pretensión en la audiencia si se advierte que el interesado careció del adecuado asesoramiento; b) facultades asimiladas a la del juez instructor en materia penal. En estas materias de interés social puede el juez adoptar además de medidas cautelares, «medidas anticipadas y provisionales, medidas de coacción material o personal».<sup>21</sup>

Aunque existe tendencia a la unificación procesal se estima necesaria la especialización de jueces dedicados a conocer exclusivamente lo agrario.<sup>22</sup>

El profesor Figallo ante la unificación procesal seguida por Perú, coincide en la necesidad de cuidar los principios propios de la especialidad agraria entre los cuales

considera la itinerancia del juez agrario, el principio de universalidad, el principio de trascendencia y el principio de la *extrapetition* alguno de los cuales analizamos más adelante.<sup>23</sup> De acuerdo con el profesor Zeledón, «un Código General del Proceso no tiene como misión destruir las jurisdicciones especializadas. Por el contrario busca modernizar el sistema procesal dotándolo de pocos procesos para todas las disciplinas, pero respetando las particularidades de todas ellas (...) la de agrario de realizar el juicio no en el tribunal sino directamente en el fundo para practicar en el mismo momento el reconocimiento judicial».<sup>24</sup>

Por su parte Ulate Chacón considera otras particularidades propias, «tales como la posibilidad de fallar de acuerdo a lo debatido y probado en el proceso, la posibilidad de modificar las pretensiones en la audiencia preliminar, entre otras. Igualmente, se deberán establecer algunas regulaciones en cuanto a procesos especiales, en particular, de los juicios de responsabilidad por daño agroambiental, de preservación del ambiente rural y de los recursos naturales renovables, tal y como se contempla en la jurisdicción agraria de Colombia».<sup>25</sup>

Estos criterios de especialización pueden ser asumidos en el Derecho Procesal Agrario cubano para una futura modernización procesal para lo que debe introducirse la intervención judicial en esta materia mediante la modificación de la legislación vigente.

## 2.2. Principios a considerar en la modernización procesal agraria

La doctrina procesal ha ido configurando una serie de principios que varían frente a un sistema procesal basado en la escritura o en la oralidad aunque la diferencia entre ambos sistemas se atenúan pues «se trata de utilizar la comunicación oral entre los sujetos del proceso pero sin prescindir de los elementos escritos que puedan dar una mayor fijeza, y hasta solidez en algunos casos, al desarrollo procesal. La escritura es indispensable precisamente para establecer aquello que se debe tratar oralmente».<sup>26</sup>

<sup>19</sup> Antonio Carrozza: *Lexioni di Diritto Agrario*, p. 321.

<sup>20</sup> Enrique Ulate Chacón: *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, op. cit., p. 56.

<sup>21</sup> Adolfo Gelsi Bidart: «Justicia agraria y ambiental», p. 285.

<sup>22</sup> Enrique Guerra Daneri: «Proceso y materia agraria», pp. 290 y 291.

<sup>23</sup> Guillermo Figallo Adrianzen: «Justicia agraria y ambiental en Perú», pp. 259 y 260.

<sup>24</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: *Salvemos la justicia*, pp. 181-183.

<sup>25</sup> Enrique Ulate Chacón: *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, op. cit., p. 60.

<sup>26</sup> Santiago Sentís Melendo, en las palabras de presentación de las obras de Cappelletti: *El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas y La oralidad y las pruebas en el proceso civil*.

La doctrina procesal agraria ha demostrado que el Derecho Procesal Agrario se identifica con los principios comunes pero también tiene principios propios que la caracterizan como una especialidad autónoma frente a otras disciplinas del ordenamiento jurídico y aunque existe la tendencia universal a la unificación del proceso se mantiene su distinción con el proceso civil.<sup>27</sup>

Coincidiendo con la doctrina procesal agraria de Costa Rica que es de la más avanzada en nuestro contexto latinoamericano vale afirmar que los principios procesales agrarios tienen como finalidad orientar la interpretación y aplicación de la normativa procesal agraria para suplir deficiencias normativas en aras de evitar la influencia de los principios de otras ramas procesales.

De acuerdo con Artavia Barrantes, «los principios procesales, por otros denominados principios de procedimiento, tienen la función de suplir las lagunas o ambigüedades que puedan darse en el Derecho Procesal, y se consideran normas jurídicas semejantes a las normas que integran un ordenamiento, llegando incluso a constituir el vértice o columna vertebral de una estructura procesal y que sin perjuicio de no dejarla inválida, debe integrarse a esas normas como un todo armónico. Los principios indican al operador del Derecho, el pensamiento e inclinación de un determinado proceso o de un Código procesal en general, pues aunque no configuran el proceso inspiran ciertas construcciones procesales».<sup>28</sup>

La falta del proceso judicial para la solución de los conflictos agrarios en Cuba no puede desalentarnos en la idea de valorar la posible modernización de la actuación procesal administrativa con intervención judicial acorde a los principios procesales introducidos para el enjuiciamiento en nuestra área geográfica, con tal finalidad, intentaré analizar los principios de posible incidencia en el actuar del Ministerio de la Agricultura para la resolución de las reclamaciones agrarias y el necesario control jurisdiccional

que debe introducirse a tenor del artículo 120 de la Constitución de la República que reserva el ejercicio de la justicia a los tribunales populares.

Varios países de Latinoamérica, asumen los principios propios del Derecho Procesal Agrario, entre los que se destacan Venezuela y Costa Rica, que disponen de legislación agraria de avanzada y acogen el principio de oralidad como base del sistema de enjuiciamiento por audiencias.

En este sentido, la primera parte de la Ley de tierras y desarrollo agrario de Venezuela, establece las bases del desarrollo rural y principios agrarios, Régimen del uso del agua, del Registro agrario, del uso y redistribución de tierras, certificación de finca productiva y mejorable, de la adjudicación de tierras, de la expropiación agraria, del impuesto, de los entes agrarios, entre otras cuestiones sustantivas, y en una segunda parte, establece los procedimientos contenciosos agrarios, principios procesales, órganos y competencias.<sup>29</sup>

El Código Agrario de Panamá, Ley 55/2011, regula en el primer libro de la ley, las bases del desarrollo agrario y los principios, y en un segundo libro establece los principios procesales y el procedimiento agrario.

Se destaca el proyecto de Código Procesal Agrario de Costa Rica, que muestra una moderna y actualizada propuesta de legislación que acoge el sistema de oralidad por audiencias, teniendo en cuenta su eficacia jurídica para contribuir a la protección de la producción agraria y los intereses sociales, económicos y ambientales del sector.

Considero de interés asumir los principios que se analizan en el Tratado de Derecho Procesal Agrario del destacado profesor de Costa Rica, el agrarista Ulate Chacón que venimos citando, según se expone seguidamente.

### 2.2.1. Principio dispositivo y oficiosidad

El principio de oficiosidad rige el proceso administrativo agrario cubano si se tiene en cuenta que el impulso procesal es de oficio en contraste con el

<sup>27</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: *Proceso agrario comparado en América Latina*, op. cit., pp. 24 y 25. *Derecho Procesal Agrario*, pp. 267 y 276. Enrique Ulate Chacón afirma que «la existencia de principios comunes nace de la unificación de las leyes procesales en un Código General del Proceso, pero manteniendo las características especiales de cada disciplina», op. cit., p. 308. Campos Rivera: *Derecho Procesal Agrario*, p. 46. Román Duque Corredor: *Justicia Agraria y Ambiental*, p. 297.

<sup>28</sup> Sergio Artavia Barrantes: *Derecho Procesal Civil*, p. 46.

<sup>29</sup> «Ley de tierras y de desarrollo rural de Venezuela». *Gaceta Oficial Extraordinaria*, no. 5, 991, publicada en 29 de julio de 2010. Véanse arts. 156 sobre competencia agraria, 184 y siguientes de la sala especial agraria, art. 186 del procedimiento ordinario agrario, art. 197 de los asuntos de competencia municipal agraria, y del recurso de casación agrario entre otras reglas de procedimiento agrario.



principio dispositivo que solo alcanza en nuestro sistema la disposición de una persona sobre sus derechos subjetivos enmarcados procesalmente en la acción, renuncia o transacción de sus derechos.

El interés público del Derecho Procesal impone limitaciones a la facultad dispositiva de las partes predominando el principio de oficiosidad en materia agraria lo que se deduce de la Resolución 24/1991 del ministro de la Agricultura, Reglamento del Decreto Ley 125/1991 que regula la aplicación del Régimen de posesión de propiedad y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios, atenuada en cuanto consagra el derecho de petición al reservar a las partes la solicitud de derechos e interposición de recursos administrativos.

El actuante administrativo está facultado para dirigir e impulsar de oficio la tramitación del proceso sin intervención de las partes. Para exigir el cumplimiento estricto de los términos concedidos por el Decreto Ley 125/1991 para la sustanciación de los procesos de herencias y recursos. El ministro de la Agricultura dictó la Resolución 853/2003 por la que se establecen términos perentorios para «aquellos trámites, pruebas y diligencias que no la tienen reguladas, con el propósito de abreviar los procesos sucesorios, sin menoscabo de los derechos concedidos a los presuntos herederos».<sup>30</sup>

El Reglamento agrario establece la facultad de la administración para perseguir de oficio las infracciones de los propietarios o usufructuarios en cuanto a la debida explotación de la tierra conforme a las disposiciones vigentes sobre su uso y aprovechamiento.

Se admite la facultad de impugnación de las partes cuando quien se considera perjudicado con lo resuelto por la representación territorial del Ministerio de la Agricultura interpone recurso de apelación ante el ministro de la Agricultura pero se limita la intervención judicial. En cuanto al proceso de revisión se exige la existencia de presupuestos mediante causales numeradas.<sup>31</sup>

Es de significar que en materia agraria no es causal de revisión la congruencia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas puesto que la administración tiene facultad para resolver el fondo del asunto debatido en interés del campesino y la producción.

En cuanto a la posibilidad de transacción solo se establece como límite que el acuerdo de las partes cumpla con los requisitos de la ley que por el interés público de la materia especial agraria convierte en irrenunciables los derechos que reconoce el artículo 18 del Decreto Ley 125/1991 a favor del heredero que trabaja la tierra.

### 2.2.2. Principio de oralidad

Es una necesidad incorporar la actividad judicial con procedimiento oral en nuestro sistema procesal agrario por ser más conveniente dada la naturaleza y exigencias del Derecho sustantivo agrario.

El procedimiento común cubano no tiene previstas las audiencias orales, tampoco el Reglamento que regula el procedimiento para la aplicación del Régimen agrario aunque serían el medio más eficaz para acercar la justicia del agro al productor agropecuario.

Respecto a la diferencia del sistema escrito y el sistema procesal oral, Chiovenda señala: «Dependiendo que aplique o no, o aplique en diversa medida, los principios (conexos entre sí), de la oralidad, según el cual las deducciones de las partes normalmente deben ser hechas de viva voz en audiencia, es decir, en aquel momento y lugar dados en que el juez escucha a las partes y dirige la marcha de la causa; el de la inmediación, por el cual el juez que pronuncia la sentencia debe ser la o las mismas personas físicas (tribunal colegiado), que han recogido los elementos de su convencimiento, es decir, que han oído a las partes, a los testigos, a los peritos y examinado los lugares y objetos de controversia; consecuentemente, el principio de la identidad física del juez durante toda la actuación, el de la concentración que, con el fin de hacer posible la aplicación de los otros tres principios, impone la reunión de todas las actividades procesales dirigidas a la instrucción de la causa (pruebas y discusión de las pruebas) en una sola sesión o en número limitado, en todo caso, próximas unas a otras. En el proceso informado por estos principios, proceso oral, domina y tiene importancia fundamental la audiencia, o vista oral que, por el contrario, tiene poca o ninguna en el proceso de tipo escrito».<sup>32</sup>

Las características de la oralidad permiten apreciar su verdadera dimensión, así podemos concluir con el profesor Ulate Chacón que la discusión oral es lo

<sup>30</sup> Cuarto *Por Cuanto* de la Resolución 853/2003, de 27 de octubre del 2003, del ministro de la Agricultura.

<sup>31</sup> Arts. 35 y ss. del Decreto Ley 125/1991.

<sup>32</sup> Guiseppe Chiovenda: *Curso de Derecho Procesal Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho*, pp. 28 y 29.



más importante que puede ocurrir en el proceso en tanto la audiencia oral y pública permite al juzgador apreciar de viva voz las declaraciones de las partes y de los testigos y la confrontación de ideas concretas aportadas por estas o sus abogados que coadyuva a formarse una convicción objetiva y un resultado más rápido del litigio.<sup>33</sup>

Respecto a la oralidad procesal el profesor Montero Aroca indica que «si hubiera que destacar algo que normalmente caracteriza al procedimiento oral diríamos que esta clase de procedimiento suele acabar con una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes, sin perjuicio de que esa audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión».<sup>34</sup>

La oralidad lleva implícita la consecución de unidad de acto o concentración tanto así que es la que caracteriza el procedimiento oral más que la mera oralidad de los actos procesales.<sup>35</sup>

La concentración supone que el proceso oral se realice en una sola audiencia con el propósito de que las manifestaciones y pruebas se mantengan fielmente en la memoria del juez al momento de dictar el fallo lo que da garantía a la solución objetiva de los procesos y a la celeridad en los procedimientos.

A la concentración –o unidad de acto– sigue el principio de inmediación que significa una relación física directa e inmediata del actuante con las personas que participan en la relación jurídica procesal (actores o demandados, abogados litigantes) y con la totalidad de las pruebas que ofrece la certeza que debe formarse con lo visto y oído y no sobre el reflejo documental de los medios de prueba. Es necesariamente el juez que ha practicado la prueba el que dicte la resolución. «No hay inmediación si la ley permite que un juez presencie la prueba y otro dicte sentencia, pues entonces

este último solo puede formar su certeza con la constancia documental de la prueba practicada. Oralidad e inmediación no son principios distintos, sino que se presentan formando parte de un conjunto inescindible».<sup>36</sup>

La doctrina procesal agraria acoge la oralidad que también implica publicidad. Esta, en su verdadera dimensión, significa el derecho de cada parte a examinar las actuaciones dentro del proceso y en cuanto a terceros, constituye garantía de imparcialidad de la justicia a cuyo efecto surge la necesidad de instrumentar la celebración de audiencias públicas, para que las partes intervengan de manera directa y efectiva en los procesos en los cuales se debate sobre sus derechos subjetivos.<sup>37</sup>

En el I Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario, celebrado en Costa Rica en 1997, los expertos de América Latina y Europa se orientaron hacia la oralidad con todas sus consecuencias dentro del proceso agrario.<sup>38</sup>

Por su parte el profesor brasileño Borges considera que «la oralidad ocurre solo cuando la ley es aplicada por juzgados especiales».<sup>39</sup> En nuestro sistema de Derecho esta afirmación nos conduce a reflexionar sobre la necesidad de contar con tribunales especiales para la solución de los conflictos agrarios lo que permitiría introducir el principio de oralidad con todas las ventajas que implica para la solución de los mismos.

### 2.2.3. Principio inquisitivo y amplios poderes del juzgador

La aplicación del principio de oralidad en el procedimiento agrario Latinoamericano ha llevado a la concesión de mayores facultades al juez. «El nuevo principio busca otorgarle al juez agrario un

<sup>33</sup> Enrique Ulate Chacón: *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, op. cit., p. 328.

<sup>34</sup> Juan Montero Aroca: *Los principios políticos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad*, op. cit., p. 176.

<sup>35</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: *Proceso oral y Abogacía. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, pp. 17 y 19. «Si las mayores ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración sería preferible hablar de proceso concentrado en vez de proceso oral».

<sup>36</sup> Juan Montero Aroca: *Los principios políticos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad*, op. cit., p. 182.

<sup>37</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: *Derecho Procesal Agrario*, p. 173. Guillermo Figallo: «La oralidad en el proceso agrario y ambiental peruano», p. 347.

<sup>38</sup> En Memorias del I Congreso del CADA: De Brasil; Marcos Alfonso Borges, pp 307-314. De Colombia: Guillermo Benavides Melo, p. 316. De Costa Rica: Álvaro Meza Lazarus, p. 325. De Perú: Guillermo Figallo, p. 347. De Italia: Albrto Germano, pp. 331-345.

<sup>39</sup> Marcos Alfonso Borges, en Memorias del I Congreso del CADA, pp. 307-314.

poder-deber de dirección y control sobre el proceso, otorgándole amplias facultades para lograr alcanzar el fin de una justicia agraria pronta y cumplida».<sup>40</sup>

Con estas prerrogativas corresponde al juez el impulso del proceso con facultad para dirigir todos los trámites, especialmente se amplían sus facultades para traer pruebas en búsqueda de la verdad real con libre valoración de las mismas así como para adoptar medidas que le permitan sanear el proceso para su validez y eficacia. No obstante, «los poderes del juez tienen como límite el observar las reglas del ordenamiento jurídico».<sup>41</sup>

Otra facultad que amplía los poderes del juez en relación con el proceso tradicional es la libre administración de la prueba que no es ya facultad exclusiva de las partes sino que este puede indagar la realidad. «Su función es, a este respecto, activa. Inquieta y forma racionalmente su certeza; no la supedita a los elementos que los contendientes aleguen».<sup>42</sup>

Estima el profesor Zeledón que «los poderes más importantes se refieren, en segundo lugar, a la administración del elemento probatorio. Porque el juez es el que decide sobre la admisibilidad de la prueba. Puede rechazar la impertinente o abundante. Incluso puede recurrir a otras distintas de las ofrecidas por las partes consideradas por él indispensables para buscar la verdad. Pero además al dirigir el debate en la etapa probatoria, decide los criterios para evacuarla, permite a las partes interrogar o preguntar, señala límites en cuanto a su contenido o alcance, y sobre todo ha de estar facultado para formular las preguntas directamente para obtener el máximo provecho de ellas».<sup>43</sup>

Estas prerrogativas del juez agrario están conferidas para procurar acercarlo en todo lo posible a la realidad de los hechos y encontrar la verdad real para alcanzar la justicia agraria. Aunque las reclamaciones de derechos agrarios en Cuba son conocidas exclusivamente por la administración, a esta se le concede legalmente las señaladas facultades que se

convierten en facultades ilimitadas al ser el proceso puramente administrativo sin posibilidad alguna de recurso judicial.

Otro aspecto importante en cuanto a los amplios poderes del juez en la modernización procesal agraria lo constituye la libre valoración de la prueba que lo faculta para darle el valor que considera le corresponde sin estar sujeto a una valoración tasada de forma previa en la Ley. A este respecto Campos Rivera considera que «la libre valoración de la prueba no otorga a los jueces agrarios una libertad absoluta e irresponsable en la formación de su convencimiento. Por el contrario existe la obligación de indicar, en la motivación del fallo, los hechos y circunstancias que lo han llevado a adoptar la decisión».<sup>44</sup>

#### 2.2.4. Principios específicos del proceso agrario

En los apartados anteriores hemos analizado el principio dispositivo y de oficiosidad, el de oralidad con sus características de concentración, inmediación y publicidad y el principio inquisitivo y de amplios poderes al juez que son comunes con otros procesos en aquellos países de América y Europa que han modernizado al sistema oral en sus respectivas leyes de enjuiciamiento, pero no podemos ignorar los principios propios y exclusivos del Derecho Procesal Agrario que intenta rematizar en nuestro sistema de Derecho, pues como se sabe no contamos con juez agrario ya que los conflictos en esta materia se resuelven en sede gubernativa.

##### 2.2.4.1. Itinerancia del juez

Es principio propio y específico de lo agrario la itinerancia de los jueces, lo cual favorece el acceso a la justicia, la rapidez en la solución de los conflictos, el acercamiento a las partes, a los campesinos y el fortalecimiento de la inmediación. «La justicia itinerante permite que los jueces no sean jueces de escritorio, sino que salgan de su sede a administrar justicia, realizar actuaciones, evacuar prueba, tener contacto directo con el medio en el cual se desenvuelve la controversia, dentro de su ámbito de competencia territorial».<sup>45</sup>

Los distintos países de América Latina que han acogido la creación de la jurisdicción agraria especializada consagran el juez itinerante obligado a

<sup>40</sup> Enrique Ulate Chacón: *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, op. cit., p. 346.

<sup>41</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: *Derecho Procesal Agrario*, op. cit., pp. 290 y 291.

<sup>42</sup> Sergio García Ramírez: *Justicia agraria*, p. 91.

<sup>43</sup> Ricardo Zeledón Zeledón: «La modernización de la justicia agraria y ambiental», p. 60.

<sup>44</sup> Domingo Campos Rivera: *Derecho Procesal Agrario*, p. 51.

<sup>45</sup> Enrique Ulate Chacón: *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, op. cit., p. 371.

desplazarse periódicamente a los territorios de su competencia, «no es el campesino el que va en busca de la justicia a la ciudad, sino la justicia la que va en búsqueda del campesino».<sup>46</sup>

El artículo 48 de la Ley de Jurisdicción Agraria de Costa Rica en el sentido analizado establece: «Siempre que sea posible realizar el juicio verbal en el predio afectado por el conflicto, la comparecencia se llevará a cabo en ese lugar y se practicará, en el mismo acto, la inspección ocular y cualquier otra clase de estudio de campo». En la práctica la mayoría de diligencias y juicios verbales se hacen en el campo.<sup>47</sup>

En Cuba no se dispone de juez o tribunal itinerante en lo agrario puesto que solo interviene la administración de la agricultura en la solución de las controversias, pero el funcionario actuante en un expediente de adjudicación de herencia o de infracción de las disposiciones sobre el uso y aprovechamiento de la tierra está obligado a realizar cuantas diligencias resulten necesarias en el propio lugar para verificar la información aportada por las partes en la búsqueda de la verdad real.<sup>48</sup>

#### 2.2.4.2. *Facultades de fallar ultra y extrapetita*

El juez agrario en Latinoamérica está facultado para fallar más allá de lo pedido por las partes, pues no gobierna el principio de congruencia propio del proceso civil porque se busca lograr «la realización del Derecho el cual no puede sacrificarse por una demanda mal formulada o una defectuosa defensa».<sup>49</sup>

Campos Rivera afirma que «los jueces agrarios tienen, pues, facultades para fallar *extra* y *ultra petita*, con el fin de garantizar que los derechos e indemnizaciones que a estos sujetos de la relación jurídica procesal les corresponden les sean efectivamente reconocidos».<sup>50</sup> Este argumento significa que el juez agrario podrá reconocer derechos más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido en mérito a lo debatido y probado.

En Cuba la jurisdicción administrativa resuelve las contiendas agrarias sin intervención judicial como reiteradamente se ha dicho pero la administración tiene estas facultades de resolver más allá de las pretensiones de las partes considerando el interés público de la materia agraria enmarcada en el derecho de los agricultores pequeños y el sostenimiento de la producción agropecuaria.

### Capítulo 3. La justicia agraria administrativa en Cuba

#### 3.1. *Marco constitucional y criterio legal vigente*

El artículo 19 de la Constitución de la República de Cuba respecto a la materia agraria y las relaciones de los productores agrarios con el Estado, reconoce la propiedad de los agricultores pequeños sobre la tierra y los bienes agropecuarios que legalmente disfrutan. Además, reconoce el derecho de incorporar sus tierras a las cooperativas agropecuarias y previa autorización venderlas o permutarlas, también pueden transmitir las al Estado que siempre tendrá derecho preferente para adquirirlas.

El precepto constitucional prohíbe el arrendamiento, la aparcería o cualquier otra forma de cesión parcial de la tierra a particulares pertenecientes a agricultores pequeños, reconoce el derecho a asociarse y el derecho a la herencia de la tierra con las exigencias de la ley. Se establece además el apoyo del Estado a la producción individual de los agricultores pequeños que contribuyan a la economía nacional.

Por otra parte el artículo 120 de la Constitución cubana reconoce la tutela judicial efectiva al reconocer que «la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye». Esto significa que la justicia debe ser ejercida en última instancia por los tribunales populares por lo que la limitación que establece el artículo 41 del Decreto Ley 125/1991 sobre la imposibilidad de impugnación judicial contra lo resuelto por el ministro de la Agricultura no se corresponde con el citado precepto constitucional.

El Decreto Ley 125/1991 enfrenta el principio de jerarquía normativa si consideramos que el artículo 663 de la Ley 7/1997, de 19 de agosto, de procedimiento civil, administrativo y laboral autoriza la competencia de la sala de lo civil y de lo Administrativo del tribunal provincial popular de Ciudad de La Habana para el conocimiento de las pretensiones que se for-

<sup>46</sup> Guillermo Figallo Andrianzen: «Justicia agraria y ambiental en Perú», *op. cit.*, p. 260.

<sup>47</sup> Enrique Ulate Chacón: *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, *op. cit.*, p. 372.

<sup>48</sup> Arts. 179 y 29 de la Resolución 24/91, de 19 de marzo, Reglamento para la aplicación del Régimen agrario en Cuba.

<sup>49</sup> Enrique Ulate Chacón: *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, *op. cit.*, p. 373.

<sup>50</sup> Domingo Campos Rivera: *Derecho Procesal Agrario*, p. 182.



mulen contra las disposiciones de carácter general y las resoluciones emanadas de los órganos superiores de los OACE, lo cual admitiría el control judicial contra las decisiones en materia agraria.

A la anterior afirmación se puede oponer el principio de especialidad del Decreto Ley 125/1991 que conduce a su aplicación preferente a cualquier otra norma salvo la constitucional que como he comentado, reserva la impartición de justicia a la esfera judicial.

Llevar la justicia agraria a la “administrativización” impide alcanzar los efectos de los principios previstos en la modernización del proceso, en particular el sistema de oralidad respecto al que se considera que solo ocurre cuando la ley es aplicada por juzgados especiales.

Reducir los derechos agrarios y su tramitación a su reconocimiento en la esfera administrativa priva a los ciudadanos de la necesaria imparcialidad y especialidad propias de la vía judicial.

En relación con el criterio sostenido sobre la necesidad del control judicial en los asuntos agrarios tal como se someten las resoluciones de todos los organismos de la Administración Central del Estado con excepción de las del Ministerio de la Agricultura nos conduciría a un proceso judicial administrativo al que también sería imposible acomodar los principios procesales del agrario que hemos venido analizando, pues la ley procesal vigente no prevé el sistema oral para el enjuiciamiento.

No sería errado insistir en la creación de tribunales de tierra y un procedimiento especial propio tal como lo concibió la primera Ley de Reforma Agraria. Esta idea puede encontrar apoyo en la Ley 82/1998, de los tribunales populares que establece la creación de salas especializadas en asuntos que así lo requieran en el Tribunal Supremo Popular y en los provinciales, también faculta al Consejo de Gobierno del Supremo para la creación de más de un tribunal municipal y secciones especiales dentro de la demarcación territorial de cada municipio. Esta ley permite la estructuración de salas y secciones especiales para asuntos exclusivos de lo agrario.

### **3.2. Aspectos sustantivos**

Las bases principales para el uso y explotación de la tierra se observan en toda la normativa de la agricultura cubana, así se recoge en el vigente contenido del Decreto Ley 125/1991, de 30 de enero, Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y de-

más bienes agropecuarios que como se ha reiterado establece la imposibilidad de combatir en la vía judicial aquellas resoluciones que se dictan a su amparo.

Si tenemos en cuenta que esta norma, rompe con el orden de suceder y con las reglas de la partición hereditaria, no admite la sucesión testada, eleva el tiempo de ocupación y trabajo en la tierra a cinco años en relación con la norma anterior, regula la expropiación forzosa agropecuaria ante los tribunales previa declaración del ministro del ramo de la utilidad pública de la misma, establece distintas infracciones de las obligaciones del agricultor como son: abandono de la tierra o su deficiente aprovechamiento; mantener asalariados; no vender las producciones susceptibles de acopiarse; comercialización ilícita de sus producciones; abandono de la ley fundamental de producción; aparcería, arrendamiento u otras formas de cesión parcial o total de la tierra; además de regular la ocupación ilegal de tierras; la concesión de usufructo, permuta, división y otras formas de transmisión de la tierra y la facultad discrecional administrativa; se puede afirmar que estamos en presencia de una diversidad de derechos, cuya valoración se defiende únicamente a la administración, que a su vez es rectora en la materia por mandato de ley.

Las dificultades y problemas que se suscitan en las reclamaciones y conflictos agrarios son hartamente conocidos. En eventos sobre esta materia celebrados en Cuba se ha evidenciado que el mencionado decreto ley no se ajusta a la política actual del agro encaminada a distribuir las tierras del fondo estatal para su mejor explotación y aprovechamiento resultando una contradicción con estos fines; la exigencia que se establece para heredarla relativa a: mantener el heredero cinco años de trabajo permanente y estable en la unidad de producción, antes del fallecimiento del causante. Se propone por agraristas cubanos la reducción del término referido o la eliminación de tal exigencia.

La Constitución garantiza la herencia de la tierra a favor del que la trabaja en consecuencia la modificación de la ley agraria que se propone ha de observar este principio por lo que ha de exigirse que el heredero se encuentre vinculado al área antes del fallecimiento del causante, sin perjuicio, de considerar las excepciones establecidas en el ámbito discrecional de la administración de la Agricultura.

Otros planteamientos se refieren a la imposibilidad de realizar transmisiones “intervivos”, lo que también resulta un obstáculo para el desarrollo de la activi-



dad agropecuaria, pues limita que campesinos de avanzada edad puedan donar la tierra a sus hijos que en realidad son los que laboran la tierra.

Son innumerables las críticas realizadas al Decreto Ley 125/1991 el que abarca aspectos sustantivos y adjetivos. Se señala con fuerza lo relativo a la prohibición de testar la tierra en oposición a la Constitución y al Código Civil, que garantizan el derecho de los ciudadanos a declarar su última voluntad, sin otra limitación que la de considerar al heredero especialmente protegido.

La falta de precisión sobre el concepto de bienes agropecuarios provoca confusión, pues suele ocurrir que a la vez son de uso común resultando objeto de reclamación simultánea ante los tribunales civiles y ante la administración de la Agricultura, lo que conduce a pronunciamientos contradictorios.

La imprecisión mencionada conlleva a que las adjudicaciones de herencia agraria en la generalidad de los casos solo se ciñen al traspaso de la tierra sin mención a los demás bienes agropecuarios.

### 3.3. Procedimiento administrativo actual

Para cumplir el objetivo de este trabajo de investigación es necesario analizar los aspectos procesales del Decreto Ley 125/91 complementado con su Reglamento la Resolución 24/91 del ministro de la Agricultura en cuanto establece los distintos trámites y niveles facultados administrativos en lo que se ha dado en llamar *jurisdicción especial agraria* que es más bien una jurisdicción gubernativa con funciones, estructura y competencia determinada. El procedimiento se establece para conocer y resolver las reclamaciones de derecho y conflictos agrarios que se tramitan mediante la aplicación de las normas vigentes sobre el Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios. En sus distintas instancias comprende entre otros asuntos los siguientes:

- a. Declaración de herederos, partición, adjudicación de herencia y liquidación de la comunidad de bienes.
- b. Reivindicación de tierras.
- c. Declaración de utilidad pública o interés social sobre una unidad de producción agropecuaria.
- d. Declaración de ocupantes ilegales.

- e. Actos discrecionales.
- f. Declaración de oficio de las infracciones de las obligaciones agrarias.
- g. Ineficacia jurídica de los actos agrarios.
- h. División y permutas de fincas.
- i. Expedientes de pensiones.
- j. Controversias surgidas respecto a la administración de la tierra.
- k. h) Otras cuestiones agrarias establecidas en el citado régimen legal.

El trámite de expropiación forzosa previsto a partir de la infracción de las obligaciones agrarias carece de recursos necesarios para la defensa del expedientado, pues el presunto infractor solo es notificado mediante acta confeccionada al efecto, sin que tenga posibilidad de discutir los bienes objeto de inventario, ni articular pruebas contra esa actuación. El director o delegado territorial, eleva solicitud de declaración de utilidad pública e interés social al ministro del ramo y una vez dictada la resolución, no puede ser impugnada en ninguna vía.

En la práctica el afectado conoce el contenido de la resolución ministerial cuando es emplazado de la demanda judicial que interpone el organismo para interesar la *expropiación forzosa*, oportunidad en la que solo puede discrepar de la tasación y precios fijados como indemnización por el propio Ministerio de la Agricultura.

El recurso de apelación previsto en el Decreto Ley para el resto de las cuestiones sometidas a su aplicación, establece un término para su interposición y recientemente se ha establecido uno perentorio para la resolución a efectos de erradicar excesivas demoras para evitar perjuicios a las partes.

La estructura administrativa que se encuentra establecida respecto a las cuestiones tuteladas por el Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra citado, considera el nivel primario de autoridad administrativa al delegado municipal de la Agricultura, que a su vez es el presidente de la Comisión Agraria Municipal, la cual está integrada por un vicepresidente que es el director municipal de Cooperativas y Campesinos y un secretario que es el asesor jurídico además de sus miembros permanentes que son: el registrador municipal, directores de empresas, jefe

de Acopio, Suministro y Aseguramiento al Sector Campesino y representantes del Ministerio del Azúcar y la ANAP en el municipio.

La Resolución 267 de 7 de mayo de 1996 del ministro de la Agricultura, Reglamento para la atención estatal al sector cooperativo y campesino, ratificó la vigencia de las Comisiones de Asuntos Agrarios en el nivel municipal, territorial y nacional como órgano colegiado de carácter consultivo para el examen de los asuntos relacionados con la tenencia de la tierra y su eficiente aprovechamiento para la producción a que están destinadas y el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la legislación agraria vigente y dispone la reactivación de las mismas en esos niveles.

La Administración de la Agricultura para adoptar sus decisiones se apoya en sus órganos consultivos que son las Comisiones Agrarias en sus distintos niveles. Los órganos auxiliares de la administración son las direcciones jurídicas y la dirección de supervisión y auditoría de dicho Ministerio.

En la práctica, el expediente de reclamación es conformado por la dirección de Cooperativas y Campesinos, una vez concluida la investigación y el dictamen de la Comisión Agraria Municipal en el cual se consigna la confirmación de datos, pruebas y definición de derechos del solicitante; se eleva para su resolución, al director o delegado territorial de la agricultura en su caso, con un proyecto de resolución del especialista jurídico agrario a esa instancia.

En estos trámites no interviene la actividad notarial ni la judicial, aun cuando se declaran, modifican, constituyen y/o extinguen derechos patrimoniales. Se aceptan dichas actuaciones públicas solo para la valoración de pruebas provenientes de su actividad.

Contra lo resuelto por el director o delegado territorial cabe el recurso de apelación para ante el ministro de la Agricultura y contra lo dispuesto por este no cabe recurso alguno, ni en lo administrativo ni en lo judicial.

Se plantea como excepción el proceso de revisión por el aporte de nuevos elementos, apreciación inadecuada de un elemento de hecho o de derecho y por razones excepcionales que la justifiquen ante el propio ministro.

Las imprecisiones y omisiones presentes en el actual régimen legal para resolver los conflictos en el uso y explotación de la tierra y bienes agropecuarios

conducen a inseguridad en el tráfico jurídico porque en ocasiones coexisten pronunciamientos de la vía judicial y de la administrativa, excluyentes o contradictorios entre sí.

Al no quedar bien delimitado el concepto de *bienes agrarios* se provoca confusión que se observa en la solución de asuntos en los que interviene la sección de lo civil del tribunal municipal correspondiente para resolver sobre adjudicación del caudal hereditario integrado por bienes muebles e inmuebles que a su vez se incluyen como bienes agrarios en la adjudicación de herencia agraria en la vía administrativa, esto ocasiona conflicto de atribuciones o en su defecto inhibición del facultado que debe resolver.

Por otra parte al no intervenir los tribunales en la solución de los conflictos agrarios no existe procedimiento legal alguno para declarar la lesividad de los actos administrativos firmes dictados por el ministro de la Agricultura, sin embargo este ha ido contra sus propios actos sobre la base de la ineficacia de los actos jurídicos prevista en el Código Civil que exige para su aplicación un pronunciamiento judicial que lo declare, según el artículo 6.6 en relación con el artículo 223.3, ambos de la Ley de Procedimiento Civil vigente.

Para ilustrar la afirmación anterior a modo de ejemplo comentamos un caso de interés. Existía una decisión judicial firme fundamentada en Resolución del Ministerio de la Agricultura de 1985 que reconocía la tenencia legal de la tierra y doce años después, en el año 1998 fue revocada por aplicación de los artículos 67 a), ch) y 68.1 del Código civil en base a los cuales se declara la nulidad y se retrotrae la acción a la fecha de los hechos por vicios de origen, sin distinguir si se refiere a vicio en la voluntad o vicio en las cosas y sin más fundamentos legales se dictó la Resolución revocatoria lo que creó ineficacia de la sentencia judicial que reconocía derechos, pues debido a la revocación fue imposible ejecutarla convirtiéndola en una sentencia inoficiosa en perjuicio de la seguridad que debe brindar la justicia. Es claro que este actuar administrativo sin control judicial puede conllevar a la arbitrariedad y consecuente desconfianza del justiciable.<sup>51</sup>

Situaciones como la comentada imponen una urgente reordenación de la legislación agraria con vistas a propiciar el control judicial en la aplicación del Derecho.

<sup>51</sup> Miriam Velazco Mugarra. Caso práctico analizado en el Módulo Derecho Administrativo del Diplomado de Derecho Agrario.

### 3.3.1. Procedimiento registral

La creación del Registro de Tenencia de la Tierra mediante la Resolución 597 de 29 de octubre de 1987 del ministro de la Agricultura asume otros trámites que se reglamentan por la Resolución 288 de 15 de mayo de 1990 de la propia autoridad, reservando a esta oficina la función general de mantener un control actualizado del fondo de tierra, la situación legal de diversos tenedores, número de estos y concepto en el cual poseen la tierra, expedir certificaciones, realizar inspecciones y elevar las apelaciones con motivo de inconformidad respecto a sus decisiones, además de la aplicación del Decreto 203 de 21 de noviembre de 1995 del Consejo de Ministros, sobre contravenciones agrarias que faculta a los registradores para imponer medidas cuando se incumpla con las exigencias relativas al expresado control.

Los Registros inscriben la tierra en administración entregadas a entidades estatales, así como en usufructo y las que en este concepto son asignadas a pequeños agricultores, tierras en arrendamiento incorporadas a un plan estatal a cambio de una renta, tierras en propiedad y en los casos de tierra ubicada en perímetro urbano y asentamientos poblaciones en áreas rurales se realiza su inscripción en coordinación con Planificación Física y el Ministerio de la Agricultura.

Su estructura está diseñada en oficinas municipales, territoriales y la oficina central. Las oficinas municipales se subordinan desde el punto de vista metodológico y funcional a la Oficina Territorial Registral y ejecutivamente de los directores municipales de Cooperativas y Campesinos, mientras que la oficina territorial se subordina al departamento jurídico de la Delegación Territorial de la Agricultura y la oficina central a la dirección jurídica del Organismo.

Las oficinas registrales tienen su propio procedimiento para las reclamaciones de derecho respecto a la inconformidad con las inscripciones, medidas, linderos y servidumbres.

El Registro en sus distintas instancias comprende:

- a. La publicidad de los actos administrativos.
- b. La tramitación de expedientes para la inscripción de la titularidad en el concepto que corresponda.

En la actividad de la agricultura también se regulan otros Registros entre los cuales se encuentra el Registro de Ganado Mayor y Razas Puras y muy re-

cientemente el Registro de Tractores también a cargo de esta administración.

Como puede apreciarse todos los trámites relacionados con los derechos sobre la tierra, su explotación y registro se resuelven en la esfera de la administración del Ministerio de la Agricultura.

### 3.3.2. Procedimiento para conocer de contravenciones agrarias

El sistema de contravenciones de la actividad agropecuaria está previsto con un procedimiento administrativo especial en el que interviene el inspector estatal, el registrador, funcionario, o en su caso el director o delegado territorial de la Agricultura para resolver la apelación correspondiente a las acciones y omisiones no constitutivas de delito que contravengan las normas establecidas respecto a:

- El patrimonio forestal y la fauna silvestre.
- Sanidad vegetal.
- Control y registro del ganado mayor y razas puras.
- Semillas.
- Protección a la apicultura y recursos mielíferos.
- Mercado agropecuario.
- Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios y Registro de tenencia de la tierra.
- Sistema de Medicina Veterinaria.

Según el procedimiento establecido en este sistema de contravenciones, el inspector estatal o funcionario facultado, impone la multa contra la cual se puede establecer el recurso de apelación correspondiente. Se sabe que el régimen de contravenciones es esencialmente administrativo sin reclamación judicial aun cuando puede afectar derechos subjetivos de carácter agrario al facultar al inspector para el comiso de bienes e incluso la incautación de las tierras por el Estado.

### 3.4. Las reclamaciones económicas agrícolas

La contratación económica entre los sujetos de la relación jurídica agraria se ventila en su fase de ejecución ante la sala de lo económico del tribunal popular correspondiente, ajustándose al procedimien-

to establecido para el extinguido arbitraje estatal en virtud de Instrucción emitida por el Tribunal Supremo Popular al efecto.

Para reclamar por el incumplimiento de los contratos económicos se requiere seguimiento en ejecución, pues la pérdida de los términos establecidos para la interposición de la demanda hace inadmisible su tramitación judicial, lo que puede ocasionar perjuicios a las unidades de producción agropecuaria al afectarse su rentabilidad por no alcanzar el resarcimiento de daños y perjuicios que pudiera corresponderles.

## Conclusiones

En el desarrollo de cada uno de los capítulos se concretan ideas que permite llegar a una sana crítica del proceso administrativo agrario cubano, además hemos sugerido posibles soluciones y recomendaciones sobre este tema que en modo alguno se pretende agotar en esta exposición.

Nuestro sistema de Derecho necesita asumir los cambios que impone el moderno enjuiciamiento civil con la oralidad de incidencia directa en lo agrario, esto nos permitiría disfrutar los beneficios que aporta la audiencia pública con la inmediatez y la concentración de los actos procesales para acercar la justicia al ciudadano de esta forma despojada de esquemas formales.

También la modernización procesal nos facilitaría enriquecer la doctrina introduciendo una teoría general de Derecho Procesal Agrario, basada en los principios comunes y propios que lo informan como son el principio dispositivo y de oficiosidad, de oralidad, inquisitivo y de amplios poderes al juzgador, su itinerancia y las facultades de fallar *ultra* y *extrapetita* con lo cual encontraremos el verdadero camino para el estudio científico de esta materia.

Aunque no se adoptara de inmediato la modificación legislativa necesaria para la modernización procesal civil y agraria, si aplicamos de forma directa el artículo 120 de la Constitución de la República se podría someter a control judicial las resoluciones del ministro de la Agricultura, lo que respalda también el artículo 663 de la Ley procesal ritual, admitirlo así como es procedente, permitiría eliminar los inconvenientes de la “administrativización” en la solución de los conflictos agrarios.

En mérito al desarrollo alcanzado por nuestro sistema de Derecho y en particular de la legislación agraria, resulta inoperante el mecanismo vigente para resolver las reclamaciones de derecho y solución de conflictos que se suscitan; no solo por la de-

mora excesiva, sino por la necesaria imparcialidad y especialidad que debe poseer el que resuelve en favor de lograr los fines y objetivos de la actividad agropecuaria en beneficio de la producción y la colectividad, es por ello, que se propone al legislador reflexionar sobre este tema.

Si partimos de la existencia de una sala especial agraria dentro del fuero común, se requiere de bases propias que hoy no están previstas para solucionar las reclamaciones de derechos surgidas entre los sujetos de la actividad agropecuaria.

Se impone el reordenamiento en el plano conceptual y político de esta especialidad cuya autonomía combaten algunos juristas que la desconocen precisamente por su estrecha vinculación con otras ramas del Derecho y la presencia de una normativa que técnicamente la ubica en el plano administrativo.

En América Latina se ha desarrollado un sistema procesal agrario que confirma su autonomía y revaloriza sus conceptos. Nosotros venimos obligados a trabajar en la redefinición de conceptos, naturaleza, alcance y contenido del Derecho y el proceso agrario cubano, los que deberán siempre estar vinculados a nuestra realidad social, en tanto, su carácter especial viene informado por la actividad agropecuaria estrechamente unida a los intereses de la producción y la colectividad, de ahí, la necesidad urgente de un proceso adecuado que responda a las exigencias del derecho material.

Las mismas dudas que nos asaltan fueron comunes a los agraristas latinoamericanos y así lo expone en su obra *Derecho Agrario comparado en América Latina*, el profesor Ricardo Zeledón Zeledón de la Universidad de Costa Rica, en la cual analiza la jurisdicción especial agraria de México, el fuero privativo agrario de Perú y la jurisdicción especializada agraria venezolana. Apremiar la experiencia de los países latinoamericanos en el campo del proceso agrario nos ayudará a perfeccionar nuestro Derecho Procesal.

En cualquier supuesto aun con la intervención de jueces comunes con observancia de los criterios de especialidad de lo agrario cabe considerar el poder cautelar del tribunal para adoptar medidas anticipadas y materiales de coacción material y personal a los fines de proteger los intereses de la producción y de los recursos naturales de índole agrario.

## Recomendaciones

Para formular algunas recomendaciones como resultado de este trabajo, se toma en consideración la concepción doctrinal, legal y práctica del procedimiento



agrario cubano y del Derecho Procesal Agrario comparado. Luego de realizado el análisis de esos contenidos, estimo que es necesario buscar soluciones que contribuyan a resolver los problemas planteados surgidos por la aplicación de las normas agrarias vigentes a cuyo efecto se propone lo siguiente:

PRIMERA. Considerando el alto contenido social que la ley confiere al uso y explotación de la tierra rústica y la diversidad de sujetos de la relación jurídica del agro es aconsejable que el legislador restablezca el control judicial de las resoluciones del ministro de la Agricultura a los fines de conseguir equidad e imparcialidad en la solución de los conflictos de derechos agrarios mientras tanto se apruebe la sección especializada agraria en el fuero común.

SEGUNDA. Que por el legislador se valore la adopción de un sistema de normas generales de bases para el desarrollo agrario y sus principios, además del procedimiento para actualizar el procedimiento agrario, con la introducción de los principios comunes y propios del proceso agrario acorde con la funcionalidad que este requiere.

TERCERA. Una vez que nuestro sistema de Derecho asuma la modernización del enjuiciamiento civil, se espera también el reconocimiento de los principios propios del agrario que se proponen en una ley de tierra, que fije la competencia de los órganos de justicia agraria, sea considerado por salas y secciones especializadas agrarias para brindar imparcialidad en el reconocimiento de los derechos de los productores agrícolas lo cual representaría un estímulo para el desarrollo gradual de la conciencia social del agro y consecuentemente de la producción agropecuaria.

CUARTA. Que para formular una acertada concepción de las salas y secciones agrarias, su competencia, el procedimiento y los principios que lo informan deben observarse las bases principales del régimen jurídico de la propiedad agraria cubana, por esto la importancia de una norma especializada agraria.

QUINTA. Que en la actualización y modernización del procedimiento se deben establecer sencillos trámites para resolver los asuntos agrarios regulándose su campo de aplicación, los principios procesales, las medidas cautelares, distribución de instancias para los procedimientos contenciosos y especiales en materia agraria, la audiencia pública, la libre valoración

de pruebas, la motivación de la sentencia, los recursos y la posible revisión.

5.1. El campo de aplicación deberá consignar todo lo referente al reconocimiento, concesión, modificación o extinción de los derechos referidos a las normas sustantivas agrarias y al aprovechamiento de los recursos naturales agrícolas, además de definir los sujetos de la relación jurídica agraria y el concepto de bienes agropecuarios.

Aprovechando la infraestructura creada por el Ministerio de la Agricultura para esta actividad, la administración de justicia agraria podrá apoyarse en el dictamen de la Comisión agraria correspondiente y de ser necesario auxiliarse de la Dirección de Supervisión y Auditoría del organismo.

5.2. Los principios procesales deben considerar: el impulso de oficio; el sistema de la oralidad vinculado a los principios de inmediatez y concentración de los actos procesales, la itinerancia del juzgador agrario y su facultad de fallar *ultra y extrapetita*.

5.3. Se debe conceder facultad al tribunal para adoptar medidas cautelares con carácter anticipado o dentro del proceso mediante coacción material y personal a los fines de asegurar la producción agropecuaria y los recursos naturales agrarios.

5.4. La distribución de instancias se dispondrá de acuerdo a la naturaleza de los procedimientos contenciosos agrarios y especiales por daño agroambiental rural y de los recursos renovables.

5.5. La itinerancia del juzgador agrario permite que el tribunal salga de su sede a administrar justicia, realizar actuaciones, evacuar prueba, tener contacto directo con el medio en el cual se desenvuelve la controversia, al objeto de favorecer la rapidez en la solución de los conflictos, el acercamiento a las partes, a los productores y al fortalecimiento de la intermediación concretada en la audiencia pública.

Las partes podrán modificar sus pretensiones en la audiencia además de participar directamente en el acto de conciliación para solucionar la discrepancia sometida a la decisión judicial.

En la celebración de la audiencia se podrán formular las alegaciones de viva voz y se practicarán las pruebas de una sola vez, quedando el asunto concluso para su inmediata resolución de ser posible en el acto por su trascendencia a los ciclos de cosecha.

- 5.6. El tribunal estará facultado para la valoración libre de las pruebas y disponer de oficio las que considere necesarias para el cabal conocimiento de la verdad real.
- 5.7. Las sentencias serán dictadas con lenguaje sencillo sin dejar de narrar las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas y los fundamentos de derecho considerados para resolver el fondo del asunto litigado de acuerdo con lo debatido y probado.

No será motivo de impugnación el fallo por incongruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes dado el interés público de la materia agraria que debe facultar al tribunal a fallar *ultra* y *extrapetita*.

- 5.8. Se establecerá recurso de apelación contra las decisiones adoptadas por las instancias municipales. Y recurso de casación por las reglas del procedimiento común.
- 5.9. La revisión podrá considerarse bajo las mismas causales establecidas en el Régimen de posesión propiedad y herencia de la tierra vigente y será de conocimiento del Tribunal Supremo Popular.

SEXTA. Nuestro país eminentemente agrícola requiere de juristas con dominio de la especialidad tratada y para prepararlos adecuadamente y elevar el nivel de los graduados se debe trabajar por los docentes en el perfeccionamiento del contenido teórico y doctrinal del pregrado y de la educación sistemática y técnica de la superación de postgrado, además de publicitar y promover el estudio del Derecho Agrario y el proceso agrario comparado mediante conferencias, talleres, simposios, encuentros y cualquier otra forma de participación profesional que es una labor en la que pueden colaborar las organizaciones y organismos implicados con esta disciplina.

SÉPTIMA. Debe someterse a la consideración de la Comisión Nacional Agraria y de las facultades de Derecho de las universidades del país todos los trabajos realizados por nuestros

juristas dedicados a profundizar en el estudio del Derecho y el proceso agrario.

OCTAVA. Debe coordinarse por el Ministerio de la Agricultura, el Ministerio de Educación Superior y las universidades del país, los letrados que se necesitan para asesorar la materia agraria debido a la importancia de la actividad para la economía cubana.

NOVENA. Se propone la especialización en Derecho y proceso agrario de abogados de Bufetes Colectivos y de las Consultorías Jurídicas del Ministerio de Justicia con el fin de prestar un servicio de asesoramiento legal y representación procesal de calidad a los distintos sujetos que intervienen en la relación jurídica agraria.

## Bibliografía

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: *Proceso oral y Abogacía. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, t. II, México, 1974.
- Artavia Barrantes, Sergio: *Derecho Procesal Civil*, t. I, Ed. Jurídica Dupas, San José de Costa Rica, 1997.
- «El proyecto civil por audiencias y oralidad», en *La Gran Reforma Procesal* (edit. Ricardo Zeledón Zeledón), 1ª. ed., Costa Rica, 2000.
- Borges, Marcos Alfonso: en *Memorias del I Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario*, 1997, pp. 307-314.
- Campos Rivera, Domingo: *Derecho Procesal Agrario*, 3ª. ed., Ed. Depalma, Caracas, 1978.
- *Derecho Procesal Agrario*, Universidad Nacional de Colombia, Escuela Judicial, 1991.
- Carrozza, Antonio y Ricardo Zeledón Zeledón: *Teoría general e institutos de Derecho Agrario*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1990.
- Carrozza, Antonio: *Lexioni di Diritto Agrario*, Ed. Giuffré, Milano, 1987.
- Chiovenda, Guiseppe: *Curso de Derecho Procesal Civil*, t. 6, 1ª. ed., Ed. Harla, Biblioteca Clásicos del Derecho, México, 1997.
- Duque Corredor, Román: «Justicia agraria y ambiental», en *Justicia Agraria y Ambiental*, 1ª. ed., Ed. Guayacán, San José de Costa Rica, 1998.
- Figallo Adrianzen, Guillermo: «Justicia agraria y ambiental en Peru», en *Justicia Agraria y Ambiental*, 1ª. ed., Ed. Guayacán, San José de Costa Rica, 1998.
- «La oralidad en el proceso agrario y ambiental peruano», en *Memorias del I Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario*, 1997.

Fix Zamudio, Héctor: «Estructuración del Proceso Agrario», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, 1961.

Gelsi Bidart, Adolfo: «Justicia agraria y ambiental», en *Justicia Agraria y Ambiental*, 1ª. ed., Ed. Guayacán, San José de Costa Rica, 1998.

Guerra Daneri, Enrique: *Derecho Agrario. Fundamentos*, t. I, Montevideo, 1996.

---- «Proceso y materia agraria», en *Justicia Agraria y Ambiental*, 1ª. ed., Ed. Guayacán, San José de Costa Rica, 1998, pp. 290 y 291.

Montero Aroca, Juan: *Los principios políticos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Sentís Melendo, Santiago: «Palabras de presentación», en Cappelletti: *El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas* (trad. Santiago Sentís Melendo), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.

---- «Palabras de presentación», en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil* (trad. Sentís Melendo), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.

Ulate Chacón, Enrique: *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, 1ª. ed., Ed. Guayacán Centroamérica S.A., 1999.

Velazco Mugarra, Miriam: «Análisis legal de caso práctico resuelto por la Administración de la Agricultura relativo a la aplicación de la legislación agraria», en *Diplomado de Derecho Agrario*, La Habana, noviembre 1999.

---- «El Derecho Procesal Agrario en Cuba», en *Memorias del I Congreso Internacional de Derecho Procesal Agrario*, México, septiembre/2000.

Vescovi, E.: *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.

Zeledón Zeledón, Ricardo: *Derecho Procesal Agrario*, t. II, vol. I, Ed. Ilanud, Escuela Judicial, San José, 1990.

---- «El proceso por audiencia y oralidad en el Código Procesal General», en *La gran reforma procesal* (edit. Ricardo Zeledón Zeledón), 1ª. ed., Costa Rica, 2000.

---- «La modernización de la justicia agraria y ambiental», en *Memorias del primer Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario*.

---- *Las nuevas dimensiones del Derecho Agrario*, Ed. Guayacán Centroamericana S.A., San José, Costa Rica, 1998.

---- *Salvemos la justicia*, Ed. Guayacán, San José de Costa Rica, 1998.

## La función conciliatoria de la comparecencia en materia familiar

LIC. YANET RUIZ GIL\*

### Introducción

La dinámica del desarrollo de la familia en el mundo contemporáneo impone nuevas tendencias para solucionar los conflictos que se generan en el entorno familiar. El estudio del Derecho de Familia y su instrumentación procesal revela la necesidad de realizar un cambio profundo en la forma de abordar la solución jurídica de estos conflictos.

En esta dirección, se observa en América Latina una tendencia a la sustitución de la justicia contenciosa por aquella que ha sido llamada por algunos juristas como justicia coexistencial, basada en formas de conciliación. Se trata de emplear alternativas que contribuyan a garantizar y consolidar la convivencia familiar, de modo que se resuelvan con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares.

Las modernas concepciones del Derecho Procesal Familiar se sustentan en las bases del predominio del papel conciliatorio del juez de familia, en un proceso que se caracteriza por su oralidad y menor rigidez y formalismos. Se trata de un proceso ágil y garantista, que parte de la búsqueda de la necesaria conciliación de los intereses divergentes, en aras de lo que resulta mejor para la familia.

En Cuba no estamos ajenos al proceso reformador que se aprecia internacionalmente, hoy existe una nueva óptica para solucionar los procesos familiares. La promulgación de las Instrucciones 187, 191 y 216 por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y los resultados obtenidos en la práctica judicial, muestran un panorama diferente en la jurisdiccional familiar. La especialización de los jueces que tramitan esta materia, la intervención del fiscal, la posibilidad de escucha del menor, la participación de los abuelos y la mayor oralidad de los procesos mediante el empleo de la comparecencia, son algunos de los principales aspectos que se han transformado.

\* Jueza profesional titular del TMP Guáimaro-Camagüey.



En este escenario resulta interesante estudiar la utilidad del empleo de la conciliación en los procesos de familia, puesto que su uso matiza un cambio en la filosofía de impartición de la justicia familiar. Además la obtención de un resultado positivo del fin conciliatorio de la comparecencia familiar se encuentra relacionado, en gran medida, con la vocación conciliatoria de los jueces y el resto de los intervinientes en el proceso.

### **Algunas consideraciones sobre la conciliación como mecanismo alternativo resolutor de conflictos familiares**

La conciliación se ha instituido como uno de los mecanismos alternativos de auto composición para solucionar los conflictos. En las últimas décadas su estudio, codificación y puesta en práctica se ha manifestado en numerosos países, los que han apostado por su eficacia como alternativa viable para encontrar soluciones justas y aceptadas por las partes en conflicto. A la luz de este movimiento promovido a escala internacional, podría pensarse que se trata de un tema nuevo, sin embargo, nos encontramos ante una institución tan antigua, como el interés de los hombres por resolver pacíficamente sus diferencias, ya que viene empleándose desde tiempos inmemoriales.<sup>1</sup>

No obstante, la importancia y novedad de su estudio resulta incuestionable, puesto que se trata de una alternativa que reporta numerosas ventajas, sobre todo en materia familiar, donde deviene en instrumento idóneo para alcanzar una justicia más cercana a la sensibilidad que entrañan los conflictos de esta naturaleza.

Conciliar se deriva del vocablo latino *conciliare*, que significa componer y ajustar los ánimos desavenidos.<sup>2</sup>

Tal como se deriva del significado etimológico del término, *conciliación* no es más que el instrumento o mecanismo mediante el cual las partes del litigio dan solución de mutuo acuerdo a cualquier controversia susceptible de transacción, con la colaboración de un tercero imparcial y calificado llamado *conciliador*, antes o durante la tramitación de un proceso judicial.

<sup>1</sup> Desde la comunidad primitiva, primera formación económica social que ha conocido la humanidad, ya los líderes eran considerados como intermediarios entre los dioses y el hombre.

<sup>2</sup> *Diccionario Ilustrado Aristos de la Lengua Española*, p. 159.

Como se refiere anteriormente es notorio que la conciliación implica la colaboración de un tercero imparcial, el que tiene la función de asistir a las partes para que ellas mismas acuerden la solución de su discrepancia. El conciliador deberá guiar a las partes para clarificar y delimitar los puntos conflictivos y además proponer, si fuera necesario, formulas conciliatorias justas, lícitas, equitativas y de beneficio mutuo, procurando que se llegue a un acuerdo.

La conciliación puede producirse de manera facultativa por iniciativa de las partes u obligatoria cuando el trámite se desarrolla en atención a un mandato legal.<sup>3</sup> El resultado conciliatorio puede ser total, cuando el acuerdo comprende la totalidad de las materias en disputa, parcial cuando el acuerdo conciliatorio alcanza únicamente algunos aspectos discutidos o puede producirse un fracaso cuando no se logra acuerdo sobre ninguno de los puntos discordantes.

La conciliación puede desarrollarse como etapa previa al proceso o dentro de este. Cuando se realiza de manera previa, el tercero que interviene puede encontrarse adscrito a centros u oficinas de conciliación o instituciones de esta naturaleza con otras denominaciones, sin que los servicios de conciliación formen parte del sistema judicial formal, en esta vertiente se intenta reducir los casos que llegan al juzgado y con ello se reducen los costos de la solución de los conflictos.<sup>4</sup> Por el contrario, en varios países de Iberoamérica, ha sido confiada la conciliación previa a los juzgados de categoría más baja en la escala, los que se encuentran más cerca de la población, como los juzgados municipales o los jueces de paz, muchas veces asistidos por gente del pueblo con cierta influencia entre los litigantes.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> En algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso de Perú, se le confiere carácter *obligatorio* a la conciliación previa, puesto que se exige como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda, que las partes hayan intentado conciliar de manera previa a la promoción del proceso (*vid.* art. 6 de la Ley de Conciliación 26872 de noviembre de 1997, modificada por Ley 27398 publicada el 13 de enero de 2001 y por el Decreto Legislativo 1070 publicado el 28 junio de 2008)

<sup>4</sup> Un ejemplo de esta clase de conciliación previa es Alemania, donde existe una tradición de servicios de conciliación desde 1827 y su función principal es solucionar extrajudicialmente litigios de diferente naturaleza.

<sup>5</sup> El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica regula la conciliación previa de manera preceptiva y establece en su art. 263 que la audiencia se convocará por el tribunal que establezca la ley orgánica, que podrá ser el de menor jerarquía en la escala judicial o el competente para entender en el proceso judicial a intentarse.



También puede producirse la conciliación dentro de un proceso judicial, la que se conoce como procesal o judicial, en este caso no hay consenso en las legislaciones consultadas en cuanto a la persona que fungirá como *conciliador*. Existe una amplia polémica entre los procesalistas en cuanto a si la función de conciliación se debe cumplir por los jueces que dirimen el conflicto o por un conciliador diferente al juzgador. Los defensores de que la conciliación debe realizarse por conciliadores especiales, argumentan que el juez debe quedar al margen de las soluciones transaccionales, y colocado por encima de las partes para mantener su imparcialidad.

En la exposición de motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica se defiende la idea de que el juez, como especialista en Derecho y mejor conocedor que nadie del alcance de las pretensiones, será el mejor conciliador. El juez debe mantener una participación activa en el proceso, puede proponer soluciones y argumentar a las partes sobre los inconvenientes de la sentencia judicial.

Como parte del proceso de renovación del Derecho Procesal en la contemporaneidad se aprecia una tendencia en las legislaciones latinoamericanas a regular la conciliación como una función de la audiencia preliminar, siendo en este acto procesal donde se concreta la realización de la conciliación. El profesor argentino Berizonce destaca como una de las seis líneas tendenciales en las reformas procesales del área, la regulación del proceso por audiencias, visto como ese proceso esencialmente oral en el que se garantiza la intermediación entre el juez y las partes, con la presencia de audiencia preliminar.

La audiencia preliminar posee como antecedente la regulación realizada por el régimen austríaco y su principal finalidad es la de intentar la conciliación por parte del tribunal. Se debe destacar que existe otro instituto regulado por legislaciones como la española con similares funciones a las de la audiencia preliminar denominado comparecencia.<sup>6</sup>

El Código Modelo propone la conciliación judicial en la audiencia preliminar, la que deberá estar presidida por el juez, procurando evitar o reducir el con-

flicto, es decir, se debe realizar ante un juez activo, quien en un acto triangular junto a las partes y sus abogados, en franca y leal colaboración, procura una solución al conflicto.

Sentado lo anterior, corresponde analizar la naturaleza *sui generis* de las relaciones familiares, la que exige un tratamiento diferente para la solución de los litigios que de ella se derivan. La esencia de la institución familiar se aleja de lo puramente patrimonial y comprende aspectos de índole social, psicológico, ético y moral que superan el marco de lo estrictamente jurídico. Las relaciones jurídicas que se establecen entre los miembros de una familia colocan en un rango superior las relaciones personales, por encima de las patrimoniales que de ella se derivan, de allí la complejidad de estos conflictos y la necesidad de que su solución sea particularizada y ajustada a tales características.

Siendo así, resulta evidente la utilidad del empleo de alternativas que propicien el acuerdo para resolver los litigios generados en el seno de una familia, de modo que las partes litigantes participen en la solución del mismo. Las fórmulas conciliatorias favorecen de manera considerable a la familia, si tenemos en cuenta que nadie conoce mejor lo que resulta más beneficioso para una familia, que sus integrantes. No se puede olvidar que son las partes las que construyen el nexo que las une y por tanto también la relación conflictiva, razón por la cual son los únicos capaces de entender el asunto y por ende darle la solución más adecuada.

El Derecho de Familia «representa la parte más sentimental del Derecho, en que (...) confunde sus aguas con las ternuras de los sentimientos y los principios de la moral».<sup>7</sup> «Se ha dicho que el Derecho de Familia es la menos jurídica de todas las ramas del Derecho, pero no porque le falte contenido técnico-jurídico, sino porque es tal vez la más transversal en su conformación y aplicación, la que tiene en sí misma y con mucha fuerza el germen de la transdisciplina».<sup>8</sup>

Ello se reafirma cuando analizamos las características de esta rama del Derecho: fondo ético de sus instituciones; predominio de las relaciones personales sobre las patrimoniales; predominio del interés so-

<sup>6</sup> En España la nueva Ley de Reformas Urgentes de 1984 estableció el instituto de la comparecencia, que no es ni más ni menos, según la opinión tan autorizada como la de Fairén Guillén, que la audiencia preliminar.

<sup>7</sup> Olga Mesa Castillo: «El Derecho de Familia ante los retos del nuevo milenio», discurso inaugural del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, p. 12.

<sup>8</sup> Guillermo Rodríguez Gutiérrez: «Abogacía y derecho de gestión de conflictos jurídicos», p. 252.

cial sobre el individual: el Derecho de Familia por lo general está integrado por normas de orden público, se limita el principio de la autonomía de la voluntad, siendo muchas normas imperativas e inderogables, aunque algunos ámbitos se deja a la voluntad individual; los derechos de familia son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, su duración tiende a perpetrarse durante la vida de la persona que lo detenta; supone relaciones de superioridad y de dependencia (no igualdad), como la tutela y la patria potestad, los demás son derechos recíprocos; los derechos de familia son a la vez derechos y deberes, pues tales derechos se conciben para poder cumplir los deberes de su titular frente a otros miembros de la familia; por lo general no se sujeta a término o condición.<sup>9</sup>

De lo anterior se colige que no puede resolverse un litigio de familia con normas procesales que partan de una contienda irreconciliable entre las partes. Olga Mesa Castillo refrenda que «para estos conflictos familiares, como se aprecia, no cabe en rigor justicia formal, contenciosa, adversarial, sino que debe valorarse un tipo de justicia que aporte soluciones beneficiosas para el núcleo familiar en su proyección futura, en suma, una justicia conciliatoria».<sup>10</sup>

El empleo de la conciliación posibilita, en muchos casos, restablecer la comunicación entre los litigantes, lo que redundará en su beneficio, si tenemos en cuenta que entre los miembros de una familia existen vínculos y lazos que no pueden ser rotos por simple voluntad, puesto que estos los acompañarán durante toda la vida. «El Derecho de Familia, y particularmente la justicia familiar, es para toda la vida, de ahí su relevancia, es decir rija como ninguna otra nuestro actuar desde que nacemos hasta que dejamos de existir físicamente».<sup>11</sup> Es por ello importante que la labor del conciliador no solo se dirija al conflicto sino también a promover sentimientos de tolerancia, respeto recíproco y comprensión, aun en aquellos casos en que no se logre el consenso.

En la solución de conflictos familiares no puede haber ganadores ni perdedores, es por eso que se necesitan mecanismos que no acentúen las diferencias. El

empleo de la conciliación favorece el mantenimiento de las relaciones futuras entre las partes, no se puede olvidar que solucionar un litigio familiar repercute en todos los miembros de la familia, de ahí que se deba partir de analizar la familia como un todo.

Dada la necesaria flexibilidad que debe caracterizar al procedimiento familiar, queda en manos de los tribunales la adopción de las medidas necesarias para administrar justicia con la certeza y la profundidad que se requiere. Los tribunales de familia deben coadyuvar a que las personas solucionen sus conflictos por la vía de acuerdos pacíficos, en especial a través de la conciliación. Para ello se requiere de jueces activos y altamente preparados. El objetivo es aminorar los costos emocionales del conflicto y comprometer personal y voluntariamente a las partes en la solución de sus problemas.

Sin embargo, los juristas deben lidiar con la cultura del litigio que tradicionalmente ha prevalecido. La formación jurídica está orientada esencialmente a la solución de casos jurídicos, no a la solución de conflictos. En las universidades se enseña dogmática y técnica jurídica, resultando prácticamente desconocidas las técnicas imprescindibles para emplear los mecanismos alternativos de solución de controversias y los elementos básicos de la psicología, útiles para manejar conflictos.

De ahí que es preciso lograr una formación profesional integral, dirigida a capacitar a los juristas, en término general y especialmente a los jueces, para dotarlos de herramientas técnicas que le posibiliten manejar los litigios familiares con un enfoque diferente, alejado totalmente de cualquier concepción adversarial.

Numerosas son las ventajas que reporta el empleo de la conciliación en materia familiar, además de las comentadas con anterioridad podemos destacar las siguientes:

- Las soluciones alcanzadas satisfacen de manera más plena las necesidades genuinas de la familia, puesto que estas han sido diseñadas y construidas por las partes litigantes, quienes saben perfectamente que necesita su familia.
- La conciliación se centra en relaciones futuras y continuas en el tiempo entre sus integrantes, en este sentido las soluciones permiten la preservación de la continuidad y mantenimiento saludable de las relaciones familiares.

<sup>9</sup> Ignacio Bonet Sánchez *et al*: «Temas de Derecho Civil», pp. 16 y 17.

<sup>10</sup> Olga Mesa Castillo y Yamila González Ferrer: «La jurisdicción especial para los asuntos del Derecho de Familia. La experiencia en las salas de justicia familiar», p. 251.

<sup>11</sup> Guillermo Rodríguez Gutiérrez: «Abogacía y derecho de gestión de conflictos jurídicos», *op. cit.*, p. 252.

- Las soluciones nacen por el acuerdo de las partes en conflicto, lo que posibilita su cumplimiento adecuado. «La mejor manera de que se cumpla cualquier decisión firme, sea auto o sentencia, es que se acate voluntaria y conscientemente por las partes, y/o terceros que deban intervenir en ella».<sup>12</sup>

## **Análisis de la conciliación familiar en Cuba. Visión de la Instrucción 216 de 17 de mayo del 2012 del TSP**

En el ordenamiento jurídico cubano los procesos familiares se encuentran regulados en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), Ley 7 de 1997, norma en la que no aparece expresamente regulada la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. A pesar de ello, la ley ritual exhibe determinadas fórmulas para hacer valer la autonomía de la voluntad de las partes en algunos de los procesos de familia, apreciándose un evidente fin conciliatorio en el que el papel del tribunal se basa en tratar de lograr un acuerdo entre las partes.

Tal es el caso de lo preceptuado en el artículo 384 de la LPCALE sobre proceso de *divorcio por justa causa* donde se establece la posibilidad de realizar una comparecencia con el objetivo de solucionar las inconformidades de las partes en relación a las medidas provisionales, la que tiene, en principio un fin conciliatorio, pues el tribunal tratará de obtener un acuerdo sobre los puntos no coincidentes.

De igual forma el artículo 392 de la LPCALE en su párrafo tercero hace referencia a la aplicación de las normas de la herencia intestada en cuanto resulten aplicables, para realizar la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes una vez dictada la sentencia de divorcio. La junta que se realiza para este proceso tiene características conciliatorias teniendo en cuenta que el tribunal la encausará procurando encontrar un acuerdo común, pudiendo incluso proponer fórmulas orientadas a este fin.

La falencia de la ley adjetiva cubana en cuanto a la regulación de la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y la efectividad de su implementación ha sido objeto de profundos estudios y debates por juristas y otros profesionales de diferentes esferas del saber, lo que se ha puesto

de evidencia en diferentes eventos convocados por la Unión Nacional de Juristas de Cuba como los Congresos Nacionales e Internacionales de Derecho Procesal y las Conferencias sobre Arbitraje y Mediación, por la Organización Nacional de Bufetes Colectivos y el Tribunal Supremo Popular, en los respectivos eventos convocados por cada una de estas instituciones.

En esta dirección merece especial atención la labor desplegada por la Federación de Mujeres Cubanas y la doctora Olga Mesa Castillo, en su afán de lograr un tratamiento para el Derecho de Familia en Cuba que se corresponda con la esencia y la naturaleza no patrimonial de las relaciones sociales que protege esta rama del Derecho.

No cabe duda de que este escenario de discusión y polémica en cuanto a los temas de familia, se fue propiciando con la evolución y desarrollo de las características de nuestras familias, en un contexto internacional que apuesta a las ventajas de la implementación de mecanismos de auto composición para la solución de los litigios familiares.

En este marco el Tribunal Supremo Popular comenzó a realizar en el año 2003 talleres nacionales sobre procedimiento familiar, con la participación de jueces, fiscales, abogados, miembros de la Federación de Mujeres Cubanas, la Unión Nacional de Juristas de Cuba y profesores de las facultades de Derecho. Este evento permitió debatir temas de procedimiento familiar y se orientó a analizar cómo emplear de manera óptima las herramientas contenidas en nuestra ley adjetiva en materia civil. De esta forma, y luego de la celebración del III Taller Nacional de Procedimiento Familiar en el 2006, el máximo órgano de administración de justicia, haciendo uso de las facultades que le confiere la ley para emitir instrucciones que posibiliten una coherente actuación de todos los tribunales de justicia, dictó el 20 de diciembre de 2007 la Instrucción 187, puesta en vigor a partir del 15 de enero de 2008, la que tuvo como fundamento la importancia que la Constitución de la República de Cuba confiere a la protección integral de la familia, con manifiesta expresión en los postulados del Código de Familia.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Ello se evidencia en el capítulo IV de la Constitución de la República de Cuba proclamada el 24 de febrero de 1976, donde se aborda del art. 35 al 38 diferentes instituciones destinadas a la protección de la familia como célula fundamental de la sociedad.

<sup>12</sup> *Idem.*, p. 250.

Esta disposición jurídica realiza algunas modificaciones de determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de Familia, con la finalidad de validar anticipadamente aspectos novedosos que posteriormente pudieran incorporarse al ordenamiento procesal en vigor, tal y como se detalla en el segundo *Por Cuanto* de esta instrucción. Entre ellos se destacan las amplias posibilidades de interacción de los tribunales con las partes, mecanismos que se corresponden con las actuales tendencias del Derecho Procesal, y con los compromisos contraídos por la nación al ratificar en 1991 la *Convención Internacional de los Derechos del Niño* y los que por similar razón derivaron en el *Plan de Acción Nacional de Seguimiento a la Conferencia de Beijing*, a fin de garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos y garantías de los destinatarios de la gestión judicial.

De esta forma se ofrece, en el apartado primero, una relectura del artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico respecto a los casos vinculados al Derecho de Familia, especialmente en los que existan hijos menores. De modo que sean agotadas por el órgano jurisdiccional las posibilidades que ofrece este precepto, en cuanto a la realización de una comparecencia que se efectuará luego de la fase de alegaciones y antes de pronunciarse en cuanto a la apertura a pruebas o la práctica de las propuestas, según el proceso que se trate. Si bien de manera expresa no se regulan en este instrumento los fines para los que se convoca la comparecencia, no caben dudas que posibilitó resolver muchos conflictos en el interior de la familia, con mayor celeridad y sensibilidad, puesto que la labor del tribunal se orientó a contribuir a facilitar el acuerdo de las partes.

Sentado lo anterior, podemos afirmar que las comparecencias convocadas en virtud del artículo 42 de la ley adjetiva luego de la promulgación de la Instrucción 187, representaron en la práctica judicial una oportunidad de extrema valía para emplear fórmulas conciliatorias en la solución de conflictos familiares, puesto que con independencia de que este acto procesal fue empleado además con otros objetivos, resultan innegables los aportes y resultados logrados con su implementación en todo el país, así como las ventajas que entrañó para juzgadores y justiciables. De ello se colige que representa el punto de partida para evaluar la aplicabilidad práctica de la conciliación procesal en nuestro sistema jurídico.

Se debe evaluar que la conciliación como método alternativo de solución de conflictos resulta a nuestro modo de ver, el de mayor factibilidad para desarrollarlo de

manera intraprocesal, puesto que persigue una composición del conflicto apegado a lo justo y el tercero neutral facilitador de la comunicación entre las partes, que en este caso sería el juez, tiene la oportunidad de proponer fórmulas de soluciones para componer la litis.

Los resultados de la implementación de la Instrucción 187 fueron evaluados de manera continua por el Tribunal Supremo Popular, mediante la estadística judicial que a este efecto se implementó, así como a través de la revisión de la tramitación de los procesos familiares por los equipos de supervisión en los diferentes territorios del país, lo que arrojó resultados positivos. No obstante luego de tres años de vigencia, el 14 y 15 de noviembre del 2011 se efectuó el IV Taller Nacional sobre Procedimiento Familiar, evento que posibilitó evaluar y debatir los satisfactorios resultados obtenidos y evidenció la necesidad de incorporar al contenido de la mencionada disposición normativa, nuevos aspectos que propiciarán su actualización y perfeccionamiento, en correspondencia con la experiencia acumulada.

De esta forma se dicta por el Tribunal Supremo Popular la Instrucción 216 el 17 de mayo del 2012, disposición normativa que dejó sin efecto la Instrucción 187/2007 mediante su apartado décimo noveno y amplió de manera considerable la regulación que esta realizaba sobre la comparecencia, puesto que además de establecer de manera expresa sus finalidades, anexa una metodología para la realización de la misma.

Este acto judicial se debe realizar en estricta observancia de los principios integradores de inmediatez, concentración, oralidad, igualdad de las partes, amplias facultades del órgano judicial tanto en la práctica de las pruebas como en la dirección del proceso, impulso procesal de oficio y protección cautelar, tal y como se deja fijado en el apartado primero de la mencionada instrucción.

Así mismo, se debe apreciar que el órgano jurisdiccional, siempre que existan involucrados en el litigio niños, niñas o adolescentes, deberá encausar el debate a lograr soluciones que respeten el interés superior de los menores frente a otros intereses igualmente legítimos, velando por lograr el necesario equilibrio entre los derechos y garantías de los infantes y sus deberes.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Apartado segundo de la Instrucción 216 de 17 de mayo del 2012 emitida por el consejo de gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba.



Velar por la observancia del principio de interés superior de los menores en los procesos familiares donde se adopten decisiones que los afecten, representa una de las misiones que le confiere a los tribunales el artículo 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*.<sup>15</sup> Para cumplir este cometido es necesario identificar a qué nos referimos cuando hablamos de interés superior del menor. Se trata de un concepto indefinido, puesto que ni la *Convención sobre los Derechos del Niño*, ni ninguna otra disposición normativa ha establecido taxativamente qué se entiende por interés superior del infante.

De modo que para determinar el contenido del principio de interés superior debemos partir de un enfoque de protección integral de los derechos de los niños y niñas, entendidos estos como sujetos de derechos. Como se puede apreciar, corresponde a los jueces perfilar en la práctica el concepto de interés superior de los infantes, no como una categoría abstracta, sino ajustado a cada caso concreto. Es por ello que es necesario realizar valoraciones dirigidas a observar o determinar la edad y la madurez del menor, sus características personales y las de su familia, el medio familiar y educacional en el que se desarrolla, para así establecer lo que más le conviene, teniendo en cuenta el respeto de sus derechos en función de su capacidad progresiva. Aspecto que debe tenerse en cuenta por el juzgador en el desarrollo de la comparecencia, puesto que el tribunal tiene la misión de velar porque las convenciones que adopten las partes se ajusten al interés supremo del menor.

En la doctrina se realizan distintas disquisiciones para definir este principio, por lo que resulta oportuno señalar algunas pautas teóricas orientadas a la determinación del alcance y contenido del principio, según el criterio de la doctora Jetzabel Mireya Montejo Rivero, quien al respecto identificó los siguientes elementos:

- Concreción del principio en el ámbito de los derechos fundamentales del menor previstos

<sup>15</sup> La *Convención sobre los Derechos del Niño* es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de las niñas y niños de todo el mundo, fue promulgada el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, constituye el primer documento jurídico de carácter vinculante respecto a la protección de los derechos de los infantes. Es un instrumento jurídico que agrupa derechos de todas las generaciones tanto los civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Nuestro país firmó la convención el 26 de enero del 1990 y la ratificó en 1991.

en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, estableciendo límites al arbitrio judicial en interés del niño.

- Reconocimiento de un ámbito de capacidad de ejercicio al menor de edad, lógicamente, limitada o restringida en razón a su edad y grado de madurez. De tal suerte, pudiera considerarse la propuesta de adopción de un régimen jurídico especial que el ordenamiento jurídico debe garantizar a partir de una escala de edades que reconozca posibilidades de actuación al menor, abriendo cierta brecha al criterio de la madurez.
- Implementación del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos personalísimos.
- Establecimiento de figuras jurídicas de asistencia al menor, que reemplacen la sustitución de la voluntad del menor que comporta la representación legal.
- Respeto a la opinión del niño en el marco de nuevos institutos familiares vigentes en la actualidad.<sup>16</sup>

El apartado cuarto de la Instrucción 216 dispone que en los procesos vinculados al Derecho de Familia, el tribunal convocará a los interesados a una comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico y sus reglas serán también aplicables, y complementarán las que dicho cuerpo legal regula para los procesos de divorcio por justa causa, alimentos, incidentes y jurisdicción voluntaria.

En cuanto a los sujetos que participan en la comparecencia es notorio resaltar que el término empleado es el de intervinientes, puesto que el tribunal puede convocar, además de las partes, a terceros como abuelos u otros familiares que estén involucrados en el litigio, al fiscal y a integrantes del equipo multidisciplinario, no obstante, la presencia de las partes es indispensable, por lo que se debe garantizar un diligenciamiento oportuno y adecuado de las citaciones de estas.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Jetzabel Mireya Montejo Rivero: «Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar contemporáneo», p. 7

<sup>17</sup> En legislaciones de otros países consultadas se establecen severas sanciones por la incomparecencia de los protagonistas

El momento para señalar la comparecencia es después de fase de alegaciones y previo a la apertura a pruebas, dentro del término de diez días, lo que resulta racional de acuerdo a los fines que posee la misma, puesto que de su resultado puede obtenerse una modificación de los términos del debate. Además en esta oportunidad procesal el juez ya dispone del material necesario para analizar la controversia con detenimiento y comprender sus aristas, al menos, los elementos esenciales, por cuanto cuenta con la demanda y la contestación.

Las finalidades de la comparecencia son: sanear el proceso, fijar los términos del debate y en los asuntos en que resulte pertinente por su naturaleza disponible, fomentar el diálogo constructivo mediante la actividad conciliatoria y lograr acuerdos que armonicen los intereses familiares, en el presente trabajo solo abordaremos la última de ellas. Como se puede apreciar corresponde a esta instrucción el mérito de ser la primera disposición normativa que hace referencia expresa a la conciliación procesal en el procedimiento familiar cubano.

La comparecencia le permite al órgano jurisdiccional persuadir, convencer, instar al acuerdo y proponer fórmulas de arreglo ante la ausencia de estas por las partes, pero finalmente es la libre, consciente y deliberada voluntad de las partes la que da el matiz o punto final a la conciliación, por ello no están obligadas a aceptar el acuerdo que sea propuesto.

El empleo del fin conciliatorio, de acuerdo a lo estipulado en la instrucción, solo procede en asuntos de naturaleza disponible, lo que ha generado algunas dudas entre los juristas a la hora de determinar en cuáles procesos de familia es posible el empleo de la actividad conciliatoria. Para despejar esta interrogante, partimos de definir como derechos disponibles aquellos cuya titularidad corresponde

únicamente a los particulares, pudiendo disponerlos libremente, porque tienen un contenido estrictamente patrimonial, económico, es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente, por lo que se excluyen aquellos regulados por normas de orden público.

La anterior definición leída superficialmente parece que deja fuera las relaciones jurídicas familiares, puesto que la mayor parte de las disposiciones legales que integran el Derecho de Familia se caracterizan por ser normas de carácter imperativo, reservando un campo verdaderamente limitado a la autonomía privada.

Sin embargo, no podemos olvidar que en las relaciones jurídicas familiares confluyen normas de orden público y derecho privado, lo que se corresponde con la naturaleza jurídica de esta rama del Derecho. Tal y como expresa la doctora Olga Mesa Castillo, «los actos jurídicos familiares son diferentes en su esencia y naturaleza a los actos jurídicos del Derecho Civil, puesto que no se determinan solo por el contenido de la voluntad individual, sino directamente por la ley familiar, por lo que podríamos afirmar que la declaración de voluntad individual en los actos jurídicos familiares, no será nunca soberana, como lo que caracteriza la voluntad expresada en un negocio jurídico, por encima de ella estarán los supremos intereses de la familia tutelados por el estado».<sup>18</sup> Sentado lo anterior podemos concluir que es posible emplear el fin conciliatorio en los aspectos disponibles de los derechos de familia y no se podrá conciliar sobre los aspectos irrenunciables de estos derechos, los que se encuentran determinados por la ley familiar.

Por ejemplo, en un proceso sumario en caso de alimentos, se debate sobre el derecho a los alimentos, derecho que resulta imprescriptible, irrenunciable e intrasmisible a tercero de acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del Código de Familia, por lo que no es posible emplear el fin conciliatorio en relación a estos aspectos del derecho. No obstante, son las partes quienes pueden fijar de mejor modo el monto de la pensión, pues nadie como ellos conoce sus posibilidades económicas y las necesidades del alimentista, por lo que este aspecto si es susceptible de ser conciliado, por supuesto cuando se involucre un menor, corresponde al órgano jurisdiccional velar porque las convenciones adoptadas favorezcan su interés superior.

---

de este acto procesal, a efectos de asegurar la participación de las partes y el tribunal en el mismo. Un ejemplo de ello se puede apreciar en Código General del Proceso en Uruguay, Ley 15.982 de 18 de diciembre de 1988, esta norma estableció, respecto al magistrado que debía presidir la audiencia «por sí mismo bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional»; «respecto a las partes que la inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión» agregándose que si el inasistente fuese el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario.

<sup>18</sup> Olga Mesa Castillo: *Derecho de Familia (Módulo I)*, p. 25.

Por el contrario, en otros procesos como los reconocimientos de unión matrimonial no formalizada o los filiatorios, con independencia de la aceptación de los hechos por el demandado estos deben ser acreditados con otros elementos probatorios para que prospere la pretensión, puesto que se trata de derechos que son amparados por normas de orden público. En estos casos es la ley familiar la que fija los requisitos para que sean reconocidos y no la voluntad individual de las partes.

La función conciliadora se dirige a alcanzar el acuerdo de las partes, ya sea de modo parcial o total. Disposición que se corresponde con los postulados del Código Civil Modelo para Iberoamérica, en cuya exposición de motivos se exaltan las posibilidades de éxito que puede tener la conciliación en la solución autocompositiva de las partes, bajo el estímulo del juez, cuando aún no se ha llegado a la etapa probatoria.

Las finalidades de la comparecencia no se pueden analizar de manera aislada, puesto que se encuentran estrechamente relacionadas, nótese que no siempre es posible alcanzar un acuerdo, sin embargo el intercambio con los justiciables permite sanear el proceso y precisar los términos del debate, por lo que se puede afirmar que a pesar de no lograrse un acuerdo conciliatorio, no podemos decir que esta finalidad fracasó, debido a las ventajas que reportó su empleo en el proceso.

Para desarrollar el fin conciliatorio es trascendente el rol del juez ponente, ya que es la persona que conduce la comparecencia y por tanto le corresponde la difícil misión de transmitirle a las partes los beneficios de lograr un acuerdo para el mantenimiento de las relaciones que los unen. Lograrlo no es sencillo y no existen recetas, pues obvio resulta que no se alcanza con un discurso común para emplear de manera formal en todos los procesos, requiere de jueces proactivos, que vayan a este acto de justicia con un profundo conocimiento de las características del asunto y su éxito está relacionado con el nivel de preparación que tenga para conducir la comparecencia. Precisamente la medida adoptada por el alto foro judicial en Cuba en cuanto a la especialización de los jueces de familia se dirige a lograr una mayor preparación en los jueces, lo que sin lugar a dudas ya está reportando buenos resultados en la administración de la justicia familiar.

También es importante la labor de los representantes legales de las partes y del fiscal para desarrollar el fin conciliatorio. El primero debe orientar a sus clientes en función de lo que sea más favorable para los intereses familiares, despojados de la cultura li-

tigante con la que se ha abordado durante años estos conflictos. Los segundos deben aportar elementos que favorezcan la adopción de acuerdos sobre la base de las investigaciones previas realizadas, apoyando al juez en su papel de conciliador. Es por ello que se impone un cambio en la mentalidad de los juristas, para comprender la nueva cultura de la paz y la armonía social que debe primar en los procesos de familia.

Además se aprecia la necesidad del enfoque multidisciplinario para coadyuvar a la materialización del fin conciliatorio, en ocasiones la intervención de algún miembro del equipo multidisciplinario con conocimientos de psicología u otras ciencias afines se hace imprescindible para lograr un acuerdo entre las partes.

## **Ideas a destacar**

Las características de las relaciones familiares exigen un tratamiento diferente para la solución de los litigios que de ella se derivan. La esencia de la institución familiar comprende aspectos de índole social, psicológico, ético y moral que superan el marco de lo estrictamente jurídico, de ahí la importancia de que los conflictos familiares no se resuelvan de manera contenciosa.

La proyección de una justicia familiar conciliatoria se concreta en la audiencia preliminar o comparecencia, con la dirección de un juez proactivo, quien procura una solución consensuada del conflicto. La utilidad del empleo de alternativas que propicien el acuerdo indica la necesidad de fomentar una vocación conciliatoria en los jueces y los restantes intervinientes en el proceso familiar.

Para ello se requiere lograr una formación profesional integral de los juristas, que facilite las herramientas técnicas que posibiliten manejar los litigios familiares con un enfoque diferente, alejado totalmente de cualquier concepción adversarial.

Nuestro país se encuentra inmerso en un continuo perfeccionamiento de la justicia familiar. La regulación del fin conciliatorio de la comparecencia en la Instrucción 216 y su empleo preceptivo en los procesos de familia marca pauta en cuanto a la desformalización de este proceso en correspondencia con las líneas tendenciales que se observan a escala internacional. Ello redundará en mayor oralidad del proceso, inmediatez del juez con las partes y mayor acceso a la justicia de los justiciables, cuestiones que se propugnan en la actualidad a tono con un proceso garantista.



## Bibliografía

- Álvarez Torres, Osvaldo Manuel: «A propósito de la Instrucción Jurisdiccional No. 216 de 2012: Un segundo acercamiento a las modificaciones que en materia procesal de familia, deberán regularse en un cuerpo procesal familiar», en *Boletín ONBC*, no. 44, La Habana, abril-junio 2012, pp. 43-45.
- «Derecho Constitucional Familiar; Justicia de Familia y acercamiento al tema de su pretendida desjudicialización» (inédito), ponencia en Congreso Internacional de Derecho Procesal, La Habana, 2009.
- Bautista Gutiérrez, Lourdes de las Mercedes *et al.*: «Apuntes y generalidades sobre la integración de la interdisciplina y la labor del juez en los asuntos relacionados con el Derecho de Familia» (inédita), ponencia en VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2012.
- Bautista Gutiérrez, Lourdes de las Mercedes: «Práctica y Reflexiones sobre la Instrucción 187 de 2007», en *Justicia y Derecho*, año 9, no. 17, diciembre 2011, La Habana, pp. 64-74.
- Bonet Sánchez, Ignacio *et al.*: *Temas de Derecho Civil*, vol. 1, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- Castanedo Abay, Armando: *Mediación para la Gestión y Solución de Conflictos*, Ed. ONBC, La Habana, 2009.
- Castillo Hernández, Laura Ileana: «La audiencia preliminar» (inédito), ponencia en Congreso Internacional de Derecho Procesal, La Habana, 2009.
- Castillo Hernández, Laura I. y Dianelys Machín Acosta: «Función saneadora de la audiencia familiar», en *Justicia y Derecho*, año 9, no. 16, La Habana, junio 2011, pp. 88-99.
- De Cossio, Alfonso: *Instituciones del Derecho Civil II*, Alianza Ed. S.A., Madrid, 1975.
- Diccionario Ilustrado Aristos de la Lengua Española*, Ed. Científico-Técnica, La Habana, 1980.
- Domínguez Chaveco, María Iris y Haymara Almaguer Torres: «La mediación familiar en el procedimiento civil cubano» (inédita), ponencia en VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2012.
- Dueñas Barreiro, Iday: «La mediación, una alternativa para la resolución de los conflictos familiares» (inédita), ponencia en VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2012.
- Estenoz Mendoza, Yasmayr: «El proceso familiar cubano a la luz de una audiencia preliminar conciliadora» (inédito), ponencia en VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2012.
- Fournier Duharte, Niurka: «La función conciliadora en la audiencia preliminar», en *Justicia y Derecho*, año 7, no. 13, La Habana, diciembre 2009, pp. 16-19.
- García Rivero, Alba y Bárbara Yohana López González: «Régimen cautelar como medidas consustanciales al desempeño jurisdiccional de familia y su instrumentación en la normativa legal cubana», en *Boletín ONBC*, no. 36, La Habana, octubre-diciembre 2009, pp. 12-22.
- Grela de la Vega, Ailyn *et al.*: «La mediación como alternativa resolutora de conflictos familiares», en *Boletín ONBC*, no. 32, La Habana, julio-diciembre 2008, pp. 40-53.
- Hernández Pérez, Misalys: «La mediación familiar: una visión desde el Derecho positivo cubano» (inédito), ponencia en *Congreso Internacional de Derecho Procesal*, La Habana, 2009.
- Lacruz Berdejo, José Luis y Francisco de Asís Sancho Rebullido: *Derecho de Familia*, t. 1, Ed. Librería Bosch, 1974.
- Lara Sanabria, Ada de la C.: «La mediación en sede familiar» (inédita), ponencia en VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2012.
- Mesa Castillo, Olga: *Derecho de Familia. Módulo I*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- «El Derecho de Familia ante los retos del nuevo milenio», discurso inaugural del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Ed. del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.
- Montejo Rivero, Jetzabel Mireya y Luz M. Hernández Sosa: «Aproximación a la definición de interés superior del niño», en *Justicia y Derecho*, año 9, no. 16, La Habana, junio 2011, pp. 82-87.
- Montejo Rivero, Jetzabel Mireya: «Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar contemporáneo», inédito.
- Peral Collado, Daniel A.: *Derecho de Familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.
- Pérez Ricardo, Yuneisy, *et al.*: «Al rescate de la conciliación con una Audiencia Preliminar» (inédita), ponencia en I Congreso Internacional de Derecho Procesal, La Habana, 2007.
- Rodríguez Díaz, Yandrey y Yanael Barroso Bueno: «Nuevas Formas Familiares y su aceptación por el Derecho» (inédita), ponencia en VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2012.
- Rodríguez Gutiérrez, Guillermo: «Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos», en *Abogacía 2012. La ejecución de resoluciones en materia familiar*, II parte, Ed. ONBC, La Habana, 2012.
- Strecker, Christoph: «La intervención del juez y la mediación en el conflicto familiar» (inédita), ponencia en I Congreso Internacional de Derecho Procesal, La Habana, 2007.



Uriarte Audi, Gonzalo: «Audiencia Preliminar: La Experiencia de 20 años de aplicación en el Uruguay» (inédito), ponencia en Congreso Internacional de Derecho Procesal, La Habana, 2009.

Velazco Mugarra, Miriam: «La audiencia del menor y el divorcio notarial», en *Boletín ONBC*, no. 36, La Habana, octubre-diciembre 2009, pp. 2-12.

## Fuentes legales

*Constitución de la República de Cuba*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

*Código de Familia de Cuba, Ley 1289 de 14 de febrero de 1975*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

*Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley 7 de 19 de agosto de 1977*, Ed. ONBC, La Habana, 2012.

«Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, año CVI, no. 6, ed. extraordinaria, La Habana, 15 de enero de 2008.

«Instrucción 216 de 17 de mayo del 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, año CX, no. 21, ed. ordinaria, La Habana, 22 de junio del 2012.

*Código de la niñez y la juventud*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

*Convención sobre los derechos del niño*, adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

*Ley de Conciliación de Perú, Ley 26872*, noviembre de 1997.

*Ley de Arbitraje y Conciliación Bolivia, Ley 1770/1997*.

*Código de Procedimiento Civil de Venezuela*, 1987.

*Ley Orgánica de Justicia de Paz de Venezuela*, 1994.

*Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*.

# El proceso ejecutivo de títulos de crédito que generan ejecución en la jurisdicción económica cubana

LIC. DAIRY VALLE ENRIQUE

## 1. Reseña histórica

Para tratar el tema del proceso ejecutivo en sede económica, en el ámbito nacional, resulta necesario, colocarnos no solo en la situación actual al respecto y las normas que hoy por hoy lo regulan, sino realizar un análisis histórico-jurídico de los términos y criterios que engloban el tratamiento de este proceso en nuestro ordenamiento jurídico a través de los años, y llegar a aquellas soluciones que con carácter inmediato, en la práctica jurisdiccional, se han dado a tales supuestos, y el precedente que estas marcan como proyecto de futuras regulaciones de vital importancia.

Según Prieto Castro, citado por Casasús, el juicio ejecutivo es «la más importante y quizás la más original institución procesal hispánica»,<sup>1</sup> en el escenario ibérico, es considerada Sevilla, tal vez por su desarrollo mercantil, la cuna de este procedimiento, pues fue esta ciudad la que dio a la luz las dos primeras manifestaciones legales conocidas sobre esta institución: el *Ordenamiento sobre Administración de Justicia* dado por Pedro I en 1360 y la *Pragmática de Enrique III* expedida en 1396, esta última fue extendida a toda la península en 1480, en virtud de la Ley de Toledo que dictaron los Reyes Católicos y contemplaba como títulos «cartas, i contratos públicos, i recaudos ciertos de obligaciones»,<sup>2</sup> estos preceptos fueron incluidos luego en la Nueva (IV, XXI, 2) y en la Novísima (XI, XXVIII, 1) recopilación.

Con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, se consolidó, compiló y estructuró el ordenamiento procesal español, la cual se hizo extensiva a nuestro ordenamiento y reguló el proceso ejecutivo fundado en dos vertientes: o la ejecución se fundaba en título que la trajera aparejada, o era

<sup>1</sup> Juan J. E. Casasús: *Ley de Enjuiciamiento Civil Vigente en Cuba*, p. 318.

<sup>2</sup> Juan Montero Aroca et al: *Derecho jurisdiccional*, p. 195.

necesario prepararla debidamente para que adquiriera tal carácter. En esta ley se llegó a una regulación legal, que se repetiría años más tarde en la hoy vigente; en ambas se separa el juicio ejecutivo de la ejecución de las sentencias y se crea un sistema homogéneo y coherente con los principios del ordenamiento procesal civil. El legislador español, en la Ley de 1855 creó un proceso de ejecución, fundado en un título extrajudicial, para asegurar la agilidad del tráfico jurídico.

Con posterioridad es aplicada la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881,<sup>3</sup> que reguló esta modalidad de ejecución forzosa bajo la denominación de *juicio ejecutivo* y que comenzó a regir en Cuba desde el 1 de enero de 1886, estando vigente hasta la promulgación de la Ley 1261 el 4 de enero de 1974.

<sup>3</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, art. 1.429 «La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

»Solo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes:

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

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

»3. La confesión hecha ante juez competente.

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

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

»6. Las pólizas originales de contratos mercantiles, firmadas por las partes y por agente de cambio y bolsa o corredor de comercio colegiado que los intervengan, con tal que se acompañe certificación en al que dichos agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de estos.

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

La Ley de Trámites Civiles de 1881, sustituyó a la Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio de 1830 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, además concentró en un solo artículo los títulos civiles y mercantiles en virtud del derecho de unificación de los fueros que se gestaban con la supresión del tribunal y proceso mercantil desde 1868.

Contiguo a la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se promulga la primera legislación mercantil que reguló lo referente a las *letras de cambio*, conocido como el *Código de Comercio de 1889*, con el que se comenzaron a utilizar todos los instrumentos de cobros y pagos en todo tipo de operaciones mercantiles, tanto en el comercio interior como en el exterior. La regulación de la *letra de cambio* como instrumento de pago fue modificándose en el tiempo hasta que entró en vigor el Decreto Ley 24 de 15 mayo de 1979 limitando la *letra de cambio* solamente a operaciones con el exterior, eliminando de este ámbito a las empresas estatales. Posteriormente, el 15 de febrero de 1982 entró en vigor el Decreto Ley 50, que creó las asociaciones económicas entre entidades extranjeras y cubanas facultadas a utilizar en sus operaciones el Código de Comercio español de 1889 vigente en Cuba, complementándose lo anterior con la Ley 77 de 1995 sobre Inversión Extranjera. Fue así que Banco Central de Cuba (BCC) y el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, teniendo en cuenta la inserción del perfeccionamiento empresarial y la búsqueda de una mayor eficiencia en nuestra economía, tras un profundo análisis dictaron el Acuerdo 3619, de 28 de diciembre de 1999, del propio comité ejecutivo del Consejo de Ministros; el cual autorizó experimentalmente el uso de las letras de cambio, cheques y pagarés, en el territorio nacional, indicando también los sujetos autorizados a ello.

A partir de 1992, comenzaron a darse una serie de cambios en la economía cubana, que trajo como consecuencia el surgimiento de nuevos sujetos económicos y novedosas relaciones económicas y mercantiles. La descentralización de una economía socialista y la inversión extranjera motivaron nuevos conflictos inter-empresariales y de carácter societario. Por ello el sistema de arbitraje estatal quedaba obsoleto, derogándose en 1991, a través del Decreto 129, en el cual se dispuso la creación de las salas de lo económico de los tribunales populares, atribuyéndoseles, además de los litigios contractuales, los ambientales, rigiendo su ordenamiento procedimental las «Reglas de Procedimiento del Arbitraje Estatal», contenidas en el citado Decreto 89 de 21 de mayo de 1981. Ya la jurisdicción civil

no era la competente para conocer de estos nuevos conflictos y se hace necesaria la creación de las salas de lo económico.

Es de este modo que corresponde la siguiente interrogante: ¿Qué órgano sería el competente para resolver los litigios que se gestaran con motivo de los asuntos referidos de los títulos valores?

El 18 de febrero del 2000, se dicta la Instrucción 160<sup>4</sup> del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que autorizó a las salas de lo económico de los Tribunales Supremo y provinciales populares a conocer los litigios surgidos en materia de *letras de cambio, pagarés y cheques*, y de hecho a utilizar los articulados de la entonces Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de 19 de agosto de 1977 (en lo sucesivo LPCAL), sobre el proceso ejecutivo y el embargo de bienes.

Aun con todos estos cambios y una vez insertada la letra de cambio en el sistema de cobros y pagos de las empresas cubanas, las que utilizaban como medio de pago generalmente el cheque, no se resolvían los litigios derivados del impago de estos por el proceso ejecutivo, sino por el proceso ordinario, por lo que la LPCAL era inoperante para los mismos y las disposiciones existentes se hacían incongruentes. Ello hizo necesaria la promulgación del Decreto Ley 223 de 2001, referido a la jurisdicción y competencia de las salas de lo económico de los tribunales provinciales, donde se determinaron los sujetos que podían acudir a la jurisdicción económica, así como los asuntos que se tramitarían en ellas, especificándose en su artículo 1 apartado quinto la facultad de esta sala para conocer lo referente a los procesos donde se presentaran títulos de crédito que generaban ejecución; validándose de esta manera el conocimiento de los jueces sobre este tipo de asuntos, según la letra de la Disposición Especial Única de

este cuerpo normativo, y por los artículos del 460 al 472 (Libro Segundo, Título VII Del Embargo de Bienes), y del 473 al 526 (Libro Tercero, Títulos I al VI Del Proceso de Ejecución), todos de la LPCAL, en ausencia de regulación específica en el Decreto 89 de 1981. La implementación de este procedimiento contribuyó a mejorar la cadena de impagos existente entre las empresas estatales cubanas, aunque no solucionó todos los problemas.

Con la finalidad de ordenar algo de esta realidad, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular emitió la Instrucción 172 de 28 de marzo de 2003. Su única trascendencia fue diferenciar meridianamente las diligencias previas y el requerimiento de pago como trámites separados e independientes, por lo que el reconocimiento de estos documentos en diligencias previas requería la interposición de la prudente y posterior demanda ejecutiva para hacerse, de no realizarlo voluntariamente por el deudor, y de modo forzado, se haría efectivo el pago requerido. Con la implementación de esta normativa, se desnaturalizó este tipo de proceso, al no responder su tramitación a los principios que según la doctrina lo caracterizan, principios que han perdido vigencia en el proceso ejecutivo económico, por ejemplo: la celeridad, la inmediatez y la concentración.

### 1.1. Regulación actual

Mediante el Decreto Ley 241 de 26 de octubre de 2006 se dispuso la modificación de la LPCAL, incorporando a esta el Procedimiento de lo Económico, disponiéndose a la vez la derogación de los Decretos Ley 129 de 1991 De la Extinción del Sistema de Arbitraje Estatal y 223 de 2001 De la Jurisdicción y Competencia de las salas de lo económico, así como del Decreto 89 de 1981 Reglas de Procedimiento de Arbitraje Estatal, de aplicación por las expresadas salas de lo económico, pasando a regirse íntegramente por la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), como pasó a denominarse. Como en la ley que le antecedió no estaban aprobadas normas de procedimiento económico para los tribunales, se seguían aplicando las regulaciones de los extinguidos órganos de arbitraje, y la sala de lo económico del Tribunal Supremo era quien resolvía la mayoría de los procesos. En 2001 se reorganizó la competencia, y los asuntos pasaron a ser conocidos y decididos por los tribunales provinciales, concediéndoseles facultades para comenzar a utilizar las normas del procedimiento civil en algunos conflictos, reservándose la sala de lo económico del Tribunal Supremo Popular solo para cuestiones específicas, hasta que definitivamente se promulgó el Decreto Ley 241, que definió las salas de justicia

<sup>4</sup> Primero: Las salas de lo económico del Tribunal Supremo Popular y de los tribunales provinciales populares conocen en el ámbito de sus respectivas competencias, de los litigios que se susciten sobre la ejecución de las letras de cambio, los pagarés y los cheques.

Segundo: Las salas de lo económico del Tribunal Supremo Popular y de los tribunales provinciales populares quedan facultados para aplicar, en lo atinente, las preceptivas contenidas en los arts. 460 al 472 (Libro Segundo, Título VII Del Embargo de Bienes); y 473 al 526 (Libro Tercero, Título I al IV Del Proceso de Ejecución), de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de 19 de septiembre de 1977.



que ejercen la jurisdicción económica y el procedimiento a seguir en cada conflicto. Es a partir de este momento que se le otorga a las salas de lo económico de los tribunales provinciales populares competencia para conocer de las demandas que se promuevan sobre procesos ejecutivos en relación con los títulos de crédito que generan ejecución, conforme quedara estipulado en el artículo 747 inciso e).<sup>5</sup>

Esta modificación legislativa, a la vez que posibilitó una aplicación más coherente y sistemática de la citada Ley de Procedimiento por las salas de lo económico, ha hecho posible y necesario fijar determinados criterios orientados a garantizar una aplicación uniforme de dicha preceptiva, sobre todo en la práctica de las diligencias previas en la preparación de la acción ejecutiva.

En la actualidad el proceso ejecutivo en materia económica en Cuba tiene su basamento legal esencialmente en tres normas, lo que no significa que no existan otras normas complementarias: el Decreto Ley 241, la Instrucción 183 de 2006 y finalmente la Instrucción 215 de 13 de abril de 2012.

## 2. Generalidades

La función jurisdiccional abarca tanto la actividad de conocimiento como la actividad de ejecución forzosa. No resulta posible concebir el conocimiento sin posibilidad de ejecución. Es en este sentido que la ejecución procesal comprende los diversos procedimientos establecidos en la ley, que tienen por finalidad primordial la realización por parte del tribunal de ese obrar físico, material y práctico, para dar cumplimiento a las resoluciones judiciales emitidas después de un previo conocimiento; o, para hacer efectivos, sin previo proceso de conocimiento aunque con un conocimiento limitado, ciertos títulos de créditos a los que la ley otorga fuerza ejecutiva.

Disímiles han sido las concepciones que sobre el proceso ejecutivo la doctrina ha proporcionado tal es así que algunos autores como Alcalá-Zamora y Castillo<sup>6</sup> sostienen que el juicio ejecutivo no es en

realidad un proceso de ejecución sino uno de conocimiento. Se trata del más rápido y eficaz que puede promover un acreedor para obtener la satisfacción de un crédito vencido, bien sea porque el deudor lo honre o porque de resistirse se proceda, tras una breve tramitación, al remate interesado. Por nuestra parte, el proceso ejecutivo es «aquel proceso que no tiene como precedente una sentencia de condena, tiene su origen en la voluntad negocial de las partes y por sus características sustanciales y de forma, la ley le ha conferido una especial fuerza ejecutiva en dependencia del título que se trate, regulados de manera taxativa»<sup>7</sup>. Dolz y Arango lo definen «como el juicio que tiene por objeto el cobro rápido de un crédito sobre cuya legitimidad cree *a priori* el tribunal».<sup>8</sup> Es de este modo que podemos definirlo como: «El juicio ejecutivo mercantil de acuerdo con la técnica procesal persigue de forma sumaria el propósito de obtener el pago inmediato y llano del crédito reclamado, o bien se pronuncie sentencia condenatoria de remate de los bienes que aseguren el pago del citado crédito».

Es un proceso que se inicia con la presentación del escrito promocional y demás documentos que deban acompañarse con el mismo, cuyo pedimento ha de ser que se despache ejecución contra el deudor por el monto de la deuda, los intereses devengados (ordinarios y moratorios)<sup>9</sup> y los que puedan devengarse durante el proceso. Además los costos, sin perjuicio de su liquidación posterior, como de ordinario acontece en los procesos declarativos, indicando los bienes susceptibles de ser embargados, que deviene requisito esencial de la acción ejercitada, y constituye su sustento, sin lo cual carecería de virtualidad el proceso, en su finalidad.

La inserción del proceso ejecutivo en la vía económica pretendió darle mayor agilidad y celeridad a su tramitación, aunque se mantuvieran sin sustanciales cam-

<sup>5</sup> «Art. 747. Las salas de lo económico de los tribunales provinciales populares son competentes para conocer de: »e) Las demandas que se promuevan sobre procesos ejecutivos en relación con los títulos de crédito que generan ejecución».

<sup>6</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: *Estudios diversos de Derecho Procesal*.

<sup>7</sup> Ranulfo A. Andux Alfonso: «Derivaciones actuales del proceso económico».

<sup>8</sup> Ricardo Dolz y Arango: *Comentarios al Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 13.

<sup>9</sup> Definido como «proceso especial plenario rápido, que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley». Karina A. Bernal Aveiro: «Proceso Monitorio: "Autres Temps, Autres Moeurs"(otros tiempos, otros modos)», p. 6. En España la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil introduce el *procedimiento monitorio* como un nuevo cauce procesal para reclamar de forma rápida, sencilla y eficaz deudas de dinero cuya cuantía no exceda de cinco millones de pesetas.



bios los fundamentos de derecho que recoge la Ley de Procedimiento Administrativo, Laboral y Económica, a cuya normativa es necesario acudir en la actualidad.

En este sentido la presencia del banco también juega un papel importante, en razón de determinar el grado de solvencia patrimonial de las entidades implicadas en este proceso, destacando las formas y herramientas fundamentales que este utiliza para llevar a vías de hecho esta actividad.

Queda claro, por ende, que el proceso ejecutivo en materia económica, tiene sustento en dos concepciones fundamentales de las que depende para su tramitación ante la sede jurisdiccional y es por ello que cobra importancia referirnos a los conceptos de diligencia previa y título de crédito.

## 2.1. De las diligencias previas

Según Manresa y Dolz<sup>10</sup> podemos definir la *diligencia previa* como «el mero trámite judicial, independiente y anterior al proceso ejecutivo»,<sup>11</sup> mediante el cual se lleva a cabo, ante la presencia judicial, el completamiento de los títulos de créditos incompletos, previamente enumerados en la LPCALE. Es un trámite judicial con un marcado carácter de anticipación a la demanda del proceso ejecutivo en cuestión, ya que a través de la misma, la entidad que promueve el acto logra conformar ante la presencia judicial su título de crédito. «Tiene como fin la obtención de la confesión de la deuda y/o el reconocimiento de documento o el de su firma, los que a partir de este momento podrán adquirir fuerza ejecutiva como títulos de crédito, líquido, vencidos y exigibles, y de esta forma declarar preparada la acción ejecutiva. Asegurando, por tanto, el pago de una deuda reconocida por la entidad deudora».<sup>12</sup>

## 2.2. De los títulos de crédito que generan ejecución

Para Rosenberg,<sup>13</sup> los *títulos ejecutivos* o *títulos de deuda* son documentos públicos que declaran ejecutable la pretensión por cumplir. Otros autores

como Carnelutti<sup>14</sup> aseveran que el *título ejecutivo* es un estado y no tanto un acto, o sea, un documento al cual atribuye la ley efecto de prueba integral del crédito respecto del que se pide la ejecución. Cuando alguien presenta un título, el juzgado no puede dudar, ni siquiera por cuestiones exclusivamente de derecho, en torno a la existencia del crédito representado en él. Tal prohibición responde a la naturaleza del juicio ejecutivo, el cual no tiene por objeto resolver cuestiones sino ejecutar actos jurídicos. Agrega que si el típico proceso de ejecución se caracteriza por no contener una fase destinada a oír y a resolver las alegaciones de los sujetos litigantes, llegamos a la conclusión que el procedimiento regulado en el Título II del Libro III no tiene tal carácter, pues en él no se excluye sino se limita el conocimiento. Se trata más bien de un proceso de conocimiento especial abreviado o sumario.

Todas estas concepciones doctrinales nos llevan a concluir que es un mandato que contiene una obligación determinada, ya sea de entrega de una cosa, cantidad de dinero o la realización de una actividad física o la abstención de realizarla. De manera general los títulos ejecutivos sirven de fundamento para el ejercicio de la acción ejecutiva por parte del acreedor y para la actividad ejecutiva del órgano jurisdiccional. Es el acto jurídico plasmado en documento en sentido formal, y a su vez, en sentido formal, es el documento en el que el acto jurídico está contenido.

Resulta que producto del auge que han cobrado las relaciones económicas y mercantiles en el país y la forma desmedida en que se lleva a cabo la contratación económica, múltiples son los conflictos que en torno a esto puede generarse. Debido a las ventajas que tiene el proceso ejecutivo sobre el ordinario, por su simplificación en los términos y la forma de llegar a la ejecución —ya que en el primero se realiza de oficio y en el segundo se necesita que la parte actora inste al tribunal para que la haga efectiva—, es que en la actualidad las empresas recurren a que se les reconozca ante la presencia judicial la confesión o existencia de una deuda, o la firma que ampara está en el correspondiente documento; para preparar la ejecución y que el título pueda presentarse en el proceso ejecutivo correspondiente.

Sánchez Roca<sup>15</sup> define de manera sintética cinco requisitos para que tenga lugar el juicio ejecutivo: «Acreedor o persona con derecho a pedir; deudor

<sup>10</sup> Ricardo Dolz y Arango: *Comentarios al Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 19.

<sup>11</sup> Luis Manuel González Cuellar: *Las diligencias previas para preparar la acción ejecutiva, experiencias de las salas de lo económico*.

<sup>12</sup> Zahira Ojeda Bello: «Las diligencias previas al proceso ejecutivo: una visión de su tramitación».

<sup>13</sup> Leo Rosemberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil*.

<sup>14</sup> Manuel de la Plaza: *Derecho Procesal Civil Español*, p. 541.

<sup>15</sup> Mariano Sánchez Roca: *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, p. 450.

cierto; cantidad líquida; plazo vencido, y documento que tenga aparejada ejecución. Y por ser este último el básico del procedimiento, es que la ley lo sitúa en primer lugar». Está claro que el *documento* lleva aparejada ejecución porque resulta el instrumento contentivo del título, que a su vez contiene los demás requisitos mencionados.

### 2.2.1. Requisitos de los títulos contractuales

El título ya sea completo o incompleto, para que genere ejecución debe contener un crédito *líquido*, *vencido* y *exigible*, y es de este modo como lo reconoce el artículo 486 de la LPCALE.<sup>16</sup> La valoración por parte del juez de estos requisitos, se llevará a cabo de acuerdo a lo que al decir del profesor Juan Mendoza Díaz, de la Universidad de La Habana,<sup>17</sup> entendemos que estamos en presencia de una obligación:

- *Líquida*: cuando se refiere a la expresión cierta en dinero. Esta característica de liquidez está dada porque la cuantía aparezca determinada por una cifra numérica de moneda, lo que no impide que esté previsto en el título el cumplimiento de la obligación en especie, siempre y cuando el tribunal no tenga que emplear su labor intelectual o la de un perito para tasar un bien o definir el monto de unos perjuicios causados. Se trata entonces de que esté definido claramente en

el título el valor del bien, de no ser así, existe título pero no es reclamable por la vía del proceso ejecutivo.

- *Vencida*: No indica, en este caso, la pérdida de un derecho, sino su nacimiento en tanto surge la posibilidad para el acreedor de exigir judicialmente por la vía del proceso ejecutivo en virtud de que ha expirado el plazo de cumplimiento.
- *Exigible*: Cuando no depende de un suceso futuro o incierto, o sea, no sometido a condición o plazo alguno y, por tanto, susceptible de cumplimiento inmediato. Visto que se cumplen los requisitos de liquidez y vencimiento, se presupone la exigibilidad. Desde un punto de vista formal, se asocia con los requisitos propios del título, no de la deuda en sí.

La falta de alguno de estos requisitos traerá aparejado la inadmisión del escrito promocional de la parte promovente. Como se puede apreciar, las exigencias de vencimiento y exigibilidad están interrelacionadas y se refieren a que haya expirado el plazo destinado para el cumplimiento (vencida) y la obligación de pago no esté deferida por término adicional, ni suspendida por condición, ni sujeta a otras limitaciones (exigible).

Esta tríada de exigencias se presenta como presupuestos procesales para que el órgano jurisdiccional pueda dar curso al proceso ejecutivo.

¿Es adecuada y suficiente la aplicación de la LPCALE y las Instrucciones 183 y 215 para resolver los procesos ejecutivos que se promuevan en las salas de lo económico de los tribunales provinciales populares?

Con la inserción del proceso ejecutivo en materia económica se pretendió dotar a esta jurisdicción de un procedimiento cuya agilidad y celeridad permitiera paliar la cadena de impagos y la indisciplina financiera existente en nuestro país articulándose, al menos en potencias, la resolución veloz de los débitos interempresariales fundamentalmente, y la subsiguiente repercusión que los mismos provocan, en última instancia, en el patrimonio y la economía nacional.

La inserción del proceso ejecutivo en materia económica trajo consigo que se aplicasen las propias normas jurídicas adjetivas de la jurisdicción civil, pese a las tipicidades concretas diferenciadoras de ambas, unido al hecho de que en realidad este proceso no resultó primigeniamente concebido para su

<sup>16</sup> Art. 486 LPCALE: «Tendrán fuerza ejecutiva los siguientes títulos de créditos líquidos, vencidos y exigibles:

»1) Los testimonios de escrituras públicas con arreglo a la Ley.  
»2) Los documentos privados cuyo reconocimiento o el de su firma se pida y obtenga en diligencia previa a la ejecución, de acuerdo con el art. 487.

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

»A este efecto no serán útiles el reconocimiento de documentos o firmas, ni la confesión prestada o que se haya obtenido o conste de cualquier modo en otro proceso.

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

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

<sup>17</sup> Juan Mendoza Díaz: «La Ejecución procesal».

implementación en la primera. Ello trasluce los inconvenientes que ocasionalmente provoca la aplicación de las prealudidas normas en la praxis judicial de las salas de la especialidad, lo que no quiere decir, de modo alguno, que el proceso ejecutivo previsto en el cuerpo normativo reseñado resulte de imposible aplicación a la jurisdicción económica, sino que en realidad precisa de ciertas adecuaciones en aras de una coherente aplicabilidad.

Las salas de la especialidad rigen su actividad jurisdiccional en sede de proceso ejecutivo de modo esencial por el articulado del 486 al 498 de la ley de trámites civiles que incorporó el *libro de lo económico*; de tal suerte, el ya citado artículo 486 refleja los títulos de créditos que traen aparejada ejecución. Particularmente cuando hablamos de *títulos de crédito*, nos estamos refiriendo a un documento ejecutivo que reconoce la existencia de un crédito, que tanto por su contenido como por su finalidad, poseen cierta presunción de veracidad. Ello no hace necesario se lleve a cabo un proceso de conocimiento previo que ratifique su contenido. Es así que el citado artículo 486 regula cuáles son los títulos extrajudiciales que tienen fuerza ejecutiva, estableciendo los requisitos ya mencionados.

### 2.3. Análisis del artículo 486<sup>18</sup> de la LPCALE

Todos los títulos que pueden servir de base para la interposición de la demanda ejecutiva, por sí solos, no constituyen un título completo, siendo necesaria la preparación, a través de la vía judicial, del reconocimiento de aquellos que la doctrina ha dado a conocer como *títulos incompletos*, ya que el título existe, lo que se requiere es de la complementación del mismo, a través del trámite de diligencia previa, regulado en nuestra legislación, a partir de los artículos 487 al 491.

#### 2.3.1. Los testimonios de escrituras públicas expedidos con arreglo a la ley (artículo 486.1)

Se trata por supuesto de un documento notarial en cuya parte expositiva y dispositiva queden suficientemente documentadas las manifestaciones del ejecutante, en relación con las exigencias del artículo 486, o sea, que el crédito sea líquido, vencido y exigible, para que no necesite de previa preparación, como serían los supuestos previstos en los apartados 2, 3 y 4 del propio artículo mencionado. Es una clase de ins-

trumento público notarial cuyo contenido es una declaración de voluntad como consecuencia de un acto jurídico que requiere prestación del consentimiento.

Un requerimiento notarial de pago, no podrá utilizarse para iniciar un proceso ejecutivo fundamentado en el apartado 1 del mencionado artículo 486, por no estar contenido dicho acuerdo de pago en una escritura pública, de estarlo, entonces adquiriría fuerza ejecutiva.

Ello significa que aun cuando el acreedor cuente con un título de crédito del previsto en el apartado 1 del citado artículo 486, tendrá necesariamente que iniciar demanda ejecutiva, en los términos que prevén los artículos 492 y siguientes de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, y esperar que se dicte *auto* despachando la ejecución, a resultas de la posición que asuma el deudor con respecto al pago, el cual de no efectuarse, se tendría que entrar en la segunda fase regulada a partir del artículo 494, hasta dictarse sentencia, por demás, sin el efecto de cosa juzgada material, permitiéndose solo entrar en vía de apremio, en los casos en que la sentencia se encuentre firme y en la transacción judicialmente aprobada.

#### 2.3.2. Los documentos privados (artículo 486.2)

Nos encontramos en estos casos ante la presencia de la llamada *acción incompleta*, pues será obligatorio para la entidad que porta el documento de reconocimiento de la deuda, con la firma correspondiente, que se promueva ante la sala el acto de diligencia previa, a los fines de poder validar su título. Entre todos los documentos privados que puedan existir, solo podrá traerse a este acto el que contenga una deuda que obligatoriamente cumpla con los requisitos analizados en líneas anteriores.

En tal sentido, lo que lleva aparejada ejecución no es el documento en sí, sino la confesión o declaración judicial por parte de la entidad presuntamente deudora de la certeza de la referida deuda o el reconocimiento de la firma que contuviese el documento.

Otra situación a tener en cuenta es el hecho de quien esté llamado a reconocer el documento privado, no sea quien lo haya firmado y en tal sentido, este negara sobre la autenticidad de la firma dada a reconocer. En estos casos pudiera pensarse que el acto llega a convertirse en una confesión judicial, lo cual no es a nuestro juicio del todo acertado, ya que la esencia de esta diligencia está en el reconocimiento del documento privado que se pretende validar, y que de antemano contiene una deuda con

<sup>18</sup> *Ibidem*.



los requisitos antes analizados, diferente a la confesión judicial en que la deuda no forma parte de documento alguno.

Resulta válido tener en cuenta que la Instrucción 183 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en sus apartados octavo y noveno, dejó claramente regulado que de tratarse de documentos privados en los que pretende hacerse soportar la existencia de la deuda, el tribunal debe estar a lo establecido al efecto en el artículo 282 de la Ley Procesal. A su vez, debe exigir los originales de estos, salvo que, por sus características u origen estén incorporados a un archivo o protocolo. En tal caso, podrá ser admitida copia certificada de los mismos, conforme autoriza el propio precepto legal. Asimismo, ningún documento suscrito por persona distinta al representante legal de la entidad o persona expresamente facultada para ello por el mismo, puede obligar a aquella, en cuya virtud, solo podrá ser elevado a título ejecutivo aquel documento privado que, contentivo de un reconocimiento expreso de la deuda y el consiguiente mandato de pago, se encuentre suscrito por quien ostente a tal fin la facultad de obligar, lo que deberá probar al tribunal. También estipula que la ineficacia del documento privado suscrito por persona diferente, deberá ser apreciada de oficio por el tribunal actuante al momento de considerar la solicitud, sin que la inadmisibilidad de dicho documento, por carecer de la necesaria fuerza vinculante, no le priva del valor probatorio que retiene al objeto de acreditar, en proceso ordinario ulterior, los hechos a que se contraiga el mismo.

### 2.3.3. Confesión deuda (artículo 486.3)

En este caso no se requiere de documento acreditativo del débito sino tan solo se solicita que el deudor comparezca ante el tribunal y manifieste su posición en torno a la deuda por el importe señalado por el acreedor confesando o no su veracidad.

La confesión de la deuda constituye el título ejecutivo más incompleto, pues el hecho de poseer el título de crédito requiere de una expresión documental, y esta carece de ese sentido de forma, lo que implica que no posee la necesaria certeza, requiriendo de una preparación de la ejecución y en la que se logrará dotar al título del sentido formal. Además no solo requiere de una preparación, sino también el reconocimiento del crédito que contienen ciertos documentos privados o el de su firma, para lo cual ha de estar a lo regulado en la ley pro-

cesal en los artículos del 487 al 491,<sup>19</sup> careciendo de validez cualquier diligencia aún similar, pero que se haya efectuado en otro proceso, evitándose así pueda utilizarse una confesión prestada en un proceso declarativo, lo que de admitirse desvirtuaría la naturaleza de cada proceso.

Ha sido tendencia de las salas de la materia, que no se reconozcan las facturas como documentos privados según el apartado 2 del artículo 486 de la LPCALE, razonamiento que nos parece atinado en tanto las facturas como documentos contables financieros que refrendan operaciones mercantiles sin que sea posible asegurar que de la firma que en ellas obre resulte el nacimiento de la obligación de pago del firmante, sino exclusivamente el recibo del servicio, la mercancía o la prestación a que se contraiga. Mientras, en una mera confesión de deuda se posibilita fehacientemente que el deudor que ya hizo efectivo el pago no reconozca el débito tal como establece el párrafo último del artículo 491 de la LPCALE. Señala-

<sup>19</sup> «Art. 487. Cuando para preparar la acción ejecutiva se solicitase el reconocimiento de un documento o la confesión de la deuda, se citará a la persona contra la cual se dirija, con el apercibimiento que de no comparecer, sin justa causa, se le tendrá por conforme en la autenticidad del primero o en la certeza de la deuda, entregándole en el acto copia del escrito de promoción y de los documentos acompañados.

»La citación se hará para una fecha no posterior al séptimo día, debiendo mediar no menos de tres días de antelación al señalamiento.

»Art. 488. Si la persona contra la cual se dirija la acción no compareciese en la oportunidad señalada, ni alegase causa para dejar de hacerlo, se llevará adelante el apercibimiento a que se refiere el art. precedente a los efectos de despachar la ejecución.

»Art. 489. En todo caso para la citación de la persona contra la cual se pretenda ejercitar la acción, esta deberá hallarse en la localidad en que el proceso haya de celebrarse, y la citación deberá hacerse personalmente o, en su defecto, por medio de un familiar mayor de dieciséis años, que resida en el mismo domicilio.

»Art. 490. De no comparecer el demandado, por causa justificada, se dispondrá su citación para una oportunidad posterior, dentro de los términos y con los apercibimientos que se expresan en el art. 487.

»Art. 491. En el acto a que se refiere el art. 487, la persona contra la cual se prepare la ejecución, estará obligada a manifestar, afirmativa o negativamente, si la firma es o no suya, o la certeza de la deuda. La contestación evasiva se tomará como el reconocimiento de la deuda a que el documento o la confesión se contraigan».



la así mismo el apartado 3 del artículo 486, que no tendrá validez alguna en este proceso la confesión que conste o se haya obtenido de cualquier modo en otro proceso, por lo que de existir esta con anterioridad deberá solicitarse nuevamente a los efectos de tenerse en cuenta en este nuevo proceso.

#### 2.3.4. Las letras de cambio, cheques y pagarés perjudicados (artículo 486.4 y 5)

Debemos partir de que el mencionado artículo 486, en el inciso 4, reconoce como *títulos completos* estos mismos documentos mercantiles, con la tipicidad de que hayan sido debidamente protestados ante notario público. No obstante, el inciso 5, da la posibilidad de que aun cuando no lleguen a constituir títulos completos, pueda reconocerse en *diligencia previa*, de acuerdo a la importancia que estos documentos tienen para el tráfico mercantil.

Tengamos en cuenta que la *letra de cambio*, es el instrumento negociable que constituye una orden escrita en virtud de la cual una persona manda a pagar a otra, a la orden de un tercero, la cantidad de dinero que exprese. Documento mercantil mediante el cual una persona (el librador) concede un crédito a otra (el librado) comprometiéndose esta última a pagar el importe señalado a la fecha de vencimiento acordada. Es un instrumento negociable cuya propiedad puede transferirse, de forma que el librador puede diferir del tenedor de la letra y asimismo, puede presentarse en una entidad financiera al descuento, es decir, la entidad financiera paga al tenedor el importe de la letra antes de la fecha de vencimiento y se encarga de cobrársela al librado llegado este momento.

El *pagaré* por su parte, también es un documento de crédito en virtud del cual una persona promete formalmente pagar una deuda en determinada fecha posterior. Es un título valor o instrumento financiero; documento escrito mediante el cual una persona (el emisor), se compromete a pagar a otra persona (el beneficiario), una determinada cantidad de dinero en una fecha acordada previamente. Los pagarés pueden ser nominativos o al portador, es decir, que se pueden transmitir a un tercero y emitirlos individuos particulares, empresas o el Estado.

El cheque es un documento que se utiliza como medio de pago, mediante el cual quien lo emite, ordena al librador (banco), una orden de pago; y a un tercero (tomador) la promesa de pago que el mismo contiene, y que lo obliga frente a este en caso de que el banco no efectúe el pago. De ahí que el cheque tiene que ser efectivo, de manera que el librador cuando lo emite debe tener fondos en el banco para respaldar su cobro.

Se hace necesario aclarar en este punto, que la ley regula taxativamente los sujetos a los cuales se les puede exigir el reconocimiento de estos documentos, dígame el librador del cheque, el emisor del pagaré o el aceptante de la letra, por lo que no puede obviar el juez, el cumplimiento de este requisito.

Surge como interrogante entonces, el porqué de esta distinción de sujetos, la cual tiene como objetivo que sean citados para este acto solo la persona que originariamente quedó obligada al pago. De esta manera se garantiza que el acreedor, cualquiera que sea, no vea perjudicado su crédito ante la naturaleza negociable y cambiaria de estos títulos valores.

Nos encontramos en presencia, por supuesto, de una acción incompleta, pues al no haberse realizado el correspondiente protesto no ha quedado legitimado el título, y por consiguiente se conocen como *perjudicados*, debiéndose llevar a cabo ante el tribunal la correspondiente *diligencia previa*.

Se hace imprescindible, por tanto, que además del cumplimiento de los requisitos de exigibilidad, vencimiento y liquidez, las letras de cambio se encuentren debidamente aceptadas y los cheques y pagarés debidamente firmados por el librador y el emisor, respectivamente.

#### 2.4. Análisis de la Instrucción 183

La Instrucción 183 de 21 de diciembre de 2006, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, estableció diferentes criterios a cumplimentar por las salas de justicia con vista a garantizar una aplicación uniforme en la tramitación de las diligencias previas preparatorias del proceso ejecutivo, relativas a la representación y la tramitación, estableciendo pautas como: que las solicitudes de diligencia previa requieren de representación letrada, que al tratarse de trámite preparatorio del proceso ejecutivo, solo resulta necesario que quien represente a la parte actora ostente un poder general, que este escrito puede ser objeto de subsanación si no presenta las facultades del artículo 72<sup>20</sup> de la LPCALE, entre otras.

<sup>20</sup> «Art. 72. El mandato general para pleitos capacita para toda clase de procesos, recursos e incidencias, excepto para transigir, renunciar, desistir, allanarse, cobrar, rematar o adjudicarse bienes, en que se requerirá que en el poder o mandato se otorguen facultades expresas para ello».

Si bien novedosa en el momento de dictarse por sentar pautas para una tramitación adecuada de este tipo de proceso en las salas de lo económico, y aplicación más coherente y sistemática de la LP-CALE, en aras de una aplicación más uniforme de la preceptiva en la práctica de las diligencias previas preparatorias de la acción ejecutiva, la práctica sigue siendo más enriquecedora.

## 2.5. *Análisis de la Instrucción 215*

Como hemos expresado, una de las principales características del proceso ejecutivo es la rapidez del cobro del crédito, aspecto que asociado a la indisciplina financiera que caracterizaba la actividad empresarial durante los años de su implementación en la materia económica, generó un notable aumento de la radicación de este tipo de asuntos en las salas. Estos en su mayoría, basaban la ejecución en la preparación del título mediante la diligencia previa, consistente en la confesión de la deuda. La mayor parte de las demandas que se presentaban, carecían de una sustentabilidad documental que permitiera al órgano jurisdiccional alcanzar convicción plena, máxime cuando a las convocatorias para preparar el título en la mayoría de los casos no asistía el representante legal de la presunta entidad deudora, lo que determinaba que al amparo de lo que se regula en el artículo 487,<sup>21</sup> de no comparecer, sin justa causa, se le tuviera por conforme en la certeza de la deuda o, en no pocos casos, aconteciera que se ejecutara el pago antes del acto convocado, lo que colocaba al tribunal en cierta medida en gestor de cobro. Por otra parte, se desnaturalizaba la ejecutividad del proceso, en tanto no existía correspondencia entre las diligencias previas tramitadas y aquellas demandas interpuestas para hacer efectivo el crédito correspondiente.

La Instrucción 215 vino a racionalizar la actuación en este tipo de procesos, tanto por las partes como por el tribunal, reforzando asimismo la disciplina de cobros y pagos y el fortalecimiento del control, regu-

lando todo lo relacionado sobre los procesos ejecutivos y ordinarios sometidos al conocimiento de la jurisdicción económica de los tribunales. A su vez, ha representado un importante paso en la reordenación de estos asuntos en el país, que habían estado marcados por las demoras en la tramitación y un número elevado de incumplimientos, sobre todo en el sector estatal, con consecuencias negativas apreciables.

Esta nueva normativa dejó sin efecto los apartados primero, segundo, tercero, sexto y decimotercero de la Instrucción 183. Estableció como requisito para la interposición de la demanda, la presentación de conjunto del contrato económico u otro documento análogo que justifique el vínculo entre las partes y documentos que acrediten la realización de gestiones de cobro de la deuda en que se fundamenta la reclamación. Eliminó el término de un año que existía entre la diligencia previa y la demanda ejecutiva e instauró que la solicitud de diligencia previa se realice con la demanda ejecutiva mediante otrosí. La concentración de actos, en tanto en la propia comparecencia, de quedar preparada la acción ejecutiva, el tribunal despacha la ejecución por la cuantía reconocida y requiere de pago al deudor, con las consecuencias del artículo 493, de practicar la medida cautelar ordenada y emplazar al demandado por el término de ley. Asimismo sienta que en caso de no quedar preparada la acción ejecutiva, el tribunal lo anuncie en el propio acto y posteriormente dicte auto definitivo declarando *no ha lugar* a continuar la tramitación del proceso ejecutivo y disponer el archivo del expediente, sin perjuicio del derecho del demandante de promover el proceso ordinario sobre la misma cuestión.

Esta instrucción estableció además como *obligatorio* que las entidades del mismo organismo tienen que someter el litigio al órgano administrativo interno de solución de conflictos, cuestión que en la actualidad pierde virtualidad teniendo en cuenta el reordenamiento empresarial que se lleva a cabo en nuestro país. Así como la acreditación de la situación financiera y la presencia activa del acreedor, para reforzar la ejecución, y establece como mecanismo de control del patrimonio estatal, la interacción con la fiscalía y la contraloría en aquellos supuestos de inadmisión de la demanda o de insuficiencia de fondos en las cuentas bancarias del deudor.

## 3. Algunas experiencias de la sala de lo económico del tribunal provincial popular de La Habana

Como consecuencia de la aprobación de la política económica establecida por nuestro país a partir de

<sup>21</sup> «Art. 487. Cuando para preparar la acción ejecutiva se solicitase el reconocimiento de un documento o la confesión de la deuda, se citará a la persona contra la cual se dirija, con el apercibimiento que, de no comparecer, sin justa causa, se le tendrá por conforme en la autenticidad del primero o en la certeza de la deuda, entregándole en el acto copia del escrito de promoción y de los documentos acompañados. La citación se hará para una fecha no posterior al séptimo día, debiendo mediar no menos de tres días de antelación al señalamiento».

los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución e implementación de la Instrucción 215, se ha producido un decrecimiento de la radicación de los procesos ejecutivos en nuestra sala. Ello no exime de que en la práctica, durante la tramitación de este tipo de asuntos se aprecien aspectos que corroboran que las normas que rigen no se atemperen a los diferentes supuestos que pueden presentarse y se están configurando en cualquier estado del proceso, existiendo hoy muchas situaciones ante las que los jueces tienen que interpretar con carácter extensivo los preceptos normativos, para así poder darle solución, sin que se rompa la naturaleza del proceso.

No puede obviarse que este tipo de proceso se atempera a la materia económica, procedente de un procedimiento civil, cuyos actores fundamentales difieren a los del escenario económico.

Los jueces de la sala en varias ocasiones se han topado con el supuesto de que la entidad deudora en el acto presenta un cheque acreditando el pago y que una vez recibido por la actora, la misma no desiste del proceso, por manifestar que con ello no tiene certeza del pago de la deuda. Ante estos casos la sala, de manera colegiada, ha adoptado la solución de concederle un término a la actora para que agilice las gestiones ante la entidad bancaria para comprobar si el cheque tiene fondo o no, y así darle continuidad al proceso de forma más rápida, sin tener que embargar la cuenta bancaria de la entidad deudora.

De igual forma, se ha dado el caso que en ocasiones las partes acompañan otros documentos como estados de cuentas de las entidades que representan, instando el reconocimiento de documento privado con sujeción al apartado 2 del artículo 486 de la LPCALE, no siendo estos en realidad actas de conciliación en que ambas partes plasmaron su rúbrica y los respectivos cuños acreditativos de las mismas, por lo que no consideramos que deban reputarse tales documentos como privados susceptibles de tutela jurídica en el aludido apartado 2 del artículo 486 LPCALE. En el caso de las facturas, es significativo señalar que existe la tendencia a ser presentado en la sala como *documento privado*, contrario a los fines de este proceso valorado por nuestra sala, por considerarse un documento probatorio a los fines del proceso ordinario, y no a los del ejecutivo que se caracteriza por ser lineal y no de conocimiento, ya que además las facturas no en todos los casos cumplen el requisito del documento privado.

Es importante significar que el hecho de que el legislador le haya otorgado a las partes involucradas en el procedimiento sobre los títulos de crédito que gene-

ran ejecución, la posibilidad de volver a promover la misma cuestión en proceso ordinario, trajo consigo que no dotara a las sentencias dictadas en este tipo de procesos, de la autoridad de *cosa juzgada material*, en nuestra opinión, desacertadamente. Y ello, por no distinguir nuestra ley entre *sentencia condenatoria* y *absolutoria*. La primera, correspondiente a la de remate, la cual conlleva a la adquisición de lo embargado y con ello, a la disposición inmediata del dinero cobrado y los bienes rematados al ejecutante. De haber tenido nuestras sentencias efecto de *cosa juzgada*, el deudor no podría volver a repetir su oposición o pretender la devolución de lo pagado, con lo cual se asume una posición, a mi juicio justa, contra el deudor moroso que tratará siempre de encontrar la vía para demorar y hasta evitar el pago de su deuda.

Aun cuando el acreedor cuente con un título de crédito del previsto en el apartado 1 del citado artículo 486, tendrá necesariamente que iniciar demanda ejecutiva en los términos que prevén los artículos 492 y siguientes de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, y esperar que se dicte auto despachando la ejecución, a resultas de la posición que asuma el deudor con respecto al pago. De no efectuarse, se tendría que entrar en la segunda fase regulada a partir del artículo 494, hasta dictarse sentencia, por demás, sin el efecto de cosa juzgada material, permitiéndose solo entrar en vía de apremio, en los casos en que la sentencia se encuentre firme y en la transacción judicialmente aprobada.

El legislador cubano no ha concebido ningún otro procedimiento que posibilite, sin violentar el derecho del deudor, entrar directamente a despacharse la ejecución, con lo cual se lograrían reducir considerablemente los tiempos y costos de estos tipos de procesos, algo que para los acreedores cubanos de sucursales y otros, resultaría de mucha importancia y utilidad, sobre todo, si tuvieran que seguir tras su casa matriz, al no contar en Cuba con patrimonio disponible para resarcirse de los daños y/o perjuicios ocasionados.

## Conclusiones

- Como la realidad económica cubana ha cambiado, hoy se hace necesaria la modificación de estos preceptos, a los fines de ajustar a la jurisdicción económica el tratamiento acertado de este tipo de proceso, teniendo en cuenta el auge que han cobrado en las salas de lo económico.



- Con la puesta en práctica de este procedimiento se ha contribuido a mejorar la cadena de impagos existente entre las empresas estatales cubanas, aunque no han sido solucionados todos los problemas.
- Se hace imposible, entonces, poder llevar a cabo una adecuada tramitación, si la legislación con la que contamos no se encuentra ajustada a la realidad imperante.
- Por tanto, los jueces tendrán en muchas ocasiones que realizar interpretaciones extensivas de los preceptos con que contamos, como puede ser la de no inclusión de las facturas como documentos susceptibles de ser reconocidos en *diligencia previa*, o la de que los contratos perfectamente pueden ser llevados a este trámite si se valoran cada una de sus cláusulas, siempre ajustándose a los requisitos inquebrantables de liquidez, vencimiento y exigibilidad.
- Nuestro proceso ejecutivo en el Derecho Económico es un proceso de conocimiento especial abreviado o sumario.
- Existen nuevas tendencias en Derecho Comparado respecto al proceso ejecutivo en materia económica que han contribuido a hacer más efectivo y breve el cobro de los créditos.

## Bibliografía

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: *Estudios diversos de Derecho Procesal*, J. M. Bosch Ed. S.A., 1987.
- Andux Alfonso, Ranulfo A.: *Algunas consideraciones sobre el proceso ejecutivo en general y la cuestión cautelar*, s.d.e.
- «Derivaciones actuales del proceso económico», 23 de enero de 2013.
- Bernal Aveiro, Karina A.: «Proceso Monitorio: “Autres Temps, Autres Moeurs” (otros tiempos, otros modos)», en XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005, p. 6.
- Casasús, Juan J. E.: *Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en Cuba*, t. III, vol. I, 2ª. ed., Ed. Cultural S.A., La Habana, 1955.
- Dolz y Arango, Ricardo: *Comentarios al Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta y Papelería “La Universal”, La Habana, 1891.
- González Cuellar, Luis Manuel: *Las diligencias previas para preparar la acción ejecutiva, experiencias de las salas de lo económico*, s.d.e.

- Plaza, Manuel de la: *Derecho Procesal Civil español*, vol. II, 2ª. parte, 3ª. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- Montero Aroca, Juan *et al*: *Derecho jurisdiccional*, t. II, 3ª. ed., Barcelona, J. M. Bosch Ed. S.A., 1993.
- Naranjo Eizmendiz, Yunier: *Algunas consideraciones acerca de las diligencias previas a la acción ejecutiva*, s.e., La Habana, 2004.
- Ojeda Bello, Zahira: «Las diligencias previas al proceso ejecutivo: una visión de su tramitación», en *III Encuentro Internacional Justicia y Derecho*, 2006.
- Pino Martínez, Yolanda: *El proceso judicial económico cubano*, s.d.e.
- Rosemberg, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. A. Romera Vera) t. II, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.
- Sánchez Roca, Mariano: *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, t. II, vol. VI, 3ª. ed., Ed. Lex, La Habana, 1959.
- Formentín Zayas, Yanicet: «La ejecución de sentencias dentro de las salas de lo económico: una experiencia», en <http://www.monografias.com>.
- «Proceso ejecutivo de reclamación contra empresas extranjeras en Cuba», en <http://www.monografias.com>.
- Mendoza Díaz, Juan: «La ejecución procesal», en <http://www.monografias.com>.
- Molina Pomares, Raiza: «El proceso ejecutivo», en <http://www.monografias.com>.

## Legislaciones

- Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.*
- Decreto Ley 24 de 15 mayo de 1979.*
- Decreto Ley 129, Extinción del Sistema de Arbitraje Estatal*, de 19 de agosto de 1991(soporte digital).
- Instrucción 160 del 2000.*
- Instrucción 172 del 2003.*
- Decreto Ley 223, De la Jurisdicción y Competencia de las salas de lo económico de los tribunales populares*, de 15 de agosto de 2001.
- Decreto Ley 241*, de 26 de octubre del 2006.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley 7 de 19 de agosto de 1977*, Ed. Orbe, La Habana, 1978.
- Instrucción 183 de 2006.*
- Instrucción 215 de 13 de abril de 2012.*



# **Los contratos y el delito de negociaciones ilícitas en la legislación penal cubana. Consideraciones a partir de los nuevos actores de la economía**

YULITZA NURIS SARMIENTO GONZÁLEZ\*  
MANUEL ALBERTO LEYVA ESTUPIÑÁN \*\*

En nuestro país, el fenómeno delictivo en materia económica tiene varias manifestaciones y expresiones cuyo análisis requiere de aplicaciones metodológicas investigativas también diversas. La delincuencia económica se vincula tanto a las estructuras del quehacer económico como a las del control social formal.

La configuración y delimitación de los bienes jurídicos a tutelar por las normas penales pudiera considerarse como uno de los límites internos, que nace de la propia norma. Sin embargo es el propio Estado, bajo cualquiera de las interpretaciones posibles, quien fija qué bienes jurídicos o elementos de estos se protegen. A partir del 6°. Congreso del Partido Comunista de Cuba y los Lineamientos de la Política Económica y Social emanados de este, la actividad contractual en materia económica ha adquirido una importancia trascendental en la actualización del modelo económico cubano.

El Derecho Penal no puede permanecer ajeno ante los cambios que se están produciendo en el país, y el debate sobre la necesidad o no de la protección penal al proceso de contratación económica, aparece entre los que consideran que no es necesaria dicha defensa, por considerar que existen otras vías para la solución del conflicto, y aquellos que sí consideran que estas violaciones contractuales afectan a la economía nacional o el buen funcionamiento de la administración y jurisdicción, como bienes jurídicos tutelados por el legislador cubano, siendo merecedoras de respuesta penal.

Las figuras delictivas asociadas a la actividad contractual tienden a ser normas penales en blanco, lo que hace aún más compleja su configuración e inter-

pretación por el juzgador. El viejo apotegma «quien negocia no contrata», no evita del todo la posibilidad de generar afectaciones económicas para el país. Variadas son las anécdotas en que una pésima negociación ha incidido en daños considerables. El enfoque teórico acuña la idea de que el contrato se funda en la libertad y en la igualdad. En la práctica se observa una generalización de un sistema de negociaciones estandarizado que denota la inexistencia de la libertad y la igualdad plena en la contratación, existiendo la posición preponderante de las grandes empresas que basan su actuación en el individualismo más que en los principios de libertad e igualdad.

Según el criterio de Valés Duque,<sup>1</sup> el contrato pasa ordinariamente por un desarrollo previo de negociaciones, fuente de especiales deberes de información, diligencia y lealtad, nacidos del contacto negocial. Dentro de las diversas definiciones<sup>2</sup> sobre los *procesos contractuales*, existe coincidencia en considerar que constituye un negocio jurídico por excelencia. Podría considerarse al *contrato* como «un negocio jurídico (esfera de la voluntad y de la libertad individual), bilateral (esfera de la igualdad de las partes) en cuya virtud se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas obligatorias».<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Pablo Valés Duque: «Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», p. 3.

<sup>2</sup> En el Decreto Ley 15 del 3 de julio de 1978 se definía por *contrato económico* el que tiene por causa y expresa jurídicamente las relaciones económicas monetario-mercantiles, entre los sujetos mencionados en el art. anterior y establece las obligaciones emergentes de las mismas, a fin de asegurar la cooperación organizada para la ejecución del Plan Único de Desarrollo Económico-Social de la Nación. Otra definición recogida en un proyecto legislativo del 21 de marzo de 2000 del Ministerio de Economía y Planificación, anterior al DL 304, entendía por *contrato* «el acto jurídico mediante el cual dos o más personas naturales o jurídicas, sujetos de relaciones económicas de contenido patrimonial, consienten en obligarse recíprocamente para la ejecución de una determinada actividad productiva o comercial o la prestación de determinados servicios». Asimismo, mediante el contrato económico se interpretan, modifican y extinguen relaciones de esta naturaleza. Por último la Resolución 2253/2005 estableció la *contratación económica* como un «proceso en el que se integran los diferentes sujetos que actúan legalmente en la economía nacional para, mediante la concertación de contratos, garantizar sus respectivos planes económicos y satisfacer sus necesidades, y con los objetivos y prioridades de nuestra sociedad».

<sup>3</sup> Teresa Delgado Vergara: «El contrato como institución central en el ordenamiento jurídico», p. 122.

\* Abogada de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en Holguín. Especialista en Derecho Penal.

\*\* Profesor Auxiliar de Derecho Penal de la Universidad de Holguín. Especialista en Derecho Penal.

Para intervenir en el proceso de negociación de un contrato se necesitan conocimientos no solo jurídicos, sino esencialmente económicos. Y en este proceso pueden sobrevenir determinados riesgos, propios del comercio. Ninguna actividad económica está exenta por completo del fracaso, participar en un negocio implica, en alguna medida, asumir determinados riesgos. La valoración desde el punto de vista penal estará encaminada a determinar si fueron riesgos permitidos o no tolerados por la norma penal. Cuando existe el llamado *riesgo permitido*, este influye sobre varios de los rasgos del delito, la antijuricidad y la tipicidad. El riesgo permitido puede eliminar la responsabilidad penal del agente. Según Mejías Rodríguez<sup>4</sup> tres son las situaciones que se dan vinculadas al Derecho Penal: el riesgo permitido dentro de los elementos normativos de la conducta delictiva, en los tipos penales abiertos y en las normas penales en blanco.

Como resultado de los nuevos cambios que ya se han producido en el país, y los que tendrán lugar en el futuro inmediato, hasta donde es previsible, a tenor sobre todo del contenido de los propios lineamientos aprobados, puede estimarse que entre las características del nuevo escenario socio-económico cubano, que trascienden al ámbito penal, se encuentran, el desarrollo de las nuevas formas de gestión de la economía con la participación de los nuevos actores en el orden económico. Lo anterior tendrá irremediablemente trascendencia en el orden penal.

Con las Resoluciones 41 y 42 de 22 de agosto de 2013, de la ministra de Trabajo y Seguridad Social, que establecen el nuevo Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia<sup>5</sup> y la denominación de las actividades que se pueden ejercer a través de esta actividad, respectivamente, se amplió aún más este ejercicio, hasta doscientas una actividades.<sup>6</sup> Ello conllevó al incremento del número de trabajadores por cuenta propia, de ciento cincuenta y siete mil a más de cuatrocientos setenta mil, o sea, dos de cada diez personas en edad laboral activa son trabajadores por cuenta propia, cuyas fuentes de empleo son la producción de bienes y servicios para la población. La Habana, Matanzas, Villa Clara, Camagüey, Holguín y Santiago de Cuba, agrupan el 65 % del to-

tal de trabajadores por cuenta propia.<sup>7</sup> Ellos contrataron como trabajadores a noventa mil novecientos setenta y ocho personas, asociadas en lo fundamental a la actividad de la venta de alimentos.

Dentro de este escenario, surge también otra forma de gestión económica y que son las Cooperativas No Agropecuarias. En la cooperativa, curiosamente se combinan las características<sup>8</sup> de una empresa y de una asociación, aun cuando la necesidad asociativa y la cooperación mutua es lo que signa el funcionamiento de lo empresarial. Uno de los aspectos novedosos de la normativa relacionada con el cooperativismo no agropecuario es la apertura del proceso de licitación a la gestión del servicio público a las personas naturales.

Si bien existían normativas previas que señalaban la posibilidad de recurrir a la *licitación* como elemento esencial del contrato administrativo de gestión de servicio público en función del principio de moralidad y de oportuna conveniencia administrativa, estas normas no apuntaban a las personas naturales cubanas. Es meritorio recordar que una de las pocas normas que hacía referencia al proceso de concertación de contratos era la Resolución 91 de 2006 "Sobre indicaciones para el proceso inversionista", en la cual se señalaba que alternativamente la contratación de las diferentes etapas del proceso inversionista podía desarrollarse aplicando los procedimientos de *invitación restringida* o de *licitación pública*.<sup>9</sup>

En la práctica cubana, el método común utilizado era el de adjudicación directa debido a que los sujetos de gestión involucrados eran casi en su totalidad estatales. Al final, todas las consecuencias favorables en el orden financiero de la ejecución de una obra, volvían de una u otra forma a las arcas del Estado. Con la entrada masiva en la dinámica economía de sujetos privados, resultó necesario activar mecanismos de eficacia

<sup>4</sup> Carlos Alberto Mejías Rodríguez: *Generalidades sobre Derecho Penal Económico y Derecho Penal de la función pública*.

<sup>5</sup> *Gaceta Oficial Extraordinaria*, no. 27, 26 de septiembre de 2013, Resolución 41 de 2013 y Resolución 43 de 2013 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>6</sup> Intervención de directivos del MTSS, MITRANS, ONAT y el CAP de la Habana, Mesa Redonda de 19 de marzo de 2014.

<sup>7</sup> «Trabajo por Cuenta Propia crece y se valida como opción de empleo en Cuba», en *Cubadebate*, 19 de marzo de 2014. Palabras claves para la búsqueda: Cuba, Económica, Trabajo por Cuenta Propia.

<sup>8</sup> Los propios Jesús Crus Reyes y Camila Piñeiro, atendiendo a que se unen características de la asociación y de la empresa, señalan que la cooperativa es una empresa de personas y de capitales.

<sup>9</sup> En la mencionada resolución varios arts. se refieren a la licitación como forma de adjudicar los contratos relacionados con el proceso inversionista, incluso en el art. 101 de esta resolución se hace alusión a un procedimiento de licitación que nunca se materializó de manera independiente en una norma de mayor jerarquía.

y transparencia, pues no debemos olvidar que detrás de muchos de esos contratos y de su consecución, se mueven intereses que pueden devenir en corrupción.

Por su parte, el delito de *negociaciones Ilícitas* como figura delictiva resulte novedosa para algunos, su surgimiento se localiza en épocas romanas. Se desprende del llamado *crimen repetundarum*, que contenía ilícitos como la concusión, el peculado, la corrupción y el interés privado en actos del cargo. Este último prohibía a los gobernadores de las villas conquistadas, cualquier tipo de participación en los negocios del territorio usurpados, así como se les negaba ser propietarios de buques, pues estos eran de uso exclusivo del comercio.

El contrato económico tiene trascendencia en el orden penal en nuestro país de manera explícita en el de negociaciones Ilícitas, previstos en el artículo 153 y su apartado 2, del Código Penal cubano. Este tipo penal que tutela la función pública está configurado como norma penal en blanco<sup>10</sup>, existiendo la posibilidad de que la norma complemento pueda constituir un acuerdo del gobierno local, las indicaciones de un comité de expertos o de contratación por citar posibles fuentes normativas de un contrato.

A nuestro modo de ver, para identificar la existencia de un ilícito penal de una simple violación contractual, algunos elementos a tener en cuenta podrían ser: la magnitud del daño o perjuicio ocasionado, el sector o entidad en el cual se enmarca el contrato, la cuantía o monto total de la operación, el objeto sobre el cual recae el contrato, las razones o causas del incumplimiento que pueden obedecer a la actuación del sujeto e incluso a entes externos y los móviles del individuo diferenciando el dolo civil en sentido general del dolo penal, por citar algunos, posibilitando distinguir cuáles conductas en materia de contratación económica constituirán delitos y cuáles serán ilícitos de índole civil.

En los procesos contractuales, aun en su etapa de negociación, ciertamente pueden vulnerarse bienes jurídicos tutelados por las normas penales. El problema no radica en penar todas estas conductas. La génesis radica en el análisis exegético que se realice de lo tutelado por los tipos penales y respetar el carácter subsidiario del Derecho Penal.

<sup>10</sup> Cfr. Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho Penal*, p. 28. Ramón Alarcón Borges: *Las normas penales en blanco en el ordenamiento jurídico penal cubano*; Mayda Goite Pierre: *Las normas penales en blanco y el principio de legalidad*.

Si consideramos al bien jurídico penal como valores,<sup>11</sup> aspiraciones e intereses tutelados penalmente, que se manifiestan en concretas relaciones sociales y que adquieren su legitimidad desde su derivación de la Constitución, la primera interrogante relacionada con los procesos de contratación económica sería si esta merece ciertamente la tutela penal. De la sistemática de la Ley 62/1987 puede inferirse que las violaciones en los procesos de contratación afectan como bien jurídico el buen funcionamiento de la administración y la jurisdicción.

Lo anterior implica definir si axiológicamente estas normas penales están legitimadas, no ya por la existencia de límites internos del propio ordenamiento jurídico –formas acaso visibles– de la lesividad en materia penal, sino por la defensa consciente de valores colectivos imprescindibles para la sociedad misma. La afectación económica generada puede constituir una condición objetiva de punibilidad,<sup>12</sup> el elemento esencial de una figura delictiva agravada y en última instancia la existencia de responsabilidad civil derivada de delito. En la etapa de negociación puede lesionarse o ponerse en peligro a un bien jurídico penalmente tutelado sin que se haya producido afectación económica alguna.

En otro orden, delimitar la existencia<sup>13</sup> en un proceso de contratación económica del dolo civil o el dolo penal, no siempre constituye tarea fácil. La exigencia de no dañar a otros del Derecho romano, *honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere* (vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada cual lo que le corresponda), traslada a la categoría responsabilidad las consecuencias por su violación. También la norma civil o económica, según el caso, protege bienes jurídicos, en la primera, podríamos decir barrera de contención y la norma penal los protege de manera subsidiaria. Rasgo fundamental del delito es su tipicidad, a diferencia de la atipicidad

<sup>11</sup> Arnel Medina Cuenca: *Los principios limitativos del ius puniendi. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las Constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional*, p. 7.

<sup>12</sup> Desde el punto de vista dogmático tiene incidencia en que no necesitan ser incluidas en el dolo del agente, la existencia de un grave perjuicio a la manera en que aparece en el art. 140.2 de nuestro Código Penal, lleva al autor a responder por esa figura agravada.

<sup>13</sup> Sentencia por amparo directo 6288/84. José Isidro Montes Mendoza, sala auxiliar, 7ª. época. Semanario Judicial de la Federación, vol. 199-204, 14 de noviembre de 1985. 7ª. parte, p. 415.



propia del acto ilícito civil, el cual también se conoce en la doctrina como delito civil. Es decir,<sup>14</sup> que todo hecho doloso o culposo puede dar lugar a una indemnización aunque no esté especialmente previsto en la ley, pero solo pueden ser reprimidos con una pena aquellos que estén regulados como *delito* en la ley penal, lo cual responde al conocido principio de legalidad que expresa «*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege penale*».

En el proceso de negociación de un contrato la aceptación de ventajas, prebendas, regalos o beneficios de cualquier índole en sentido general, unido a un actuar distinto al exigido –cuando el agente es un funcionario público, actúa en representación del Estado etc.– puede incidir en el comienzo de una relación jurídica de índole penal. En la etapa previa del contrato –la que nos ocupa en estas líneas–, es comúnmente admitido que en el desarrollo de los tratos o negociaciones que preceden la posible celebración de un contrato, existen entre las partes determinados deberes que surgen desde que entran en contacto con el propósito de negociar. No obstante la ausencia de cualquier vínculo contractual en ese momento, la infracción de alguno de esos deberes precontractuales da lugar a la llamada *responsabilidad por “culpa in contrahendo”* o *responsabilidad precontractual del infractor*, si de ella han derivado daños para el otro negociante.

El delito de *negociaciones Ilícitas*, reincorporado a la ley penal sustantiva cubana con el Decreto Ley 175 de 1997, penaliza al funcionario o empleado público que en provecho de su participación en un contrato o negocio, por razón de su cargo, obtiene beneficio o algún tipo de interés personal. La doctrina mayoritaria ha llegado al consenso en cuanto a centrar el bien jurídico protegido de esta figura en un conglomerado de valores, entre los que predomina la objetividad y la imparcialidad con que la administración ha de servir a los intereses generales. Se resalta como razón del delito la integridad y moralidad en la actuación del funcionario público.<sup>15</sup>

Se reconoce que el objetivo no es otro sino que los servicios que prestan los funcionarios no sean potencialmente interferidos por intereses privados. Este delito tiende a eliminar cualquier factor de perturbación en

la imprescindible equidistancia que debe guardar el funcionario con los contratos y operaciones en que intervenga la administración, evitando la simple sospecha de parcialidad, a la vez procura poner coto a su codicia personal, que puede verse favorecida con la calidad con que actúa en aquellos negocios jurídicos.<sup>16</sup>

La doctrina penal cubana, en la que encontramos a Quirós Pérez, como uno de sus mayores precursores, observa al bien jurídico protegido por el delito de negociaciones prohibidas, desde una posición dialéctico-materialista, basado en la protección de las relaciones sociales.<sup>17</sup> Opinión más amplia le merece a Mejías Rodríguez, quien indica que se protege el ejercicio correcto de las funciones públicas, relativo a la ética, a la moral y a la disciplina de la gestión pública. Son delitos contra el ejercicio fraudulento, de funciones públicas que atañen la imparcialidad y el debido respeto de los ciudadanos a la administración pública. El objeto de tutela está conformado por las actuaciones delictivas de los funcionarios contrarios al correcto ejercicio de la propia función pública.<sup>18</sup> La autora Goite Pierre se suma al criterio de estos penalistas y agrega que debe realizarse una modificación legislativa, y considerar la posibilidad de identificar un título relacionado con la función pública tomando en cuenta que en la actualidad existe un decidido esfuerzo de la comunidad internacional en el combate contra los actos de corrupción, y este título pudiera englobar todas las figuras relacionadas con tal fenómeno, dándoles un tratamiento particular por razones dogmáticas y de política criminal.<sup>19</sup>

Se ha aducido por parte de la doctrina que la conducta tipificada en el delito de *negociaciones ilícitas* viene ya tutelada en otros tipos penales, asemejándose a las figuras del cohecho, el tráfico de influencias, los actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación. El delito previsto en el artículo 153 tutela como bien jurídico la administración y la jurisdicción, pero ambos integran también lo que la doctrina ha llamado *delitos pluri-ofensivos*, pues además de afectar el bien jurídico declarado afectan la economía nacional,

<sup>14</sup> Nancy de la Caridad Ojeda Rodríguez y Teresa Delgado Vergara: *Teoría General de las obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano*.

<sup>15</sup> González Cusacc: «Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función», pp. 756 y ss.

<sup>16</sup> Carlos Creus: *Derecho Penal parte especial*, pp. 298 y ss.

<sup>17</sup> Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho Penal parte general*, pp. 99 y ss.

<sup>18</sup> Carlos A. Mejías Rodríguez: *Estudio de los delitos funcionariales*, pp. 2 y ss.

<sup>19</sup> Mayda Goite Pierre: *El delito de malversación desde una perspectiva legislativa*, p. 40.

llegándose en ocasiones a afirmar que podría estar integrado en los delitos contra la seguridad del Estado.

«El apartado 2 viene a suplir el vacío dejado por el artículo 428 del Código de Defensa Social y que era casi una copia literal del 408 del Código de 1870, que sancionaba al funcionario público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato (incorporaba la subasta) para obtener un beneficio directa o indirectamente».<sup>20</sup> El delito protege la rectitud, probidad e imparcialidad con que deben obrar los funcionarios públicos o empleados al intervenir en el desempeño de sus funciones en contratos, negociaciones, decisiones u operaciones. Siguiendo estos razonamientos el delito de negociaciones ilícitas fue reincorporado al código cubano actual por decisiones de política criminales, pues la realidad cubana actual ha revelado la necesidad de reprimir este tipo de conductas al calor del creciente aumento de las relaciones comerciales con empresas extranjeras y las inversiones de este tipo en nuestro país, así como el surgimiento de los Trabajadores por Cuenta Propia y las Cooperativas No Agropecuarias, como nuevos agentes económicos, los que imponen que sean observados desde una óptica del Derecho Penal, pues se relacionarán a partir de las negociaciones comerciales con entidades estatales, cuyas relaciones pueden extralimitarse llegando a lesionar el bien jurídico protegido por el delito de negociaciones prohibidas.

Dentro de las reformulaciones que podrían hacerse a este tipo penal está la inclusión, a manera de apartado o figura independiente de la penalidad de la conducta, cuando el funcionario público interviene en beneficio propio en condición de parte en un negocio privado. Consideramos además que merece la pena valorar la interpretación auténtica que aparece en el artículo 173 sobre el funcionario público, su carácter extensivo conlleva a que el sistema penal se congestione en estas modalidades delictivas ante sujetos de menor participación en el delito pero cualificados por la norma como sujetos especiales, impidiendo concentrarse en los sujetos de mayor implicación jurídico-penal. De igual manera podría consignarse, a manera de circunstancia de calificación al que intencionalmente contribuya con su actuar a la adjudicación de un contrato u operación en favor de un tercero, cuando existen mejores ofertas en el pliego de concurrencia, aun sin haberse beneficiado de la operación.

## Bibliografía

- Alarcón Borges, Ramón: «Las normas penales en blanco en el ordenamiento jurídico penal cubano», tesis en opción al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2012.
- Creus, Carlos: *Derecho Penal parte especial*, t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.
- Delgado Vergara, Teresa: «El contrato como institución central en el ordenamiento jurídico» (ponencia en la I Jornada de Derecho de obligaciones y contratos “Antonio Díaz Pairó *in memoriam*”, junio de 1996), en *Lecturas de obligaciones y contratos*, Universidad de la Habana, La Habana, 1999.
- Goite Pierre, Mayda: «Las normas penales en blanco y el principio de legalidad» (conferencia ofrecida en la II Escuela de Verano sobre Temas Penales Contemporáneos), La Habana, 2006.
- «El delito de malversación desde una perspectiva legislativa», en *Revista Jurídica, Justicia y Derecho*, no. 6, 2006.
- González Cusacc: «Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función», en *Derecho Penal parte especial*, s.d.e.
- Medina Cuenca, Arnel: *Los principios limitativos del ius puniendi. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las Constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional*, s.e., La Habana, 2002.
- Mejías Rodríguez, Carlos Alberto: *Generalidades sobre Derecho Penal Económico y Derecho Penal de la función pública. Capacitación para auditores y fiscales en negocios conjuntos*, Fiscalía General de la República, vol. II en soporte DVD, La Habana, abril de 2012.
- Ojeda Rodríguez, Nancy de la Caridad y Teresa Delgado Vergara: *Teoría General de las obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano*, La Habana, diciembre de 2000.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho Penal*, Ed. Félix Varela, La Habana, 1999.
- Rodríguez Linares, Claudia: *El bien jurídico tutelado por el delito de negociaciones ilícitas*, en <http://cita.es/negociaciones/prohibidas/>, consultado el 20 de agosto de 2014.
- Valés Duque, Pablo: «Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», CD “IV Jornada Internacional de Derecho de Contratos”.

<sup>20</sup> Danilo Rivero García. Tomado del Código Penal en software (idea original de Alejandro García García).

# La Defensa Penal. Presupuesto de legitimidad de la acusación y de la sanción penal

MSc. YUDITH LÓPEZ SORIA\*

## I. Introducción

La necesidad de defensa que requiere un individuo, un ciudadano, en caso de estar imputándosele, un delito, no cabe duda de que es tan antigua como la humanidad, el hecho de que se haya instaurado como derecho es más reciente, pero también antigua y no debe existir contradicción en tal afirmación, pero el hecho de haberlo establecido como una garantía, es más reciente aún.

Acontece que desde los primeros años del cristianismo, Tertuliano<sup>1</sup> alzó su voz vigorosa contra las autoridades del Imperio romano que perseguían a los seguidores de las enseñanzas de Jesús sin darles oportunidades de demostrar su inocencia sobre las imputaciones que se les efectuaban.

En una célebre Apología se argumentaba con razones que mantienen hoy plena validez, tales como:

- Que es injusta la persecución que condena sin dar oportunidad de ser oído.
- Que no bastan los meros indicios y los testimonios de fama para tener por acreditado un hecho.
- Que debe efectuarse un sereno y exhaustivo examen del delito, etc., para poder decir firmemente que esa persona es culpable.

Muchas voces se levantaron a lo largo de la historia abogando en semejante sentido, contribuyendo a que, poco a poco aunque siempre con resistencia,

el esencial *derecho de defensa* fuera entendido como garantía fundamental de toda estructura jurídica que mereciera el nombre de tal.

Así, puede hoy afirmarse que la defensa en juicio es unánimemente reconocida como elemento esencial del proceso, al menos en lo que respecta a la elaboración teórica, principista y normativa de los países democráticos.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que esa construcción conceptual dista de estar completada y también se puede decir que es frecuente que existan abismos entre las disposiciones legales y la práctica cotidiana. Calamandrei dice: «Sin embargo, cuánto camino hay que recorrer todavía antes de que este respeto a la persona humana penetre en el proceso penal (...) En el proceso penal, el hombre constituye todavía, en lugar de un sujeto, un objeto inerte a merced de la violencia del inquisidor».<sup>2</sup>

De ahí que el presente trabajo responda, además de lo dicho, a la inquietud por contribuir, aunque sea un poquito, a señalar problemas y deficiencias cuya solución preocupa a todos los hombres y mujeres de Derecho.

En este aspecto, no puede dejar de advertirse que la cuestión de la defensa penal tiene necesariamente que relacionarse con la política criminal de un Estado moderno, ya que es menester tener en cuenta lo que muchos denominan el *auge de la delincuencia* y la urgencia de combatirla con medios idóneos y efectivos, exigiendo enfáticamente que sean legales.

En algunas ocasiones se ha opuesto a la defensa del eventual delincuente, el criterio de la defensa de la sociedad, y no han sido pocos los que han argumentado que el exceso de garantías traba el normal desenvolvimiento de la administración de justicia y conspira contra la eficacia de las medidas punitivas y preventivas.

También se ha criticado la tarea concreta de los defensores, a los que lisa y llanamente se ha identificado en ocasiones, con sus defendidos, como si ante ciertos casos no correspondiera derecho ninguno.

El desarrollo que se propone del tema de la defensa penal está fundamentalmente destinado a quienes ejercen la Abogacía, pero también al resto de operadores del Derecho Penal.

\* Abogada por la Universidad de Camagüey, Cuba. Máster en Derecho Penal, Holguín, Cuba. Actualmente cursa estudios de Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Ocupada como Docente-Investigadora de la Cátedra de Derecho Penal en Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, Ecuador.

<sup>1</sup> Tertuliano: *Apología contra los gentiles* (trad. de Fr. Pedro Mañero), Ed. Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1947.

<sup>2</sup> Piero Calamandrei: *Proceso y democracia* (trad. de Héctor Fix Zamudio), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 143.



En tal sentido, se ha procurado efectuar un análisis de las normas que regulan este instituto, prestando también atención a las particularidades prácticas de una tarea nada fácil. Pero esta orientación no significa de ninguna manera ofrecer una suerte de recetario o compendio de técnicas procesales y modelos de escritos, sino que lo que se procura es abordar unitariamente una problemática jurídica con espíritu y metodología científica.

## II. Concepto y evolución de la defensa técnica como garantía

No hay información histórica científicamente probable que demuestre que en los pueblos antiguos haya existido una profesión u oficio que correspondiera a la Abogacía. No obstante, vale anotar que entre los egipcios, caldeos, asirios, fenicios y hebreos, asumieron esa tarea de aconsejar al pueblo los sabios, oradores, teólogos y filósofos. En ocasiones, también asumieron la defensa del pueblo, o la representación verbal de los intereses públicos y privados ante la administración judicial, esto sin lugar a dudas habla de Abogacía y representación legal a favor de otros.

Cuando en la antigüedad se trató de un proceso acusatorio puro, como en las ciudades de Grecia y Roma republicana, la defensa era un derecho indiscutible del imputado, a quien se le informaba, desde el primer momento, la imputación formulada en su contra y se ubicaba en el mismo plano jurídico del acusador.<sup>3</sup>

En un primer momento, el imputado podía actuar personalmente, así por ejemplo, en Atenas, el acusado podía defenderse personalmente y, hasta hubo un tiempo en que ante el areópago<sup>4</sup> no le fue permitido defenderse por intermedio de abogados.

En las ciudades-Estados griegas, el actuar en calidad de acusador o defensor ante el areópago, y demás tribunales griegos, era confiada por las partes a oradores y hombres de cualidad elocuente, sobre quien el afectado o interesado depositaba la confianza de que su causa estaría bien defendida y representada.

Esta práctica fue desarrollándose fundamentalmente en Atenas con las reformas instauradas por el reconciliador y arconte Solón, quien reglamentó la

actuación ante los tribunales atenienses, dándole a la Abogacía el carácter de una función pública y atribuyéndole un prestigio religioso. Las reglas establecidas por Solón para actuar ante los tribunales, ejerciendo el derecho de defensa de terceros: el orador debía ser de condición libre y no merecer tacha de infamia; el recinto donde se ejercía la defensa debía ser reputado santo; los oradores tenían como regla absoluta servir al triunfo de la verdad y la justicia; no se les permitía hacer uso de palabras o ademanes que tendieran a provocar determinados sentimientos en los jueces; se limitaba a tres horas la intervención de cada orador.

En la sociedad griega, vale anotar, que el ejercicio de asumir la defensa de terceros estaba prohibido a las mujeres; como también se destaca el hecho de que en los comienzos, la actuación era gratuita.

En la historia de la Abogacía se menciona a Pericles como el primer abogado profesional de Grecia, y se le atribuyen a Demóstenes y a Esquines grandes cualidades de oradores, quienes, a su vez, eran logógrafos –es decir, sabios del Derecho que se daban a la tarea de redactar defensas para que fuesen leídas por sus clientes o defendidos.

A Roma se le atribuye haber dado origen a la denominación propiamente técnica de “abogados” en la voz latina de *advocatus*, sinónimo de “llamado”, que viene a ser la designación o nominación que se aplicaba a aquellas personas a quienes se recurría, por ser expertos en leyes, y para que asistieran a las partes en los litigios que se llevaban ante el pretor.<sup>5</sup> El *pretor* era el magistrado romano ubicado en la escala jerárquica por debajo del cónsul.

Un antecedente aún más remoto en la actuación de asumir la defensa de otro, se encuentra en la monarquía romana, en la obligación que recaía en la figura de los *patroni*, quienes asumían defensas ante los tribunales de la monarquía romana, conjuntamente con la obligación de defensa y socorro de sus clientes.

En la medida que los negocios legales fueron aumentando y haciéndose cada vez más complejo el dominio y el conocimiento en la materia de los asuntos legales, surgió una clase profesional, la de los *abogados*, que entonces actuaban de asesores y/o colaboradores de los *patroni* o patronos, y luego se independizaron como “defensores jurídicos *patroni*” durante la República Romana; siendo llamados más tarde *advocati* o *causidici* bajo el Imperio romano.

<sup>3</sup> B. Barrios (Catedrático de Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional): *La Defensa Penal*, s.d.e., 2011.

<sup>4</sup> Dígase que entre los griegos era llamado así el alto tribunal, cuyos jueces eran llamados *arcontes* o *areopagitas*.

<sup>5</sup> B. Barrios: *La Defensa Penal*, op. cit.

En los tiempos de Tacito todos estos diferentes títulos o nominaciones, oradores, patrones, declamadores y jurisconsultos se funden en una sola designación que es la de “abogado”, *advocati*.

Los *causidici*, *advocati* y *patroni* de la Roma gloriosa tuvieron la más amplia libertad para defender a sus clientes, hasta que el proceso imperial impuso las limitaciones propias del nuevo sistema: la escritura y el secreto de la instrucción. Desde entonces, la defensa resultó prácticamente ilusoria en la primera etapa del proceso, para recobrar vida plena, más tarde, en el juicio oral.

Dentro del sistema acusatorio clásico de la antigüedad grecolatina, acusación y defensa se situaban en un relativo plano de igualdad y, en lo básico, concernían a los directamente interesados en la cuestión suscitada.

El órgano de juzgamiento asistía a la exposición de razones y pruebas proporcionadas por los contendientes, expidiéndose sobre la base de los argumentos y constancias introducidas en el debate por las partes. Al parecer dentro de este sistema de enjuiciamiento, el acusado contaba con un poder semejante al del acusador, ejerciendo libremente su defensa.<sup>6</sup>

### III. Conceptualización del derecho a la defensa, su ejercicio y contenido

Desde un punto de vista subjetivo, la defensa es un derecho individual; objetivamente, es un derecho público que emana del ordenamiento jurídico en su conjunto; axiológicamente, es el derecho del sujeto pasivo de la acción penal de oponerse a la pretensión punitiva, desde el inicio del procedimiento dirigido en su contra y hasta la terminación del proceso, en ejercicio de todas las garantías establecidas para su defensa.

El derecho de defensa es inviolable e inalienable, se enmarca en el campo constitucional, y es desarrollado en la Ley procesal penal. Sobre el carácter inalienable del derecho de defensa, escribió el maestro Carrara: «La defensa no es un privilegio ni una concesión exigida por la humanidad, sino un verdadero derecho original del hombre, y por consiguiente inalienable».<sup>7</sup>

<sup>6</sup> F. Canelutti: *Lecciones sobre el proceso penal* (trad. Santiago Sentís Melendo), s.e., Buenos Aires, 1959, p. 356.

<sup>7</sup> F. Carrara: *Programa de Derecho Criminal*, Ed. Temis, Bogotá, 1973, p. 39.

El derecho de defensa, se erige sobre tres pilares fundamentales, que son: el derecho de acción, el de reacción o defensa y la jurisdicción; estos tres conforman la dialéctica del proceso penal, como estructura normativa, que tiene como fin armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de una correcta función de administrar justicia penal dentro del moderno Estado de Derecho.

Los conceptos de *acción*, *defensa* y *jurisdicción* constituyen el silogismo del proceso penal que sirve de fundamento a la dialéctica procesal. Ante la pretensión punitiva que puede ser promovida por el Estado o un particular, o ambos a la vez, la defensa como sujeto pasivo de la acción penal, presenta la antítesis y corresponde al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis y establecer la conclusión que es lo que conocemos como *sentencia*.

Si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; y por lo tanto, ello lleva a establecer, por razones de lógica y legalidad, que la *defensa*, en cuanto concepto contrario a la *pretensión penal*, es de igual rango y necesidad que la *acción*, y sin el diáfano desarrollo procesal de la una o la otra, el poder jurisdiccional no podrá llegar a la síntesis correcta y por consecuencia, a la conclusión, o sea, su sentencia estará viciada.

#### III.1. Ejercicio de la defensa penal

En toda actuación penal dirigida en contra de uno o más ciudadanos, las autoridades administrativas y judiciales que tengan competencia y jurisdicción, son responsables de la sustanciación del trámite, por ende, deben garantizar la defensa penal integral, ininterrumpida, técnica y material de las personas sometidas a investigación.

El derecho a la defensa penal constituye hoy una garantía fundamental, que ha sido el producto de un largo proceso de evolución iniciado desde las sociedades griegas y romanas, que pasó por las civilizaciones germanas y alcanzó su consagración de principio fundamental, con los revolucionarios franceses llegando, precisamente, a la Constitución revolucionaria de 1790.

Luego de los postulados de los revolucionarios franceses, el derecho a la defensa ha pasado de su consagración constitucional a un proceso de depuración ontológica e ideológica hasta alcanzar hoy el postulado de la defensa integral; que es a su vez,

la unidad conceptual y práctica de la defensa material y técnica.

La defensa integral se basa en que el sujeto de investigación, que actúa en ejercicio de la defensa material no impide el ejercicio de la defensa técnica que debe cumplir el abogado defensor. Ambas pueden actuar por separado o en su conjunto y el ejercicio de una no es pretexto para desestimar o ilegitimar el ejercicio de la otra. El ejercicio de la defensa técnica no debe servir de excusa para desestimar o ilegitimar el ejercicio de la defensa material, tampoco interrumpir la una ni la otra.

### III.2. Clases de defensa

Ya se decía que el derecho de defensa se divide en dos actividades procesales de suma importancia: la defensa material y la defensa técnica o formal.

La defensa material, que viene a ser una actividad procesal del imputado, es realizada por él mismo, para hacer valer, ante el tribunal, sus derechos. Mientras, la defensa técnica o formal es el derecho del imputado a contar con la asistencia y representación de un profesional del Derecho, la que recae en la figura del abogado defensor. Ambas constituyen el derecho de defensa integral, se conectan y enlazan de una forma unitaria.

### III.3. Contenido de la defensa penal

La defensa penal, al ser protagónica en el proceso penal, tiene un amplio contenido también. Aquí someramente se habrá de mencionar los elementos que la componen y solo algunos serán explicados, atendiendo a su trascendencia o a la polémica que generan.

- Declaración del imputado.
- Condiciones de procedibilidad para la declaración del imputado:
  - Advertencias previas.
  - El derecho a presentar y solicitar que se practiquen pruebas.

«La declaración del imputado, es un acto procesal penal que constituye o debe constituir, un medio de defensa para el imputado, mediante este medio, el sujeto vinculado a un hecho punible puede ejercer la defensa

material, puede también designar defensor técnico, pedir que se practiquen pruebas en su defensa, y en general, puede incorporar al proceso cuanto tenga por conveniente para su defensa».<sup>8</sup>

Es un medio de defensa para el imputado, porque siendo sujeto esencial de la relación jurídica procesal penal, la ley procesal le reconoce determinadas facultades de disposición sobre el contenido formal del proceso penal, las cuales puede ejercitar por sí mismo o por intermedio de un apoderado judicial o defensor en ejercicio de su derecho de defensa.

Con razón sostienen Vives Antón y Gimeno Sendra que una innovación muy importante ha sido la facultad conferida al procesado para «manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos»; por ello sostienen que «la indagatoria pasa a perder parte de su contenido compulsivo para convertirse, a su propia vez, en un medio del imputado para hacer valer su propia defensa».<sup>9</sup>

No debe confundirse el propósito de la declaración del imputado, o sea, de la “indagatoria”, con los propósitos de la instrucción sumarial. La declaración del imputado es uno de los actos de la instrucción sumarial de cualquier ordenamiento jurídico penal.

Tampoco debe confundirse el objeto de la declaración del imputado con el propósito de la misma: el contenido es su objeto, en tanto que el ejercicio o la oportunidad de la defensa es su propósito. Por ello, el objeto de la declaración del imputado podrá variar según su contenido en cada caso particular, pero su propósito siempre será el mismo: permitir al acusado ejercer el derecho a defenderse de los cargos.

En este sentido, es pertinente citar a Snyder cuando en su *Investigación de Homicidios* escribe: «Es fundamental que el interrogador sea una persona que encuentre agrado en el trato con las gentes. Los que carecen de este atributo no lograrán fácilmente el respeto y la confianza necesarios e indispensables en la práctica de un interrogatorio».<sup>10</sup>

<sup>8</sup> G. Chiovenda: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

<sup>9</sup> A. Vives y J. Sendra: *La detención*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 93.

<sup>10</sup> A. Carocca: *La defensa penal pública*, Ed. Lexis Nexos, Barcelona, 2005, p. 34.



### **III.4. Condiciones de procedibilidad para la declaración del imputado**

Cabe destacar que la declaración de imputado no puede recibirse bajo juramento ni apremio, es libre y voluntaria.

#### **Advertencias previas**

Deben realizarse las advertencias previas pertinentes en torno al momento en que el acusado brindará su declaración.

El derecho a presentar y solicitar que se practiquen pruebas.

Es también un aspecto de contenido del derecho a la defensa penal el que el imputado en su declaración de descargo (indagatoria) presente pruebas en favor de su inocencia, o también, puede solicitar que se practiquen en su favor; y el funcionario de instrucción y, en su defecto, el juzgador, cuidará de hacerlas constar obligatoriamente, siempre que estas sean conducentes.

La alegación de pruebas en favor del imputado debe poder hacerla el propio imputado o su defensor.

### **IV. La detención preventiva frente al derecho de defensa**

Cuando un individuo ejecuta una conducta prevista como delito por ley, se hace acreedor a una sanción penal que se traduce en la privación de un bien jurídico.

Ya hemos visto que la sanción penal únicamente puede ser impuesta a un sujeto cuando este haya enfrentado un juicio previo de responsabilidad, ante autoridad competente, de acuerdo a los trámites legales y haya sido declarado culpable.

Bajo este supuesto, la legitimidad de la privación de la libertad no puede ser controvertida. Ahora bien, en la etapa sumarial de la investigación penal, existen disposiciones legales que prevén la posibilidad de detener provisionalmente al imputado de un delito, antes de ser juzgado y encontrado culpable, aquí se estaría en presencia de la denominada *detención preventiva*.

La *detención preventiva* es una medida cautelar de naturaleza personal, que priva al imputado de su libertad física o ambulatoria, con la finalidad de asegurar la comparecencia del sujeto durante el juicio y

garantizar la eventual ejecución de la sanción penal; además de evitar que utilice su libertad para borrar las huellas del delito.

### **V. Instrumentos Internacionales que regulan la defensa técnica como garantía en el proceso penal**

En las últimas dos décadas, la mayoría de los países latinoamericanos han experimentado cambios sustantivos en su sistema de justicia penal, y en muchos sigue en curso el proceso de reforma.

Casi todos han adoptado nuevos códigos de procedimiento penal y se ha señalado que, en conjunto, suponen las reformas más importantes del procedimiento penal latinoamericano en casi dos siglos.

Si bien los detalles de las reformas son distintos en cada país, debido a la variedad de presiones e influencias, en general constituyen un cambio del enfoque inquisitorial por el acusatorio con respecto al proceso penal. Están caracterizadas por la introducción de juicios orales celebrados en público, la inclusión o el fortalecimiento de la función de la fiscalía en las etapas previas al juicio, las mejoras en los derechos procesales de los sospechosos y los acusados de un delito, y otras innovaciones, pensadas todas para que el proceso penal sea más eficiente y las víctimas de los delitos tengan una mayor participación.

El derecho a las garantías judiciales es reconocido internacionalmente como un derecho fundamental y el acceso a una defensa penal efectiva es un requisito para hacerlo cierto.

El marco normativo de Latinoamérica, proviene de instrumentos internacionales de derecho universal y regional y, en particular, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH), y la interpretación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como consta en su capítulo 2.

Además se le presta atención particular a los derechos involucrados en un juicio justo, garantizado por el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (también conocido como Convención Europea de Derechos Humanos, sus siglas: CEDH), y la interpretación realizada por el tribunal europeo de Derechos Humanos (en lo adelante, será llamado en este texto como TEDH).

Los derechos involucrados en un juicio justo contenidos en el CEDH, reflejan la expresión general de los derechos involucrados en dicho tipo de juicio y que están contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>11</sup> y en la CADH.

En concreto, tanto la CADH como el CEDH contienen normas parecidas sobre presunción de inocencia, garantías en el arresto y la detención, comparecencia sin dilaciones ante un juez y derecho a una audiencia en un tiempo razonable; el de libertad mientras se espera el juicio y derecho a la asistencia jurídica. En el contexto latinoamericano hay dos razones principales para usar el CEDH, además de la CADH, como ayuda en el análisis.

En primer lugar, el derecho de los particulares a presentar demandas ante el TEDH para que este determine si sus derechos han sido violados a la luz del CEDH, significa que hoy se tiene abundante jurisprudencia sobre los derechos involucrados en un juicio justo, en general, y los derechos procesales de las personas sospechosas y acusadas, en particular. Representa el acervo más completo de jurisprudencia internacional sobre derechos procesales.

Además, este acervo jurisprudencial ha proporcionado las bases para un programa legislativo de la Unión Europea (UE) sobre derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas de haber cometido un delito, que se ha conocido como *la hoja de ruta* europea de los derechos procesales.<sup>12</sup>

En conjunto, estos dos estudios examinan el acceso a una defensa penal efectiva en catorce países europeos, todos signatarios del CEDH.

De estos países, se encuentra que algunos pertenecen a la tradición procesal inquisitorial y otros a la adversarial, y la mitad de ellos, era parte del bloque soviético, pero todos han llevado a cabo reformas fundamentales de sus sistemas de justicia penal desde principios de los años noventa.

En el contexto global, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), artículo 11, dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho a un «juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

Por otra parte, se encuentran los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados, los que disponen que: «Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal» (principio 1) y que «todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate, para prestarle asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios» (principio 6).

Por consiguiente, el derecho de una persona a defenderse por sí misma, el derecho a la asistencia jurídica y a la asistencia gratuita (es decir, a la asistencia jurídica sin que la persona beneficiaria tenga que pagar por ella), son estándares internacionales sobre los que hoy existe acuerdo y que se consideran esenciales para garantizar procesos penales justos.

Aunque el derecho a la representación legal durante el juicio es, en principio, respetado internacionalmente, existe polémica y discusión técnica en cuanto a cuál es el momento procesal en el que surge el derecho y la necesidad de contar con un abogado.

Sobre este momento indicado para contar con abogado dentro del proceso penal, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) ha declarado reiteradamente que no proporcionar un abogado durante el período inicial de detención y durante cualquier interrogatorio equivale a una violación del PIDCP [artículos 14.3 b) y d)].<sup>13</sup>

Así se recoge en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 55), también en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (artículo 18.3)

<sup>13</sup> El Comité de Derechos Humanos (CDHNU) se estableció con arreglo al art. 28 del pacto. Está integrado por dieciocho miembros, que deben ser nacionales de Estados Partes en el pacto. Los miembros del Comité, al igual que los de otros órganos creados en virtud de tratados, se denominan a menudo *expertos*. Conforme al art. 28 del pacto, los miembros del Comité deben ser «personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos», y «se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica». Cada miembro es un nacional del Estado Parte que lo propone. La mayoría de los miembros del Comité (pasados y presentes) tienen formación jurídica, ya sea como jueces, abogados o profesores de Derecho.

<sup>11</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976.

<sup>12</sup> J. Claeys: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar S.A., Buenos Aires, 1960, p. 27.

y además, en la jurisprudencia del TEDH (véase sección 4.3 19 ACHPR, *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, 2001, párrafo H. *Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*).<sup>14</sup>

Los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal disponen que las personas «detenidas, arrestadas o presas, sospechosas o acusadas o inculpadas de un delito penal» deberían tener derecho a asistencia jurídica gratuita y que, en ausencia de circunstancias ineludibles, una persona no debería ser interrogada por la policía sin la presencia de un abogado, a menos que renuncie a ese derecho.<sup>15</sup>

El relator especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de jueces, fiscales y abogados ha declarado que «la presencia de un abogado durante los interrogatorios policiales es una garantía fundamental contra el maltrato»,<sup>16</sup> y el relator especial de las Naciones Unidas sobre la tortura, ha recomendado que «ninguna confesión de un particular, salvo efectuada en presencia de un juez o un abogado, tendrá valor probatorio ante un tribunal».<sup>17</sup>

Los estándares del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o los Tratos Inhumanos y Degradantes, (CPT; Estándares CPT), reconocen el derecho de acceso a un abogado para las personas en custodia judicial como una «garantía fundamental contra el maltrato».<sup>18</sup>

Con respecto a la asistencia jurídica, la fórmula normalmente adoptada por el Derecho Internacional es que, si una persona no puede pagar su asistencia jurídica, debería prestársele gratis, si los intereses de la justicia así lo exigen. Pero esto concede a los Estados un amplio grado de discrecionalidad para determinar las circunstancias en que los intereses de

la justicia requieren que se proporcione asistencia jurídica y el nivel de ingresos a partir del cual una persona es elegible para recibirla.

Sin embargo, los Principios y Directrices de las Naciones Unidas disponen que los Estados tendrán que garantizar que todo sospechoso o acusado de un delito castigable con pena de prisión o con pena de muerte tenga derecho a asistencia jurídica gratuita, sin tener en cuenta sus circunstancias financieras, desde el momento en que la persona, de haber cometido el delito, comienza a ser investigada con independencia de si ha sido arrestada o detenida y durante todas las etapas del proceso penal.

Además, los Estados garantizarán que una persona arrestada o detenida por un delito no castigable con pena de prisión tenga un derecho parecido cuando así lo justifique la urgencia de las circunstancias, como en caso de ser arrestada y detenida, y hasta el momento en que sea llevada ante un juez para que este tome una decisión sobre su detención previa al juicio.

Aparte de los derechos a la asistencia jurídica y a la justicia gratuita, hay otros derechos procesales reconocidos por el Derecho Internacional, de los cuales son de especial relevancia para una defensa penal efectiva los siguientes: Toda persona arrestada o detenida por una acusación penal deberá ser llevada a la menor brevedad ante un juez u otro funcionario judicial y tendrá derecho a un juicio en un tiempo razonable o a ser puesto en libertad. La regla general no podrá ser que las personas en espera de juicio queden detenidas, pero su liberación puede condicionarse a que preste garantías de que comparecerá al juicio.

Normas parecidas pueden encontrarse en el CEDH, artículo 5(3), ArCHR, artículo 14(5), y CADH, artículo 7(5). El ACHPR, artículo 7(1)(d), reconoce el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable ante un tribunal imparcial, pero no hay ninguna norma que hable de ser llevado ante un juez en el menor tiempo posible, ni de ser liberado en espera de juicio. Toda persona a la que se le formulen cargos tendrá el derecho a la presunción de inocencia, mientras no sea declarada *culpable* conforme a la ley.

En la formulación de una acusación penal contra una persona, esta tendrá derecho a gozar del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Además, el PIDCP establece que en la presentación de una acusación penal, nadie puede «ser obligado a testificar contra sí mismo o a confesar su culpa».

<sup>14</sup> Aprobado en Roma, Italia el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

<sup>15</sup> A. Binder: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 315.

<sup>16</sup> Informe del relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, 2015.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> A. Binder, E. Zaza y Namoradzé: *Defensa penal efectiva en América Latina, Argentina/Brasil/Colombia/Guatemala/México/Perú*, Ed. Antropos Ltda, Colombia, 2015, p. 59.



Una fórmula parecida puede encontrarse en la CADH y en la ACHPR. Si bien el CEDH no incluye una garantía paralela, el TEDH ha declarado reiteradamente que el derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho a mantener silencio son características fundamentales de las garantías judiciales, ya que han sido «reconocidas en general como estándares internacionales que están en el núcleo del concepto de un juicio justo».

La Constitución de la Organización de los Estados Americanos fue el primer paso y si bien su Carta Constitutiva (1948), no organizaba aún un sistema especial de protección de los derechos humanos, establecía ya los objetivos de protección de la persona como una de las finalidades fundamentales de la nueva organización. Inmediatamente se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en sintonía con la Declaración Universal.

No obstante, fue en 1959, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuando el sistema de protección comenzó a gestarse como un mecanismo concreto de aplicación de los derechos contenidos en la Declaración Americana. Fue en 1969 cuando se dio el paso decisivo, ya que en ese año se firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no solo precisa los derechos y obligaciones de los Estados firmantes, sino que crea todo un sistema de supervisión y control, formado por dos organismos. Por un lado, se consolida en su base jurídica la Comisión Interamericana y, por otro, se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención, que llevaba para entonces unos veinte años de trabajo progresivo en la protección de los derechos humanos, se preocupa por desarrollar un catálogo completo de derechos y libertades, y precisa las obligaciones de los Estados y circunscribe las limitaciones admisibles y los criterios de interpretación.

Pero la gran novedad es la creación de un sistema de control y un tribunal con competencia para interpretar la convención en los casos que se le sometan. A los países signatarios de la convención se los invitaba a aceptar la jurisdicción obligatoria de la corte.

No obstante, como se ve en el anexo 1 relativo al “Desarrollo particularizado de los estándares internacionales sobre defensa penal efectiva”, esa circunstancia no ha impedido que la corte interamericana, así como la actividad complementaria de la comisión, pueda desarrollar una amplia y variada jurisprudencia en nuestro tema.

## V. ¿Defensa técnica o defensa material?

Se entiende que la *defensa material* es la que realiza el propio procesado o sospechoso cuando declara, debiendo aclarar que en este caso se conoce como *defensa material activa*, que se diferencia de la denominada *defensa material pasiva*, que es aquella en la cual el procesado o sospechoso se abstiene de declarar, lo que se conoce constitucionalmente como “acogerse al silencio”, que constituye un derecho de toda persona como una forma de defensa.

De manera que “acogerse al silencio”, de ninguna manera debe ser considerado por el juez, ni siquiera como un indicio de sospecha en contra de quien en ejercicio de un derecho decide no declarar nada; pues, sería soslayar el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que indica la prohibición de obligar a la autoincriminación: ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal; por lo tanto, acogerse al silencio es parte del derecho a la defensa material, y de ningún modo debe ser considerado una prueba de culpabilidad.

Por otra parte, la *defensa técnica* es la que realiza el abogado con el fin de orientar adecuadamente su ejercicio de tutela para la persona sospechosa o procesada en cada una de las actuaciones, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal. Cabe puntualizar que, debido a los conocimientos jurídicos que demanda la defensa técnica, debe estar a cargo de un profesional del derecho que obviamente debe ser versado en Derecho Penal y solo por excepción se podrá conceder ese derecho al propio procesado o sospechoso cuando tenga los conocimientos suficientes para realizar una adecuada autodefensa técnica, sin dejar de contar en todo caso con el defensor privado o público para garantizar la tutela efectiva del derecho a la defensa y obviamente garantizar el verdadero y efectivo cumplimiento de esa garantía procesal.

De manera que el *derecho de defensa*, es un derecho fundamental que asiste a toda persona que está en condición de sospechosa o procesada y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la investigación, y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contradecir con eficacia los cargos que contra aquél existen. Se deben articular con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación, necesarios para hacer valer dentro de la causa el ejercicio cabal del derecho a la defensa y el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado aún, se presume inocente.

La vigencia del principio supone, como señala la academia, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario, de tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal.

El derecho a la defensa, la garantía constitucional y procesal de la defensa, así como la defensa procesal tenida como principio, van conformados en todos los casos tanto por la defensa técnica o formal como por la defensa material, ambas categorías no son diferentes sino han de ser consideradas parte de un todo que en este caso, es el derecho a la defensa, la garantía de defensa y el principio de defensa.

Se puede partir de la teoría del delito, de ahí se puede avanzar hasta la teoría de la pena, y la pregunta o la ecuación en Derecho seguirá siendo esta:

*¿Cómo, por qué, cuándo y de qué modo se castiga?*

Desde un punto de vista estricto y formalmente jurídico, la *pena*, entendida como privación legítima de bienes jurídicos, es la regulada en las leyes penales de fondo y asociada a la comisión de las acciones descriptas en los tipos penales. Es la consecuencia de un juicio afirmativo o atributivo de responsabilidad penal, por una determinada conducta, efectivamente realizada por un sujeto concreto.

De modo que existe el delito, existen las personas que lo cometen, estas forman parte de una sociedad, esa sociedad tiene un ordenamiento jurídico, ese ordenamiento cuenta con leyes penales, esas leyes penales, buscan entre otras cosas, el control social. El Estado que las dicta está obligado a proteger a sus ciudadanos, también tiene la facultad de castigar a los que cometen delito y como respuesta a esa cadena de derechos y obligaciones, se encuentra la pena.

La pena es un castigo, un castigo fuerte, de hecho grave, muy grave, tanto que se establece sobre los bienes jurídicos más importantes que ostenta el ser humano, dígame vida, libertad, patrimonio, etc. Entonces, si por el delito, realizado por alguien, es necesario imponer una pena que afecte alguno de estos bienes jurídicos –¿será necesario o no permitir que ese individuo se defienda ante ese proceso penal y por ende, ante sus juzgadores? La respuesta es una obviedad, sí, aunque también cabe preguntarse: pero esta necesidad ¿está constituida como un derecho del acusado?, ¿será una garantía que tiene?, ¿es parte del debido proceso?, ¿es respetada?, ¿se aplica en la práctica? Estas son algunas de las tantas interrogantes que se derivan

de la institución jurídica de la defensa técnica y de la defensa material vistas ambas como derechos y garantías del proceso penal.

Esos son los puntos que dificultan aún el ejercicio de este derecho, el respaldo de dicha garantía y el cumplimiento de tal principio, no por falta de regulación al respecto, tanto en materia de Derecho Penal Internacional, como dentro de cada ordenamiento jurídico penal en cada país, sino por la ejecución de los mismos, a vías de hecho.

Es incuestionable desde esta posición, ya vertida en este trabajo, que para no fracturar el equilibrio entre las partes, es imprescindible la presencia de un abogado, defendiendo al imputado en un proceso penal, así como que esa defensa técnica debe ser obligatoria.

Sin embargo, al igual que la defensa está concebida como un derecho, puede renunciarse a él, salvo que el juez entienda que eso no es posible por vislumbrar que de esa forma, se va a menoscabar el derecho de defensa en juicio.

Esta autora entiende que la defensa técnica asumida por un abogado siempre debe ser obligatoria, aun en aquellos casos en que el imputado sea un especialista en leyes. La práctica judicial lleva a afirmar que un letrado, sobre el cual pesa una acusación penal, no se puede autodefender con eficacia, pues en el afán de cumplir con esta función pierde de vista circunstancias que son esenciales para una correcta defensa en juicio.

Sobre este particular de la renuncia a la defensa, Bentham sostiene que para aquellas causas complejas, complicadas, que tengan un gran interés para la comunidad o para las partes involucradas en el conflicto, se deberá buscar a un hombre de ley para que los asista técnicamente durante el proceso; mientras para las sencillas se podrá optar por la autodefensa o la defensa efectuada por sus amigos.<sup>19</sup>

Esta posición parece correcta y se podría aplicar perfectamente hoy, siempre y cuando cambien algunas cosas. Bentham da a entender que, ya en ese tiempo, se efectuaba una selectividad de causas que ingresaban al sistema, utilizando criterios utilita-

<sup>19</sup> J. Bentham: *Tratado de las Pruebas Judiciales* (trad. de Osorio Florit), Ed. Egea, Bs. As., 1971, pp. 17 y 19. Inclusive, en dicha obra refuta con mucho empeño las objeciones que se hacían en esa época contra la defensa en las causas por las mismas partes.

ristas tales como «el engorro y los gastos de actuación», lo cual, en otras palabras, se puede traducir en la directa relación costo-beneficio que tiene un proceso legal. Por lo tanto, eran desterrados de los tribunales, aquellos conflictos cuya solución traía aparejados demasiados costos sin obtener un beneficio equivalente.

Sin embargo, no por ello se debe dejar de intentar solucionar ese problema, pues las mismas partes utilizando otros mecanismos de gestión del conflicto, pueden resolverlo sin llegar al sistema penal, partiendo de su naturaleza de ser una rama del derecho de *ultima ratio*.

En síntesis, se puede afirmar que el sistema no debe autorizar, bajo ningún punto de vista, la posibilidad de autodefensa a aquel ciudadano que ha sido acusado en el marco de un proceso penal, pero sí puede otorgar esa facultad cuando las actuaciones tengan por objeto resolver conflictos menores que aún no fueron atrapados por el poder penal estatal.

## Conclusiones

La defensa material y técnica debe ser respaldada y ejecutada como derecho del acusado, como garantía procesal dentro de un debido proceso y como principio constitucional, a partir del cual partan todos los ordenamientos jurídico-penales.

La defensa en todo su contenido, garantiza la representación de los intereses particulares, personales y técnicos del acusado durante todas las etapas del proceso.

No basta con tan amplia regulación jurídica a partir del Derecho Penal Internacional para concebir y dejar instaurada la necesidad procesal de la defensa, es necesario también, que cada ordenamiento constitucional y jurídico penal prevea y cree las vías para hacerlo efectivo.

La existencia de la defensa penal como derecho, garantía y principio logra legitimar tanto la acusación, como la pena que resulte impuesta en determinado proceso penal, cualquiera que este fuese.



## Normas editoriales Revista de la Abogacía

1. Los artículos serán enviados al Consejo Editorial de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, quienes decidirán su publicación.
2. Serán presentados en papel 8½ x 11 cm, en letra Arial 12 puntos a espacio y medio y una copia en soporte digital en Word.
3. Cada artículo no excederá de las 10 páginas.
4. El título de cada capítulo irá en mayúscula y en negrita, y a continuación el nombre o nombres de los autores con los dos apellidos, unido a un asterisco, que a pie de página mostrará su categoría profesional y donde labora.
5. Las expresiones en latín o en cualquier otro idioma se harán en cursiva.
6. De llevar notas se ubicarán a pie de página, al igual que las referencias bibliográficas, donde aparecerán solo el autor (nombre y apellidos), obra y página (p.) o páginas (pp.) consultadas, pues los demás datos los recogerá la bibliografía.

### Ejemplo:

<sup>2</sup> H. Devis Echandía: *Teoría general del proceso civil*, pp. 34-42.

7. El párrafo de los textos se hará del tipo español (con sangría la primera línea), en tanto las notas y referencias bibliográficas en párrafo francés (todas las líneas sangradas menos la primera).
8. Se emplearán las comillas angulares o españolas (« ») y las inglesas (“ ”) de haber un entrecomillado interior en las anteriores (« “ ” »).

### Ejemplo:

«El juez puede considerar los cargos oficiales del testigo como “justo motivo” para dispensarlo de declarar».

9. Al final cada artículo incluirá una bibliografía, ordenada alfabéticamente por el primer apellido de autor, y en el que incluirá los siguientes datos, con el signo de puntuación que se indica:
  - a. Apellidos y nombre del autor (:)
  - b. Título de la obra (en cursiva) (,)
  - c. Título del artículo (entre comillas) y a continuación la obra (en cursiva) de donde es tomado (,)
  - d. Tomo (t) (de llevarlo) (,)
  - e. Edición (ed.) de ser más de una (,)
  - f. Editorial (Ed.) (,)
  - g. País (,)
  - h. Año (.)

### Ejemplos:

Devis Echandía, H.: *Teoría general del proceso civil*, t. II, 3.<sup>a</sup> ed., Ed. Universidad, Argentina, 1995.

Rivero García, D.: «La defensa penal en la fase preparatoria: momento de intervención del defensor y aseguramiento del imputado», en *Boletín ONBC*, La Habana, no. 48, abr.-jun. 2013.

*Nota:* Aquellos artículos que no cumplan con estas Normas Editoriales correrán el riesgo de ser rechazados.