

REVISTA DE LA ABOGACÍA

CONSEJO EDITORIAL

Presidente de honor

Prof. Danilo Rivero García

Miembros

Dra. Yanet Souto Fernández

Dr. José Julio Carbonell García

Dr. Gabriel Modesto Rodríguez Pérez de Agreda

Dra. Maritza de la Caridad McCormack Bequer

Esp. María Teresa Benito Menéndez

Esp. Gladys de los Ángeles Castro Rodríguez

Esp. Ana Isabel Zamora Surí

Esp. Vicente Alejandro Entrialgo León

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

Edición y diagramación computarizadas

Sachy Labrada Armas

Emplane y diseño de cubierta

René Alfara Leyva

Nota de la editora

Esta primera entrega de la *Revista de la Abogacía* es una compilación de textos organizados por materias, publicados en ediciones anteriores del *Boletín ONBC*.

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



- 2** Presentación
DR. ARIEL MANTECÓN RAMOS
PRESIDENTE ONBC
- 3** El pensamiento penal y procesal penal de Danilo Rivero García
M.Sc. MARÍA CARIDAD BERTOT
- 6** Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal en Cuba
DR. DANILO RIVERO GARCÍA
- 15** La abogacía como profesión en Cuba
DR. ARIEL MANTECÓN RAMOS
- 20** La argumentación jurídica de las sentencias civiles en Cuba
LIC. YULIET BORIS RUIZ
- 37** La revisión en materia civil
ESP. MARIO A. RIVERO ERRICO
DRA. IVONNE PÉREZ GUTIÉRREZ
- 44** Regulación de cautela en Derecho Patrimonial de Familia. Efectividad del pronunciamiento judicial en los procesos de disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes
ESP. BÁRBARA TAMARA ÁGUILA DÍAZ
- 54** La tutela en el Derecho de Familia. Un análisis doctrinal
ESP. ZENIA ISABEL CASTELLANOS LÓPEZ
- 87** Instrumentos de Ordenación Territorial y Urbanística en Cuba
DRA. MIRIAM VELAZCO MUGARRA
- 96** Temas selectos de jurisprudencia laboral. Derechos humanos de naturaleza laboral
DR. JOSÉ JULIO CARBONELL GARCÍA
- 103** La violencia laboral. El **mobbing** acoso moral
M.Sc. JOSÉ B. PUPO MERCONCHINI
- 117** La audiencia del menor y el divorcio notarial
DRA. MIRIAM VELAZCO MUGARRA
- 129** Formas de solucionar conflictos en materia de nombres de dominio: Un acercamiento a la realidad cubana
M.Sc. IDANIA FALCÓN GOICOLEA
- 143** La mediación y la conciliación empresarial: método alternativo de solución de conflictos en el contexto empresarial cubano
M.Sc. VÍCTOR F. SARDUY CRUZ
LIC. DAILENY ABREU FALCÓN
- 158** Acciones para la gestión y gerencia de activos de Propiedad Industrial como alternativas para evitar conflictos con terceros
M.Sc. YOANNY YANES MÉNDEZ
- 170** La legislación concursal en Cuba. Pasado y ¿futuro?
LIC. MAGALYS ESTHER RODRÍGUEZ FARALDO
- 184** Determinación de la ley aplicable a los ilícitos civiles en materia de Derecho de autor
M.Sc. YANET SOUTO FERNÁNDEZ
- 192** Protección y tratamiento en el contexto legal cubano a los derechos conexos de los artistas intérpretes y ejecutantes
M.Sc. NANCY GARCÍA ALONSO*
- 200** La modernización del procedimiento agrario y su posible incidencia en Cuba
DRA. MIRIAM VELAZCO MUGARRA*
- 209** Normas editoriales Revista de la Abogacía

Llega con esta edición el Boletín ONBC a su número 53. La revista de la abogacía cubana, durante todos estos años, ha devenido en espacio de expresión de las inquietudes creativas de abogados y juristas en el campo del Derecho. La edición recopilatoria de todos sus números, lanzada en plataforma de multimedia con motivo del cincuenta aniversario de la creación del primer bufete colectivo, constituye un valioso reservorio de teoría y práctica jurídica, y al mismo tiempo un testimonio de toda una historia labrada en años de perseverancia alrededor de un empeño central, el de aportar a la comunidad jurídica una mirada al Derecho desde la abogacía.

Este número que hemos querido conformar con una selección de artículos publicados a lo largo de toda la historia del boletín, llega en un momento de transformaciones, que el consejo editorial desea aprovechar para plantearse adecuaciones en su sistema de trabajo, con vistas a perfeccionar su andadura en lo que pretendemos sea una etapa nueva y superior. En primer orden, la revista continuará circulando en formato digital, determinación que se explica por varias razones, la principal es que la vía electrónica constituye la de mayor alcance en una época en la que se transforman velozmente sus esquemas de comunicación. Sin renunciar a los soportes tradicionales, con los que seguirá enfrentando nuestra editorial su producción bibliográfica de mayor escala, llevamos este producto a una plataforma que lo pondrá a disposición de un mayor número de juristas.

Es un nuevo escenario que la revista encarará con la sensible pérdida de nuestro compañero, fallecido recientemente, Danilo Rivero. Él, particularmente dedicado y virtualmente obsesionado con el perfeccionamiento de esta revista, fue artífice de novedosos conceptos e ideas que deben llevar el trabajo de divulgación científica y técnica de la ONBC a nuevos horizontes. Sea pues, este número recopilatorio, un homenaje a nuestro querido colega y amigo, y un símbolo del avance de la abogacía cubana hacia estadios superiores de su modelo profesional.

DR. ARIEL MANTECÓN RAMOS

PRESIDENTE ONBC

El pensamiento penal y procesal penal de Danilo Rivero García¹

M.SC. MARÍA CARIDAD BERTOT*

Sin dudas, la historia de la superación profesional de los juristas cubanos, tiene un antes y un después. Danilo y su profundo interés por develar el conocimiento en torno al Derecho Penal, particularmente el procesal, fueron indispensables en ese desafío. Entender que la praxis desligada de la academia nos demeritaba como juristas, sin importar el protagonismo que tuviéramos en el triángulo de la justicia penal, lo hizo un maestro cada vez mejor, un creador, un acucioso intérprete del derecho procesal penal porque siempre supo que no puede haber esencia sin forma, que no basta con ser, hay que parecer, de modo que no fuera nunca suficiente el conocimiento, sino que cada día era indispensable pensar y pensar bien, sabernos por dentro y por fuera juristas capaces. Por eso, pensando en nosotros, en que no nos convirtiéramos en esos prácticos que mencionó Martí, que no olían el polvo de las bibliotecas y cuyo mensaje plasmó en sus libros, es que escribió para todos, para acercarnos a la virtud del conocimiento, privándonos de la excusa de la falta de tiempo. Escribió en lenguaje claro, diáfano, porque lo hizo para nosotros, para acercarnos al entendimiento, a la comprensión necesaria de todas y cada una de las instituciones del Derecho Procesal Penal.

Para todos interpretó cada letra de la ley, vio entre líneas y demostró que «saber con recta intención garantiza la abundancia de los aciertos». Su legado es toda su obra.

La vida y obra de Danilo Rivero García constituye el pilar más importante en Cuba del rescate de la tradición jurídica de Derecho Procesal Penal has-

ta el presente, junto a las obras siempre presentes de Eloy Merino Brito (cuyos enjundiosos artículos “La Organización del Sistema Judicial Cubano” y “El Proyecto de Ley de Procedimiento Penal”, guardo siempre con celo), de Mariano Sánchez Roca, o de quien fuera nuestro profesor en la aulas universitarias Aldo Prieto Morales. Este dato no es menor. Por disímiles factores, nuestra historia jurídica se desconoce en varios puntos. Esas oquedades a veces se transfiguraron en rechazos a revivir o desconocer símbolos, monumentos, construcciones o a hombres y personalidades, presentes solo en las remembranzas de sus más íntimos o conocidos, sin que sus vidas se conectaran al curso frondoso y diverso de los acontecimientos culturales e históricos. Tal desconocimiento hace precisamente que aparezca en el todo general de nuestra cultura jurídica, de nuestras verdaderas tradiciones, identidades y sentido de la vida, un proceso ahistórico de contarnos a nosotros mismos.

Pero es bueno recalcar una idea sobre los aportes de Danilo en este sentido, que ponderan aún más todo su esfuerzo: el rescate de esta tradición no se constriñe a la búsqueda de simples balances históricos o hacia el siempre imprescindible conocimiento de nuestro pasado, sino que se enfila directamente a completar el sentido y alcance de los preceptos de nuestra Ley de Procedimiento Penal en su interpretación. Esa será siempre la intención en sus obras, léanse sus insustituibles artículos: “Pasado y presente y futuro del Derecho Procesal Penal en Cuba”, “El Juicio Oral. Antecedentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ideas para su nueva formulación”, “La defensa penal en la fase preparatoria: Momento de intervención del defensor y aseguramiento del imputado”, “La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el proceso penal actual”, “Breve Panorama del proceso penal en Cuba”, “El secreto del expediente investigativo”, “Discordancia entre las pruebas recibidas en el juicio oral y el contenido de las sentencias”, por solo citar algunos que ahora me vienen a la memoria, todos publicados por el Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, que convirtió en tribuna para la capacitación y la exhortación al estudio a todos los que estamos inmersos en estos quehaceres.

Conservaba en sus explicaciones la bella prosa procesalista de nuestra tradición jurídica que rigió bajo el imperio de la antigua Ley de Enjuiciamiento español, hecha extensiva a Cuba en el siglo XIX, y que había sido abandonada de alguna manera en nuestra ley procesal vigente. Véase cómo el razonamiento, el estudio, las soluciones propuestas y definidas por Danilo, siguen como un fiel discípulo de nuestras

* Graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en 1982. Máster en Derecho Penal, con treinta y dos años de experiencia en la judicatura. Jueza de la Sala de lo Penal del TSP desde 2016. Profesora de la Escuela de Formación Judicial. Forma parte del ejecutivo de la Sociedad Científica de Derecho Penal y miembro de la Sociedad Científica de Derecho Procesal.

¹ Conferencia impartida en el seminario internacional en homenaje a Danilo Rivero García, efectuado el 9 de octubre de 2015 en la sede de la UNJC, por la autora.

mejores tradiciones a Aguilera de Paz –de cuyos comentarios sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal el propio Danilo confesó no conoció «que fueran superadas en su época y aún constituyen una joya»– así como en lo referido a la celebración del juicio oral, hurga constantemente a la referencial obra de Lazcano y Mazón “El juicio Oral en Cuba”, quien fuera Presidente de la Sala Tercera de lo Criminal de la Audiencia de la Habana.

Así se constituyeron las posiciones de Danilo en materia de Derecho Procesal, un valioso aporte para todos los que ejercen la noble profesión de juez, abogado y fiscal, de los cuales si bien se pueden disentar o estar de acuerdo, nunca fueron expuestos sin sólidos razonamientos y llenos de valores. Y de valores digo, porque viene a mi memoria rápidamente cuando consideró *correcta* la posición del defensor que expresaba con transparencia su posición en el escrito de calificaciones sin necesidad de exponer argumentos o motivaciones, bajo el fundamento de lo que consideró que lo contrario constituía una «ausencia de lealtad, falta de equidad en las posibilidades de los contendientes, además de los perjuicios que puede irrogar a la postre al acusado».

Difícilmente haya un día, un solo día, en que un jurista cubano no lo recuerde en su desempeño profesional. Es muy improbable que abogados, fiscales y jueces, no lo citen o no lean sus libros para considerar su criterio en torno a una decisión, porque su obra, toda ella, es una reflexión oportunamente fundamentada en Instrucciones, Dictámenes, Acuerdos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y en sentencias de ese máximo órgano de justicia, garantizando un saber abarcador.

No podrá olvidarse cuánto ha ayudado a los profesionales del Derecho en este mundo apasionante de la justicia, cuando defendió con ahínco los principios que regían la celebración del juicio oral, como aquellos –por solo mencionar algunos ejemplos–, en relación con la violación de la publicidad de los debates al realizarse las pruebas documentales (generalmente sin su lectura pública, lo que impide al público el conocimiento del contenido de elementos de prueba que puedan servir de base a la sentencia); la violación del principio de inmediación cuando sin la presencia de razones realmente impeditivas sustituyendo la comparecencia de testigos al juicio por la lectura de actos donde constan los testimonios, entre tantas otras enseñanzas; o cuando con una actitud valiente abandonó criterios después de una maduración intelectual, como fue el caso de abogar por una posible reforma a la Ley procesal porque rigiera el imperio de la regla de la prohibición de *reformatio*

in peius ante el Tribunal de casación, tanto al resolver este órgano sobre el fondo del asunto en un recurso por infracción de ley, como cuando declara la casación de oficio, y para el Tribunal de instancia en el supuesto de celebrarse nuevo juicio o de dictarse otra sentencia en sustitución de la rescindida.

Su didáctica, conformada con su experiencia profesional como juez, abogado, profesor y eterno estudiante del derecho penal, resultó definitivamente en una misión constante de predicación de que un Derecho Procesal Penal garantista, inequívocamente es un Derecho mejor para encausar los fines de justicia penal, demostró que es trascendental el *cómo* para lograr el *qué*, en ello la vieja relación entre sustancia y circunstancia demuestra que el logro verdadero de la justicia y la razón dependen del modo. Por eso para Danilo, el Derecho Procesal Penal fue principio y fin. Para él los buenos modos de hacer eran indispensables para demostrar la verdad y la razón. Es así que propugnó con criterio franco y osado, porque la vieja institución de la casación, entre otras que sobreviven en nuestra Ley de Procedimiento Penal, fuera mejorada, pensaba que en ello estaba la credibilidad del empeño de una función social para lograr la justicia.

La preocupación por los problemas ingentes en la labor judicial no se detuvo en ningún momento. Así fueron paradigmáticos sus artículos sobre “La redacción de la sentencia penal; “El delito de malversación visto a través de una sentencia”, que en más de una ocasión se cita por Abogados en ejercicio; “Veinticinco años de un memorable Acuerdo; historia e importancia” con el que puso a disposición de todos los operadores del sistema de justicia penal, no solo este Acuerdo, también los criterios que al respecto ofrecieron los presidentes de las Salas del Tribunal Supremo Popular y los comentarios que en su momento hiciera a tan trascendente disposición, el ilustre magistrado de ese máximo tribunal, Mario Ugidos Rivero quien fuera su mentor, con el título: “En torno al Acuerdo 172 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular”, todo lo que marcó un antes y un después en la actividad judicial porque introdujo el cambio en el modo de valorar las pruebas, pasando de la íntima convicción a la sana crítica con enorme trascendencia en el ámbito de las garantías procesales. Así los “Temas de defensa Penal”; “El informe o alegato final del Defensor”; “Los recursos”, “Espontánea confesión o ayuda al esclarecimiento. Polémica entre el discurso legal y la práctica en actos judiciales”; “Las nulidades en la práctica procesal penal cubana”; “La influencia del sumario o expediente de fase preparatoria en el juicio y la sentencia y los destinos del juicio oral en los tiempos actuales”;

“Vida ejemplar o vida destacada”, “Breves comentarios sobre los delitos contra la administración y la jurisdicción”; “Lo inesperado en el juicio oral”, entre otros artículos que ahora no contabilizo, y que fueron llevados a dos valiosos textos: *Temas permanentes del Derecho Procesal y el Derecho Penal* y *Estudios sobre el Proceso Penal*, editados y publicados por la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en 2010 y 2014 respectivamente, son también muestras de ese interés.

Otro aporte indiscutible de Danilo al estudio del Derecho Penal y Procesal en Cuba tuvo como fuente su contacto directo con la enorme y rica cultura jurídica alemana en estos campos.

En el estudio de las cuestiones generales del Derecho Penal en Cuba rigió, y aún rigen en buena medida, un marcado influjo positivista en la metodología empleada para su estudio, específicamente cuando la doctrina soviética, de enorme influjo en Cuba en los años 70 y siguientes del pasado siglo, se caracterizó por confinar en dos extremos metodológicos la comprensión de la parte subjetiva y objetiva del delito, con trasfondo en el llamado *sistema clásico del delito*. Es decir, Los requisitos objetivos del delito se encontraban en la tipicidad y la antijuricidad (el injusto penal) y la categoría de culpabilidad entendería todos los elementos subjetivos del delito. Tal distinción metodológica de elementos objetivos diferenciados de los elementos subjetivos en distintos niveles estructurales analíticos del delito, condujo a que la *tipicidad* se entendiera que captaba descriptivamente la conducta en el tipo como un proceso causal, un suceso externo registrable en el mundo objetivo sin que se extendiera su comprensión en este momento al lado subjetivo o interno de la conducta. En ese nivel analítico se estaba libre de cualquier valoración. Se entendía que el tipo captaba una conducta sin que entrañara por el momento ninguna valoración sobre ella, más allá de su comprobación. La valoración sobre la conducta que captaba el tipo después de comprobado que se había cumplido, se producía en terreno de la categoría de la antijuricidad. Los elementos subjetivos del delito se comprendían entonces en el nivel de la *culpabilidad*, caracterizado por la relación psíquica del autor con su hecho (concepto psicológico de la culpabilidad), en sus dos formas: dolo e imprudencia.

No se siguieron, y por tanto fueron rechazados de alguna manera, los enormes aportes de la dogmática penal alemana, luego de que el finalismo expusiera el carácter personal de lo injusto, desarrollado por Hans Welzen, cuyas orientaciones provocaron, como explicó en algún momento Silva Sánchez, una

abrumadora acogida en la doctrina alemana y en buena parte del mundo, caracterizada fundamentalmente por la integración del dolo al tipo, la equiparación de desvalor de acción y el desvalor del resultado en el injusto, entre otras.

El contacto de Danilo con los renombrados juristas alemanes Claus Roxin y Bernd Schunemann, fueron trascendentales en su vida intelectual, tanto en el campo del Derecho Penal, en su parte general, como en el Derecho Procesal. Desde su tesis presentada para optar por la condición de Especialista en Derecho Penal, con el tema “La capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Su ausencia en el momento de la comisión del hecho delictivo”, muestran su adhesión a esas nuevas tendencias en sus conclusiones teóricas, dirigidas fundamentalmente a buscar soluciones para la práctica jurídica en Cuba desde estas nuevas orientaciones dogmáticas. Siguieron años después en el tiempo, su búsqueda incansable en estos derroteros cuando exponía al lector especializado cubano sus interesantes artículos “Breve exposición del proceso penal alemán” e “Ideas de Bernd Schunemann en torno a los recursos y la realidad cubana”.

En esta etapa de su vida, producto de su contacto con ilustres juristas de nuestra área geográfica y otros modelos procesales de América Latina, sacó conclusiones valiosas, como hizo conocer en su artículo, publicado también en el Boletín de la ONBC, “La declaración del imputado y las audiencias orales en el proceso penal de Costa Rica”.

Fue igualmente perseverante en la persuasión de la utilidad social de hacer leyes mejores, en términos de justicia, de garantías, de equidad de roles; insistió en la determinación de mover voluntades dirigidas a lograr ese propósito, lo mismo a entender la urgencia de razonar adecuadamente sobre el tema, e incluso, a pensar mejor con las leyes que no son ni serán modificadas. Su entereza por el más elevado empeño de justicia demostró que siempre estuvo del lado de la razón.

Por eso en Danilo, su saber y su valor para decir lo que consideraba mejor, lo llevaron a la grandeza y con ella a la inmortalidad. Él demostró ciertamente que sin valor es infecunda la sabiduría.²

² Agradezco a los amigos Odalys Zarza y Harold Bertot, la colaboración que me ofrecieron para la elaboración de este texto.

Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal en Cuba

DR. DANILO RIVERO GARCÍA*

Como el amplio título anuncia, voy a referirme a una pluralidad de temas sobre el proceso penal que cada uno, por separado, puede ser objeto de una ponencia; entonces no tengo otro remedio, para cumplimentar la encomienda del compañero Presidente de esta novel Sociedad, que presentarlos, deteniéndome en algunos de los que considero de mayor interés.

El esquema de mi exposición consiste en reseñar, inicialmente, os momentos legislativos fundamentales del proceso penal cubano; pasando luego a enunciar, y comentar en su caso, aquellos puntos que estimo deben ser objeto de análisis en un proceso de reforma. Aclaro, no es que se incluyan de *lege ferenda*, solo que se tomen en consideración en tales discusiones. Mis reflexiones aluden, en particular, al procedimiento principal, común u ordinario.

Soy consciente, que todo proceso penal encierra un grave problema, aparentemente insoluble: cómo hacer compatibles dos intereses, sin sacrificar ninguno: de una parte, el del Estado –al perseguir los delitos y castigar a los verdaderos culpables–; de otra parte, el del individuo, por protegerse legítimamente frente a ese poder, que puede resultar injusto o desmedido.

Belting, en su *Manual de Derecho Procesal*, argumentaba al respecto: «El procedimiento debe estar organizado, tanto con miras a otorgar al Estado poderes sobre el individuo, como a proteger a este (...) el proceso debe partir de la idea de que el inculcado puede ser inocente, es decir, garantizar el respeto a la inocencia, de suerte que el código procesal penal sea la *Magna Charta* del individuo».¹

* Especialista en Derecho. Presidente del TMP de Cabaiguán (Suplente en Yaguajay, Fomento, Sancti Spíritus y Trinidad); Juez del TPP de Sancti Spíritus y Presidente de su Sala (Única) de lo Penal; Presidente de la Sala (Única) de lo Penal del TPP de Ciudad de La Habana; Juez de la Sala de lo Penal del TSP (1979-1993). Abogado y Profesor Titular Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal de la UNJC.

Las Reglas de Mallorca, en su preámbulo, afirman: «los procesos penales pueden ser dirigidos tanto contra culpables como inocentes».

Me resulta curiosa la frase de Carnelutti, en su célebre obra *Las miserias del proceso penal*, al expresar: «El proceso penal no es, desgraciadamente, otra cosa que una escuela de incivilidad».²

En la historia del proceso penal, han alternado las más duras opresiones con las más amplias libertades. La búsqueda de un equilibrio, sigue constituyendo un reto para cualquier esquema de juzgamiento. El modelo de proceso penal y su diseño, obedecen a un acto de decisión política.

Imposible es encarar un proceso de Reforma sin tener en cuenta: 1. La realidad general, de la cual no podemos desligarnos en las actuales circunstancias históricas; si difícil es definir las fronteras del derecho, la delincuencia no las tiene; 2. La particular; «a vida nuestra, leyes nuestras», como dijera el Apóstol;³ y 3. Un fuerte basamento en investigaciones científicas. Las coyunturales y precipitadas reformas, como regla, están condenadas al fracaso.

Reseña histórica

Un momento cimero en la historia del Derecho procesal penal en Cuba, lo es el 1 de enero de 1889, en que entra en vigor la monumental LECrim española de 14 de septiembre de 1882, hecha extensiva a la Isla, por Real Decreto de 19 de octubre de 1888, obra fruto del movimiento codificador del siglo XIX. Antes, habían llegado a la nación, el Código Penal de 1870, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código de Comercio de 1885. Con posterioridad al citado momento, se reciben el Código Civil de 1888

El artículo que aquí se reproduce, fue la conferencia dictada por el Profesor Rivero García el 4 de abril de 2007 en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal, organizado por la Sociedad Cubana de Derecho Procesal de la UNJC, efectuado en la ciudad de La Habana.

¹ E. Beling: *Derecho Procesal Penal* [M. Fenech trad del alemán], Ed. Labor S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, col. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1943, p. 21.

² F. Carnelutti: *Las miserias del proceso penal* [S. Sentís Melendo trad.], Ed. Temis S.A., Bogotá, col. Monografías Jurídicas, 1989, p. X.

³ E. Merino Brito: «La organización del Sistema Judicial Cubano», *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 1(2):63, octubre, 1972.

y la Ley Hipotecaria de 1893. Este conjunto de códigos, marcó un cambio sustancial del Derecho feudal al burgués.

Poco conocida es la historia de la justicia penal en Cuba antes de 1889. Según los estudios de Mariano Rodríguez Solveira,⁴ rigieron «la *Novísima Recopilación*, que no derogó, sino que dejó subsistentes con carácter supletorio el Fuero Juzgo, que le precedió en doce siglos, y *Las Partidas*, que le antecedió en seis, y por si todo esto fuera poco, regían con carácter supletorio las *Leyes de Indias*», a lo que se unía el ejercicio de la costumbre. El juzgamiento en materia penal, estuvo caracterizado por un proceder propio del sistema inquisitivo: justicia delegada, juez activo, acusado como objeto del proceso, limitación de la defensa, secreto y escritura, prisión provisional como regla y prueba tasada.

La mencionada LECrim, dio un viraje a la expresada situación. Este cuerpo legal, constituyó un paradigma de proceso para su época, al ser expresión de una fórmula de compromiso, entre las ideas del liberalismo, y la costumbre secular de enjuiciar a los delincuentes, fundada en un modelo inquisitivo. Entre sus principales notas distintivas se encuentran, una clara separación entre las funciones de instrucción, acusación y el juzgamiento. La primera etapa, denominada *del sumario*, con predominio de los caracteres del sistema inquisitivo, permitía reunir las pruebas para fundar la sospecha sobre delito y autor, siendo esta su única finalidad, pues las diligencias reunidas no podían servir de base a la sentencia; la otra, con notas dominantes del sistema acusatorio, conocida como *del juicio oral*, acto público y contradictorio, donde con cierta paridad entre acusación y defensa, ante los mismos jueces, de forma concentrada e ininterrumpida, se recibían las pruebas –exclusiva base de la sentencia– y, luego de su libre apreciación, se pretendía la búsqueda de la verdad histórica, que continuaba siendo la meta del proceso. El tribunal junto a la fiscalía era responsable de su obtención, en virtud del principio de obligación judicial de esclarecimiento.

La comentada ley rigió hasta la década de 1970 y fue objeto de múltiples e importantes modificaciones, aunque estas no quebraron su sistemática esencial, entre ellas se encuentran las sufridas bajo la intervención norteamericana por órdenes militares, como la referida al recurso de casación (Orden 92

de 1899), la que abolió casi radicalmente el secreto sumarial (Orden 109 de 1899), o las que establecieron el *Hábeas Corpus* (427 de 1900) y la justicia correccional (213 de 1900). Otras mutaciones datan de la época de la República, previa al triunfo revolucionario en 1959; ejemplos lo son la creación de los tribunales y el procedimiento de urgencia, así como las provocadas por la Constitución de 1940 y, finalmente, las que realizó el nuevo Gobierno.

No es posible pasar por alto –en este breve recuento legislativo– al Derecho Mambí, nacido en la manigua durante las guerras de 1868 y 1895, expresión de lo cual fue la Ley Procesal de Cuba en Armas, de 28 de julio de 1896, y que tuvo su continuación en el constituido en la Sierra Maestra en la lucha contra la dictadura.

Aun con sus imperfecciones, es posible afirmar con carácter general, que en Cuba a partir de 1889, la solución de los conflictos penales se realiza a través de un proceso cuyo centro lo es el juicio oral y público, lo que nos distingue de los modelos de enjuiciamiento que han regido en la mayor parte de los países hermanos de la región latinoamericana, matizados por el secreto y la escritura. Según ha reiterado el profesor Maier, el núcleo de la reforma procesal en dicha región, a partir de la década de 1980, lo ha constituido la instauración del juicio oral y público. Este acto para el ciudadano cubano, forma parte de su cultura jurídica, en mayor o menor grado. No obstante la señalada tradición, reconoczo que la producción en el país de obras jurídicas sobre la materia procesal, no ha estado a la altura de la rica y vasta experiencia, como se aprecia en otros lugares que no han contado con ese privilegio.

El Gobierno Revolucionario, no enfrentó de manera precipitada la reforma de la legislación burguesa imperante, en sentido general, y la procesal penal, en particular; modificó lo indispensable para continuar su obra. La LECrim continuó rigiendo, para el conocimiento de los delitos comunes, por el procedimiento ordinario regulado en la misma.

En cuanto a los delitos contrarrevolucionarios, por una ley de 1959 (Ley 634 de 20 de noviembre de 1959), se dispuso que fueran juzgados sumariamente por los Tribunales Revolucionarios y mediante el procedimiento establecido, en la mencionada Ley Procesal de la República de Cuba en Armas, con las modificaciones que la misma le introdujo.

En marzo de 1969, en ocasión de celebrarse el Fórum Nacional del Viceministerio de Orden Interior del Ministerio del Interior, el entonces presidente de la

⁴ M. Rodríguez Solveira: «Cien años de Derecho en Cuba», *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 1(1):69-105, enero, 1972.

República, doctor Osvaldo Dorticós Torrado, calificó de *caos institucional* la situación imperante en la administración de justicia, haciendo un llamado para «luchar por ponerle fin»,⁵ promoviendo la creación de Comisiones para el estudio de los diversos problemas legislativos.

Coexistían en ese momento seis jurisdicciones: la Laboral, que correspondía al Ministerio del Trabajo; la Ordinaria, al llamado Poder Judicial; la Popular, al Ministerio de Justicia; la Revolucionaria al Ministerio del Interior; la Militar a las Fuerzas Armadas Revolucionarias y al Ministerio del Interior; así como la actividad jurisdiccional que resolvía los casos de peligrosidad social o predelictiva a través del Consejo Superior de Defensa Social, perteneciente al Ministerio del Interior.

Así surgieron, en ese propio año, las comisiones de estudios jurídicos, bajo la rectoría de una Comisión Nacional y un Secretariado permanente, las que estuvieron conformadas por representantes de las diversas instituciones del país. La comisión número uno, tuvo a su cargo «la unificación de las jurisdicciones y las leyes procesales»; y una subcomisión asumió la tarea de elaborar las bases del proceso penal para el posterior proyecto.

Digno de elogio, y paradigma para cualquier trabajo de reforma legislativa, lo fue la labor de aquellas Comisiones Jurídicas, las que contaron en su seno con profesionales de reconocido prestigio. Algunos de los textos conformados, fueron sometidos a discusión popular. En el examen del Proyecto de Ley de Procedimiento Penal, participaron más de tres millones de ciudadanos, que lo aprobaron casi unánimemente. Resulta impresionante la revisión de la documentación preparada para esos estudios, lo que denota el rigor, cuidado y esmero con que se desarrolló la señalada encomienda.

Fruto de la descrita labor, lo fue la Ley 1251, Ley de Procedimiento Penal, acordada por el Consejo de Ministros el 25 de junio de 1973, la cual derogó la LECrim española, que rigió en Cuba los destinos del juzgamiento, en materia penal, por más de ochenta años.

La nueva ley, a pesar de la influencia de la legislación del campo socialista europeo de aquel entonces, en especial del procedimiento criminal en la URSS, cuyas bases estuvieron presentes, llevó en su génesis a la derogada ley española.

Luego del decurso de los años, por relaciones personales que sostuve con algunos de los compañeros que trabajaron activamente en el diseño de esta ley procesal, me percaté del firme arraigo que llevaban de los postulados de la ley española, a la que se referían con sumo respeto.

Profunda era la huella dejada en nuestros estudiosos del Derecho, por las enseñanzas de las obras españolas de autores como Reus, Aguilera de Paz, Alcalá Zamora, Rafael García Valdés, Gómez Orbaneja, Herce Quemada, y Fenech, entre otros. A cuya relación añadido, en calidad de comentaristas y anotadores de esa ley, los nacionales Ángel C. Betancourt, Rafael Núñez y Núñez, Mariano Sánchez Roca, José Portuondo y de Castro, y Eloy Merino Brito.

La Ley de 1973, siguió la orientación de la anterior, al mantener la afiliación al sistema mixto, formulándose tres propósitos cardinales: Primero, ofrecer las garantías necesarias, tanto a los inculcados, como a la sociedad, de modo que las sentencias, absolutorias o sancionadoras, resultaran justas, eficaces y educativas. Segundo, concentrar las actuaciones y el juicio para el logro de una justicia pronta, sin merma de ninguna garantía. Tercero, simplificar los trámites de los recursos, de modo que su sustanciación y resolución no fueran obstaculizados por requisitos puramente formales. Su articulado se redujo a 503 de los 998 de la española.

Relaciono, seguidamente, algunas notas comparativas con la ley española:

- Supresión de la figura del Juez de Instrucción.
- Eliminación de las llamadas cuestiones prejudiciales, que pasan a resolverse mediante una fórmula que autoriza la extensión de la competencia, al conocimiento de cuestiones civiles y administrativas indispensables para decidir.
- La regulación de las diligencias sumariales se reproducen en lo esencial.
- El auto de procesamiento, que se dictaba ante la presencia de indicios racionales de criminalidad, y por el cual el acusado era considerado parte, con los derechos que de esta condición se derivaban, fue sustituido por el auto de aseguramiento.
- Se destina un Libro independiente –el Tercero–, a la Acción penal y la calificación del delito.

⁵ H. Garcini Y Guerra: «Las Comisiones de Estudios Jurídicos», *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 1(1):21-66, enero, 1972.

- En cuanto a la fase de juicio oral, mantiene la sistemática anterior.
- Todas las sentencias son recurribles. Otrora, los fallos de la llamada justicia correccional eran inapelables.
- El recurso de casación fue notablemente simplificado en sus trámites y formalidades, pero continuó siendo una impugnación contra la sentencia, en cuanto esta contenía un error en el proceder o en la aplicación del derecho material, sin tocar la base de hecho que fijó el tribunal de instancia.

No hago alusión a otras particularidades, pues algunas las abordaré posteriormente, al exponer sobre los puntos para una reforma.

La comentada Ley de 1973 tuvo efímera vigencia, y solo conozco que sufrió una modificación, referida a la suspensión de la sentencia firme de muerte, estableciendo un término de diez días para que el Gobierno decidiera sobre la ejecución o la conmutación de dicha sanción (Ley 1290 de 22 de febrero de 1975).

A esta Ley le siguió en el tiempo la Ley en vigor, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 13 de agosto de 1977; que se dictó con el propósito de: poner en correspondencia las normas procesales con la nueva organización de los tribunales; definir el juzgamiento de los funcionarios de los nuevos cargos creados por el proceso de institucionalización; modificar lo concerniente al aseguramiento del acusado; y redefinir la competencia de los tribunales militares cuando delincan, de conjunto, militares y civiles.

De la comparación de los tres cuerpos legales, advertido en sus líneas generales, similar sistemática. En cuanto a los dos últimos, casi igual estructura y contenido de sus normas.

La Ley de 1977, ha tenido como fundamentales modificaciones:

- En 1985, la ampliación de la posibilidad de revisar las resoluciones judiciales, lo que sin duda constituyó un importante paso para la reparación de los errores de esta naturaleza (Decreto Ley 87 de 22 de julio de 1985).
- Extensión de la competencia objetiva de los TMP en 1987 (Ley 62 de 29 de diciembre de 1987).
- Reformulación del procedimiento municipal para el conocimiento de los delitos, y la declaración del estado peligroso por conducta antisocial en 1991 (Decreto Ley 128 de 18 de junio de 1991).
- Importantes cambios se produjeron en 1994, resultando los más notables, la ampliación de la competencia objetiva de los TMP, simplificación de la fase preparatoria, y establecimiento del procedimiento abreviado (Decreto Ley 151 de 10 de junio de 1994).
- Por último, en el 2000, se estableció el enjuiciamiento de ausentes de manera excepcional (Decreto Ley 208 de 16 de febrero de 2000).
- De la forma descrita ha quedado la ley en uso.
- Hasta aquí un breve panorama de la historia legislativa.

A continuación, expondré sobre algunos puntos que pueden ser considerados en los estudios para una reforma; reconozco que no son los únicos, ni tal vez para otros compañeros, los de mayor importancia.

Comienzo con la formulación de tres preguntas, de carácter general.

Primera. ¿Es necesario un cambio radical del modelo de enjuiciamiento, o basta perfeccionar el vigente?

La opción por un radical cambio, obedece a una decisión política –como expresé– en la que los juristas podemos contribuir e influir de manera importante en su conveniencia. Ni siquiera conozco de la existencia de un profundo debate académico al respecto. Por otro lado, no es posible apartarnos de la realidad que ha vivido y vive nuestro país en el contexto mundial, la que para mí, en vez de constituir, *prima facie*, una rémora para enfrentar cualquier discusión sobre este tema, es un motivo de estímulo para emprenderla. En ocasiones, lo más fácil es *no cambiar nada*. Se trata de un estudio que no podemos rehuir. El grado de preparación e información alcanzado por los juristas cubanos en los últimos años, nos coloca en una favorable posición, expresión de lo cual constituyen estas jornadas.

Por ahora, considero que estamos en condiciones de perfeccionar –de manera notable– el modelo vigente, del que muchas son sus virtudes; y sus faltas no

son superiores a las de otras latitudes. Hay aspectos cuya revisión urge, entre los que encuentro: el derecho a la defensa, el aseguramiento del acusado, resguardo de derechos fundamentales, y los recursos; otros van encaminados a la perfección dentro del marco concebido, como los registros en la fase investigativa y en el debate.

Conozco de lugares donde se han adoptado novedosas legislaciones, las que por carecer de base en la realidad social, resultan insostenibles. En la señalada dirección –perfeccionar la legislación actual– irán mis futuras palabras.

Roxín,⁶ aboga por «transformar el Derecho Penal vigente en un sistema consistente, que proporcione seguridad jurídica y, al mismo tiempo, quede abierto para nuevos desarrollos», y continúa expresando que «esta tarea muchas veces ni siquiera ha sido reconocida entre nosotros y solo ha sido comenzada tímidamente».

Segunda. ¿Debe mantenerse la idea de la búsqueda de la verdad histórica o material, sin concesión alguna, como meta del proceso?, pregunta esta que guarda relación con la anterior

La obtención de la verdad sobre ese concreto objeto del proceso, real o hipotético, continúa siendo un ideal, muchas veces inalcanzable. La fase de instrucción no está concebida para afirmar la verdad, y sí solo para fundar la sospecha que nos permite acceder al juicio, donde supuestamente obtendremos esta; lo que nos obliga a concluir siempre con este complejo acto.

Basta bregar a diario, desde una posición u otra, en la «solución de casos penales», para darnos cuenta de la utilidad o conveniencia que reportaría, en ciertos asuntos, aceptar fórmulas de compromiso o acuerdos entre la acusación, la defensa y el tribunal.

Roxín,⁷ refiere como posible, en un futuro, la necesidad de dos ordenamientos procesales penales: uno contradictorio y otro consensual.

Por estudiar está, si estas fórmulas de compromiso, se avienen con la filosofía política de nuestro sistema y, en su caso, hasta dónde podemos llegar.

La idea de encontrar la invocada verdad en todos los supuestos, no ha sido confirmada por la práctica y, desde mi óptica, resulta inviable.

Tercera. ¿Qué experiencias nos ha reportado la inclusión de un criterio de oportunidad en la ley? ¿Debemos seguir avanzando en esa dirección?

Me refiero al caso de los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad o multa de 300 cuotas o ambas, cuando evidencien escasa peligrosidad social –no carencia, lo que es difícil de distinguir–, y es posible reprimirlos mediante una multa administrativa por la autoridad actuante. Fórmula del apartado 3.º del artículo 8 del CP. Aunque desconozco la existencia de comprobaciones empíricas, nada contraproducente he advertido en su aplicación; lo contrario, dicha fórmula es continuadora de las ideas de *un período prodigioso* para el Derecho Penal cubano, así llamo al último lustro de la década del ochenta del pasado siglo, por tanto, la aplaudo; aun cuando la redactaría de distinta manera, colocaría en otro lugar, y sometería a un control diferente al interno. No obstante, percibo sus frutos y abogo por ampliarla a otros supuestos. La legislación comparada, en particular la de nuestra región, ofrece un catálogo de casos, cuya solución es posible en la indicada forma.

También he observado en otros fueros, la fórmula de «suspensión del proceso a prueba», la que me resulta interesante, y sobre la que siento gran curiosidad por conocer los resultados en su aplicación.

El pensamiento que he querido transmitir bajo esta pregunta, consiste en que no puede ser eficiente un sistema de justicia penal sobrecargado de casos. La idea de abarcarlos todos, se corresponde con la imposibilidad de resolverlos adecuadamente, entonces hay que recurrir a modelos que, aunque inicialmente choquen con nuestra raigambre jurídica, proporcionen eficiencia en el juzgamiento. La realidad es que, un sistema abrumado de asuntos, de hecho, resulta selectivo y discriminatorio, aunque proclame lo opuesto.

En las aludidas propuestas, puede tenerse en cuenta el criterio de la real víctima, bajo la idea de solución del conflicto.

Breves palabras dedico, a continuación, sobre organización judicial y competencia, pues se trata de un sistema donde todo debe ser eficiente.

⁶ C. Roxin: *La teoría del delito en la discusión actual* [M. Abanto Vásquez, trad.], Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 6.

⁷ *Idem*, p. 13.

Dos medidas observé con extremo recelo. Una, la pluralidad de salas para el conocimiento de los delitos graves en cada provincia; se multiplicaban las de las originales Audiencias. La otra, el aumento de la competencia objetiva en los TMP, hasta tres años de privación de libertad o mil cuotas. Hoy apruebo la conveniencia de las mismas, digo más, ¿por qué no fortalecer los TMP y continuar ampliando su competencia objetiva? Así, un número importante de asuntos penales sería conocido por los órganos de justicia más próximos a la comunidad, lo que –desde mi óptica– hace más eficiente el desempeño de esa función.

Otro aspecto que merece un reexamen, partiendo de la conveniencia de su existencia y reconociendo su fructífera historia –lamentablemente por escribir–, lo es la institución del Juez no profesional o lego, en los términos en que está presente en la administración de justicia. Solo tres interrogantes, como vía de ilustración: 1. ¿qué función cumple, y qué utilidad reporta la presencia del juez lego en una sala de casación?; 2. ¿qué rol desempeña el mismo en la adopción de resoluciones preparatorias del proceso principal, o en las incidencias posteriores a la sentencia?; 3. ¿por qué su intervención no ha de quedar limitada al juicio y, dentro de este, al hecho?

Otros aspectos cardinales que merecen urgente atención, abordaré seguidamente: El derecho a la asistencia de un defensor, las medidas de coerción personal, y la posición de la víctima.

Los derechos y atribuciones del defensor fueron débilmente regulados en la ley española, y así han continuado en las sucesivas. Una máxima de la Inquisición postulaba: «Si eres inocente no necesitas ser defendido; y si eres culpable, no lo mereces».

Roxín⁸ y Albin Eser⁹ se autointerrogan: ¿para qué hace falta un defensor, si la fiscalía y el tribunal, de oficio, deben obrar objetivamente? Y con el fino pensamiento que los caracteriza, coinciden en responder, que la fiscalía y el tribunal, a pesar de poner de sí su mejor voluntad para reunir objetivamente todos los elementos de la investigación, debido a su deber de investigar por completo los hechos, pueden pasar por alto, o descuidar levemente circuns-

tancias de descargo, o no apreciarlas debidamente en toda su extensión; por lo que para establecer un equilibrio hace falta un defensor como polo opuesto al tribunal y a la fiscalía, que actúe exclusivamente a favor del acusado. El anterior pensamiento rige en el *mejor de los casos*.

La justicia requiere, tanto de una eficiente acusación, como de una eficaz defensa, la que debe estar dotada de facultades amplias y autónomas.

A pesar de que hemos carecido de profundas discusiones sobre el sustento teórico del ejercicio de la defensa, en nuestro contexto histórico, con orgullo puedo proclamar, que han existido magníficos defensores en Cuba. Seguramente, los del futuro serán mejores.

Concretos puntos a atender en este aspecto

1. Establecer el derecho del acusado a contar con el asesoramiento técnico en todas las fases del proceso, lo que debe ser obligatorio en ciertos casos. La intervención del Defensor desde el momento inicial, limitaría el supremo interés por obtener la confesión que, desde mi visión, continúa siendo en muchos asuntos el centro de los esfuerzos investigativos, máxime cuando el acusado guarda prisión. Cosa distinta sería incorporar fórmulas que estimulen dicha confesión.
2. Comprender la facultad del Defensor para realizar investigaciones propias, y a acompañarse de expertos.
3. Reconocer el derecho a examinar el expediente, luego la causa, conjuntamente Defensor y defendido.
4. Admitir la defensa múltiple, lo que evitaría actuales inconvenientes.

A los aspectos antes citados, entre otros que limitan las posibilidades defensivas, se añade la sobrecarga de trabajo de nuestros defensores, lo que me permite afirmar que, lamentablemente en el modelo que heredamos, el Defensor, como regla, *llega tarde*. Situación que ha de revertirse.

Medidas de coerción

Las medidas de coerción constituyen otro tema, cuya total revisión no debe hacerse esperar.

⁸ C. Roxín: *Derecho procesal penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 132.

⁹ A. Eser: «La posición jurídica del inculcado en el Derecho Procesal Penal de la República Federal Alemana», *Separata del Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, no. 4, 1987, p. 7.

De un sistema donde en la fase investigativa el Juez de Instrucción, *de dudosa imparcialidad*, pero un juez, fundadamente, y con obligación de escuchar al procesado, ratificaba el auto de prisión que previamente había adoptado, el que era recurrible ante la Audiencia con celebración de vista; estado de prisión que, además, podía examinarse mediante el procedimiento de *habeas corpus* (LECrIm), transitamos con la Ley de 1973 a otro, donde a través de una audiencia verbal con la intervención del tribunal, fiscal, defensor y acusado, se tomaba una decisión irrecurrible. Luego, con la Ley de 1977 se facultaba al fiscal para adoptar dichas medidas que eran *ilusoriamente* revisadas por el tribunal. Finalmente, en 1994 (DL 151) se le otorga a la fiscalía el señorío exclusivo del aseguramiento en el caso de prisión provisional; en cuanto a las otras medidas pueden ser acordadas por la Policía. En la actualidad, la fiscalía asegura, resuelve las disconformidades sobre el aseguramiento, y acusa al asegurado. El panorama descrito no debe mantenerse.

La ley tiene que establecer claramente:

1. La finalidad exclusiva del aseguramiento, que lo es «garantizar la presencia del acusado y la adquisición de las pruebas»; la regla es la libertad.
2. Claros presupuestos para su adopción, en correspondencia con la mencionada finalidad.
3. Otorgar dicha facultad a una Autoridad Judicial ajena a la investigación, ¿pudieran ser jueces radicados en los TMP, encargados exclusivamente de esta función?

Presunta víctima

Aclaro *presunta*, porque no ha sido declarada judicialmente como tal, y el acusado, es considerado inocente. Pero lo real, es que se trata de un protagonista principal –verdadero o hipotético– del conflicto que subyace, y que la historia procesal relegó a la injusta condición de testigo de la acusación, «la que lo debe representar y hacer valer sus intereses», lo que no siempre ocurre.

La idea original del conflicto fue sustituida por la del castigo ante la desobediencia. Sin duda, hay que reevaluar la posición de la víctima, de manera que pueda participar en el proceso con atribuciones

propias para realizar sus derechos, sobre lo cual se conocen diversas fórmulas, pudiendo contar incluso con asistencia de abogado.

Hoy día, la verdadera víctima, lo es del delito y del proceso, del que ni siquiera se le informa como concluyó. Es un testigo que, en su caso, concurre si es llamado; declara solo lo que le preguntan, y tiene que abandonar la sala donde se discuten sus intereses.

El cambio de posición en el proceso y la facultad de participar activamente en el mismo, pueden coadyuvar a romper la rutina con que muchas veces operan los participantes tradicionales, al defender y representar sus propios derechos e intereses. Hay ordenamientos jurídicos, que cuentan con particulares leyes de protección a la víctima, las que nos pudieran resultar de interés.

A continuación, me referiré a importantes aspectos de cada una de las fases del proceso, cuya discusión en una futura reforma, no se puede pasar por alto.

Fase de instrucción o investigativa

¿A quién se debe confiar? En la ley española estuvo a cargo del Juez de Instrucción; luego, en la Ley de 1973 se entregó a la Policía con el asesoramiento del fiscal, donde también era posible la designación de un Juez Instructor, experiencia no encontrada. Por último, en la Ley de 1977 le fue confiada a un Instructor de la Policía, Seguridad del Estado o fiscalía, bajo el control de esta última institución. Noto en los últimos tiempos, un esfuerzo por parte del Ministerio del Interior de separar la Instrucción de la Policía, colocándola en otro órgano dependiente de ese Ministerio.

No cuento con suficientes argumentos, en nuestras concretas condiciones, para proponer con seriedad, en manos de quién ha de quedar la instrucción, pero ha de ser en quien la haga más ágil y eficiente, lo que considero, no ha sido logrado totalmente hasta el momento, a pesar de los esfuerzos. Pero su problema cardinal, no lo veo hoy en quien la realiza, sino en la ausencia de un real control por una autoridad ajena a la investigación. No olvidemos que, es en esta fase, donde son más vulnerables los derechos de los investigados. El control desde adentro, o desde instituciones comprometidas con la investigación, puede convertir a los controladores en agencias certificadoras o legitimadoras de los designios de la Instrucción. Lo que equivale, a la ausencia de un real control.

Una dirección que estimo correcta –creo seguir a Shunemann–,¹⁰ lo es la de presentar esta etapa investigativa, lo más contradictoria posible, para lo cual hay que fortalecer de manera notable y garantizar la presencia del Defensor, lo que es ilusorio en la fórmula vigente.

Sobre la regulación actual de las diligencias investigativas en la fase preparatoria, no hay cambios de gran significación en relación con la ley española, solo que la realidad ha variado vertiginosamente en más de cien años, y también la delincuencia. Entonces hay que comprender en la ley los nuevos métodos de indagación, unos, traídos por el progreso científico técnico, como los métodos computarizados de pesquisa, vigilancias por vídeo, escuchas telefónicas de alta tecnología o análisis genéticos; otros, provocados por el grado de complejidad que muestran las novedosas formas de delincuencia, entre los que encontramos a los agentes policiales que actúan de incógnitos, y otras modalidades de colaboradores encubiertos.

Una urgente discusión científica, requiere el tema de las prohibiciones probatorias y las nulidades, vistas en nuestro contexto, y de cuyo desarrollo carece la ley.

Sobre la llamada *fase intermedia*, que conceptualmente se inicia con el ejercicio de la acción penal, y concluye con una decisión sobre la apertura del juicio; residiendo su importancia en la función de control negativa, donde el acusado puede influir a través de requerimientos y objeciones, para evitar juicios carentes de fundamentos de hecho o de derecho, lo que constituye su objeto, está totalmente desdibujada en nuestra legislación, en la cual el tribunal de este procedimiento, que es el mismo del juicio, finalmente tiene que resignarse al conocimiento de asuntos, sin fuerte probabilidad de condena.

De *lege ferenda*, es necesario estructurar esta fase de acuerdo con el objeto señalado, poniéndola en manos de un tribunal o jueces distintos de los que intervendrán en el juicio, de manera que estos tengan el menor grado de comprometimiento posible con decisiones anteriores.

El juicio oral –el mismo de la ley española– continúa siendo el centro del proceso, las fases anteriores giran alrededor de su preparación. Imposible refe-

irme a la pluralidad de aspectos que merecen ser discutidos en una reforma. Solo trataré dos: la *posición del tribunal* y el *registro del debate*.

**¿Qué modelo de tribunal de juicio heredamos?
¿Un tribunal que se convence por sí mismo
o que tiene que ser convencido por las partes?**

El tribunal nuestro, antes del juicio, parte afirmando la corrección de la acusación, para lo cual se informa detalladamente de la fase investigativa, tema este bajo discusión. Selecciona, además, las pruebas –propuestas por las partes– que se deben recibir. Arrima pruebas de oficio, antes o durante el debate, lo que obedece al principio de obligación judicial de esclarecimiento; puede dar un orden a la producción de la prueba y vigila si los testimonios sumariales se *reproducen*. Puede interrogar activamente; agravar los términos de la acusación e, incluso, condenar ante su desistimiento. En fin, está dotado de tan amplias facultades persecutorias, que pudieran poner en duda su imparcialidad. Por dicha, la sabiduría, sagacidad y elevada cultura jurídica de nuestros jueces ponen límites a tan extensas atribuciones, las que pueden convertir al juez en un fiscal, haciendo realidad la máxima «quien tiene por juez a un fiscal, necesita a Dios como defensor».

Hay que discutir, si en un futuro, deben mantenerse las citadas atribuciones, y hasta dónde estas son compatibles con la imparcialidad que ha de caracterizar al tribunal. Para el argumento de que estas son necesarias ante la posible debilidad de la fiscalía, solo hallo una respuesta: fortalezcamos notablemente esta Institución. Confieso, que si tuviera la desgracia de ser enjuiciado, no quisiera un juez con tales atribuciones.

Respecto al *registro del debate*, en 1985 se dio un gran paso que, lamentablemente, no fue regulado en la ley, al disponer el CG TSP llevar al acta los extractos de las declaraciones prestadas ante el tribunal. Otrora, solo se consignaba el nombre del declarante. Hay que continuar adelante, y registrar, de manera fiel e íntegra, el debate, para lo cual en la actualidad se cuenta con los medios adecuados. Así, este acto podrá ser perfectamente revisado.

De los recursos, me referiré a los concebidos contra sentencia definitiva.

La *apelación*, continúa siendo una segunda primera instancia, donde el tribunal superior, en vez de revisar la anterior decisión, resuelve con base en la

¹⁰ B. Shunemann: *La reforma del proceso penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 67.

prueba recibida. La novedosa fórmula de supresión de la vista, para su correcta viabilidad, enfrenta el obstáculo del desconocimiento por el recurrente de los fundamentos de la sentencia de mérito.

La casación, se mantiene bajo un régimen de causales, anacrónico y vetusto, que impide a las partes la discusión de presuntas violaciones de garantías esenciales. Plausible es el esfuerzo de nuestros magistrados, para hacer justicia con una regulación tan deficiente.

Propongo la creación de un *único recurso* contra las sentencias definitivas, las que han de documentarse, tomando lo útil de los vigentes, y de nuestra amplia y rica revisión, donde como afirma Shunemann,¹¹ pueda controlarse la capacidad del juez para averiguar la verdad, y su capacidad para fundar la sentencia, de manera que la construcción del hecho no escaparía al control y, por supuesto, todas las apreciaciones jurídicas y consecuencias que del mismo se derivan.

Hay que establecer en una futura ley la prohibición de la *reformatio in peius* en toda su dimensión, de lo que carece la actual; así como fijar la imposibilidad de que los jueces que conocieron originalmente de un asunto, cuyo juicio fue anulado, vuelvan a intervenir en su examen.

Finalmente, en el tema de *la ejecución de las sentencias penales*, se ha emprendido un camino digno de elogios, al ampliarse progresivamente

la intervención judicial en el control de los condenados, lo que podrá extenderse en un futuro a los sancionados a prisión efectiva. Esta medida, a la que se debe unir la de la presencia del defensor durante la ejecución, y garantizar el derecho del condenado a ser escuchado antes de adoptar cualquier decisión que lo perjudique, nos augura un buen sendero.

Conclusiones

El panorama someramente expuesto, en sus tres momentos, pasado, presente y futuro, me permite terminar afirmando: Las ideas de la LECrim española, continúan rigiendo en Cuba, en el papel, y en el pensamiento de nuestros juristas. Basta la lectura de su exposición de motivos, para percatarnos que problemas de hace más de cien años, están presentes, a los que se añaden otros más complejos. Nos corresponde enfrentarlos e intentar resolverlos, ya sea perfeccionando notablemente el modelo de enjuiciamiento vigente, como propongo, o adoptando otro, para lo cual contamos con capacidad, preparación suficiente y una rica experiencia. Tendrán que fundirse, entonces, las direcciones políticas, los conocimientos académicos y el polvo de las causas. Es hora de comenzar. Adelante.

Muchas gracias

¹¹ Shunemann: *Op. cit.*, p. 94.

La abogacía como profesión en Cuba

DR. ARIEL MANTECÓN RAMOS*

Introducción

En Cuba rige un sistema de abogacía colectiva. La Organización Nacional de Bufetes Colectivos agrupa en un marco institucional único a los abogados de todo el país. Salvo algunas excepciones, la incorporación a sus filas es requisito que habrá de cumplir todo aquel que, estando debidamente titulado, pretenda ejercitar permanentemente esta profesión.

Como es sabido, a partir del 1 de enero de 1959 se estableció en Cuba un sistema social, cuyo elemento tipificador, por excelencia, fue y es el tránsito de un esquema de propiedad privada hacia otro de propiedad social o colectiva sobre los medios de producción. La abogacía no escapó de ese gran fenómeno reformativo, aunque puede decirse que el tránsito hacia un sistema colectivo de abogacía ocurrió por evolución, no por revolución.

Ejercieron en el país los abogados y Bufetes privados hasta catorce años después del triunfo de la Revolución. En ese lapso se dieron pasos, y dentro de estos, fue premonitoria la creación del primer Bufete Colectivo del país, en 1965 –materializada a instancias de los propios abogados del Colegio de La Habana–, hasta que en 1973 se consagra el modelo colectivo de abogacía.

La creación de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, en 1984, coronó el proceso de implantación de un esquema organizativo y práctico de

trabajo, de cuyo seno quedaron marginados los modelos de psicología y pensamiento, que imponía al abogado el ejercicio privado de su profesión.

Esta ruptura drástica con un modelo no puede ser analizada sencillamente desde un punto de vista orgánico y administrativo, ámbito en que el efecto reformativo se hizo más aparente. El corolario mayor de los cambios estuvo dado en su incidencia sobre la mentalidad y la psicología misma del profesional de la abogacía. Es decir, que el proceso renovador de este sector en Cuba puede calificarse de radical, no porque a consecuencia de aquel, se instituyera un modelo organizativo u otro, o porque se adoptara una modalidad u otra en la prestación del servicio jurídico, sino porque su implementación vendría a concluir la total modificación del modelo de pensamiento del profesional de la abogacía, y a convertirlo en un factor positivo del cambio; comprometido con la filosofía de las transformaciones sociales que se vivían en el país.

Con cierta frecuencia, abogados y profesionales del Derecho de otras latitudes, preguntan si es posible, en este entorno, el ejercicio libre de la profesión. Como esta interrogante generaría siempre respuestas centrales, medulares, útiles, en un sentido u otro, para resumir una filosofía o una visión general del tema, me sirvo de ella para hilvanar estas breves ideas. Así, todas las observaciones aquí expuestas, deben entenderse cual propuestas de solución a la interrogante. Serían, entonces, aristas o vistas parciales de una gran idea, que es la que trato de transmitir, siempre desde la visión propia de quien expone.

Nacimiento de la ONBC. Tipo de organización

La ONBC nace a la vida mediante un instrumento jurídico estatal, es decir un Decreto Ley, que en Cuba emite el Consejo de Estado. Sin embargo, no se puede hablar de un sistema de abogacía de Estado, modelo del que se tienen referencias concretas, según el cual los abogados son designados y pagados por el Estado, con una filosofía distinta –por consiguiente– al modelo liberal, en el que es la persona interesada –el cliente– quien designa y paga al abogado sus honorarios.

Si se me pidiera una posición en este punto, diría que en Cuba rige un sistema híbrido, de nuevo tipo, en tanto no se compromete con ninguno de los sistemas puros mencionados. Sobrepasada la primera etapa, inestable y convulsa, propia de todo sistema social en transición, los cambios organizativos y es-

* Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana. Máster en Derecho Privado por la Universidad de Valencia, España. Doctor del Programa de Doctorado de la Universidad de Valencia y la Universidad de La Habana. Profesor auxiliar de la Universidad de La Habana. Presidente de la JDN de la ONBC. Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal. Texto íntegro de la Conferencia impartida durante el VIII Encuentro Internacional de Ciencias Penales, celebrado en el Palacio de las Convenciones, en Ciudad de La Habana, el 21 de noviembre de 2006.

tructurales que desembocarían en lo que es hoy la ONBC, estuvieron enrumados –prioritariamente– al objetivo de dotar a la abogacía cubana de un ideal y un andamiaje organizativo basado, cada vez más, en los principios de autonomía patrimonial y autogestión administrativa. Es ese el espíritu que prima en su 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 de libre ejercicio que reserva la ley al abogado en el ejercicio de su profesión, quien actuará en representación de los intereses de su cliente sin más limitaciones que las que se derivan del acatamiento de la propia ley. El modelo, por otra parte, se aparta del ideal liberal, en tanto las relaciones abogado-cliente no se desarrollan libérrima e incontroladamente, sino conforme a reglas establecidas por la organización, que garantizan una ejecución más ordenada y justa del servicio jurídico a la población.

Connotación de la relación abogado-cliente

Precisamente el alcance mayor de la reforma de la abogacía está en la nueva connotación que adquiere, en virtud de los cambios instrumentados, la relación abogado-cliente. Esta relación se depura y simplifica, al quedar mejor delimitados sus contornos dentro de un campo meramente profesional, lo cual viene casi absolutamente determinado –a mi entender– por las nuevas concepciones que en materia de honorarios por los servicios profesionales se establecen. Es interesante comprobar cuánto pudo influir el sistema de tarifas vigente en este aspecto.

Abogacía privada y honorarios libres

La modalidad de cobro por los servicios –propia del sistema de ejercicio privado de la abogacía– que rigió en Cuba, condicionaba la colocación del letrado en un plano de cierto modo inferior, y hasta subordinado, en relación con el cliente. En efecto, el abogado privado no tenía más límites en la fijación de las tarifas de sus servicios que la lista de honorarios mínimos que fijan los colegios profesionales, así como los que, en condiciones de libre mercado, imponen la ley de la oferta y la demanda.

El hecho que se comprometieran habitualmente –en cada caso– intereses del cliente muy altamente valorados, –monetariamente hablando– implicaba que el criterio profesional se viera casi incondicio-

nalmente subordinado a la voluntad del contratante; es decir, que la alta suma que paga el cliente por los servicios de su abogado, lo colocaba en una posición de predominio o ventaja frente a este, cuya opinión profesional podía llegar a verse desmedidamente sujeta al interés del cliente y exageradamente influida por su lógico afán de obtener los resultados que espera del proceso de que se trate.

Abogacía colectiva y tarifas fijas

Esta situación se ve sustancialmente modificada con el inicio en Cuba del nuevo tipo de abogacía; es decir, a raíz del surgimiento de los Bufetes Colectivos. La puesta en vigor de un sistema de tarifas oficialmente aprobado hizo desaparecer el elitismo y la discriminación en el acceso a los servicios letrados y garantizó –en lo fundamental– no solo el derecho de la persona a designar el abogado de su elección, sino además, la posibilidad material de hacerlo con independencia de su capacidad financiera.

El sistema de retribución al abogado, según el trabajo terminado –varias veces modificado y propenso todavía a perfeccionarse– no conduce, sin embargo, al igualitarismo, ni elimina la competencia profesional, tan necesaria para el desarrollo de cualquier sector de la sociedad. Simplemente se factura un régimen de contratación, competitivo, pero controlado, mediante el cual el abogado se procura su clientela y se forja su propia demanda, según el mérito y la calidad profesional de los servicios que presta, con directa incidencia en los emolumentos que recibirá en carácter de retribución.

Las tarifas de cobro a la población, ajustadas a la complejidad de cada proceso, son igualitarias en el sentido que no toman en cuenta –por lo común– las condiciones económicas de la persona que contrata el servicio. El abogado tiene garantizada una participación en el ingreso por cada asunto que concluya, de acuerdo con la cantidad y calidad de su trabajo y conforme a una tarifa oficial de retribución. Ningún cliente ni grupo de clientes paga sumas que conformen decisivamente el ingreso personal del letrado, por lo cual este no tiene por qué tratar a ninguno con más deferencia que las que necesariamente exija la individualidad de cada proceso. El interés del cliente, para el abogado, queda monetariamente reducido a una tarifa apropiada y asequible, subjetivamente indiferenciada del resto, que no acarrea más compromiso que el que técnicamente asume el abogado en la conducción del proceso.

Ente subordinante

Todo ello conduce a una nueva dimensión del vínculo abogado-cliente, a partir de la cual el letrado, sin dejar de ser fiel al interés representado, se convierte de ente esencialmente subordinado a sujeto virtualmente subordinante en la relación contractual, colocándose en una posición que lo dignifica y eleva como profesional, situándole –de suerte– en el mismo plano que el usuario. La estricta delimitación del compromiso del profesional de la abogacía con su cliente viene a ser, en consecuencia, una de las más importantes variaciones que resultan del tránsito del sistema de abogacía privada a la colectiva.

Magnitud y psicología

La organización que agrupa a los abogados litigantes en Cuba, dado su carácter nacional, cubre los servicios de asesoramiento y representación jurídica de la ciudadanía en toda la extensión de nuestro territorio y para todas las materias. De acuerdo con ello, no será difícil deducir las magnitudes del campo de proyección profesional de los letrados que a la misma pertenecen y la amplia gama de materias y temas de Derecho que delimitan el amplio espectro de esta profesión en Cuba, para conferirle un perfil sociológico –propio y bien diferenciado– incluso de los sectores profesionales afines, que tienen, por punto de partida, idéntica titulación académica.

Restricciones procesales

En nuestra historia jurídica reciente, se han reportado modificaciones normativas de notoria incidencia en el régimen de la postulación procesal. Por sus efectos en el nivel conceptual del ordenamiento jurídico y su importancia para evaluar el campo de proyección del abogado en Cuba, he decidido considerar tres casos concretos que resumen –a mi juicio– las principales variaciones verificadas alrededor del punto que trato:

Nueva disciplina general de la postulación y su régimen específico en el procedimiento civil y contencioso-administrativo

El *ius postulandi* o principio de la capacidad de postulación, acuñado por la doctrina histórica civilista, es indispensable para comprender, también en el resto de las materias, la esencia del papel del

abogado, al devenir en punto de partida o requisito primario para delimitar la naturaleza y el tipo de función que este desempeña. Conocido resulta, en efecto, que el sujeto de derecho, aun dotado de su plena capacidad jurídica y de obrar, no está asistido de los requisitos de capacidad técnica, necesarios para hacer valer directamente sus derechos ante los tribunales u órganos afines. A suplir tal carencia está llamado –obligatoriamente– el profesional de la abogacía, y al hacerlo, aporta dos beneficios fundamentales al sistema de solución de conflictos, a saber:

- Valiosa contribución a la celeridad de los trámites (ya que por su dominio y conocimiento de los mismos, no requiere de la instrucción previa sobre cada paso del proceso de la que sí habría que dotar al sujeto lego compareciente *in personae*);
- Mejora evidente de la capacidad de gestión, al presuponerse que, con su intervención, los derechos del ciudadano quedarán mejor defendidos.

La Ley 1250 de 1973, que reformó profundamente el sistema judicial en Cuba, complementada –en lo que a la materia objeto de su regulación concierne– por la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de 1974, trajo aparejado un cambio notable en el sistema de postulación procesal. Hasta esa fecha, en correspondencia con la práctica jurídica de casi un siglo, la incapacidad técnica del sujeto de derecho se suplía por dos figuras distintas, encargadas de realizar –en lo tocante a cada cual– funciones concretas en la gestión procesal. Así, correspondía al procurador desempeñar la representación procesal directa de las partes, interviniendo directamente (representante *ad litem*), en los asuntos que le eran encargados. El abogado, en cambio, ejercitaba exclusivamente la dirección procesal del asunto (defensor técnico), de manera que quedaba perfectamente delimitado el papel de cada uno de estos profesionales, ambos reconocidos –legal y públicamente– por la ley.

La reforma puesta en práctica tuvo como nota distintiva y muy importante –a mi juicio– la supresión de la figura del procurador. Desde entonces, y hasta la fecha, se funden en una sola persona –profesional del Derecho y abogado por demás– la representación procesal y la dirección técnica del proceso. La función de auxilio al letrado la desarrolla en la actualidad un técnico formado y habilitado específicamente para ello, que se diferencia sustancialmente del procurador, entre otros aspectos, porque carece de capacidad de postulación y del reconocimiento

público de que gozaban las funciones de aquel. Se le reconoce en la ley como un ente que actúa por delegación, y realiza –consiguientemente– trámites y gestiones, siempre en nombre del abogado. La responsabilidad en la conducción del proceso está atribuida absolutamente a este último.

No resulta necesario, de acuerdo con lo expuesto, detenerse a profundizar en la incidencia cualitativa de esta modificación en el trabajo del abogado. Toda consideración –en lo adelante– deberá considerar el hecho insoslayable de que este profesional realiza sus funciones, en la actualidad, sin un intermediario de tan valiosa hechura como lo fue –indiscutiblemente– el procurador; cuyo concurso, en otros tiempos, permitía al letrado realizar con mayor sosiego su labor y emplearse más a fondo, tanto en lo profesional, como en lo técnico, en las cuestiones de mayor peso dentro del proceso.

Tendencia a la administrativización de los sistemas de solución de conflictos

El proceso de administrativización (*sic*) que tuvo lugar en Cuba, como reflejo de una tendencia visible desde antes en no pocos países, condujo a que muchos de los conflictos, que tradicionalmente se ventilaban en la jurisdicción ordinaria de los tribunales, pasaran a la competencia de órganos administrativos y, con ello –inevitablemente– a que se transmutaran y degeneraran en el uso todo un conjunto de principios y garantías, contruidos doctrinalmente por el Derecho Procesal Civil y avalados por su ejecución práctica secular. Hablo aquí, en primer orden, del principio de la postulación procesal.

La naturaleza misma del procedimiento administrativo (y conste que, en la práctica, no se aplica tal, sino que prima un sinnúmero de disposiciones procesales de diverso corte y matiz); así como las cuestiones que en este ámbito se debaten, ha llevado a la desnaturalización del sólido esquema de postulación preordenado en el proceso civil histórico, lo cual incide a modo de delimitante en la función del abogado, quien se enfrenta en esta materia a un medio un tanto más incómodo y agreste. Esta tendencia se vio coronada –en ocasiones– con la exclusión de la acción contencioso-administrativa ante los tribunales contra las disposiciones recaídas en expedientes gubernativos, de manera que en la práctica la jurisdicción en esta materia quedó reservada, casi absolutamente, para los procesos de vivienda.

Nueva delimitación del derecho a la defensa en el procedimiento penal

Con respecto a la materia penal, la vigente Ley de Procedimiento, Ley 5 de 1977, permite la intervención del defensor en la fase preparatoria del proceso –como regla– solo a partir de la imposición de medida cautelar al acusado, lo cual reduce, evidentemente, el campo de acción del abogado en el procedimiento, e incide notoriamente –según mi punto de vista– en la percepción psicológica que del trabajo, en la materia, se forma este profesional.

El letrado asume la defensa de su cliente sin haber participado en diligencias iniciales –inobjetablemente vitales para la posterior conducción técnica del caso, gestándose en sí mismo un modo propio de ver el proceso, una psicología muy particular, incubada en una especie de síndrome o efecto de acción retardada, que va moldeando su forma de pensar y actuar dentro de la fase instructiva del procedimiento–. Tal limitación influye también, de algún modo, en la noción que del derecho a la defensa se forma el resto de los operadores del sistema de justicia penal, que intervienen en esa propia fase. Es este –en verdad– un tema interesante sobre el que mucho se ha expuesto y debatido, amplia y abiertamente.

Se ha de asumir que la decisión de diferir el acceso del abogado a las actuaciones, fundada obviamente en un criterio de efectividad en la procuración de justicia penal, es coyuntural y está signada por la transitoriedad de un momento histórico concreto, en que se ha apostado todo al resguardo del orden y, en última instancia, del poder constituido del Estado, contra el cual la delincuencia común puede llegar a ser también un arma mortífera. Hay razón de sobra en las posiciones garantistas del proceso –a las cuales en lo personal me afilio– pero a esta verdad, para no pecar de insustanciales, se le debe brindar todo el peso que lleva, en cualquier análisis al respecto.

Contrato de tipo civil, no mandato

Las condiciones bajo las cuales se presta el servicio por los abogados de Bufetes Colectivos quedan establecidas en un contrato, suscrito –al efecto– entre el cliente y el Bufete en cuestión a que pertenezca el letrado elegido. El contrato tiene, como núcleo esencial, la figura del mandato, pero no puede entenderse que esta institución agote todo el conjunto de complejas relaciones que tienen lugar en la ejecución del servicio jurídico, disciplinado técnicamente y con requerimientos profesionales que impiden conceptuar al abogado como un simple mandatario.

La noción del deber jurídico, que resultaría suficiente para explicar la obligación que deriva del contrato simple de mandato, se ve transfigurada aquí por todo un entramado de cariz técnico, que desnaturaliza esta figura, y obliga a buscar cobertura en otra más abarcadora e innominada, como lo es precisamente la que en definitiva adopta. Con todo, es un contrato de naturaleza civil.

El contrato se realiza con el bufete

Respecto a este acto contractual, que da valor y vida jurídica a la relación abogado-cliente, cabe destacar, como nota de interés, que aun cuando en su concertación prime en todo caso el derecho y la voluntad del ciudadano en cuanto a contratar al abogado de su preferencia, lo cierto es que la relación contractual se traba entre aquel y el Bufete como institución; cuyo Director autoriza la suscripción del contrato y responde –en última instancia– cual representante corporativo máximo a ese nivel, por el debido cumplimiento de las obligaciones que en virtud del mismo atañen a la organización.

En este punto debe señalarse que los contratos se realizan solo para la representación o asistencia directa a los clientes, ya que las consultas no se cobran a la ciudadanía. Cada año concurren miles de personas a los Bufetes Colectivos en busca de orientación, a las que no se les cobra nada por ello.

Control de la calidad

El sistema de tarifas fijas, que participa del principio general de equiparación interprofesional de los salarios e ingresos, conduce a que existan puntos neurálgicos sobre los que debe mantenerse permanente atención, si es que se pretende garantizar la efectividad del sistema. Uno de estos puntos, que deviene en reto fundamental de la organización de la abogacía, es el que concierne a la calidad de los servicios que se prestan. Una norma de retribución sostenida, en principio de pago de un por ciento de cada asunto concluido, generará una inevitable y, además, justa inclinación del abogado a contratar y absorber la mayor cantidad de casos que le sea posible, como vía para incrementar sus ingresos personales. Y el exceso de contratación aumenta las posibilidades de que disminuyan las virtudes de la gestión profesional.

Por supuesto, que un servicio determinado por requerimientos técnicos, a cuyo cumplimiento debe estar dirigida cada acción del letrado, impone un cierto control de calidad. Efectivamente, de la satis-

facción de las exigencias técnicas dependerá, si bien no el feliz resultado del proceso, sí la decorosa actuación del letrado y, por ende, el criterio del cliente (y de la clientela); y lo que para el abogado es más importante: la demanda real de sus servicios. De ahí que resulte dable concluir que el ritual impone un rigor, que funge –de por sí– como un medio de control técnico, que pudiera considerarse primario.

Supervisión

Pero la organización no puede hacer descansar en esta espontaneidad el control de la calidad de los servicios y la protección a los clientes. Para ellos funciona un sistema de control de la calidad técnica del trabajo del abogado, que parte, en primer lugar, de parámetros mínimos controlables para cada tipo de procedimiento y actuación; y en segundo lugar, de un control o supervisión que se integra como sistema, establecido sobre el presupuesto de que, siendo el servicio que se presta, de matiz eminentemente técnico, queda fuera del alcance del cliente, por lo general, sujeto lego y ajeno al sistema, la posibilidad de evaluar la calidad real del trabajo de su abogado. La experiencia indica que el usuario promedio es proclive a tomar patrones erróneos de evaluación del desempeño de su abogado, y a transfigurar los posibles criterios que conformarían una opinión, atendible y justa, en cuanto a si este es efectivo o no; fenómeno a tener muy en cuenta cuando se trata del control de la calidad del servicio.

Ética

La organización cuenta, además, con un sistema de *tribunales de ética*, que funcionan en todos sus Bufetes y que no imponen disciplina con criterio administrativo, sino que tienen competencia para evaluar las conductas violatorias del *Código de Ética* de la organización. Un proceso de ética no concluye en una sanción, sino con una clasificación de leve, grave o muy grave de la conducta violatoria.

Superación profesional

Un factor determinante de la calidad de los servicios de la ONBC es la superación profesional de sus abogados. Desde hace varios años, la organización posee un Programa de Desarrollo Profesional, que combina el elemento motivador con medios compulsivos que induzcan a los abogados a superarse. Los letrados de la ONBC son evaluados cada dos años y uno de los parámetros que se considera es

la participación en actividades de superación. La ONBC cuenta con un número elevado de Másteres y Especialistas en diversas materias.

Idea final

Con estos elementos, se está en condiciones de responder a la pregunta formulada al inicio de esta intervención: ¿Hay en Cuba una abogacía libre? Indudablemente, los aspectos que he ido tratando, permiten visualizar a un profesional en aptitud de sostener en una relación respetuosa con el cliente; protegido contra intereses que menoscaben su libertad profesional; un abogado que representa y defiende a sus clientes, incluso contra el Estado –y en el caso específico del proceso penal– porque así lo quiere nuestra sociedad, pensado para contrarrestar los poderes públicos en la persecución delictiva.

No hablo de un abogado o de abogados aislados, sino de letrados integrados a una gran organización, que los protege, y vela por su superación personal y profesional. El abogado cubano, que ha dado muestras, sobre todo en esta historia de los últimos cuarenta años, de su capacidad de adaptación a los cambios, de su aptitud para asumir nuevos retos, y de su propensión al avance, al desarrollo, ejercita –en fin– una profesión dignificada, libre.

La argumentación jurídica de las sentencias civiles en Cuba

LIC. YULIET BORIS RUIZ*

Introducción

Dentro de los actos procesales del juez en el proceso civil, se le confiere especial relevancia a la sentencia, considerada –por los entendidos– como el modo normal de terminación del proceso.

Dada la significación de estas resoluciones judiciales, se ha prestado atención a la regulación de los requisitos a los cuales debe ceñirse la misma, lo que de forma preceptiva establecen las correspondientes leyes adjetivas civiles de los diferentes países.

Unido a ello se ha convertido en un tema bastante discutido en la actualidad, el deber de argumentar jurídicamente las mismas para que lleguen a sus destinatarios más directos y a la sociedad –en sentido general– como una decisión justa, aceptable o correcta, al dirimirse en los pleitos intereses particulares, extremo que ha quedado sumido en el olvido por parte de los ordenamientos jurídicos de los países.

En consecuencia, me planteo como problema científico, el determinar las insuficiencias que se aprecian en nuestra legislación, sobre la obligatoriedad de la argumentación de las sentencias en los procesos civiles en Cuba.

De lo anteriormente expuesto se deriva como objetivo del trabajo, fundamentar la necesidad de la adecuada regulación de la argumentación de las sentencias en el proceso civil, a partir de un análisis teórico-doctrinal y comparado de la legislación cubana, vigente en materia civil.

Es evidente la trascendencia de este tema, toda vez que las razones expuestas por el juez, al adoptar sus decisiones, han de estar sustentados en conocimien-

* Licenciada en Derecho. Abogada en Santiago de Cuba. Especialista en Derecho Civil. Este artículo fue merecedor del Premio en dicha modalidad, en materia civil, durante la edición anual de la Conferencia Jurídica Nacional, correspondiente a 2004.

tos, tanto de índole general como científico, siempre y cuando los mismos resulten atinados, respecto al asunto sometido a su arbitrio.

Con este propósito, la investigación se estructuró en tres epígrafes fundamentales: el primero aborda aspectos conceptuales en relación con los términos *proceso* y *sentencia*, haciendo énfasis en sus requisitos formales y esenciales; el segundo epígrafe analiza la argumentación jurídica de las sentencias, que implicó la realización de un estudio comparado para precisar la presunta obligatoriedad de la argumentación jurídica, teniendo en cuenta las leyes de procedimiento de diferentes países; esto mismo permitió evaluar en el tercer y último de los epígrafes, lo que acontece con la Ley Rituaria Civil cubana y el resto de las disposiciones vigentes en materia civil.

Al acometer este estudio, se aplicó el método jurídico comparado, que permitió la ilustración del tratamiento que recibe la argumentación jurídica de las sentencias en algunos cuerpos procedimentales, y del propio texto cubano, así como el exegético, basado en un estudio gramatical de los preceptos legales de las normas de procedimiento ya mencionados.

Conclusión jurisdiccional del proceso civil. Generalidades

Clarificación del término proceso y el modo normal de terminación del proceso civil

Antes de adentrarme en el análisis de lo que se ha dado en llamar como el modo normal de terminación del proceso civil, o sea, la *sentencia*, resulta menester realizar un recorrido, a través de las generalidades del proceso, realizando un especial énfasis en una de sus modalidades, el *proceso civil*, por constituir en definitiva, parte indisoluble de la presente investigación.

El *proceso*, visto en su acepción común, puede entenderse cual progreso, avance, una secuencia en sí mismo; algo que se desarrolla, avanza y concluye; en definitiva, como una totalidad de actos que se suceden.

Las tendencias modernas, brindan conceptos más acabados del proceso. De manera que si se analiza, por ejemplo, el mencionado término en un sentido estrictamente jurídico, pudiera afirmarse que, cual forma organizada de la acción jurídica, constituye el *vehículo* que absorbe la tutela privada del Derecho,

lo que supone, en consecuencia, una actividad generadora de actos –jurídicamente regulados– tendentes a la obtención de la decisión jurisdiccional del órgano actuante. Podría decirse, entonces, que el proceso judicial resulta un conjunto de actos, con un orden temporal y una dinámica específicos, el que evidentemente en cuanto proceso, se desenvuelve, avanza y va dirigido hacia una finalidad determinada. El proceso judicial está integrado por un conjunto de actos necesarios, conforme se adujo precedentemente –tendentes a la resolución de una litis o asunto en cuestión– cuya finalidad puede centrarse en la satisfacción de pretensiones de las partes intervinientes.

Al decir de Grillo Longoria: «Está, pues, constituido el proceso por una serie de actos del órgano jurisdiccional y de las partes y aun de terceros, encaminados a la realización del derecho»,¹ o sea, hay una pluralidad y una sucesión de actos y actuaciones concatenados en el tiempo y ordenados a la realización de un acto final. «El devenir del acto –refiere Galeotti– no sería comprensible sin el auxilio de la idea del tiempo».²

Asimismo, en consonancia con las diferentes ramas del Derecho existentes, resultan los tipos de proceso; dígase, por ejemplo, procesos administrativos, laborales, penales, civiles, que trataremos a continuación, como vía para la realización del Derecho Civil y de Familia, por constituir de interés en el asunto que se trata.

A partir de lo expuesto hasta aquí, el concepto de *proceso civil* se desprende sin dificultades, por lo que podría definirse entonces el mismo como «el conjunto de actos (del tribunal y de las partes), dirigidos a la investigación y resolución de los asuntos civiles y de familia, a través de un método preestablecido por la ley, a fin de proteger el ordenamiento jurídico y los derechos de los particulares».³

En consecuencia, la completa realización del proceso civil, lo constituye la terminación del mismo, por ello se ha dado en denominar como el modo normal de terminación del proceso. Evidentemente se trata de la sentencia, aunque debe acotarse al respecto, que el proceso civil puede finalizar o concluir de di-

¹ Véase a propósito R. Grillo Longoria: *Derecho procesal civil. Parte general*, p. 56.

² Véase S. Galeotti: *Contributa alla Teoría del Procedimiento Legislativo*, p. 40.

³ R. Grillo Longoria.

versos modos, dígame por ejemplo, mediante auto definitivo, aprobando el desistimiento o transacción de las partes litigantes. Vale precisar que me referiré específicamente a los aspectos generales de la sentencia, por constituir el primero y principal modo de conclusión del proceso civil y, al mismo tiempo, ser objeto de esta investigación.

La terminación mediante sentencia del proceso civil, presupone la completa realización del mismo, o la preclusión de las posibilidades que brinda la norma de procedimiento civil, si las partes intervinientes, no las han aprovechado. Agotados los actos procesales –previos a la conclusión del proceso ya citado– corresponde al órgano jurisdiccional formular su decisión, como una expectativa más del ejercicio en sí de la jurisdicción; momento que es reconocido como el de mayor significación en el orden del Derecho, para el proceso civil, lo que constituye el resultado de la colaboración e intercambio de los sujetos interactuante.

Siguiendo este mismo orden de cosas, el proceso civil puede terminar –también– por sentencia, cuando se trata de la extinción del estado de controversia entre las partes; por allanamiento del demandado a los fundamentos de hecho expuestos y los de derecho invocados; en el respectivo escrito promocional, lo que no presupone la completa realización del mismo, sino que tales actos, pueden producirse en cualquier estado del proceso de que se trate –a diferencia del modo de terminación, previamente considerado.

Es precisamente a la sentencia, como clase de resolución judicial, al extremo que se hará referencia en lo sucesivo, teniendo en cuenta que a su procedimiento de formación y requisitos, debe ajustarse el juez para resolver las cuestiones objeto de debate al término del mismo.

Etimológicamente, la palabra sentencia se deriva del latín *sentiendo*; equivalente a *sintiendo*, toda vez que en la sentencia, el juez actuante decide en el pleito, lo que siente u opina.

En el decurso del tiempo se ha considerado que las sentencias son las resoluciones judiciales que gozan de mayor solemnidad y relevancia jurídicas, pues constituyen un acto de ordenación, así como por la decisión que implica un acto de conclusión de esta índole.

Al decir de Montero Aroca, la sentencia «puede definirse como el acto del juzgador en el que este emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de

la pretensión procesal con el derecho, y en consecuencia, decide estimarla o desestimarla, poniendo fin al proceso».⁴

Las definiciones que pueden encontrarse en relación con la sentencia, la ponderan –entre los actos del órgano jurisdiccional– como una resolución que goza de relevancia jurídica, y a la cual la norma debe prestar especial atención; debiendo reseñar –de manera cuidadosa– las condiciones y requisitos a los que ha de ajustarse el juez en el momento de arribar a convicción, así como los efectos que ha de producir. En consecuencia, resulta obvio que se está en presencia de uno de los extremos más importantes dentro del proceso civil –en sentido general– de modo que ha de atenderse cuidadosamente a los preceptos o reglas a los que está sometido su pronunciamiento.

El artículo 145 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, (LPCAL) –sin pretensiones de definición, sino de establecer los supuestos a decidir por sentencia– dispone que se dictarán en forma de sentencia las resoluciones que pongan fin al proceso en la instancia, o en el recurso de casación o apelación –según proceda– o decidan cuestiones o excepciones que impidan entrar en el fondo del asunto.

Con la sentencia, culmina el proceso, constituyendo un acto jurídico procesal que proviene del órgano jurisdiccional, mediante el cual, este decide el asunto sometido a su conocimiento y, en consecuencia, acata o rechaza –total o en parte– el pedimento de los litigantes, satisfaciendo –en todo caso– su pretensión. Resulta prudente acotar que el vocablo *sentencia*, es empleado –indistintamente– para referirse al acto jurídico procesal propiamente dicho y, al mismo tiempo, al documento que en él se consigna.

Puede encontrarse, sin dejar de ser resolución final del proceso, algunas sentencias –dictadas al término del completo desarrollo del proceso– sin que las mismas contengan pronunciamiento alguno sobre la pretensión o sobre las cuestiones del pleito en sentido general; más bien, en virtud de apreciar la falta de algún presupuesto procesal o la concurrencia de un impedimento de esta índole, se limitan a decidir que no es posible entrar a analizar el fondo del asunto o proceso en cuestión.

Hasta aquí, puede concluirse que el proceso civil termina normalmente por sentencia, tratándose del concepto, que se refiere a la decisión de un proceso

⁴ Véase J. Montero Aroca: *Derecho Jurisdiccional*, p. 310.

de esta índole; acto procesal que procede del órgano jurisdiccional actuante, lo que la convierte en una operación intelectual y, en consecuencia, una expresión de voluntad del tribunal, sometidas a reglas específicas del razonamiento jurídico.

Requisitos de la sentencia

Si son revisados los preceptos generales de las leyes adjetivas civiles, podrá encontrarse que se presta singular atención a los que se refieren al modo y a la forma en que ha de ajustarse el juez, al momento de dictar las diferentes resoluciones judiciales. Es por ello que se dedica, así, parte de su articulado a establecer los requisitos que deben ser considerados resultando de vital importancia, los que se refieren específicamente a la sentencia, como una vía de fijar reglas a las que ha de acomodarse el órgano jurisdiccional para adoptar sus decisiones y, de este modo, lograr cierta uniformidad y no dejar margen alguno a la arbitrariedad. Esto constituye una garantía a los intereses de las partes, destacándose –en este caso– los conocidos elementos formales y esenciales de la sentencia, a los haré referencia por separado para lograr un mejor entendimiento.

Elementos formales

La formación de las sentencias, puede considerarse en su aspecto externo, atendiendo a la serie de actos que ha de seguir el juez para elaborar las mismas. Este aspecto se refiere a la estructura que ha de caracterizar a la sentencia, constituyendo doctrina aceptada por los diferentes ordenamientos jurídicos, la que responde a la fórmula o esquema de elaborar las sentencias de la siguiente forma: en primer lugar, la parte conocida por el encabezamiento, donde deberá consignarse –de manera clara y precisa– lugar, fecha y tribunal que dicta la resolución, sin que resulte necesario referir los nombres de sus integrantes, quienes deberán ser colocados al margen del escrito. Contendrá, además, los nombres y apellidos de los abogados actuantes –por tratarse de quienes ostentan la representación legal y defensa de los intereses de las partes– y el de los procuradores –en el supuesto que sean utilizados sus servicios– debiendo señalar –al respecto– que son incluidos, toda vez que describo el esquema general y clásico sobre la estructura de las sentencias, aunque es sabido que este tipo de funcionarios han quedado excluidos de parte de los ordenamientos jurídicos. Se incluirá, asimismo, las generales de las partes y restantes cuestiones que posibiliten la identificación del proceso de que se trate, reseñando el objeto que se pretende con la promoción. Se hará referencia,

también, al nombre del juez ponente, siendo práctica aceptada de las normas de procedimiento que, en algunos casos, se consigne al final del encabezamiento y, en otros supuestos, después de los resultandos y antes de los considerandos.

El *resultando*, se refiere a los fundamentos de hecho –alegados por las partes– debiendo reseñarse una síntesis de los mismos, por lo que no significa –en modo alguno– que estos deban consignarse de forma completa y acabada, sino que con la claridad y precisión con que se relaten, deben ser entendidos a plenitud por cualquier persona de entendimiento normal que lea la resolución, sin que se soslaye la pretensión de cada litigante, pues las mismas serán objeto del fallo en cuestión.

Posteriormente, deben aparecer las pruebas propuestas, las excepciones –en el supuesto de que hayan sido alegadas–, e igualmente deberá hacerse referencia lo que resulte en sentido general de los autos, respecto a si se han observado debidamente las prescripciones legales en la sentencia del proceso de que se trate, indicándose –en este caso– los defectos u omisiones advertidos.

Los *considerandos* contendrán los fundamentos de derecho, indicándose con suficiente claridad las normas vigentes donde se subsumen los hechos; consignándose las razones que se estimen procedentes para el fallo, debiendo apreciarse –previamente– los elementos de hecho que se consideren probados. El último considerando estará dirigido a la integral observancia de las prescripciones legales y, de no haber acontecido así, se corregirán las faltas que se adviertan disciplinariamente.

Por último, se hará referencia al fallo o parte dispositiva de la sentencia, considerada –por la mayoría de los entendidos en la materia– como la parte esencial de esta resolución –sin que signifique el menosprecio de las ya mencionadas–, al extremo que la carencia del mismo se traduce en un acto procesal inexistente. Se le atribuye esta especial importancia, toda vez que el fallo contiene la decisión final sobre el objeto u objetos –en el supuesto de acumulación de pretensiones– del proceso y, sin que se constituya una opinión contraria a la antes citada, cabe decir que no deja de tener singular relevancia la narración fáctica y el fundamento jurídico a los que se ha hecho referencia, pues estos guían el camino hacia la decisión del proceso y, en ocasiones, resulta necesario acudir a los mismos para integrar el fallo y evitar que este sea muy extenso, o no tener que referir en más de una ocasión los mismos aspectos técnicos. Es en este momento cuando el órgano jurisdiccional

resuelve, de forma positiva o negativa, la pretensión que ha sido sometida a su conocimiento, sin que venga obligado a realizarlo de forma absoluta, toda vez que la misma puede ser acogida o rechazada en parte.

Al notificarse la sentencia, se indicará si esta es firme, o no, y –en su caso– los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y término para realizarlos.

Elementos esenciales

Respecto a este extremo, cabe precisar que los requisitos o elementos esenciales de la sentencia, son los llamados *requisitos internos*, a los que estará sujeto el juez en el instante en que dicte su resolución y que también resultan trascendentales en el orden procesal.

Claridad

La doctrina trata en este caso lo referido a la claridad en el contenido de la sentencia, pues evidentemente ha de tenerse suficiente dominio léxico para exponer con claridad meridiana lo que el tribunal quiere expresar en su respectiva resolución. La claridad expositiva de los conceptos resulta imprescindible; sin embargo, es lamentable que aún se puedan encontrar resoluciones que contienen una aplicación incorrecta de las reglas gramaticales e inapropiado uso de la sintaxis.

Precisión

Contrario a lo preciso, se refiere a las exhaustivas y ampulosas disquisiciones que afectan el contenido cabal de los *considerandos* redactados por el juez, de lo que solo resulta la innecesaria repetición de lo ya dicho. Esto atenta contra la sencillez que debe caracterizar el mensaje al que se contrae la disposición; y que permitiría su fácil comprensión, sea quien fuere su destinatario. Todo ello evitaría a las partes el inevitable sentimiento de decepción, a consecuencia de un confucionismo que la ley prohíbe. La importancia de este elemento radica en evitar, con una adecuada precisión, las solicitudes de aclaración en la redacción de las sentencias, en la que inciden –por lo general– los defectos expositivos de dichas resoluciones.

Congruencia en el fallo

Debe entenderse como «la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituya el objeto del proceso».⁵

Lo expuesto con anterioridad no significa una adaptación literal de los pedimentos, y menos a las palabras. Este principio se cumple a plenitud si el fallo dictado acata lo sustancial de lo pedido; o sea, que sus declaraciones tengan la eficacia jurídica necesaria, de manera que se resuelvan todos los extremos objeto de debate. Al respecto, aclara Manresa: «que la congruencia ha de buscarse entre lo litigado y lo sentenciado y no entre la demanda y los fundamentos de la sentencia (...)»;⁶ siendo este un principio reiterado por la doctrina.

La *sentencia* –en síntesis– debe ser congruente con su objeto, pero también con las excepciones deducidas oportunamente. En este caso, cuando la sentencia no es congruente por contener un fallo excesivo, omiso o contradictorio –particulares que se explican más adelante con detenimiento– se incurre en el vicio procesal conocido por *vitium in procedendo*, lo cual constituye una causal para lograr su anulabilidad por medio del recurso de casación que autoriza la Ley de Trámites Civiles. Este vicio, al que se ha hecho referencia, constituye el principal efecto que produce la *inobservancia* de la congruencia.

La Ley de Procedimiento Civil, vigente, establece el principio de la congruencia en su artículo 146, en relación con los artículos 44 y 45 de ese propio cuerpo legal. Este principio exige la esencial concordancia entre las pretensiones –oportunamente deducidas por las partes– y la sentencia, concretamente su fallo. La infracción de dicho precepto es lo que se denomina *incongruencia genérica*.

Según puede constatar, resulta bastante complejo determinar los disímiles supuestos de incongruencia en que pueden incurrir los jueces al dictar sus sentencias; máxime si dicho extremo solo se explica desde el punto de vista doctrinal, pues la norma de procedimiento no contiene pronunciamiento alguno al respecto, debido a lo casuístico que resultaría la misma, si se describiera –de forma taxativa– todos y cada uno de los referidos casos. Sin embargo, podrá encontrarse en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo Popular, en ocasión de los Recursos de Casación que son sometidos a su conocimiento en virtud de la incongruencia de las sentencias –dictadas por los Tribunales de inferior jerarquía–, una especie de cuerpo doctrinal de carácter regular y uniforme que recoge los principios fundamentales de este aspecto, los cuales deben ser especialmente

⁵ Véase J. Guasp: *Derecho procesal civil*, p. 555.

⁶ Manresa (citado por M. Sánchez Roca, p. 393). Véase a propósito, M. Sánchez Roca: *Leyes civiles y su jurisprudencia*.

observados por los Tribunales de instancia, para no incurrir en el vicio de la incongruencia. De manera que corresponde a las partes el plantear la cuestión judicial, fijar con claridad los términos de las mismas e interesar de manera concreta lo que estimen les atañe en Derecho.

La incongruencia –como causa de casación– puede plantearse de diversas formas y la Ley Rituaria Civil de Cuba las regula en un mismo motivo, refiriéndose a cuatro clases de incongruencia, en dependencia del fallo emitido:

- *Fallo incongruente*: Aquel que no concuerda o no coincide con las pretensiones deducidas por las partes.
- *Fallo excesivo*: El que otorga más de lo pedido por las partes, salvo que el tribunal se haya ajustado a lo dispuesto en el artículo 45 de la propia Ley de Procedimiento Civil.
- *Fallo omiso o diminuto*: Aquel que no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones, oportunamente deducidas en el pleito. No es el que otorga menos: dar más es un vicio del que adolece la sentencia, dar menos es facultad del tribunal cuando proceda.
- *Fallo contradictorio*: Es aquel que contiene pronunciamientos incompatibles entre sí, que se excluyan de manera que unos hacen ineficaces a otros.

Clases de incongruencia

Incongruencia positiva

Se habla que la congruencia, en un primer aspecto, supone que el fallo no contenga más de lo solicitado por los litigantes; pues de acontecer de esa manera, se estaría en presencia de la llamada incongruencia positiva, que tiene lugar cuando la resolución estima o desestima lo que nadie ha solicitado, al otorgar o rechazar, cualitativa y cuantitativamente, más de lo que realmente se reclama (*ne eat iudex ultra petita partium*). Ejemplo de ello lo es cuando se interesa la nulidad de un contrato y el tribunal resuelve declarando la misma y, además, condena al demandado a la indemnización por los daños y perjuicios causados.

Incongruencia negativa

Otro de los supuestos tiene lugar por omisión y, como su nombre lo indica, este aspecto de la incongruencia acontece cuando la sentencia omite

resolver sobre alguna de las pretensiones sometidas a su conocimiento, tratándose –en este caso– de la conocida *incongruencia negativa* (*ne eat iudex citra petita partium*).

Por ejemplo, cuando se pide la rescisión de un contrato determinado; así como la consiguiente devolución de la cosa, y solamente se decide sobre lo primero, guardando silencio sobre el segundo de los pedimentos.

Incongruencia mixta

Siguiendo este mismo orden de cosas, se estará en presencia de una incongruencia mixta, cuando el fallo contenga algo diferente a lo interesado por las partes; es decir, las sentencias resuelven sobre pretensiones distintas a las pretendidas (*ne eat iudex extra petita partium*). Un ejemplo de lo anterior, lo constituye el supuesto cuando se pide la nulidad de un contrato y en la parte dispositiva de la sentencia, se dispone su rescisión.

Buena sentencia

Será aquella que comprenda todos los puntos que hayan sido objeto de debate, dígame fundamentos de hecho, de derecho y las pretensiones interesadas, debiendo ser –en todo caso– claras, precisas y congruentes con la demanda y las restantes peticiones –deducidas oportunamente– en la litis, haciendo constar de manera concreta, las declaraciones que se exijan.

Aparato conceptual y estudio comparado sobre la teoría de la argumentación jurídica

Génesis de la sentencia

Este epígrafe trata de explicar en apretada síntesis –por tratarse de un tema complejo y bastante controvertido– lo concerniente a aspectos conceptuales relacionados con el método de la argumentación jurídica, haciendo especial énfasis en las distinciones existentes entre el término mismo de la argumentación jurídica, la motivación la justificación y la explicación; así como realizar un estudio comparado de lo que acontece con la argumentación jurídica de las sentencias en las legislaciones de algunos países. Este recorrido conducirá –irremediablemente– a fundamentar la utilidad de un modelo teórico argumentativo en la redacción de las sentencias civiles en Cuba por parte del órgano jurisdiccional, a par-

tir de la idea fundamental de la formación interna de la sentencia y la imperiosa necesidad de lograr que, al leer estas resoluciones jurídicas –siendo o no destinatarios directos de las mismas– se encuentren en su redacción –en mayor o menor grado– las razones o argumentos jurídicos que conduzcan al fallo.

Resulta de vital importancia lo planteado con anterioridad, en tanto que, para el logro del objetivo mencionado, la sentencia que se dicte en cualquier proceso civil en cuestión ha de contener la suficiente argumentación, que permita acoger la decisión adoptada como un fallo correcto o aceptado.

En el acápite precedente se había analizado, de manera concreta, lo concerniente a la expresión externa de la actividad de enjuiciamiento, la que llega a sus destinatarios directos y a la sociedad, por lo general, en forma de sentencia.

Se había consignado al respecto, que en la misma han de plasmarse en forma precisa, pero coherente y razonada, todas las vivencias de las partes en el transcurso del proceso, como resultado del ejercicio de la acción. Sin embargo, a este proceso de formación externa, le antecede el fenómeno psicológico que se desarrolla en la mente de los jueces actuantes para efectuar esa expresión de pensamiento y de voluntad en qué consiste la sentencia; referido –en consecuencia– al proceso de formación interna o génesis de la sentencia.

Este término *génesis*, en la tercera de sus acepciones, se puede traducir en el conjunto de hechos que concurren en la formación de una cosa, el que se ha considerado apropiado para traspolarlo a la formación interna de las sentencias, tras el análisis de las cuestiones anteriormente expuestas.

Válido es recordar que, agotados los actos procesales ejercidos por las partes intervinientes, corresponde al órgano jurisdiccional –indefectiblemente– el deber de cumplir el trabajo personal y privado de construir la sentencia –cualquiera que haya de ser su contenido–, de manera que la misma pueda ser dictada en el término exigido taxativamente por la ley, y que, como ya se ha manifestado, resulta improrrogable en cuanto expresa prohibición legal, excepto en los supuestos de la existencia de dependencia de resolución en materia penal y dadas las exigencias pertinentes. En sentido general, el juez ante un proceso civil ya acabado, debe condensar, resumir sus elementos y, consiguientemente, sentar la conclusión jurídica a que estos conducen.

Es asunto conocido que el estudio de la formación interna de la sentencia resulta un tema polémico, de modo que reviste gran dificultad para su tratamiento y, más aún, a los encargados de llevarlo a vías de hecho.

Revisando desde el punto de vista doctrinal este aspecto, puede encontrarse que la más destacada explicación de la formación interna de la sentencia, es la que trata lo concerniente al silogismo judicial.

La sentencia la integran, de un lado, una premisa mayor –formada en su conjunto por las normas jurídicas– y, de otra parte, una premisa menor –sustentada por los hechos concretos alegados por las partes y que, se hayan probado–, así como una conclusión, en la que entra la consecuencia jurídica específica, a resultados de subsumir el hecho en la norma, o de la aplicación al hecho en sí mismo.

Podría asumirse que este fenómeno de la formación interna de la sentencia no está solamente conformado de juicios lógicos, sino también de juicios de tipo histórico; los que resultan útiles para determinar la existencia de los eventos y de la propia norma. Han de incluirse, además, los conocidos juicios de valor; es decir, la elección de posibilidades interpretativas e integración de conceptos jurídicos, máxime si se agrega que el juicio jurisdiccional no puede explicarse en toda su complejidad.

Corre entonces, a cargo del juez, la compleja operación de aplicar el derecho al hecho que se dilucida; es decir, le corresponde subsumir los hechos que declare probados a la norma que considere aplicable, cuidando de no atentar contra la causa de pedir ni contra la acción individualizadora en la litis, derivado de la naturaleza de las acciones. Se plantea, al respecto, que se trata de una tarea estrictamente personal e intransferible, que corresponde al juez, pues este es quien tiene que escoger las normas y los hechos, en estrecha conexión unos y otros.

Esta subsunción de la que se habla, implica la determinación de cuáles hechos –de los afirmados por una u otra parte– y probados, se adaptan a la norma de cuya aplicación cada parte espera un resultado favorable. Al momento de subsumir, también corresponde descubrir la fundamentación de la sentencia, teniendo en cuenta sus requisitos.

Teniendo en cuenta lo consignado precedentemente, el proceso de subsunción que se describe, parte del silogismo judicial, cuya premisa mayor está constituida por la norma jurídica, la ley; mientras que la premisa menor la integran los elementos de

hecho, el asunto del que se trata y la conclusión por la aplicación de aquella a esta última, o la subsunción de esta en aquella, para la correspondiente formulación del resultado que proceda; el que no basta para argumentar una sentencia, aunque lo cierto es que dicho resultado no puede obviarse a la hora de argumentar una decisión, pues según señala Atienza:

(...) obvio resulta su insuficiencia justificativa, máxime cuando la lógica deductiva no es la única forma de justificar. Se trata pues de producir razones a favor de lo que se decide; mostrar cuáles son pertinentes y por qué; rebatir otros que justificarían una conclusión distinta y, en fin, exponer razones que el órgano en cuestión ha dicho para mostrar que su decisión es correcta o aceptable, esto es, que está justificada».⁷

Razón le asiste a este autor, pues aun cuando esta proposición predomina en gran parte de los procesalistas, muchos han sido los que la han impugnado, arguyendo que resulta demasiado simplista reducir el complejo número de operaciones racionales, que comprende el proceso de formación interna de la sentencia, a un silogismo integrado por dos premisas y una conclusión. Sin lugar a dudas, este fenómeno tiene una lógica que no puede desligarse de la sentencia, pero esta operación no es puramente lógica, confluyendo en la misma otras circunstancias, distintas al simple silogismo.

Resulta prudente precisar que se han utilizado en las acotaciones anteriores los términos de justificación, motivación, argumentación, los que serán explicados con mayor detenimiento en epígrafes posteriores.

La argumentación jurídica. Diferencias con los términos motivación, explicación y justificación

Corresponde explicar el tratamiento dado a los términos *argumentación*, *motivación*, *justificación* y *explicación*, utilizados –indistintamente– a la hora de referirse a la argumentación jurídica de la que deben estar permeadas las sentencias y que, sin embargo, no poseen el mismo significado; particular que desconoce –incluso– parte de los operadores del Derecho, de modo que su cabal entendimiento –en el contexto del Derecho mismo– se convierte

en una misión inminente, máxime que en la actualidad este tema ha devenido en el núcleo de múltiples debates.

Motivación

En un estado de Derecho, el órgano jurisdiccional no puede resolver los asuntos sometidos a su discernimiento, decidiendo pura y simplemente. Los jueces han de motivar sus fallos; o sea, deben mostrar las razones que permitan justificar su decisión; dicho en términos jurídicos aún más exactos: deben argumentar.

Lo anterior, no resulta una tarea fácil de manejar y, al respecto resulta necesario la existencia de una teoría, que pueda ofrecer una visión de este complejo panorama y que sirva de guía para aclarar, por ejemplo, qué significa argumentar, en qué consiste motivar una decisión, cómo pueden evaluarse además los argumentos, qué significa justificar y qué es explicar.

Explicación

Muchas veces, la confusión estriba –en lo fundamental– en que los operadores del Derecho, consideran que el juez para dictar sentencia, le basta con *decidir* sobre los puntos objetos del debate. Pero decidir, no significa argumentar. Los razonamientos, los argumentos, no pueden identificarse con las decisiones, sino con cierto tipo de razones que se pronuncian a favor de las decisiones.

Tipos de razones

Dentro de las decisiones pueden distinguirse, básicamente, dos tipos: las explicativas y las justificativas.

Las razones explicativas

Al decir de Atienza, tratan de dar cuenta del por qué se tomó una decisión determinada y no otra, la causa que lo motivó a adoptar tal posición y la finalidad que se persigue; explicando al respecto que, a diferencia de los hechos naturales, las acciones humanas, las acciones intencionales, presuponen fines.

Las razones justificativas

Están encaminadas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta.

⁷ Véase M. Atienza: *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, p. 23.

Justificación

Debe prestarse especial atención a este tema, toda vez que *explicar* y *justificar* son operaciones que muchas veces se entrecruzan, pues –en ocasiones– las cuestiones de justificación desempeñan un papel preponderante en la explicación y, a su vez, la explicación de las decisiones facilita, también, la tarea de la justificación. Esto no afecta en modo alguno su distinción; por ejemplo, en muchos casos, lo que explica que el juez haya tomado una decisión, es que el mismo la considera justificada y, por otra parte, las razones justificativas aparecen cuando se explican en forma explícita.

Debe quedar claro que *justificar* significa dar razones, pero no de tipo causales como sucede cuando se explica, sino dar buenas razones que demuestren que la decisión es, además, procedente en Derecho; correcta, justa y aceptable. La *explicación* –por su parte– constituye una relación de causa y efecto y guarda relación con elementos psicológicos, ideológicos y sociológicos; es asunto, también, de las Ciencias Sociales, mientras que la justificación es materia exclusiva de la argumentación jurídica, pues implica deducir; este último aspecto como condición necesaria, pero no suficiente.

Tipos de justificación

Justificación interna

Esta se refiere a la lógica deductiva en sí misma

Justificación externa

Está conformada por las razones que dan los órganos jurisdiccionales en la solución de sus asuntos, la interpretación de la norma; es decir, las razones que se ofrecen del por qué el hecho (premisa menor) se aprecia de una forma, y no de otra.

Argumentación

Respecto a la argumentación, se puede partir de un dato de aceptación generalizada, en el sentido de entenderla como una actividad y un argumento, en cuanto resultado de la actividad de argumentar, propiamente dicha.

Al respecto, Atienza refiere que existen siempre, al menos, estos elementos: en primer lugar, *un lenguaje*; es decir, *argumentar* se convierte en una actividad lingüística, y un argumento, en consecuencia, es un producto lingüístico que se consigna en un conjunto de enunciados. En segundo lugar, se ubicaría la conclusión, o sea, el punto final de la argumentación o el enunciado con que cierra el argumento; y, en tercer

lugar, una o varias premisas, que significan el punto de partida de la argumentación o de los enunciados con los que se inicia el argumento y, por último, la necesaria relación entre las premisas y la conclusión. Es así, entonces, que el discurso argumentativo contiene –a su vez– explicación y justificación.

Con la argumentación jurídica los jueces están llamados a fundamentar lo que deciden. Esto implica que la exigencia de la argumentación responda a una finalidad de control de discurso del juez, para garantizar –hasta el límite de lo posible– la racionalidad de su decisión en el contexto de la racionalidad legal.

En relación con este tema puede decirse que una teoría de la argumentación no debe proporcionar, única y exclusivamente, criterios para identificar los buenos argumentos, sino que ha de permitir, sobre todo, reconocer los malos argumentos que son denominados por la técnica jurídica como falacias; es decir, las formas en que se argumenta incorrectamente.

Queda tratar en este epígrafe lo referido a la motivación que, a juicio de muchos, constituye un requisito de forma, en cuanto a que su manifestación externa es la escrita. Se señala que mediante la motivación se da a conocer el desarrollo del juicio mental –realizado por el órgano jurisdiccional– cuya conclusión es el fallo que se pronuncia.

Motivar una sentencia, refiere Atienza:

«Significa ofrecer una justificación, no una explicación, de la decisión en cuestión. A lo que están llamados los jueces es a fundamentar lo que deciden, que es algo diferente a explicarlo. Para fundamentar es necesario dar razones que justifiquen un curso de acción, mientras que la explicación requiere indicar los motivos, esto es, los antecedentes causales de la acción.

»Es obvio que una acción pueda estar motivada, pero no justificada. Cuando se habla en contextos jurídicos de la necesidad de “motivar” las sentencias, lo que normalmente se quiere decir es que estas deben ser fundadas: la palabra “motivar” es pues, una palabra ambigua, pero afortunadamente la anterior distinción no es una distinción terminológica, sino conceptual, es decir, no importa que se hable “de motivar” con dos significados diferentes, pero si importa ser muy conscientes de cuando se utiliza uno u otro».⁸

⁸ Véase M. Atienza: *Tras la justicia*, p. 31.

Pudiera parecer esta cita algo extensa, pero ha sido necesario consignar la misma en toda su magnitud para esclarecer de forma sucinta el significado de la motivación, que resulta –además– el término utilizado por los juristas a diferencia de los filósofos que usan el de argumentación, para señalar que las decisiones de los Tribunales, no pueden quedar reducidas –en modo alguno– a razones explicativas con las que se trata de dar cuenta de por qué se tomó una decisión concreta y no otra, la causa que lo motivó y la finalidad perseguida; mientras que el justificar las mismas, entraña la obtención de una resolución aceptable o concreta, tal y como quedó sentado en momentos anteriores.

Es así que puede hablarse de la existencia de dos modelos básicos de argumentación: el llamado *silogismo* (lógica deductiva) –permeado de desmotivación–, que muestra tres proposiciones fundamentales, dispuestas de manera que de la relación de las dos primeras se sigue necesariamente a la tercera. Esas proposiciones son las que suelen llamarse *premisas: mayor y menor*; la primera enuncia una norma general y abstracta, en la que un supuesto de hecho aparece como una condición para una consecuencia jurídica, y la segunda representa la situación en que se ha producido un hecho determinado que cae bajo el supuesto de hecho de la norma. En este orden, en algunos supuestos, se presentándose –como inconveniente– el que la condición del silogismo no representa todavía la conclusión o el fallo de la sentencia, sino –por decirlo de alguna forma– un paso previo a la misma; mientras que, otro de los modelos, responde a la teoría estándar de la argumentación jurídica o justificación deductiva.

Lo cierto es que no puede restársele importancia a la función de la *lógica deductiva*, cuya aplicación, mediante el conocido silogismo de la subsunción del hecho en la norma, y de ahí el fallo, ha ido *in crescendo*, en cuanto a que se ha ido superando su utilización por parte de los operadores jurídicos. Papel fundamental ha desempeñado –en este caso– la obligatoriedad normativa de argumentar con suficiencia las decisiones. En este campo gana espacio la necesidad de aplicar o presentar argumentos adicionales –las llamadas *razones*– a favor de las premisas, que van dejando en el camino los argumentos puramente deductivos, sobre todo, en la solución de los casos difíciles.

De lo expuesto con anterioridad se deduce la imperiosa necesidad de argumentar jurídicamente las sentencias civiles, en cuanto el destinatario directo de las mismas, o la comunidad jurídica –en senti-

do general– espera, al leer una resolución judicial de este tipo, encontrar razones suficientes, que les permita –aun cuando se desestimara la pretensión oportunamente planteada– acoger el fallo como una decisión justa y correcta.

Es evidente que si se logra que los jueces argumenten jurídicamente las sentencias que dicten, se compensarán –de modo más completo– las aspiraciones de justicia de las partes, a las que –mediante la argumentación– se les informan las razones en que se sustenta el criterio adoptado, y que integra –de hecho– la satisfacción de la pretensión.

Todavía subsisten algunos depredadores de la argumentación jurídica de la sentencia, quienes opinan que la misma –en el ámbito judicial– disminuye el prestigio del juez al dilatar los procesos, resultando más gravosa para las partes en virtud de la mayor extensión de las sentencias.

Criterio distinto asumo en este caso, pues conforme a los elementos ya expuestos, ha quedado claro que una de las mayores cualidades que posee el buen jurista, tal vez sea la capacidad para idear y manejar con habilidad argumentos, lo que hará evidente mediante la redacción de las resoluciones judiciales –en el caso de los jueces– y, a partir de ello, se llegará más fácil al camino de la justicia.

El órgano jurisdiccional –en el ámbito de sus funciones– queda sujeto a la Constitución, a la ley y al ordenamiento jurídico en sentido general; ello condiciona que el ejercicio de su potestad de juzgar se presente como una disciplina racional del juicio, y en la sentencia la de expresar esa sujeción a la norma. Aquí estriba otra de la importancia de la argumentación, pues el juez debe dar testimonio de haberse sometido a esa disciplina a través –precisamente– de la argumentación jurídica de la sentencia.

Se ha llamado la atención sobre este aspecto de forma acertada, máxime si en estos tiempos ya puede hablarse de la argumentación jurídica en el marco del manejo del derecho a la tutela judicial efectiva, o debido proceso. En este sentido, no solo se busca la obtención de una resolución que resuelva el fondo del asunto, sino que la resolución que se adopte, ha de estar argumentada, quedando el razonamiento jurídico –adecuado– conferido al órgano jurisdiccional competente. Este razonamiento debe ser coherente con el fallo y conducir –ineludiblemente– a este y no hallarse en contradicción con el mismo, haciéndolo incomprensible.

Con el empleo de un modelo argumentativo en el ámbito judicial, será aún más sencillo para los jueces, que sus fallos sean lo más ajustado a derecho posible. Por esto la argumentación ha de estar encaminada, utilizando la lógica, en hallar y exponer la conexión entre las premisas y las conclusiones, extremo que quedó explicado en el capítulo anterior, aunque vale recordar en este caso, que la premisa mayor, es la norma positiva del derecho, la menor, el hecho real en sí y de ahí, esto nos conducirá a las conclusiones.

Al argumentar las sentencias, los jueces han de innovar sobre los motivos de hecho y de derecho; ubicando entre los *motivos de hecho* las pretensiones sostenidas por las partes, los hechos en que las fundan –siempre que estos hayan sido alegados oportunamente– y que estén enlazados con las cuestiones que han de resolverse.

Entre los fundamentos de derecho, deberán consignarse no ya los fundamentos aducidos por las partes, sino –sobre todo– las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo, con citación de la norma e, incluso, doctrinas que se consideren aplicables, elementos que lo conducirá de la mano al fallo en cuestión; exponiendo de manera razonada y justificada, el por qué se tomaron en consideración estos elementos, y no otros, para arribar a convicción.

Con la argumentación jurídica de las sentencias se evita el peligro que el juez rebaje el nivel de racionalidad exigible en su trabajo, pues –en todo caso y como ya se refirió– la sentencia está dirigida a terceros, lo que impone que se le dote de la información necesaria, de modo que resulte un texto autosuficiente, sin necesidad de remisiones a otros actos del proceso.

Resulta de gran trascendencia la argumentación de las sentencias, –al margen de una materia en específico– y esto se evidencia en que se ha ido incrementando la incorporación en los textos constitucionales dicha obligación, así como en otras normas positivas, al extremo que constituye condición insoslayable de la legitimidad de esas decisiones judiciales. De esta forma, se abre un nuevo camino en la argumentación jurídica de las sentencias, sin que pueda aseverarse la inexistencia de resoluciones de este tipo en las que pesen todavía el viejo lastre de la carencia de argumentación y otras, que no representan más que ausencias de argumentación.

Claro está, que una sentencia mejor argumentada, logra un mayor consenso entre sus destinatarios, con alcance a la disminución de los recursos que contra

la misma pudieren interponerse; esto supone –en consecuencia– el aseguramiento de una más pronta respuesta ejecutiva y un mejor funcionamiento del sistema judicial y del Derecho en general.

La argumentación jurídica de las sentencias a la luz del derecho comparado

En este acápite realizo un análisis comparado sobre la argumentación jurídica, vista por la legislación de otros países, a saber: Ecuador, Perú, Chile y España, modelos que servirán para ilustrar, demostrar qué ocurre con la obligatoriedad o no de argumentar jurídicamente las sentencias en otros ordenamientos jurídicos. Al efectuar este análisis, me baso en la revisión del articulado de sus normas de procedimiento civiles, en lo relativo a la regulación de las sentencias, contenido y argumentación, como se consignó anteriormente.

El Código Procesal Civil de Perú, en su artículo 121, tercer párrafo, dispone que:

«Mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal».

Puede advertirse que, en este caso, parece que la argumentación jurídica de las sentencias, deviene preceptiva; sin embargo, su formulación resulta vaga y fría, pues no se expresa la forma en que ha de ser aplicado este término, y se consigna de modo que no permite ganar claridad de lo que ciertamente significa *argumentar jurídicamente una resolución de este tipo*; quedando a la consideración de los jueces el manejo adecuado o inapropiado del mismo.

En relación con el contenido de las sentencias, se limita a establecer en el artículo 122, apartado 4, que las mismas deberán contener: «La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto a todos los puntos controvertidos».

Ya en el Título XII, sobre los Medios Impugnatorios, Capítulo IV, Sobre la Casación, preceptúa en primer orden –en su artículo 384– los propósitos que se persiguen con este tipo de recurso: dígame la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación nacional por la Corte Suprema de Justicia. Establece posteriormente, en los artículos 385 y 386, –respectivamente– la procedencia del recurso de ca-

sación y las causales por las que deberá encausarse el mismo, no existiendo precepto alguno dedicado a la procedencia de la casación a tenor de una carencia de argumentación en las sentencias. Asimismo, el artículo 397, segundo párrafo –a similitud de lo que acontece con la Ley Rituaria de Colombia– puntualiza la improcedencia de la casación por el solo hecho de estar erróneamente motivada la sentencia, si su parte resolutive se ajusta a derecho, sin perjuicio de que se haga la correspondiente rectificación.

El Código de Procedimiento Civil de Ecuador, de 13 de enero de 1987, nada dice sobre la obligatoriedad o no de argumentar jurídicamente las sentencias, limitándose a expresar –por un lado– en el artículo 277, que: «La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlo ella». Y, por otra parte, en el artículo 278, refiere que en las sentencias «se decidirán con claridad los puntos sobre que fueren materia de la resolución, fundándose en ley, y en los méritos del proceso; y, a falta de ley, en los principios de justicia universal».

Dispone en el artículo 279, que las «sentencias expresarán con claridad lo que se manda o resuelve; y en ningún caso se hará uso de frases oscuras o indeterminadas como ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide».

Hasta aquí todo indica que la norma de procedimiento que se analiza, preceptúa con carácter obligatorio, los requisitos esenciales que deben reunir las sentencias; por ejemplo, se podría mencionar la claridad y la congruencia. Más adelante en el artículo 280, se consigna –de manera expresa– que en las sentencias «que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión».

Pudiera parecer de la interpretación gramatical de este precepto, que esta ley Procedimental, recoge lo relacionado con la argumentación de las sentencias, al disponer que se debe hacer referencia a los motivos de la decisión. Sin embargo, su redacción resulta bastante simplista y no satisface las expectativas de las tendencias actuales sobre el deber, ineludible, de argumentar las sentencias.

En la Sección Décima, De los Recursos –al igual que ocurre en el resto de las legislaciones analizadas– no aparece causal alguna, destinada a reparar la falta o ausencia total de argumentación en las sentencias.

Vale acotar al respecto, que este cuerpo legal –de forma casuística– establece para cada tipo de proceso que regula, qué debe contener la sentencia que se dicte, así como la vía para su impugnación, en el supuesto que resulte procedente.

El Código de Procedimiento Civil de Chile, Ley 1552, estipula –en su artículo 170– lo relativo al contenido de las sentencias definitivas, de primera o de única instancia, así como las de segunda, que modifiquen o revoquen –en su parte dispositiva– las de otros Tribunales, precisando en su apartado 6, lo concerniente a la decisión del asunto controvertido; la cual –acota– «deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio». Como se aprecia, no aparece en este cuerpo legal precepto legal alguno, dedicado a consignar lo referente a la argumentación jurídica de las sentencias y su obligatoriedad, de lo que se colige que, en sus artículos referidos a los medios impugnatorios, tampoco disponga causal para casar la sentencia por esta vía. Sin embargo, sí contempla la posibilidad de casar las sentencias en segunda instancia, cuando las de la primera no reúnan los requisitos indicados en el artículo precedente, lo que incluye la posible incongruencia que estas pudieran padecer.

Ahora bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, constituye un texto legal avanzado en lo que a la argumentación jurídica de las sentencias se refiere, prescribiendo –de manera obligatoria– que las sentencias siempre han de ser motivadas y deberán contener en párrafos separados, y numerados, los antecedentes del hecho, así como los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva, describiendo la estructura o esquema al que deben responder.

Presta especial atención a la motivación de las sentencias, lo que puede deducirse del tratamiento que le dispensa, al constituir el contenido de un precepto independiente. Al respecto, estipula que, por la motivación de las sentencias, se expresarán los razonamientos prácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón.

La infracción de las normas reguladoras de la sentencia, constituye vicio susceptible de ser recurrida extraordinariamente por infracción procesal y, en este supuesto, de estimarse dicha impugnación, la sala procederá a anular la resolución recurrida y dispondrá que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiese incurrido en la infracción o vulneración, para ser subsanado.

Aunque las legislaciones que analizo, solo constituyen una pequeña muestra, de lo descrito hasta aquí puede constatarse que, todavía, una gran parte de los textos de procedimiento, adolecen de una regulación específica sobre la obligatoriedad de argumentar jurídicamente las sentencias civiles que dictan los correspondientes órganos jurisdiccionales, y los que contienen algún precepto –destinado a estos menesteres– solo lo hacen acotando que deben motivarse estas resoluciones judiciales, sin precisar la forma en que deberán hacerlo. Ello dista todavía de lo que realmente propugnan hoy las tendencias modernas para *obligar* a los jueces a justificar y no explicar sus decisiones y, de este modo, garantizar la obtención de resoluciones fundadas, contentivas de razones convincentes que las hagan correctas y, al mismo tiempo, asegurar la buena marcha de la justicia. Sin embargo, se cuenta con textos que han avanzado en lo que argumentación jurídica de las sentencias se refiere, como lo es el de España, que sí contiene las bases sobre la cual deben argumentarse tales resoluciones. Por otra parte, la mayoría de las mismas sí contienen –dentro de su articulado– normas destinadas a normar lo referido al requisito esencial de la congruencia y la procedencia del recurso de casación cuando se incurra en vicio de esta índole.

La argumentación jurídica de las sentencias civiles en Cuba

La argumentación jurídica de las sentencias vista por la legislación cubana actual

En este epígrafe abordo el tratamiento de la argumentación jurídica de estas resoluciones judiciales en el país, para lo cual reviso las normas de procedimiento, vigentes en materia civil, la Ley 82 de 1997, Ley de los Tribunales Populares, así como lo contemplado por la Constitución de la República de Cuba.

Si se revisa la Ley 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, vigente en Cuba, podrá constatarse –en lo concerniente al tratamiento dispensado a las sentencias– que no dista sustancialmente de las regulaciones que le antecieron, en particular la más inmediata en el tiempo –la Ley 1261 de fecha 4 de enero de 1974, Ley de Procedimiento Civil y Administrativo– pues solo en cuanto a las formalidades a seguir en la redacción de estas resoluciones judiciales, la antecesora de la Ley Adjetiva Civil vigente, regulaba de manera distinta las disposiciones normativas y doctrinales que debían ser tenidas en cuenta por los jueces, como fundamento legal de sus fallos, manteniéndose de igual forma el resto de las prescripciones.

La Ley de Trámites Civiles, vigente, dedica su Capítulo VI, a regular lo concerniente a las resoluciones judiciales y, dentro de su Título III, dedica los artículos 145 al 157 –ambos inclusive– a las disposiciones referidas a las sentencias de forma general, pues algunas de sus especificidades son tratadas en las correspondientes vías de procedimiento a las que responden.

Cabe acotar, que no se realizará un exhaustivo análisis de todos y cada uno de los artículos mencionados, sino solo de aquellos que, conforme al objeto de esta investigación, resulten trascendentales.

Muy concretamente en el artículo 146 de la ya mencionada Ley de Procedimiento Civil, se podrá encontrar lo relativo a los requisitos esenciales, a los que deben estar ceñidas las sentencias, disponiendo en su caso que:

«Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las pretensiones y excepciones deducidas oportunamente en el proceso, y en su caso, con los nuevos aspectos apreciados por el tribunal, con arreglo a las condiciones y formalidades establecidas en el artículo 45, haciendo las declaraciones que estos requieran, estimándolas o desestimándolas, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, Cuando estos hubieran sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos».

Es obvio, que, a tenor del contenido de este precepto legal, se le otorgue toda virtualidad jurídica a los requisitos que con carácter esencial, han de caracterizar a todas las sentencias, ponderándose –en este caso– a la *congruencia*, requisito que constituye un extremo de trascendental importancia para las partes y el tribunal a la hora de arribar a convicción, y que fuera tratado de manera minuciosa en el primero de los epígrafes de esta investigación. Lo anterior se pone de manifiesto en el hecho que, no obstante quedar preestablecida la obligación del tribunal de resolver las pretensiones y excepciones deducidas del proceso del que se trate, se le concede una facultad al órgano jurisdiccional: el dilucidar aspectos no contenidos en las cuestiones planteadas previamente, pero siempre con sujeción al artículo 45 de la Ley de Procedimiento Civil:

- Que los nuevos aspectos apreciados por el tribunal, sean consecuentes o estén íntimamente relacionados con las pretensiones originalmente deducidas.

- Que los nuevos aspectos, apreciados por el tribunal, se encuentren dentro de su competencia.
- Que antes de dictar sentencia, el tribunal instruya a las partes de los nuevos aspectos que aprecie, concediéndoles un plazo, no mayor de seis días, para que hagan las alegaciones y propongan las pruebas que estimen convenir a su derecho.

Con el propósito de facilitar la interpretación de este precepto legal y evitar de ese modo dar margen a las arbitrariedades, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, emitió al respecto el Dictamen 261 de 24 de febrero de 1987, pronunciándose en cuanto a que en la sentencia ha de resolverse no solo la litis planteada, sino también otros aspectos relacionados íntimamente con la pretensión; estableciendo –de igual forma– la obligación del tribunal de practicar –de oficio– las pruebas que se requieran para alcanzar el cabal conocimiento de la verdad, tanto en la primera instancia como en la segunda.

De esta forma, la norma pretende evitar la discutida incongruencia por omisión de pronunciamiento, al disponer que los aspectos que se decidan, si fuesen varios los pretendidos, se realicen con la debida separación de lo que se colige; que se prohíben los pronunciamientos tácitos que, no sin cierta frecuencia, se tratan de envolver en los fundamentos jurídicos invocados.

Conforme a lo establecido en el artículo 630, apartado 2, de este cuerpo legal –relativo al recurso de casación, con motivo de lo estipulado respecto a la congruencia de la sentencia– puede referirse que el mismo constituye un mecanismo legal para garantizar su estricta observancia y, en este sentido, estipula que procede cuando: «el fallo no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, o que, sin haberse cumplido las formalidades a que contrae el artículo 45, otorgue más de lo planteado, omita resolver sobre alguna cuestión propuesta, o contenga disposiciones contradictorias».

Sirve precisar al respecto, que de acoger el máximo Foro Juzgador, el recurso por este motivo, –tras casar la sentencia– el tribunal procederá a dictar nueva resolución en los términos en que debió hacerlo el de instancia.

Relevante significación gozan los preceptos que regulan la forma y el contenido de las resoluciones judiciales que trato, tanto en primera como en segunda

instancia, conforme se estipula en los artículos 151 y 153, de la Ley de Trámites Civiles, este último con clara dependencia de algunos de los aspectos a que se contrae el anterior.

De este modo, la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, pretende evitar la dispersión en la manera en que han de redactarse las sentencias y, en consecuencia, evitar proceder arbitrarios que –sin lugar a dudas– acontecerían si no existieran pautas de carácter vinculante. A diferencia de textos adjetivos de otros países, el cubano elimina todo tipo de generalizaciones y, de forma mesurada, estipula el esquema o fórmula que comprende diversas partes; desde el encabezamiento, los resultandos y los considerandos, hasta la parte dispositiva o fallo de la sentencia en cuestión, resultando preceptiva y no facultativa su aplicación.

Ya en capítulos precedentes, se explicaron las partes que conforman la estructura de las sentencias, lo que se ajusta a lo estipulado por nuestra Ley Rituaria Civil. A mi juicio –de conformidad con lo explicado en la parte general de este estudio– la de mayor relevancia, a los efectos de la decisión en concreto, lo constituye lo que nuestra norma adjetiva ordena que se ventile en párrafos separados bajo la palabra Considerando.

Reserva el texto legal este espacio para que, en un primer orden de cosas, se aprecien los puntos de hecho, que se estimen probados. Sin embargo, omite en su redacción la obligación que tiene el juez de exponer –razonadamente– por qué atribuye esta fuerza probatoria a los hechos, justificando entonces su decisión en tal sentido.

En la práctica se realiza de forma –no pocas veces exigua y hasta equívoca– en el sentido de entender cumplido tal trámite con la simple invocación del principio contenido en el artículo 43 del propio cuerpo legal, según el cual: «Los Tribunales al fallar, apreciarán las pruebas de acuerdo con el valor que la ley atribuya a cada una y ajustándose en todo caso a los principios de la razón y la ciencia», sin que se equipare el desarrollo posterior con el verdadero alcance de lo que implica la razón y la ciencia, ni con las reglas individuales que para cada tipo de prueba prevé la ley.

Posteriormente el apartado que se analiza del artículo 151, marcado con el 5, indica al juez que, además de los puntos de hecho que se estimen probados, se deben apreciar las razones y fundamentos legales que se consideren procedentes para el fallo. De su simple lectura, cabe estimar que el primer as-

pecto y las tratadas razones, guardan una estrecha relación, pues estas constituyen la explicación de aquellas, pero en la práctica, este extremo se identifica con la valoración de las pruebas, lo que sumado a los fundamentos legales que, según lo que puede interpretarse de la norma no importa que no hayan sido alegados, sino que basta con que resulten procedentes, lo que llevado a vía de hecho, corporifica el silogismo judicial ya analizado.

En este estado de cosas, cabe preguntarse si el esquema planteado en el precepto analizado, constituye un ejemplo –al menos feliz– de argumentación jurídica de la sentencia. Puede acotarse al respecto que, en relación con el término *razones* –al que se hace referencia– el mismo lleva implícito todo tipo de argumentos; capaces de dotar a estas resoluciones de un nivel tal de justificación, que las haga aparecer como correctas o aceptables. Sin embargo, resulta menester tener muy en cuenta que la formulación del mismo –en lo que a este aspecto se refiere– no dista en lo absoluto del contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente hasta 1974, y que reprodujo la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de este propio año, sin que la redacción del actual satisfaga –de manera conveniente– los dictados de las tendencias modernas sobre la argumentación jurídica de las sentencias civiles.

Un recorrido por el articulado de la vigente Ley Adjetiva Civil, bastará para asegurar que no prevé la misma –de manera específica– la forma en que han de ser argumentadas las sentencias y la obligatoriedad que ello encierra, lo que a tenor de las actuales tendencias sobre la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales que trato, resulta de vital importancia. Considero que las acotaciones sobre este extremo, bien pudieran realizarse en este mismo precepto legal o en otro distinto, y que se destine a fijar tales particulares. Me refiero específicamente a que no solo se conmine al órgano jurisdiccional a expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen –inevitablemente– a la apreciación y valoración de los medios de prueba, así como la aplicación e interpretación del Derecho aplicable, sino que deberá agregarse en las disquisiciones, razonamientos adicionales relacionados con los juicios de valor, sobre lo justo o injusto; en síntesis, insertar cuestiones que vayan más allá de la estricta descripción normativa e integren un verdadero modelo argumentativo.

Lo expuesto con anterioridad resulta susceptible de aplicación en cualquiera de las instancias en que se dicte una sentencia determinada, sin distinción alguna, aunque cabe precisar que la argumentación

que se realiza en el ámbito de la esfera judicial es –en gran parte– sobre los hechos, lo que incluye a la mayoría de las decisiones provenientes de los Tribunales de instancia, al resultar esencialmente argumentables respecto a los hechos.

Sin que signifique devaluar en modo alguno el nivel jerárquico del que goza nuestra Ley de Leyes, resulta prudente señalar el tratamiento que recibe la argumentación jurídica en ese cuerpo legal. A diferencia de otros textos constitucionales, el cubano no hace referencia alguna a la obligatoriedad de los jueces de argumentar las sentencias que dicten, ni reserva su regulación a las correspondientes leyes adjetivas, limitándose a consignar en el artículo 123, que «los fallos y demás resoluciones firmes de los tribunales (...) son de ineludible cumplimiento».

Si de igual forma se revisa la Ley 82 de 1997, Ley de los Tribunales Populares, podrá notarse que tampoco se incluye a la argumentación jurídica de las sentencias, como uno de los mecanismos de garantía de la actividad judicial, pues en lo que a sentencia se refiere, se limita a compeler a los jueces a hacer cumplir el fallo, y a las personas naturales o jurídicas a acatarlo y proceder a su cumplimiento.

Todo lo anterior planteado se traduce en la necesidad de la regulación de los términos en que ha de efectuarse la argumentación jurídica de las sentencias, máxime si aún el país carece de un mecanismo de control; en los términos en que aparece redactado el precepto que se analiza, apreciándose –también– su ausencia entre las infracciones susceptibles del recurso de casación, con independencia del efecto revocatorio, o no, que de su apreciación se derivara.

En este propio apartado del artículo 151, o sea, el número 5, se exige al órgano jurisdiccional actuante al consignar lo concerniente al fundamento legal de sus decisiones; se invoquen las leyes, así como las interpretaciones que de las mismas haga el Consejo de Estado; las instrucciones de carácter obligatorio, dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo Popular o su Consejo de Gobierno, y las decisiones dictadas por esos órganos al evacuar las diferentes consultas de los Tribunales, ya sea en forma de dictámenes o acuerdos. Ordena este precepto a consignar los fundamentos legales en la forma en que ha sido descrita –de forma obligatoria y no facultativa– claro está, teniendo en cuenta que los mismos resulten aplicables al caso en cuestión y tomando estas decisiones dictadas por el Consejo de Gobierno y el Pleno –ambos del Máximo Foro Judicial– al evacuar las consultas formuladas por los Tribunales de inferior jerarquía y las instrucciones como la mate-

realización de la interpretación, que de las normas hace este órgano supremo de justicia para lograr la uniformidad en su aplicación, y no en cuanto fuente supletoria de Derecho.

Analizando hasta aquí los elementos expuestos, puede advertirse que nuestra Ley de Procedimiento Civil padece de omisiones y serias deficiencias normativas, en lo que a argumentación jurídica de las sentencias civiles se refiere. Evidentemente, suplir las mismas no resultaría del todo suficiente para que la sentencia adquiriera una cabal calidad argumentativa, pues para ello se requiere, además y en primer término, la adecuada preparación de los operadores judiciales que son, en definitiva, quienes tienen a su cargo tan difícil tarea.

Conclusiones

1. De las resoluciones judiciales en el proceso civil, la de mayor significación es la sentencia –al resolverse el litigio planteado– con la que se concluye –en consecuencia– de forma normal el proceso, constituyendo una declaración de voluntad, con eficacia imperativa sobre el desarrollo del proceso y sobre el objeto mismo.
2. Respecto a la clasificación de las sentencias, la más aceptada resulta la que las distingue en constitutivas, declarativas y de condena.
3. Mediante la observancia de los elementos formales de las sentencias, se garantizan los intereses de los contendientes, evitando que se dicten resoluciones de forma arbitraria y logrando uniformidad en la adopción de tales decisiones.
4. La argumentación jurídica de las sentencias se traduce en algo más que un simple silogismo, la que se conforma por argumentos o razones adicionales sobre juicios de valor que trascienden al derecho positivo, y la dotan de suficiente justificación, para que aparezcan ante sus destinatarios como aceptables o correctas.
5. Todavía, una parte de los textos de procedimiento –del resto de los países– adolece de una regulación específica respecto a la obligatoriedad de argumentar jurídicamente las sentencias y aquellos que estipulan este extremo, solo hacen referencia a que tales resoluciones han de estar motivadas, sin regular la forma y las bases en las que ha de fundamentarse la misma.

6. En la Ley de Procedimiento Civil –vigente en Cuba– ni en otro cuerpo legal, aparece precepto alguno, referido a la forma en que han de argumentarse jurídicamente las sentencias y, por otra parte, no contiene mecanismo legal que vele por su cumplimiento, al no ser contemplado su inobservancia como motivo para la interposición del correspondiente recurso de casación; ello forma parte indisoluble del derecho a la tutela judicial efectiva, o debido proceso.

Recomendaciones

A la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular:

- En ulteriores modificaciones a la Constitución de la República, se debe tener en cuenta la inclusión –en el Capítulo de Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales– un artículo donde se reconozca el derecho a la obtención de una resolución –debidamente argumentada– como parte indisoluble del derecho a la tutela judicial efectiva, o derecho al debido proceso.

Al Departamento de Legislación del Ministerio de Justicia:

- Incluir dentro del articulado de la Ley 7 de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, un precepto destinado a la forma en que han de ser debidamente argumentadas las sentencias, y que puede estar sustentado en las siguientes bases:
 - Contener la obligatoriedad de argumentar, jurídicamente, las sentencias civiles.
 - Disponer la forma en que dicha argumentación ha de llevarse a vías de hecho.
 - Precisar cuáles deben ser los argumentos a esgrimir por el juez, los que han de estar sustentados en conocimientos, tanto de índole general como científico, según resulten atinentes al caso en cuestión.
 - La sentencia ha de contener razonamientos prácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y de conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón.

- Incluir, de igual forma –dentro de las causales de casación– un motivo por la inobservancia de la argumentación jurídica de las sentencias, cual mecanismo en el orden legal, para compeler a los jueces a su estricto cumplimiento.

A las instituciones docentes del Ministerio de Educación Superior y al resto de las Instituciones Jurídicas dedicadas a este fin:

- Incluir entre los cursos de Postgrado, temas sobre Lógica Formal y Teoría de la Argumentación, y fomentar talleres que versen sobre estos temas, lo que coadyuvaría a elevar el nivel argumentativo de las sentencias.

Bibliografía

- Albaladejo, M.: *Derecho Civil español común y foral*, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 1983.
- Atienza, M.: *Tras la justicia*, Ed. Ariel, S. A., Barcelona, 1993.
- : *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- : «El Derecho como argumentación», *Revista Isegoría*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas del Instituto de Filosofía, Madrid, no. 21, 1999.
- : «Las claves de la argumentación» (material fotocopiado), [s.d.e.].
- Bielsa, R.: *Cuestiones de jurisdicción*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1956.
- Grillo Longoria, R.: *Lecciones de Derecho procesal civil*, t. I y II. Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1973.
- : *Derecho procesal civil*. Parte General, t. I, Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1984.
- Guasp, J.: *Derecho procesal civil*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1956.
- Montero Aroca, J.: *Derecho jurisdiccional*, t. II, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 1991.
- Moreno, J. J., P. E. Navarro, y M. C. Redondo: «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», *Revista Doxa*, Alicante, no. 11, 1992.
- Ovalle Favela, J.: *Teoría general del proceso*, Ed. Harla, S. A., México, 1991.
- Plaza, M. de la: *Derecho procesal civil de España*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- Portela, G.: *Tratado de Derecho procesal*, t. I, Ed. La Moderna Poesía, La Habana, 1923.
- Prieto Castro, L.: *Derecho procesal civil de España*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1986.
- Ramos, F.: *Derecho procesal civil*, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 1986.
- Sánchez Roca, M.: *Leyes civiles y su jurisprudencia*, Ed. Lex, La Habana, 1957.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba*, de 24 de febrero de 1976, modificada en 1992. Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria., no. 7, de 1 de agosto de 1992.
- Código de Procedimiento Civil de Ecuador*.
- Código de Procedimiento Civil de Perú*.
- Código de Procedimiento Civil de Chile*.
- Ley 1261, Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de 4 de enero de 1974* (1977): Ed. Ministerio de Justicia, La Habana.
- Ley 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (LPCAL) de 19 de agosto de 1977* (1989): Ed. Ministerio de Justicia, MINJUS, Ciudad de La Habana.
- Ley 82, de los Tribunales Populares*, de 11 de julio de 1997.
- Ley de Enjuiciamiento Civil*.

La revisión en materia civil

ESP. MARIO A. RIVERO ERRICO*

DRA. IVONNE PÉREZ GUTIÉRREZ**

Presentación del tema

El proceso civil en tanto que fruto de la creación humana, sucesión de actos de las partes y del tribunal dirigidos a la consecución de un fin –la resolución de la litis– debe necesariamente tener un momento último al que lleguen los contendientes tras agotar los medios y recursos de que la ley los dota en pro de lo pretendido, o la parte de ellos que estimen pertinente; se trata de un estadio especial y postrero que, una vez obtenido, hace imposible la continuación del debate para que pueda quien resulte favorecido por el fallo hacer efectivo el derecho reconocido. Solo una parte del poder del Estado, obligado a respetar y proteger ese peculiar estadio, así como las consecuencias jurídicas que de él se derivan, pasando y haciendo pasar por ellas a sus destinatarios, que pueden ser personas naturales o instituciones, pero también el conglomerado social íntegro y, por supuesto, el propio Estado.

Podemos pues hablar del *non plus ultra* del proceso civil, que se produce cuando, al cobrar firmeza la resolución que decide el fondo del debate, se torna imposible persistir en la litis, agotada definitivamente, ni repetirla en posterior trámite; sin embargo, en Derecho suele ser un error emplear términos absolutos –recordemos si no a nuestros padres romanos calificando como peligrosa toda definición en materia jurídica–. Es así que las legislaciones modernas, bebiendo de viejas fuentes estatuyen mecanismos tendentes a transgredir ese estadio de tan peculiar cualidad para que pueda ser analizado nuevamente un objeto litigioso,

cuyo conocimiento se estimaba agotado. Tal determinación es fruto de la vocación de justicia que inspira al ser humano y de la experiencia histórico-jurídica, pues visto ha sido que no necesariamente el pronunciar un fallo, ni siquiera en la instancia última del *iter* procesal, implica que se haya consagrado verdadera justicia.

Así lo puntualiza Montero Aroca,¹ al señalar que:

«Es obvio que la impugnación de la cosa juzgada solo puede permitirle un ordenamiento jurídico de modo excepcional, por cuanto implica nada menos que desconocer la inimpugnabilidad y la irrevocabilidad de las resoluciones judiciales, pero se trata de la última exigencia de la justicia frente a la seguridad jurídica».

A su turno, Ortells Ramos² expresa que:

«En efecto, la revisión es un proceso especial que tiene por objeto una pretensión constitutiva de naturaleza procesal, que solo puede fundarse en los hechos establecidos por la ley ciertos hechos constitutivos de delito o conductas fraudulentas o dolosas no delictivas que pueden haber determinado el sentido de la sentencia (...) y cuya estimación supone la eliminación de la cosa juzgada, de modo que es admisible un nuevo proceso sobre el objeto y entre las partes afectadas por aquella».

En el ámbito jurídico iberoamericano la acción de revisión se ha erigido como el medio procesal por excelencia, destinado a lograr la rescisión de una sentencia firme y, si bien existen lógicas diferencias, coinciden todas las legislaciones en su carácter excepcional, con apego al principio de seguridad jurídica, garantía necesaria de credibilidad del sistema de justicia y, consecuentemente, de la función tutelar del Estado.

Sistema de causales en la legislación cubana

Afirma el profesor Grillo Longoria que, ausente en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, la *revisión* debuta en la de 1881 y luego fueron prácticamente derogados los preceptos relativos a este instituto.³

* Especialista en Derecho Civil por la Universidad de La Habana, Profesor auxiliar a tiempo parcial de Derecho Procesal Parte General y Derecho Procesal Civil. Labora como Jefe de Equipo en el Bufete E y 23.

** Máster en Derecho de La Empresa y los Negocios por las Universidades de La Habana y Barcelona. Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana y Profesora Titular de Derecho Procesal Parte General y Derecho Procesal Civil. Ejerce como abogada adscripta al Bufete Especializado de Casación.

¹ J. Montero Aroca et al.: *Derecho Jurisdiccional...*, p. 486.

² M. Ortells Ramos: *Derecho Procesal Civil*, p. 625.

³ R. Grillo Longoria: *Derecho Procesal Civil III*, p. 61.

La tradicional disquisición, relativa a su naturaleza jurídica, queda zanjada en el contexto procesal cubano con la promulgación de la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, que la conceptuó como proceso autónomo, separándola del sistema de recursos al regularla en su Libro Séptimo.

La vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en lo adelante LPCALE), derogatoria de la antes mencionada, reitera el acierto dedicándole su Libro Séptimo, bajo el rótulo Del Proceso de Revisión, en tanto medio de impugnación que no recurso.

Tras consagrar el artículo 641 a definir el proceso de revisión como la vía idónea para lograr el examen de una sentencia firme, la LPCALE dedica su siguiente artículo a estatuir las causales que pondrán en curso la acción revisora. Preferiríamos se hablara en el primero de dichos preceptos de «resoluciones firmes» más que de sentencias, pues autos hay que deciden la litis y, aunque no sea caso frecuente, pudiera en un momento requerirse su revisión.⁴ Tampoco nos place la redacción demasiado categórica de ese inicial precepto, donde parece obviarse que también –aunque con muy distinto fundamento– la audiencia en rebeldía puede conducir a variar una sentencia firme. Así, analicemos los distintos acápites del artículo 642. Habrá lugar a la revisión de sentencia firme:

1. Si se obtuvieren documentos decisivos de los que no se pudo disponer a tiempo por fuerza mayor o por obra de la contraparte.

Tres elementos caracterizan este motivo:

- *La novedad del documento*, que ha de ser entendida en relación con el proceso al que se vincula, pues lo normal y lógico es que se trate de un documento de existencia anterior del que pudiera haberse hecho uso durante el trámite, si justificadas razones no lo hubiesen impedido, aunque nuestra práctica judicial ha llevado a aceptar documentos de aparición posterior al fallo combatido que por su naturaleza repercuten en los fundamentos del mismo, caso frecuente cuando, basán-

⁴ Pensamos, por ejemplo, en el caso de quien acepta en acto de junta constituir una copropiedad con otro coheredero respecto a la vivienda del causante común por ignorar que aquel era, en esos momentos, propietario de otra, bajo título que se ha cuidado bien de ocultarle.

dose el veredicto en un derecho reconocido previamente, se logra en posterior proceso la nulidad del título que lo amparaba.⁵

Varios son los casos en que nuestro máximo foro judicial soluciona una situación de flagrante injusticia, imponiendo sabiduría ante lo que, según el marco de la ley, pudiere resultar imposible. Así decimos, porque si nos atenemos a la letra exacta del texto legal, parece el legislador referirse tan solo a documentos existentes al momento de sustanciarse el proceso que dio lugar a la sentencia viciada, no a otros que, pese a relacionarse con aquel, son de aparición posterior.

- *Imposibilidad de haber dispuesto el revisionista de dicho documento en el oportuno momento procesal*, que solo se justificará por razón de fuerza mayor o actos de la contraparte. Aquí el legislador cubano es terminante: no protege esta causal contra la negligencia, sin distinguir provenga del propio interesado o del profesional que lo representa, solamente la causa de fuerza mayor o el actuar malicioso del litigante contrario justifican la introducción del documento que se reputa nuevo al ámbito del debate ya terminado, cuya resolución pretende cuestionarse.

Deriva entonces el análisis en dos vertientes distintas que producen un único efecto: la sustracción del documento a la actividad cognoscitiva del tribunal. Lo relativo al actuar de la parte contraria, no parece ofrecer mayor dificultad pues se trata del documento oculto o retenido, incluso del que, habiendo estado en un momento en poder del revisionista o en archivo donde este pudiere utilizar, fue sustraído. Hablamos pues de una conducta intencionada y maliciosa –aunque no se utilice este calificativo en el precepto analizado– tendente a privar a la parte contraria de un elemento importante para su defensa. Será un documento del que pudo haber conocido el litigante a quien favorece, pero también, según el

⁵ V. gr., cuando por haberse adjudicado notarialmente una vivienda un litigante, el tribunal se ve obligado a respetar su condición de propietario ante la reclamación que, en vía administrativa, promueve un conviviente del fallecido titular, pero una vez anulado el acto jurídico que así lo consagraba, prospera la acción de revisión de dicho conviviente con mejor derecho sobre el inmueble que el heredero que nunca la ocupó; se aprecia también en sentido inverso cuando el heredero preterido logra ser reconocido como tal, y acciona contra la partición hecha con omisión de su persona.

texto de la ley, cabe la posibilidad de que hubiese ignorado su existencia, siempre que ello se deba a la acción de su contrario, no a su falta de gestión en busca de la mejor probanza.⁶

En cuanto a la fuerza mayor, cual razón determinante de la exclusión del documento, debe tenerse en cuenta que no hay en nuestra legislación una definición al respecto, pero estimamos que si, de revisión se trata, debe ser entendida la fuerza mayor en forma amplia, como aquellos eventos cuyas consecuencias devienen inevitables e impiden hacer lo que era posible y lícito, oponiéndose al libre ejercicio de un derecho y, en consecuencia, eximen del cumplimiento de la ley –en materia de prueba–, con independencia de su origen humano o natural.

No creemos importante entrar en análisis de detalles, el juez ha de salvar la discusión teórica entre la fuerza mayor y el caso fortuito a efectos de revisión, porque –de lo contrario– hallaría muchos –y no siempre– unánimes criterios sobre esas instituciones que entorpecerían su función, y podrían acarrear la injusticia de que situaciones equivalentes recibieran distinto tratamiento por cuestión de matices. Basta con que se trate de un evento ajeno a la voluntad del perjudicado, no imputable al mismo, que no pueda prever o, en todo caso, evitar sus consecuencias, para que se estime suficiente a efectos de revisión.

Visto lo relativo a la razón impeditiva de la utilización del documento, resulta necesario fijar el ámbito temporal de su eficacia, porque como se desprende del texto de la ley, para que sea esgrimible en revisión, tiene el documento que haberse obtenido tras recluir la última oportunidad probatoria. Consideramos que si la parte obtuvo el documento antes de ser declarado concluso el trámite para sentencia o antes de personarse en recurso de apelación y no intenta introducirlo como prueba para mejor proveer o de segunda instancia, debe ser declarada inadmisiblesu revisión, pues se rige la institución por el principio de excepcionalidad y no resulta dable aceptar que el litigante retuviese en su poder el documento a reserva de los resultados de los recursos de apelación y casación, en su caso, como un último naipe marcado para el triunfo.

Si no intentó hacerlo valer, existiendo la posibilidad procesal, no debe haber lugar a la revisión, aun cuando de acuerdo con la muy restrictiva redacción del inciso 3) del artículo 623 de la LPCALE, para que fuera admisible como mejor proveer o, en segunda instancia, debe referirse la prueba a un hecho nuevo, posterior a la oportunidad probatoria o anterior, pero no conocido por la parte.

Cuestión distinta sería si el litigante lo consigue una vez pronunciada la sentencia de apelación y pendiente aún el recurso de casación, pues no existiría momento procesal para hacerlo valer.

- *Carácter decisivo del documento nuevo en sede probatoria.* Apenas requiere explicación este particular, pues nunca se dará lugar al proceso de revisión si, durante el juicio de admisión, léase la valoración previa al proceso que efectúa el juzgador respecto a la viabilidad de la causal invocada, no se le lleva al menos a presumir que el documento cuya introducción pretendemos pudiera contar con entidad suficiente como para pasar por sobre las pruebas antes practicadas, destruyendo con su fuerza superior las convicciones a que arribó en su momento el tribunal.

2. Si el fallo se funda en documento que al tiempo de dictarse ignoraba la parte haber sido declarado falso en causa penal o se declarase después la falsedad en dicha forma.

Califica esta causal dentro de las basadas en ilícitos penales y ofrece un margen de cierta amplitud al interesado, porque no establece precisiones en cuanto a origen y autor de la falsedad, elemento loable. Basta con que el documento sea declarado falso mediante sentencia de tribunal penal –requisito esencial– no importa si antes de dictarse la sentencia revisada o con posterioridad, siempre que hubiere ocupado un lugar decisivo en la valoración hecha por el tribunal que conoció del caso.

3. Cuando habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido después sancionados por perjurio y su declaración hubiese servido de fundamento a la sentencia.

Emparentada con la anterior causal, esta abre el diapasón de los medios probatorios viciables y lo extiende a la prueba de testigos, una de las más usuales entre nosotros, junto con la de documentos y sin duda alguna la de mayor incidencia e importancia en los tan numerosos litigios donde

⁶ Presente en nuestra práctica está el caso de quien acciona en pro de obtener el reconocimiento judicial en unión matrimonial no formalizada, declarándose soltero o casado y logra éxito, pero una vez obtenida la certificación que prueba la vigencia de anterior matrimonio se abre la posibilidad de la revisión, según el inciso 1 del art. 642 de LPCALE.

se discute la convivencia u ocupación física del litigante en un inmueble. Se requiere, como en el anterior caso, de un veredicto penal condenatorio, ahora por delito de perjurio, que de acuerdo con la duración del trámite en sede criminal pudiera ser bastante posterior a la conclusión del proceso civil.⁷

Tanto en este motivo, como en el precedente, si por oportuna denuncia de la falsedad, que debería llevar a la suspensión temporal del proceso civil o administrativo, se lograra la sentencia penal estando aún pendiente aquel de resolución debe introducirse como prueba para mejor proveer, pues aunque no se refiera directamente a los hechos debatidos en el proceso lo permite el inciso 3) del artículo 23 de la LPCALE, lo cual excluiría la posibilidad de posterior revisión.

Obligado resulta detenerse en este acápite, pues Cortés Domínguez⁸ apunta que «solo la “falsedad” en las pruebas documental y testifical permite el acceso a la revisión. El olvido de los restantes medios probatorios puede deberse a dos razones: básicamente el arrastre histórico de la legislación de Partidas y, de otro lado, la posibilidad de subsumir los otros supuestos en las “maquinaciones fraudulentas” del motivo 4^{to}». Lo cierto es que algunos legisladores, como el español, han preferido no asumir riesgos y contemplan expresamente en sus normas que pudieren también ser sancionados por falso testimonio los peritos. Atinada solución que no fuera acogida en la modificación⁹ que, a la LPCALE, se le hiciera en septiembre de 2006.

4. Cuando la sentencia se hubiere dictado por un tribunal cuyos integrantes sean posteriormente sancionados por prevaricación o cohecho cometido al dictar dicha sentencia, o haberse obtenido esta por violencia ejercida sobre ellos.

⁷ La dilación se debe a que los tipos delictivos de los arts. 155.1 y 2, 156 y 157 del Código Penal, de posible tipificación en el supuesto descrito, requieren de fase preparatoria.

⁸ V. Cortés Domínguez *et al.*: *Derecho Procesal*, p. 71.

⁹ Véase art. 10 de la LEC de 2000 que preceptúa: Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

Una vez más el elemento externo, ajeno al proceso, pero determinante de la validez de su resultado inspira causal de revisión, referida ahora a la actuación del tribunal y es claro el legislador en su objetivo: perseguir los desvíos en el ejercicio de la función jurisdiccional, sean voluntarios o forzados por conductas violentas capaces de incidir sobre el ámbito de las decisiones del juez hasta llevarle a fallar en forma distinta a lo que libremente habría hecho. Estamos ante cuestión de probanza difícil a la hora de enfrentar el proceso penal, de cuya incidencia no tenemos noticias en la práctica judicial cubana, pero aún así resulta loable por el legislador incluir un precepto como el que nos ocupa.¹⁰

Sorprende que renuncia nuestro legislador a un elemento que algunos textos incluyen en sus causales: la maquinación fraudulenta, concepto de amplio espectro que, pese a resultar oscuro, da cobijo a un sinnúmero de situaciones raigalmente dolosas, ahora desprotegidas, tendentes a impedir o dificultar el derecho a la defensa de aquel contra quien se dirigen, y, de acuerdo con su formulación, pudieran provenir de una de las partes, la colusión de varias o de la acción de terceros o de los auxiliares judiciales, supuestos que ahora carecen de cobertura.

Mención aparte hacemos de la Quinta Causal, introducida por el Decreto Ley 41 de 2006, por la trascendencia que dicha modificación ha tenido no solo para quien interesa la revisión, sino también para los operadores jurídicos.

Acento común

Vemos que lo importante a efectos de revisión no es la novedad objetiva del hecho –*nova facta estrictas*– sino de su conocimiento por el tribunal –*nova reporta*– al incorporarse al ámbito de la discusión jurídica de lo que no pudo conocerse antes, aunque existiera. En cuanto a los tres últimos motivos analizados, son de dependencia funcional penal, pues requieren necesariamente la declaración de un delito por esa jurisdicción, se basan en el accionar penal condenatorio de una

¹⁰ La Ley de Tribunales, Ley 82 de 1997, obliga a que el tribunal ponga en conocimiento de la fiscalía los hechos acaecidos durante la sustanciación de un proceso a su cargo que pudieran ser constitutivos de delito.

conducta más que trascendente, decisiva en el ámbito probatorio del proceso civil o administrativo cuya sentencia se revisará.

El primero, aún sin tener implicaciones delictuosas, puede fundarse en causa de *vis fraudis*. Obvia resulta entonces la preocupación del legislador por luchar contra la actuación maliciosa que, en formas distintas, afecte la pureza del proceso, que sin embargo prescinde de la amplia gama de supuestos dolosos comprendida en la concepción, ahora proscrita de maquinación fraudulenta.

Algo que nos preocupa del sometimiento de la jurisdicción a la prejudicialidad penal es la posibilidad de extinción de la responsabilidad en esta jurisdicción, prevista en el artículo 59 del Código Penal por fallecimiento del acusado, amnistía, indulto y prescripción de la acción penal, entre otras razones. Esta formulación limita la oportunidad de revisar una resolución firme, aún estando viciada si por factores externos, completamente ajenos a la voluntad de la parte perjudicada, se extinguiere la responsabilidad penal pese a tipificarse la conducta delictuosa. Nos inclinamos entonces por la prorrogabilidad de la jurisdicción civil en casos como los aludidos, que le permita declarar por sí misma la existencia del ilícito en que puede fundarse la revisión, cuando no quepa hacerlo en la penal, salvando así lo que pudiera ser situación de notoria injusticia.

El Acuerdo 47 de 1983, un paliativo insuficiente

Forzado por la muy restringida posibilidad de acceso al proceso de revisión, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular adoptó su Acuerdo 47 el día 15 de marzo de 1983, instrumento que, con redacción un tanto confusa, intentaba amparar a quienes hubieren sido perjudicados al quedar indefensos merced a violaciones de procedimiento.

Para que resultara aplicable este Acuerdo, debían cumplirse los requisitos siguientes:

- Que exista situación de indefensión o perjuicio irreparable, presente o posible, respecto a una parte.
- Que sean debidos al incumplimiento de una formalidad, o garantía esencial del proceso.

- No enmarcarse el caso dentro de las causales previstas en el artículo 642 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

Una vez detectada la situación de indefensión irreparable, la sala debe dirigirse al Consejo de Gobierno, proponiendo el acuerdo que estime pertinente, y ese órgano dispondrá lo que en definitiva proceda, declarando la nulidad de la resolución cuestionada o ratificando su validez.

Obsérvese que se rompe con los principios dispositivo y de rogación que rigen en materia de revisión, estableciendo su solicitud *ex officio*, donde no compete a las partes ni a terceros interesados en el resultado del proceso concluido su promoción, sino a las salas del Tribunal Supremo Popular cuando estimen presentes los requisitos antes relacionados. Algo que resulta sumamente curioso es que se refiere el Acuerdo a cualquier sala de nuestro máximo foro judicial, no solo a la de lo Civil y lo Administrativo que sería su lógica destinataria, y parece extender esa especialísima potestad revisora a todas las materias, aunque en la práctica nunca debe ocurrir tal cosa, pues cada rama ha contado con su propia regulación para la revisión.

En definitiva, el Acuerdo 47/83 solo se aplicó en una ocasión, debido quizás a las dificultades enunciadas, aunque nos inclinamos por otra razón: la vigente Ley de los Tribunales Populares no reconoce la potestad revisora entre las funciones del Consejo de Gobierno y, entonces, la nulidad decretada por ese órgano sería nula en sí misma. El tema de la indefensión quedó pendiente hasta que el Decreto Ley 241, de 27 de septiembre de 2006, vino a llenar el vacío, abriendo al debate nuevas interrogantes.

La causal quinta

Modificando el artículo 642 de la LPCALE de forma sustancial, postula el legislador una nueva razón autorizante de la revisión que rompe con la sistemática de la institución, caracterizada –como hemos visto– por admitirla solo merced a la introducción de elementos concretos, directamente vinculados con la probanza o la libertad del ejercicio jurisdiccional, reza así: «Cuando, atendiendo a argumento debidamente fundamentado, se constate por la sala la presencia de situación específica de haberse colocado en estado de indefensión a parte interesada, con trascendencia al derecho que reclama».

No hay dudas de que la sala procederá solamente a ruego de parte, debiendo calificar como tal quien justifique suficientemente el interés legitimante, aunque haya sido preterido en el proceso cuyo fallo combate, pues nadie habrá más indefenso que quien, marginado del debate procesal, resulta perjudicado por su decisión. Queda entonces definida una diferencia conceptual: es posible ser parte en trámite de revisión sin haberlo sido en el proceso del que la revisión trae causa.

Susceptible de ser interpretado en formas diversas es el *estado de indefensión*, concepto determinante en esta nueva causal, que pudiéramos definir como la situación de especial dificultad en que se encuentra alguno de los litigantes –o aquel a quien correspondería en derecho serlo– cuando, ilegítimamente privado de la posibilidad de personarse o valerse de cualquiera de los medios de defensa con que la ley provee, puede sufrir o ha sufrido ya un perjuicio que pudiera ser o ha devenido irreparable dentro del ámbito procesal.

Indefensión resulta entonces un estado extremo, y la acción revisora –fundada en esta causa– tendrá igual condición, no bastará pues que surja situación de posible desigualdad dentro del proceso para que sea viable, deberá el afectado intentar remediarla agotando los medios correspondientes e instar –incluso al tribunal– para que ejerza la especial potestad que le otorga el artículo 40 de la ley rituarial¹¹ cuando no hubiere nada de lo que pueda por sí mismo valerse, y solo tras el fracaso de sus empeños cabrá combatir el fallo firme mediante revisión, ya que el menoscabo del derecho aceptado o consentido no constituye verdadera indefensión.

Resulta obvio que sobrevendrá el estado de indefensión cuando la desigualdad sea motivada por el actuar del órgano judicial o de la contraparte, y no existirá nunca si se debe a la negligencia del interesado, cuestión distinta resulta cuando la

falta corresponde al abogado que lo representa: si se tratare de conducta dolosa, no habría lugar a dudas, pero la negligencia abre el espectro de la discusión. En un extremo de la opinión están quienes entienden que, elegido el representante, asume el representado sus logros y sus errores, teniendo en cuenta que se trata de una elección libre y voluntaria. Entienden otros que el vínculo no puede ser de carácter absoluto, tocando al defendido dotar a su defensor con los datos y elementos necesarios para su labor, pero liberándolo de las consecuencias que pueda acarrear la indolencia de aquel.

La juventud de la norma no permite aún reunir experiencias suficientes como para aventurar conclusiones, pero lo cierto es que no existe un criterio uniforme en nuestro supremo foro judicial. En ocasiones, se le considera causal de estado de indefensión y en otras se declara inadmisibile la revisión al considerar que de la actuación negligente del letrado solo se deriva la posibilidad de establecer reclamación de reparación de daños e indemnización de los perjuicios que pudiere haberle causado.

Al respecto Martí Martí sostiene que en España la responsabilidad civil profesional del abogado y del procurador está equiparándose a marchas forzadas a la de los médicos, arquitectos y aparejadores.¹² Constituye criterio de los autores que el estado de indefensión debe ser entendido *lato sensu*, que comprenda los errores inexcusables de quien, por encontrarse legalmente habilitado para ejercer la abogacía viene obligado a hacerlo con la mayor pericia. En un país como Cuba donde por sus muy peculiares condiciones económicas lo perdido en un pleito difícilmente pueda en otro momento recuperarse debemos abogar por un proceso a ultranza garantista. No puede obviarse que nuestros abogados tramitan simultáneamente un cúmulo de asuntos que sorprendería a colegas de otras latitudes, brindando un servicio de esencia popular, nunca elitista. El error es inherente a la naturaleza humana, debe franquearse entonces la posibilidad de subsanarlo.

Limitar esta nueva causal de revisión no justificaría su inclusión en la ley. Solo recordemos que existe otro requisito que en ocasiones no se tiene en cuenta

¹¹ De conformidad con dicho precepto, si se produjese situación de indefensión no prevista en la ley susceptible de causar perjuicio irreparable no imputable a una parte, el tribunal tras oírlos a todas, puede adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal, sin alterar los términos del debate. Si bien resulta difícil abstraerse de la generalización que hace este enunciado y pensar de qué medidas concretas pudiera tratarse, vemos que al introducir el tema de la indefensión como causal de revisión el legislador actual es consecuente con una antigua preocupación de sus predecesores.

¹² J. Martí Martí: *La responsabilidad civil del abogado*, p. 136. Cit. Pos. D. González Llorens: «La responsabilidad civil de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos», p. 76.

al intentar la Revisión: la negligencia del abogado ha de haber sido causa del resultado desfavorable, pues aún con una resolución sancionadora pudiere no admitirse la revisión,¹³ en tanto corresponde al órgano jurisdiccional la valoración de si ello tuviere trascendencia al derecho que se reclama.

A modo de corolario

La necesidad de modificar resoluciones firmes persiste en el cada vez más complejo ámbito de las relaciones jurídicas civiles, *ergo* no debe prescindir ningún sistema judicial de la acción de revisión, cuya norma no ha de ser la excepcionalidad, en tanto no viene a cuestionar la legalidad de una resolución, sino su justicia; debe no obstante abrirse la institución ante distintas situaciones emanadas de la *praxis* forense, que ameritan un nuevo pronunciamiento jurisdiccional, pero escapan a los marcos establecidos en las normas vigentes.

El legislador cubano ha dado un paso inmenso al reconocer que situaciones de indefensión posibles dentro del proceso civil justifican, en ocasiones, la vulneración del sagrado principio de la cosa juzgada, piedra angular de todo sistema judicial. El estado de indefensión, preocupación constante de jueces y abogados en años recientes, ante la responsabilidad que implica la decisión de un pleito y las consecuencias que el error acarrea a los particulares sometidos al poder del Estado, cuenta con una nueva y necesaria causal de Revisión que permitirá someter a debate situaciones hasta ahora insalvables. El principio *distingue casus et conciliabis jura* debe primar en los debates, diferenciando bien las peculiaridades de cada situación en aras de honrar a la justicia, ante la posibilidad de un incremento sustancial en promociones con rasgos semejantes; pero esa audaz modificación legislativa no puede devenir en excusa para la desidia, su aplicación habrá de ser estricta en probidad, generosa en sabiduría. Nuestros jueces, dómines de la ciencia del Derecho, sabrán hacer.

Bibliografía

- Cortés Domínguez, V. *et al.*: *Derecho Procesal*, t. I, vol. II, 3.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- González Llorens, D.: «La responsabilidad civil de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos» [inédita], ponencia presentada en la Jornada Internacional de Contratos, Ciudad de La Habana, 2009.
- Grillo Longoria, R.: *Derecho Procesal Civil III*, 2.^a ed., Ed. Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2004.
- Martí Martí, J.: *La responsabilidad civil del abogado por error en el proceso*, 1.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- Montero Aroca, J. *et al.*: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 7.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch Valencia, 1997.
- Montero Aroca, J. *et al.*: *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 14.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2005.
- Ortells Ramos, M.: *Derecho Procesal Civil*, 4.^a ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

Fuentes legales

- Código Penal de la República de Cuba, Ley 62 de 29 de diciembre de 1987*, Ed. Ministerio de Justicia, La Habana, 2003.
- «Ley de Tribunales, Ley 82 de 11 de julio de 1997», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 8, de 14 de julio de 1997.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley 7 de 19 de agosto de 1977*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2000.
- Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Ley y disposiciones complementarias*, 2.^a ed. [concordada y anotada por J. Montero Aroca y Ma. Pía Calderón Cuadrado], Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- «Decreto Ley 241 de 26 de septiembre de 2006», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 33, de 27 de septiembre de 2006.

¹³ Los Autos 33 y 44 de 30 de abril y 27 de mayo de 2008, respectivamente, declaran inadmisibles las solicitudes de revisión, aun cuando ha resultado evidente el actuar negligente del abogado y consta documentalmente acreditada la irresponsabilidad letrada. El fundamento de la desestimación gira precisamente en torno a la posibilidad de reparación por daños e indemnización de perjuicios.

Regulación de cautela en Derecho Patrimonial de Familia. Efectividad del pronunciamiento judicial en los procesos de disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes*

ESP. BÁRBARA TAMARA ÁGUILA DÍAZ**

Introducción

Siguiendo la misma línea de pensamiento de un sector de la doctrina en Derecho patrio, y en correspondencia con los cambios que se han venido suscitando en sede de Derecho de Familia, el presente artículo constituye el preámbulo de propuestas para argumentar las bases de una futura reformulación de las normas vigentes en materia Derecho Procesal de Familia, conducentes a hacer posible la protección de los bienes integrantes del patrimonio conyugal, objeto de futura disolución y liquidación; análisis que permite adentrarnos en los diferentes tipos de regímenes económicos matrimoniales, con especial énfasis en el régimen de comunidad matrimonial de bienes, admitido por el ordenamiento jurídico cubano, para valorar jurídica y doctrinalmente conforme a los objetivos trazados, el sentido alcance y viabilidad de las vigentes normas procesales, la factibilidad o no de la inclusión de medidas precautorias destinadas a la protección de la masa patrimonial conyugal y la repercusión ulterior en el logro de la tutela jurídica efectiva –emanada del pronunciamiento judicial– que presupone plenitud de garantías procesales, como máximo exponente del principio de seguridad jurídica.

Desarrollo

En sus inicios, el Derecho Romano no reguló los efectos patrimoniales del matrimonio, lo que desarrolló a partir del establecimiento de la República,

primero respecto a la adquisición por la mujer del derecho a la condición social del marido, y la relación de iguales de los hijos nacidos de justas nupcias lo que les otorgaba el derecho a la herencia paterna. Aun cuando en Roma existía determinada economía familiar, primaba la ausencia de regulación legal en cuanto a los bienes de que disponía la familia primitiva.

Afirma Fernández Bulté que Roma llegó a reconocer tres sistemas económicos en el matrimonio, clasificados como: «la unidad del patrimonio bajo la autoridad y administración del marido cuando el matrimonio se establecía, *cum manu*, la separación absoluta de bienes, cuando el matrimonio era *sine manu* y el régimen dotal»,¹ que era el único que se pactaba en esa sociedad (*instrumentum dotale*).

Respecto al surgimiento del carácter económico de la familia, la doctora Mesa Castillo expresa que:²

«La primera manifestación de este disciplinamiento (que subsiste todavía en algunas regiones del planeta) fue la compra de la mujer. En el Derecho Romano el régimen económico no era convencional sino legal, asociado al matrimonio *cum manu*, y más tarde relacionado con la institución de la dote. La institución de la dote se perfecciona técnicamente por la naturaleza del matrimonio *cum manu* (y su pleno desarrollo se extiende al matrimonio *sine manu*) y constituye el símbolo del régimen económico del matrimonio romano, que surgió como una reacción al sistema de la absorción por el marido, en plena propiedad, de todos los bienes de la mujer».

* Trabajo presentado en la Conferencia Jurídica Nacional, en su edición de 2010.

** Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana y Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia por la propia universidad. Doctorando del Programa de Doctorado de la ONBC-Universidad de La Habana. Abogada de la Dirección Provincial y Subdirectora Técnica de Bufetes Colectivos y Presidenta del Capítulo de Derecho Civil y de Familia de Pinar del Río.

¹ Véase J. Fernández Bulté y D. Carreras Cuevas, R. M. Yáñez: *Manual de Derecho Romano*, pp. 76-78. La *manus*, era la potestad del marido sobre la mujer, en los primeros momentos de la vida romana, durante la monarquía y principio de la república, los matrimonios se hacían casi siempre constituyéndose la *manus*; sin embargo, el desarrollo económico fue independizando las economías «de suerte fueron proliferando los matrimonios sin constitución de la *manus* hasta que en tiempo justiniano desaparecieron por completo. La dote es el caudal o conjunto de bienes que el marido recibe de la mujer o de otra persona en su nombre para ayudarlo a soportar las cargas económicas del matrimonio sin duda atenuaba los efectos de la separación de bienes y en un principio sirvió para que la mujer recibiera su parte de los bienes hereditarios que perdía al casarse *cum manu*».

² Véase O. Mesa Castillo: *Manual de Derecho de Familia*, t. II, p. 9.

En Cuba, el régimen económico matrimonial fue implantado en el año 1889, con la promulgación del Código Civil español,³ de 11 de mayo de 1888, cuerpo legal cuyo objetivo fundamental era la protección y defensa de los intereses de la propiedad privada, en el que se regula los derechos y obligaciones de los cónyuges, la capacidad de los contrayentes, la nulidad del matrimonio y el divorcio cual forma de disolución del vínculo matrimonial, así como los efectos de nulidad.

En virtud de esta norma legal, se estableció como régimen económico del matrimonio, el convencional, que otorga a los contrayentes la posibilidad de estipular las condiciones de la sociedad conyugal sobre los bienes presentes y futuros. La autonomía de la voluntad se manifestaba a través de los pactos nupciales o capitulaciones matrimoniales, ya sea con absoluta separación de bienes, un régimen dotal o un régimen de comunidad, que imperaban para fijar la estructura económica de la relación matrimonial futura.⁴

El divorcio con disolución del vínculo producía el efecto de separación de bienes de los cónyuges, previa liquidación de la sociedad de gananciales, que se realiza conforme a las capitulaciones ma-

trimoniales, si las hubiere, o según lo establecido en el Código Civil respecto a la liquidación de gananciales.⁵

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1940 se otorga, con este rango, tutela jurídica a la familia, la maternidad y a la institución del matrimonio, aun cuando de igual forma no fueron protegidas las uniones no formalizadas, y solo por razón de equidad, dicho cuerpo legal las equiparaba al matrimonio civil, cuando se trataba de uniones estables y singulares entre personas que ostentaran la capacidad legal necesaria. Cabe resaltar que, como paso de avance fundamental del referido texto legal, se destaca el establecimiento del principio de igualdad absoluta entre los cónyuges,⁶ según el cual se organizaba su régimen económico, concediéndole a la mujer casada el disfrute pleno de la capacidad civil para regir sus bienes, sin que necesitare de licencia u autorización marital.

Pese a que este cuerpo legislativo –en correspondencia con la apertura democrática de esos años– ha sido considerado como progresista, fue letra muerta y su función tuitiva nunca llegó a materializarse respecto al Derecho de Familia, pues se mantenían las mismas bases que sustentaban el régimen económico en el Código Civil, y las propias condiciones económicas y materiales que imperaban en la sociedad cubana.

Con la promulgación de la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959 en su Título Quinto, De la Familia y La Cultura, Sección Primera, artículo 43, se reproduce literalmente el texto de igual número de la Constitución de 1940, promoviéndose bajo amparo procesos de liquidación de la comunidad matrimonial.

³ Esta normativa se hizo extensiva a Cuba, por Real Decreto de 31 de julio de 1889, entró en vigor el 5 de noviembre del propio año. Como paso de avance, dejó sentado el régimen económico del matrimonio convencional, a partir de lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales, o contrato de bienes en ocasión del matrimonio, insertado dentro de la materia de contratos.

⁴ Véase «Código Civil Español de 1889», *Leyes Civiles de la República de Cuba*. El art. 1315, Título III, Del Contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, dispone en el segundo párrafo que, a falta de contrato prenupcial sobre bienes, se entenderá el matrimonio bajo el régimen de sociedad legal de gananciales. En el art. 1320 dispone que después de celebrado el matrimonio, no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes y futuros. Doctrinalmente la clasificación de los regímenes económicos matrimoniales que se han establecido atendiendo a su origen son las de carácter convencional, cuando los contrayentes determinan su constitución, mediante la celebración de pactos nupciales o capitulaciones matrimoniales, de naturaleza legal cuando la ley determina el régimen que se aplicara, para regir la vida económica del matrimonio, así por sus efectos puede ser régimen de comunidad universal, parcial o limitada y de separación.

⁵ Véase art. 14, inciso a, Sección II, De los bienes del matrimonio, Capítulo III, De los efectos del divorcio, Decreto Ley 206 de 10 de mayo de 1934, Ley de Divorcio; del Código Civil, el Título III, De la comunidad de bienes, art. 392, así como los arts. 1392-1394, del Capítulo V, De la sociedad de gananciales Sección I, Sobre requisitos de la sociedad de gananciales, comienzo y formalidades para efectuar la renuncia.

⁶ Véase la Constitución de la República de Cuba, de 1 de julio de 1940, en el Título V, De la familia y la cultura, Sección I, refrenda la protección del Estado a la familia y a la maternidad y el matrimonio, en el art. 43 consagra el principio de igualdad entre los cónyuges. Complementaria a esa Constitución, el 29 de diciembre de 1950, se dicta la Ley 9, «Ley de equiparación civil de la mujer», e implanta el sistema de codirección matrimonial, extiende por analogía el régimen económico al matrimonio no formalizado.

En Cuba, la segregación del Derecho de Familia como rama autónoma, tuvo lugar con la creación de un cuerpo legislativo con carácter especial, diferenciado del Derecho Civil, lo cual se hizo realidad con la promulgación del Código de Familia, Ley 1289 de 14 de febrero de 1975, en el que se proyecta un modelo familiar a la luz de importantes cambios en el plano socioeconómico, que propició la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, codificando las instituciones del matrimonio y el divorcio, con el reconocimiento y la protección de las uniones de hecho, a través de la figura del matrimonio formalizado con carácter retroactivo y el reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado. Con ello se logra sentar una renovación total del sistema patrimonial del matrimonio; se suprime el régimen convencional; e implanta el régimen legal de comunidad matrimonial de bienes, que elimina las diferencias sustanciales de los sistemas anteriores –basados en el régimen de sociedad e interés patrimonial– que prevalecía en las relaciones conyugales, e impedían el cumplimiento de los principios de igualdad y proporcionalidad entre los cónyuges.

No obstante, como afirma la profesora Mesa Castillo, bajo el imperio del Código Civil español de 1888, el régimen patrimonial se reguló de modo difuso; se reformó con la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, que introduce cambios en la denominación del título de: «Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio», por «Del Régimen económico matrimonial».⁷

Definido este último por Díez-Picazo como «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas es proporcional a las respectivas cuotas, que mientras no se pruebe lo contrario se presumen iguales».⁸ Asimismo, la normativa cubana también reconoce la existencia coetánea en el matrimonio de bienes comunes o bienes propios de cada cónyuge, aunque deja sentado la presunción legal de que todos los bienes son co-

munes, mientras tanto no se pruebe que son propios de uno solo de ellos,⁹ presunción legal *iuris tantum*.

El matrimonio produce efectos en cuanto a las relaciones personales de los cónyuges, reflejados en el principio de igualdad de deberes y derechos entre el hombre y la mujer, de respeto y ayuda mutua, que en el derecho patrio están debidamente amparados en la Constitución de la República.¹⁰ Asimismo, genera efectos patrimoniales, con consecuencias del carácter económico, derivados de las necesidades de una vida en común, que exigen una planificación respecto a los medios y procedimientos para hacer frente a las mismas, para lo cual se hace necesario determinar los bienes propios y los que sobre ellos genere un régimen de comunidad, así como los ingresos que dispongan los cónyuges, cargas y obligaciones. Estos elementos han sido plasmados en la sistemática de la vigente legislación especial de familia, con disposiciones generales en las que se obliga al cumplimiento de regulaciones básicas con naturaleza imperativa, lo que la doctrina denomina *régimen económico matrimonial primario*,¹¹ que ha sido censurado por la doctrina, al

⁷ Véase O. Mesa Castillo: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 23, siguiendo los criterios del doctor Julio Carbajo González, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, reseña las líneas directrices de la reforma del Código Civil español, por la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, en virtud de la cual se establecen disposiciones de carácter general de aplicación a cualquier régimen económico, denominada en doctrina régimen matrimonial primario.

⁸ Véase L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, t. I, p. 462.

⁹ Véase O. Mesa Castillo: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 43. Los arts. 30-37 del Código de Familia constituyen máximos exponentes de los principios que rigen la comunidad matrimonial, así el art. 30, inciso 2, evidencia el principio de la onerosidad; el art. 31, aborda el principio de presunción de comunidad o de gananciabilidad; el art. 32, trata el principio de persistencia del carácter de los bienes del matrimonio, mientras dure este, en el inciso 2 del propio precepto el de subrogación real, y el de reconocimiento del derecho a reembolso; los arts. 35 y 36 versan sobre la igualdad de administración y disposición.

¹⁰ Cfr., los arts. 24 y 25, del Código de Familia, que contienen la manifestación de las relaciones personales cuando establece la igualdad de deberes y derechos entre el hombre y la mujer, el respeto recíproco entre los cónyuges, con amparo constitucional en los arts. 41, 42 y 44 de la Constitución de la República de Cuba, que consagran la igualdad del hombre y la mujer en los derechos económicos, políticos, culturales, sociales y familiares, así como la igualdad de todos los ciudadanos, con independencia de color de la piel, la raza y el sexo.

¹¹ Cfr., el art. 33 del Código de Familia, Ley 1289, que en su texto contiene disposiciones generales en las que se estipula que «los bienes de los cónyuges están sometidos al levantamiento de las cargas matrimoniales, sostenimiento de la familia y los gastos en que se incurra en la educación y formación de los hijos comunes y de los que sean de uno solo de los cónyuges (...) *ad sustinenda onera matrimonii*, con independencia del régimen económico que se adopte los cónyuges están obligados al levantamiento de las cargas».

decir de Castán Tobeñas: «Siguiendo el plan Alemán, suele estudiar las relaciones patrimoniales del matrimonio a continuación de las relaciones personales del mismo, dentro del Derecho de Familia, integrado por las dos ramas que Savigny llamaba *derecho de familia puro* y *derecho de familia aplicado a los bienes*».¹²

El esquema de la regulación legal de la comunidad matrimonial de bienes, a partir de la referida legislación especial de familia, tienen el carácter único, *ope legis*, definido por Mesa Castillo cual régimen económico del matrimonio:¹³

«El sistema económico matrimonial que implica una comunidad de adquisiciones onerosas que determina que a su disolución se hagan comunes y divisibles por su mitad las ganancias y los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio».

De igual forma, puntualiza que «la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial de bienes es la de una comunidad sin cuotas o en mano común, comunidad que constituye un patrimonio separado del de los propios cónyuges pero sin personalidad jurídica propia y que no puede existir si no es entre marido y mujer».¹⁴

El referido régimen económico matrimonial –acogido por la legislación cubana– de comunidad parcial o limitada, basado en la coexistencia de bienes comunes y bienes propios, acertadamente ha sido considerado por la doctrina patria como el régimen ideal y más perfecto para normar la economía del matrimonio. Al respecto, refiere la doctora Mesa Castillo:¹⁵

«Nuestro régimen es el de comunidad matrimonial de bienes, considerado el más ‘acabado’ y perfecto, el que en verdad satisface las exigencias del Derecho Matrimonial (...) es el que más se ajusta a la especial naturaleza del mismo (...) comienza desde que el matrimonio se formaliza o desde la fecha de iniciada la unión reconocida legalmente, y cesará cuando se extinga el vínculo matrimonial, en diversas legislaciones rige con carácter supletorio, a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando sean ineficaces el régimen será el de sociedad de gananciales».

La comunidad matrimonial se ha organizado de dos maneras distintas, doctrinalmente clasificadas en comunidad romana o de copropiedad por cuotas y comunidad germánica o copropiedad en mano común; la regulación del Código de Familia en Cuba –en cuanto al régimen económico del matrimonio– sigue la línea de la comunidad germánica, o de copropiedad en mano común.

Define Díez-Picazo que:¹⁶

«La comunidad romana tiene su origen en una concepción individualista en la cual la preeminencia se concede siempre al individuo y la situación de comunidad se concibe como algo transitorio, incidental y desventajoso (...) La preeminencia del derecho del individuo impone el reconocimiento de un ámbito de poder exclusivo sobre una parte o porción de derecho ostentado en común (...) El carácter incidental, transitorio y desventajoso que a la comunidad se atribuye, hace que deba facilitarse el camino para la desaparición de este estado otorgando a cada comunero la posibilidad de salir inmediatamente de él en cualquier momento mediante la llamada *actio communi dividendo*».

La comunidad germánica parte, por el contrario, de una concepción colectivista del mundo a la que se subordina el derecho del individuo. La comunidad se considera como una situación permanente y estable y, además, como forma ventajosa de realizar determinadas funciones económicas. Se sigue de

tad y establecen la posibilidad que los contrayentes puedan optar por capitulaciones matrimoniales, y –a falta de estas– por imperio *lege*, aplican como régimen supletorio, el de primer grado o régimen de gananciales.

¹⁶ Véase L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 79.

¹² Véase J. Castán Tobeñas: *Derecho Civil español, común y foral*, t. II, p. 159.

¹³ Véase O. Mesa Castillo: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 32.

¹⁴ *Idem*, pp. 33 y 35. Define la autora la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial, afirma que se erige como una comunidad germánica, contrapuesto al sistema matrimonial de influencia romana, que reconocía como base preponderante al sistema dotal. Así, los arts. 29, 35 y 36 del Código de Familia amparan que el régimen económico, que se regula a tenor de dicha normativa, es el de comunidad matrimonial de bienes, confiere el derecho a cualesquiera de los cónyuges en los actos de administración de los bienes comunes, e impide realizar actos de dominio sobre dichos bienes sin la anuencia del otro cónyuge.

¹⁵ En diversas legislaciones foráneas, como el Código Civil de España y el Derecho Foral de diversas naciones, entre las que podemos mencionar, las comunidades autónomas españolas; México; Nicaragua; Honduras; Chile y El Salvador, toman como base el principio de autonomía de la volun-

ello que en la comunidad germánica las cuotas no existen o, si existen, son puras medidas de valor o de goce que no determinan un derecho exclusivo del comunero sobre ellas.

Así define Rivero Valdés:¹⁷ «La copropiedad común es aquella que existe sobre una cosa materialmente indivisa pero donde no hay cuotas de participación sino que todos los comuneros han de ejercitar siempre de conjunto las facultades inherentes al dominio».

El régimen matrimonial reviste formas variadas, conforme a la organización y estructura social de cada país, así, los ordenamientos positivos han instituido las capitulaciones matrimoniales, en virtud de las cuales los otorgantes –mediante un contrato– podrán estipular, modificar o sustituir, el régimen económico de su matrimonio, o cualesquiera otras disposiciones acordadas en el mismo, cual reglas de carácter económico que van a regir la vida matrimonial.¹⁸

Así, en las compilaciones foráneas se reconocen y regulan tres sistemas de regímenes matrimoniales: *convencional*, el de *comunidad* –denominada en Cuba *comunidad de bienes* (parcial o limitada)– que ha sido igualado al denominado de *sociedad de gananciales*; también en otros ordenamientos jurídicos se regulan el de *participación en las ganancias* y el de *separación de bienes*.¹⁹

La supresión del régimen convencional –a partir de la entrada en vigor del Código de Familia, en 1975–, formó parte de la renovación del sistema patrimonial del matrimonio, en el que se impide la concertación de capitulaciones matrimoniales ante el notario, influenciado por la total desprotección de la mujer en una sociedad en la que imperaba la dependencia y supeditación al marido; condiciones socioeconómicas que en la actualidad han variado sustancialmente, propicias para que –unido al régimen de comunidad– se reincorpore el régimen convencional, y se conceda la posibilidad –en virtud del principio de la autonomía de la voluntad– de optar por capitulaciones matrimoniales.

Según el ordenamiento jurídico patrio, la administración de los bienes comunes –conforme al principio de igualdad jurídica, de administración y disposición– corre a cargo de ambos cónyuges, cualquiera de estos puede realizar actos de administración, así como adquirir bienes que, por su naturaleza, estén destinados al uso común ordinario de la familia. Debido a la naturaleza del régimen económico que regula el Código de Familia, prohíbe en el orden legal realizar actos de disposición y dominio sobre los bienes comunes sin el consentimiento del otro cónyuge, excepto los de reivindicación para la comunidad.

En la copropiedad *en mano común* o comunidad de bienes no existen cuotas, razón por la que los poderes domínicos que tributan a la propiedad recaen

¹⁷ Véase O. Rivero Valdés: *Temas de Derechos Reales*, p. 65. Refiere el autor que «el CC 1987 (a. 169) considera que esta variante de la copropiedad surge de la comunidad matrimonial de bienes, regulada en el CF 1975, lo cual no excluye la posibilidad de otras comunidades de bienes reguladas en otras normas legales o, incluso, surgidas de la autonomía de la voluntad, si bien muchos expertos consideran que este enunciado es exclusivo y excluyente».

¹⁸ En virtud de su origen, los regímenes pueden ser de carácter convencional, prima la voluntad de los contrayentes en su constitución mediante la celebración de pactos o capitulaciones matrimoniales, y de carácter legal, cuando la propia ley decide qué régimen se aplicará a determinado matrimonio. A tenor de sus efectos, se dividen en: regímenes de comunidad, que se constituyen sobre la existencia de un patrimonio común de ambos cónyuges, que puede ser universal, parcial o limitada; régimen de separación, el cual se constituye siempre que hay ausencia de un patrimonio común de los cónyuges; y el régimen de participación en las ganancias, que se presenta como un sistema mixto entre el de comunidad y el de separación.

¹⁹ Véase V. Torralba: *Derecho Civil para Ciencias Económicas y Empresariales*, pp. 205-223, define que: «Una primera aproximación al concepto de sociedad de gananciales

la proporciona el art. 1314 del CC el cual dice que (...) mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos, por mitad al disolver aquella (...) los bienes gananciales constituyen una comunidad en mano común de los esposos, lo cual quiere decir que le pertenecen colectivamente (...) el régimen de separación de bienes, regulado en el art. 1435 y siguientes del Código Civil se caracteriza porque cada uno de los cónyuges tienen el dominio, la administración, goce y libre disposición de los bienes que les pertenecen que son todos los que tenían en el momento de iniciarse el régimen y los que adquiera después de cualquier título. El régimen de participación está comprendido entre los arts. 1411 y 1434 que establece que en el régimen de participación, cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente, tal participación requiere que quede fijado el patrimonio inicial de cada cónyuge».

sobre todas las cosas comunes, cualquier acto dispositivo realizado por uno de los cónyuges, sin la anuencia del otro, deviene en acto *nulo*.²⁰

Visto las disposiciones normativas en el orden sustantivo y procesal, el cese de la comunidad matrimonial de bienes se decreta a partir de la extinción del matrimonio, y –una vez disuelto este– la comunidad matrimonial de bienes queda formando parte de un patrimonio colectivo, susceptible de liquidar, ya sea de forma voluntaria o extra judicial cuando hay acuerdo entre los excónyuges, a través de documento público notarial, documento privado, o con el empleo de otros medios de prueba que acrediten el acto voluntario, siempre utilizando la escritura cual requisito de solemnidad, o con el empleo de la vía judicial ante los tribunales civiles ordinarios.

Cuando no hay acuerdo entre los excónyuges, en el orden procesal la ley adjetiva prevé y remite al proceso sucesorio por las reglas de la sucesión intestada para las diligencias de disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, que presupone operaciones divisorias destinadas a determinar sobre los bienes del caudal común, los que han de ser atribuidos por su mitad a cada uno de los comuneros, a partir de inventario y avalúo de los mismos, así como los créditos y los débitos que se generen de la liquidación, dispuestos según el principio de equidad en la resolución judicial, declarativa y constitutiva de título de dominio a favor de la persona que se dispuso la adjudicación de todos los bienes que eran comunes, y que resultaron divididos, pudiendo ejercer en cuanto a estos, las acciones que franquea la ley para ejecutar la resolución judicial.

Coincido con el criterio de autores que, de manera acertada, fundamentan la carencia de normas que garanticen la satisfacción de la pretensión y de normas protectoras de los bienes que integran el patrimonio conyugal, pues aun cuando la Ley Rituaria en el Libro Tercero, Título I, “Del Proceso de Ejecución”, prevé al detalle la forma y el modo en que serán ejecutadas las sentencias firmes y transacciones aprobada judicialmente, en la práctica forense resulta inviable la materialización de dicha normativa, cuando se trata de resoluciones judiciales emanadas de los títulos ejecutivos en los que se resuelve *disolver y liquidar* la comunidad matrimonial de bie-

nes –originado por las carencia de normas, de orden sustantivo y procesal– que permitan garantizar los fines del proceso, y –a su vez– sean reguladoras de la administración, disposición y preservación de los bienes comunes adquiridos en la unión conyugal; susceptibles de una posible *litis*, criterio desarrollado *supra* en el tracto histórico doctrinal de esta institución, que ha sido abordado y sostenido por la doctrina patria.²¹

Tratamiento procesal para disolver y liquidar la comunidad matrimonial de bienes

El tratamiento que ofrece el ordenamiento jurídico cubano, no proporciona suficientes garantías jurídicas al momento de proceder a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, lo que origina –una vez disuelto el ligamen matrimonial o reconocidas judicialmente las uniones matrimoniales– la imposibilidad de que los litigantes puedan acreditar

²¹ Véase O. Mesa Castillo: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 69, citando a Jorge de la Fuente López, enfatiza que: «Lo cierto es que en nuestra realidad socio-jurídica, ya sea por la carencia explícita de normas sustantivas que regulen esa situación especial de los bienes comunes antes de la liquidación, o ya sea por la ausencia de medidas cautelares sobre los bienes que serán objeto de una posible *litis*, suele suceder que antes de comenzar las operaciones de liquidación, muchos de los bienes que conformaban la comunidad matrimonial ya han sido enajenados, destruidos o escondidos por uno de los cónyuges (...) Esto sucede sobre todo en los casos en que no coinciden en el tiempo la extinción de hecho y de derecho del matrimonio y uno de los cónyuges se marcha de lo que hasta entonces fuera hogar común». Sin duda, esta situación urge de una respuesta firme en el orden material y procesal. Criterio que también ha sido seguido por el Máster Osvaldo M. Álvarez Torres, cuando aboga por la «necesidad y posibilidad de un procedimiento y una jurisdicción especial de familia en Cuba», e incluye, como elemento cardinal, el establecimiento de medidas cautelares decretadas en cualquier estado de la sustanciación del proceso ya sea a instancia de partes o de oficio por el tribunal, y recomienda: «Reseñar a solicitud de parte, la existencia de bienes comunes o propios, anotación que surtirá efectos durante todo el tiempo de duración del proceso o hasta que se practique la liquidación correspondiente a esos bienes lo que indudablemente evitara la ocultación o desaparición de dichos bienes por el cónyuge que de mala fe se proponga privar al otro de los bienes que pudieran corresponderle luego de disuelto el matrimonio y en trámite de liquidación de la comunidad matrimonial que existió entre ambos».

²⁰ Cfr., los arts. 35 y 37 del Código de Familia, Ley 1289, aunque son reguladores de la administración de la comunidad matrimonial de bienes, no especifica cuáles actos de administración pueden realizar cualquiera de los cónyuges.

la preexistencia e integridad de todos los bienes comunes, ello genera vulnerabilidad de los derechos reconocidos en la resolución judicial que recae en el referido proceso, signado por la ausencia de medidas provisionales que aseguren el cumplimiento de la pretensión e integridad de los aludidos derechos con respecto a los bienes hasta la culminación del proceso judicial, constituyendo las medidas cautelares el medio jurídico procesal idóneo para garantizar la consecución del derecho material, emanado de un título ejecutivo y declarativo de dominio.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 (en lo sucesivo LEC), que se hizo extensiva a Cuba en 1886, se reseñan en *numerus clausus* las medidas cautelares,²² derogada esta a su vez por la LEC española de 2000 que establece: «medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverlas con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos»,²³ logró sistematizar, con procedimiento propio y amplió, el catálogo de medidas hasta el número de 11, e incorporó la protección a la intimidad personal y familiar, a la imagen, propiedad industrial e intelectual;²⁴ mientras que, en el panorama cubano, influenciado por la herencia procesal española, tanto la Ley 1261 de 4 de enero de 1974, que derogó la LEC, así como la Ley 7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977, estaban permeadas de las carencias que en el orden técnico se le atribuían a la derogada LEC de 1881. No obstante, la Ley 7 de 1977 introduce algunas exiguas modificaciones en punto al régimen innominado estipulado al amparo del artículo 40, que dotó al juez de un soporte legal para que, aun cuando no se hubiese interesado medida cautelar alguna, ante posible peligro de pérdida de futuros derechos se amparara en él, para garantizar la integridad en la marcha del proceso. Sin embargo, a pesar de los intentos del legislador, en la práctica judicial se hizo poco uso de este precepto.

²² La referida legislación recoge diez medidas cautelares específicas carentes de técnica jurídica, lo que fue superado por la actual LEC española de 2000, dirigida en su totalidad a lograr un acercamiento de la justicia al justiciable como interés máximo.

²³ Véase *Preámbulo del proyecto de la LEC española de 2000*, consultado en el archivo personal de José Félix León Rivas, Presidente de la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río.

²⁴ Véase el art. 731 de la LEC española de 2000, consultado en el archivo personal de José Félix León Rivas, Presidente de la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río.

La tendencia actual de reforma, en el Derecho patrio en sede familiar, en la que se han enfrascado la judicatura y un sector de la doctrina en Cuba, ha suscitado diversas inquietudes, devenidas propuestas para instaurar una jurisdicción especial de familia, en pos de solucionar con eficacia, agilidad y racionalidad los conflictos surgidos en torno a la institución familiar. El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de la República de Cuba, se ha pronunciado, emitiendo la Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007, en virtud de la cual se implementan modificaciones en procesos relativos al Derecho de Familia; en busca del restablecimiento del principio de equidad procesal en el tenor quinto dispone: «En presencia de la situación a que se contrae el artículo 40 de la LPCALE, el tribunal adoptará las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal incluyendo las de tipo cautiva». En tal sentido la Instrucción 191 de 14 de abril de 2009, dispone que se aplique con carácter supletorio el régimen cautelar del proceso económico,²⁵ que introdujo el Decreto Ley 241 de 2006 al Derecho positivo civil –en lo pertinente a las medidas cautelares– introduce un régimen cautelar novedoso que ha sentado pauta en el Derecho positivo cubano, aun cuando ha primado la voluntad del alto *forum* para suplir –en el orden legislativo– el vacío que se manifiesta en torno a la regulación de cautela en el proceso civil en general, testimonios autorizados refieren que estas disposiciones no tienen rango de ley; criterio que también comparto, como afirma el profesor Mendoza Díaz.²⁶

«Las instrucciones son instrumentos normativos que el Consejo de Gobierno adopta *ex officio*, con el propósito de armonizar las prácticas jurisdiccionales, generalmente a propuesta de las salas o de alguna instancia administrativa del propio Tribunal Supremo (...) haciendo uso de la facultad interpretativa de la ley, con el objetivo de crear una práctica judicial uniforme, el Tribunal Supremo, a través de su Consejo de Gobierno, ha realizado una labor normativa encaminada a llenar vacíos existentes en el ordenamiento jurídico, tanto en el orden sustantivo como procesal».

No obstante lo anterior, las medidas cautelares –instrumentadas para el proceso económico– resultan aún insuficientes para satisfacer las exigencias re-

²⁵ Véase Capítulo X del Decreto Ley 241 promulgado por el Consejo de Estado de la República de Cuba, el 27 de septiembre de 2006.

²⁶ Véase J. Mendoza Díaz *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, p. 17.

queridas, según las características propias del proceso civil, y los procesos relacionados con el Derecho de Familia, que difiere por sus particularidades del Derecho Económico, que ha sido abordado por el profesor Mendoza Díaz,²⁷ cuando advierte:

«A guisa de cierre (...) No obstante la aportación hecha por el nuevo régimen cautelar, se aprecian incoherencia en el diseño de aquellos requisitos que la doctrina tiene delimitados como presupuestos para la adopción de todas las medidas cautelares, e incluso antinomias entre estos, en el régimen general cautelar y lo dispuesto para embargo de buques y aeronaves».

Ello se agudiza con la carente tutela jurídica constitucional, que rompe con el principio de seguridad jurídica, al no estar sostenido en dicho texto, dentro de los derechos fundamentales, que ampare y permita un adecuado enfoque del tema, a los fines de lograr –de forma efectiva– la protección de las garantías de la ejecución de la resolución judicial; razones por las que –a partir de la práctica judicial, adquirida en el ejercicio de la profesión– abogo por la instrumentación de una regulación propia –en sede de Derecho Patrimonial de Familia– para lograr asegurar el patrimonio de la sociedad conyugal, argumentos que se han teniendo en cuenta con el propósito de considerar que el tema seleccionado resulta de trascendental importancia.

Medidas cautelares. Presupuestos jurídico-doctrinales

Sin lugar a dudas, las medidas cautelares constituyen el soporte jurídico-procesal que propicia el logro pleno y efectivo de la tutela jurídica, habida cuenta que el Derecho Procesal –en función de cumplir los fines sociales y económicos de la sociedad– sirve al derecho material cual instrumento idóneo para el logro de la actuación y materialización de dicho derecho. Con las medidas cautelares se vincula la situación del proceso principal, conducentes a la satisfacción del logro de la pretensión sobre la que se haya obtenido éxito; la doctrina es uniforme al momento de abordar los presupuestos esenciales que tributan a la aparición de las medidas cautelares, considerado por la doctrina clásica Italiana e identificada por el procesalista Piero Calamandrei con las categorías de

fumus boni iuris y el *periculum in mora*; entiéndase, como el interés específico que justifica la emanación de cualquier medida cautelar.²⁸

«El *fumus boni iuris* («humo de buen derecho»), denominada también, como *verosimilitud o apariencia del derecho*, no es otra cosa que la apreciación apriorística que debe tener el juez sobre la justeza de la pretensión que se formula, que sin fundamento en título alguno, altere el régimen jurídico del demandado, ya sea en su patrimonio, o en su persona».

De esa forma, el maestro italiano colocó este presupuesto cual premisa primigenia del régimen cautelar, y estimó que está presente siempre que haya un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva.

En sede de Derecho Patrimonial de Familia, con la finalidad de salvaguardar la integridad de los bienes objeto de *litis*, las medidas cautelares tienen la función de tutela anticipada, y provisional, de los derechos de los excónyuges litigantes. Así, en los juicios de divorcio y procesos de reconocimiento de uniones matrimoniales, el sentido y alcance de las medidas provisionales apuntan a preparar *a priori* la liquidación de los bienes que integran la comunidad, que hasta el presente –por orfandad legislativa– se impedía la solicitud de cautela, ni se admitían los actos preparatorios, a tenor de orientación del Consejo de Gobierno del TSP que dispuso –mediante Acuerdo 49 de 19 de septiembre de 1990– la inadmisibilidad en el proceso de divorcio de diligencias consistentes en actos preparatorios.²⁹

De tales consideraciones se advierte la importancia del tratamiento del tema seleccionado y la motivación por este, habida cuenta que la instauración de medidas cautelares posibilita proteger en el *lapsus* de tiempo que discurre en la tramitación procesal, y del retardo de la resolución judicial que pone en peligro la integridad de los bienes objeto de liquidación, y asegurar el cumplimiento del mandato judicial; juicio de valor que ha sido adquirido a partir de la práctica forense, en la

²⁸ *Idem*, pp. 3 y 4.

²⁹ Con la emisión de la Instrucción 191 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) de la República de Cuba, se posibilita dar solución a la desprotección jurídica, que tenían hasta el presente, el comunero que no ostentaba la posesión de los bienes integrantes de la comunidad matrimonial, y garantiza la efectividad del pronunciamiento judicial futuro en esta sede.

²⁷ Véase J. Mendoza Díaz: «Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano», p. 12.

que se ha podido constatar que en las resoluciones judiciales estimatorias que se dictare, se frustra la ejecución de derecho material –emanado de la misma– por ausencia de providencias en sede cautelar.

Características de las medidas cautelares

Jurisdiccionalidad

Está determinada por la obligatoriedad de que las medidas sean dispuestas por un órgano jurisdiccional, en esta sede, las medidas cautelares tienen un carácter consustancial respecto al desempeño de la jurisdicción de lo civil y familia.

Provisionalidad

Sobre la base de la génesis para el cual han sido interesadas las medidas cautelares, han de ser alzadas una vez garantizado el cumplimiento de la resolución futura o posterior, brinda la posibilidad de la adopción de la medida y la posterior revocación o la denegación de esta en un momento determinado, y su posterior aprobación.

Proporcionalidad

Referida a la correspondencia que debe existir entre el en el *petitum* o núcleo de la demanda –formulado por el postulante–, y el sentido y el alcance de la medida interesada.

Variabilidad

Una vez dispuesta por el tribunal, puede modificarse en cualquier momento –ya sea por las previstas en ley o las que se reportan como innominadas– esta facultad que se le confiere al juez, permite disponer una medida más onerosa para quien la soporta, o puede decretar el cese de esta.

Autonomía

Por su propia naturaleza se erigen en autónomas, pues su objeto persigue –apriorísticamente– asegurar la virtualidad del objeto del proceso, sea contencioso o extracontencioso, así como la tutela anticipada ante el temor de la frustración del derecho material, reconocido –en un futuro– en la resolución judicial, que sirve de fundamento a las providencias definitiva.

Instrumentalidad

Sobre esta particularidad, refiere el profesor Mendoza Díaz, en consonancia con el procesalista italiano Calamandrei, que «ellas (las medidas cautelares)

nunca constituyen un fin en sí mismas, ya que están preordenadas, a la emanación de una ulterior providencia definitiva, al resultado práctico de las cuales aseguran preventivamente. La expresión marcará su efímero ciclo vital».³⁰

A modo de conclusiones

1. La inexistencia de protección legal cautelar de los bienes que integran el patrimonio conyugal, incide en la efectividad de la tutela jurídica que pudiera otorgarse en el pronunciamiento judicial, e impide el cumplimiento del principio de seguridad jurídica.
2. De *lege ferenda*, la instrumentación de un régimen de medidas cautelares generales y específicas en la legislación procesal –en sede de Derecho Patrimonial de Familia–, garantiza la efectividad del derecho reconocido en la Resolución título, que emana de los procesos de *disolución* y *liquidación* de la comunidad matrimonial de bienes, que propicia certidumbre en la administración de justicia.
3. Se recomienda al órgano legislativo sistematizar un cuerpo legal, en el que se instituya un régimen cautelar en virtud del cual se garantice la protección del patrimonio conyugal, para asegurar el acercamiento de la justicia al justiciable.

Bibliografía

- Álvarez Suárez, M.: *La familia cubana: políticas públicas y cambios sociodemográficos, económicos y de género*, Centro de Estudios de la Mujer [s. n.], 1998.
- Álvarez Torres, O.: «Necesidad y posibilidad de un procedimiento y una jurisdicción especial de familia en Cuba», en *Memorias de la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana, 22-24 mayo* (CD-ROM), 2006.
- Andux Alfonso, R.: «Medidas cautelares. Tutela cautelar», en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Procesal* (CD-ROM), La Habana, 2000.
- Barona Vilar, S.: «Matrimonio y uniones de hecho: Se reducen las diferencias», 2002, <consumer.es> (Consulta: 15/8/2008).

³⁰ Véase J. Mendoza Díaz: «Un acercamiento al régimen cautelar...», *op. cit.*, p. 4.

- Barona Vilar, S.: *Medidas Cautelares: Introducción*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Santiago de Chile, 2004.
- : «Aspectos patrimoniales en las normativas sobre parejas de hecho. Legislación comparada: España, Francia y Suecia», *Estudios*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, año XIV, no. 292, Santiago de Chile, abril de 2004, <www.europarl.eu.int> (Consulta: 20/10/08).
- Diccionario de Derecho Privado*: t. I y II, Ed. Labor, Barcelona, 1950.
- Diccionario Jurídico*: (CD-ROM), Ed. Espasa-Calpe, Madrid, [s. f.].
- Diez-Picazo, L., y A. Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho Civil*, 8.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- Enciclopedia Jurídica Española*: t. VIII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1910.
- Fernández Bulté, J., y D. Carreras Cuevas, et al.: *Manual de Derecho Romano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- Flores Báez, Y.: «La liquidación de la comunidad matrimonial de bienes en la unión matrimonial no formalizada» (inédita), presentado en la Conferencia Jurídica Provincial de Bufetes Colectivos, Camagüey (CD-ROM), [s.f.].
- Fuente López, J. de la: «Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica». *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, no. 38, 1989.
- González Pacheco, L. N.: «La protección de los bienes integrantes del patrimonio matrimonial en el ordenamiento jurídico cubano» (inédita), *Tesis para optar por el grado científico de Especialista en Derecho Civil, Patrimonial de Familia*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007.
- Grillo Longoria, R.: *Derecho Procesal Civil I. Teoría General del Proceso Civil*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- : *Derecho Procesal Civil II., Proceso de conocimiento y proceso de ejecución*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- Cruz Berdejo, J. L. la, y A. Luna Serrano, et al.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil*, vol. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.
- Martínez Labrador, Y.: «El reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada, su origen, evolución y vigencia actual», *Capítulo Provincial de Derecho Civil y de Familia* (CD-ROM), UNJA, 2002.
- Mendoza Díaz, J.: *Las uniones consensuales: Un tema pendiente para el derecho de familia*, www.monografías.com, (Consulta: 15/8/08), [s.f.].
- : «Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano», *Boletín ONBC*; La Habana, no. 29, pp. 1-14, octubre-diciembre, 2007.
- Mesa Castillo, O.: «El derecho familiar en la sociedad cubana», en *II Jornada de Derecho de Familia Comparados* (CD-ROM), Asociación de Mujeres Profesionales en Derecho de Yucatán, 1998.
- : *Derecho de Familia*, Módulo I, Tema I «El Matrimonio», I Parte, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.
- : *Derecho de Familia*, Módulo II, Tema II «El Matrimonio», V Parte, Régimen Económico, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.
- Diccionario Cervantes. Manual de la Lengua Española*, Imp. Nacional de Cuba, Ministerio de Educación, La Habana, 1962.
- Núñez, E. R.: *Reglas para la liquidación judicial de la sociedad de gananciales*, vol. LX, Ed. Jesús Montero, La Habana, 1947.
- Peral Collado, D.: *Derecho de Familia*, Ed. Félix Varela, La Habana, 1998.
- Pérez Gallardo, L. B. y E. I. Lora-Tamayo Rodríguez: «Divorcio por mutuo acuerdo ante Notario: mitos y tabúes», en *Derecho Notarial*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2008.
- Podetti, J. R.: *Tratado de las medidas cautelares, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, t. IV, 2.^a ed., actualizada, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1969.
- Prieto Rodríguez, P. S.: *Caracteres del proceso cautelar uruguayo* (CD-ROM), [s.d.e.].
- Rapa Álvarez, V.: *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, Ed. Félix Varela, La Habana, 1999.
- Valdés Díaz, C. C. (coord.): *Derecho Civil, Parte General*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2000.
- Legislación consultada**
- «Constitución de la República de Cuba, Ley 1 de julio de 1940», promulgada el día 5 de julio de 1940, *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, no. 646, de 8 de julio de 1940 (derogada).
- «Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, modificada por la Ley 28 de 1978 y la Ley de Reforma Constitucional de 1992», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, no. 7 de de 1 de agosto de 1992.
- Constitución española, de 27 de diciembre de 1978*, última modificación 13 de diciembre de 2004.
- Código Civil de Argentina, de 1 de enero de 1987*. Disponible en <http://www.justiniano.com>. (Consulta: 18/8/2008).
- Código Civil de la República de Cuba, Ley 59 de 16 de julio de 1987*, 1.^a ed., Ed. MINJUS, La Habana, 1988.
- Código Civil español de 1888*, hecho extensivo a Cuba en 1889 (derogado).
- Código Civil para el Distrito Federal de México de 2000*. Ed. Gaceta Oficial del Distrito Federal, México, 2002. Disponible en <http://www.mexicohtml.rincondelvago.com>.

Código Civil de la República de Chile de 1857, actualizado en 2000.

Código Civil de la República Oriental del Uruguay (CD-ROM), Base de Datos, Tribunal Popular Provincial, Pinar del Río.

Código Civil de la República de Nicaragua (CD-ROM), Base de Datos, Tribunal Provincial Popular, Pinar del Río.

Código de Familia de Cuba, Ley 1289 de 14 de febrero de 1975, Código de Familia, en vigor desde el 8 de marzo de 1975. Departamento de Divulgación del Ministerio de Justicia, MINJUS, 2.^a ed., anotada y concordada, La Habana.

Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959 (derogada).

Ley 5476 de 7 de noviembre de 1973, Código de Familia de la República de Costa Rica.

Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico, Ley 7 de 19 de agosto de 1977.

«Ley 30 de 7 de julio de 1981», por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil español y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, *Boletín Oficial de España, BOE*, Madrid, no. 172, de 20 de julio de 1981.

«Ley 51 de 15 de julio de 1985, Ley del Registro del Estado Civil», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, edición ordinaria, no. 50, de 22 de agosto 1985.

Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881.

Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Decreto Ley 241 de 21 de septiembre de 2006, que modifica la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977.

Dictamen 108 del Tribunal Supremo Popular. Publicado en el *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, La Habana, segundo semestre, 1980, p. 21.

Dictamen 289 de 17 de mayo de 1988, en *Compendio de Acuerdos en materia civil*, Ed. Tribunal Supremo Popular; La Habana

Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2008 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Anteproyecto de Código de Familia, Editorial de la Mujer, FMC y UNJC, La Habana, versión de 26 de mayo de 2008.

La tutela en el Derecho de Familia. Un análisis doctrinal

ESP. ZENIA ISABEL CASTELLANOS LÓPEZ*

Introducción

Mientras las fuerzas físicas, intelectuales y volitivas no han adquirido el desarrollo suficiente para la defensa, protección del individuo y de sus derechos por sí mismos, es preciso que otra persona, que los reúne en el grado necesario, se encargue de esa defensa, protección y cuidado.

Los padres son los encargados de salvaguardar a aquellos que necesitan amparo, pero cuando ellos faltan, se hace preciso alguien que los supla, y a quien ley invista de todas las atribuciones necesarias para llevar a cabo la función encomendada a los defensores naturales, imponiéndole los deberes y responsabilidades consiguientes.

Ni la sociedad, ni el Estado y con ello el derecho, pueden dejar a todas esos seres humanos –débiles e inexpertos– expuestos al desamparo, la malicia y codicia de los hombres, por lo que con razón, si los códigos no establecieran la guarda y protección de esas personas, el sentimiento lo impondría.

El medio protector, no constituido directamente por la naturaleza, sino organizado por la ley, ora para los menores, a quienes les falta protección natural de los padres, ora para los mayores de edad sin capacidad jurídica de obrar; es la *tutela*.

Este tema, impulsó el querer fundamentar, desde una perspectiva histórica, teórica y comparada, la vigencia de la institución de la tutela en el Derecho de Familia cubano.

Este estudio consta de cuatro partes: el primero, dedicado al análisis doctrinal de la institución de la tutela; el segundo, referente a la evolución histórica

* Licenciada en Derecho de la Universidad de Oriente en el 2002. Abogada de Santiago de Cuba. Especialista en Derecho Civil. El trabajo que se presenta, fue premiado en la modalidad de Trabajo Científico en la edición del Concurso anual de 2003, en materia de Derecho de Familia.

de la tutela; un tercer capítulo consagrado al estudio comparado de la institución en las legislaciones modernas, y un cuarto y último capítulo para examinar el tratamiento jurídico, dado a la materia en la legislación cubana.

Los métodos teóricos empleados en esta tesis de diploma son: el *lógico-jurídico*, con el propósito de fortalecer la investigación a partir de los criterios y observaciones expuestos por autores clásicos y modernos –fundamentando la tutela–; el de *análisis histórico*, para así resaltar la antigüedad y variaciones sufridas de la tutela en el tiempo, y el *jurídico-comparado*, con el objetivo de reflejar el comportamiento y las tendencias de la institución de la tutela en diversas legislaciones modernas.

Teniendo en cuenta los métodos utilizados y el objetivo del trabajo, traté de lograr una uniformidad en la investigación por diversos elementos, los cuales servirán para reflexionar sobre el comportamiento que ha tenido la institución tutelar en la historia, las legislaciones modernas y, por lo tanto, en Cuba.

Los puntos utilizados y que aparecen con frecuencia en cada capítulo son:

- Clases de tutela.
- Sujetos de la tutela.
- Quienes pueden ser tutores.
- Incapacidad para ser tutores.
- Ejercicio de la tutela.
- Remoción del cargo de tutor.
- Excusas legales de la tutela.
- Rendición de Cuentas de la tutela.
- Terminación de la tutela.
- Registros de tutela.

La finalidad de esta ardua labor, es que sirva de provecho a los que se inician en el aprendizaje de esta institución, proporcionándoles una visión más general de la materia.

No es un trabajo definitivo, no se podría aspirar a ser un tratado, pero si pretendo dejar claro el contenido de la institución de la tutela, la cual aparece dispersa

y confusa en disímiles obras, siendo esto una guía fácil para penetrar en el intrincado campo de las doctrinas y las leyes.

Si lo logro, me sentiré profundamente satisfecha, si no, desde ahora queda abierta la investigación y el fructífero y siempre bienvenido intercambio con quienes se sientan estimulados a proseguir esta labor que aquí se inicia.

Consideraciones Doctrinales de la Tutela

Tema muy debatido entre los escritores e investigadores del Derecho civil, es la tutela, y aunque antigua, no por eso los modernos civilistas dejan de tratarla con extensión, cada cual según su punto de vista.

La atención que se le brinda a la tutela, obedece a razones elementales, pues constituye un remedio jurídico al que acudir, cuando las personas no puedan valerse por sí mismas, estando limitadas para ejercer derechos y obligaciones, ya sea por causa natural o legal.

En virtud de lo antes expuesto, antes de exponer los criterios y observaciones acerca del tema, me parece acertado definir etimológicamente la figura de la *tutela*, que es un término que se deriva del verbo latino *tueore*, que significa «proteger, defender, amparar».¹

Concretó Servio Sulpicio, en el Derecho Romano, que la tutela era un poder sobre una cabeza libre, dado y permitido por el Derecho civil, para proteger a quien debido a su edad, no puede defenderse por sí mismo.²

Laurent, por su parte, ha precisado que la tutela es una carga pública impuesta a una persona capaz de cuidar a otra incapaz y representarla en los actos de la vida social.³

Stolfi, puntualizó que la tutela es un instituto ordenado por la ley para la protección de aquellos que, en virtud de la edad o condiciones de mente, sean incapaces de proveer a la propia persona y a los propios intereses patrimoniales.⁴

Penichet, por su parte, ha considerado la naturaleza y alcance de esta institución en las siguientes palabras: «Es aquella función privada y obligatoria mediante la

¹ Antonio de Ibarra: *Derecho de Familia*, p. 471.

² Emilio Fernández Camus: *Código Civil Explicado*, p. 243.

³ Francois Laurent: *Principios de Derecho Civil*, p. 254.

⁴ Stolfi: *Diritto Civile*, p. 735.

que cierto número de individuos en pleno disfrute de sus derechos civiles suplen la falta de tales derechos en los incapacitados y menores que no están sujetos a la patria potestad y atienden al cuidado de su persona y bienes, o estos últimos solamente».⁵

A juicio de Planiol, la tutela es una función jurídica, confiada a una persona capaz, y que consiste en cuidar de la persona de un incapaz y administrar sus bienes.⁶

Serafini Filippis, considera que quien se encuentra en la imposibilidad de gobernarse a sí mismo, la propia persona y los bienes, merece ser protegido y ayudado, y la ley viene en su ayuda, dándole un representante que cuide, proteja y administre sus bienes.⁷

Definen Kipp y Wolf, la tutela, en sentido amplio, considerándola, el cuidado llevado bajo la inspección del Estado, por una persona de confianza (tutor), sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo o, al menos, se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación.⁸

Sánchez Román, al igual que Castán Tobeñas y Diez-Picazo, conceptúan la tutela como un órgano legal, mediante el cual se prevé la representación a la protección, la asistencia, el complemento de quienes no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin su actividad jurídica.⁹

En la *Enciclopedia Universal*, se individualiza a la *tutela* como una institución que tiene por objeto, la protección jurídica de las personas que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de cuidar por sí mismos de sus relaciones jurídicas.¹⁰

Federico Puig Peña, señala que la tutela es aquella institución jurídica cuyo objeto es la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismos.¹¹

Daniel Peral Collado apuntó que la *tutela*, es una institución jurídica que tiene por objeto, la protección y cuidado de las personas y patrimonio de aquellos que, debido a su incapacidad legal, están imposibilitados de gobernarse a sí mismos.¹²

Las opiniones acreditadas de estos autores son lógicas, pero resulta necesario resaltar, y a la vez diferenciar, detalles que, en torno a la tutela, siempre han existido; entresijos que se han convertido en reflexión para los modernos civilistas y que, a continuación, se examinan.

La tutela como institución jurídica

La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la tutela, los autores han manejado diferentes calificativos para identificarla. Unos hablan de *poder*, conferido a una persona para cuidar de otra, tales como Servio SÚLPICIO, y le sigue Clemente de Diego quien alega que la tutela es un «poder protectivo».¹³

Entiende el autor argentino Chávez –con el cual comparto criterios– que la tutela no se trata de un poder –en el sentido de mandato– pues en ella no se celebra contrato por el cual uno es mandante y el otro mandatario, se trata de un caso de representación legal, cuyas facultades están previstas en la ley.¹⁴

Otros identifican a la tutela cual *función*, cabe mencionar a Penichet, Planiol, mientras que otros difieren, y la valoran como un órgano legal que cumple con cuidar y representar a la persona de un incapaz; línea establecida por Sánchez Román, Castán Tobeñas y Diez Picazo.¹⁵

Sin embargo, sobresalen autores como Laurent, que expresan que la tutela es una *carga* que tiene el que la lleva a efecto.

Sin despreciar estos criterios, pues tienen su razonamiento lógico, opino y coincido con Peral Collado, Puig Peña y la definición dada por la *Enciclopedia Universal*,¹⁶ de que es preferible establecer a la tutela como una *institución jurídica*; es decir, un conjunto

⁵ Castán Tobeñas: *Derecho Civil español, común y foral*, p. 399.

⁶ Jorge Planiol Y. Ripert: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, p. 115.

⁷ Felipe Clemente de Diego: *Instituciones del Derecho Civil español*, p. 520.

⁸ B. Manuel González-Alegre: *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, pp. 3-4.

⁹ Felipe Sánchez Román: *Estudios de Derecho Civil, común y foral*, p. 114.

¹⁰ *Enciclopedia Universal Ilustrada*. p. 588.

¹¹ Federico Puig Peña: *Tratado de Derecho Civil español*, p. 319.

¹² Daniel Peral Collado: *Derecho de Familia*, p. 146.

¹³ Felipe Clemente de Diego: *op. cit.*, p. 514.

¹⁴ Manuel Chávez Ascencio: *La Familia en el Derecho. Relaciones paterno filiales*, p. 333

¹⁵ Ver definiciones de estos autores en la página 17 del presente estudio.

¹⁶ *Ibidem*.

de normas y preceptos armónicamente enlazados, y definitivamente establecidos, que estructuran ese designio importantísimo para proteger, defender y cuidar quienes no poseen capacidad jurídica de obrar.

La tutela: institución cuasi familiar o familiar

Destaca Diez Picazo, que la tutela es una institución *cuasi* familiar y no familiar,¹⁷ basándose en que las instituciones familiares son aquellas que integran a la familia, ora en sentido estricto (conyugal y pater-no filial), ora en sentido lato (parental), además de que las instituciones familiares implican relaciones de mutuo auxilio, protección y defensa.

A diferencia de las instituciones familiares, las *cuasi* familiares –subraya Clemente De Diego–¹⁸ van a responder a los mismos fines específicos de protección y asistencia que las instituciones familiares, pero en sí las *cuasi* familiares son la ampliación, o medios supletorios de las familiares, y, por ello, se utiliza la partícula *cuasi*, que quiere decir *a semejanza*.

Muy vinculados con estas consideraciones surgieron otros planteamientos en cuanto a la naturaleza de la tutela.

Diversos autores han expuesto que el estudio de la tutela debe realizarse en la teoría de la *capacidad*, en la Parte General del Derecho civil, teniendo en cuenta que estas relaciones actúan sobre sujetos carentes de capacidad, o dentro del Derecho de obligaciones,¹⁹ por el aspecto patrimonial y obligacional que de la misma puede derivarse.

Aunque, efectivamente se pueden dar esas situaciones patrimoniales, y a pesar de que el polo personal pasivo de la relación jurídica sea un incapacitado, he preferido seguir la orientación escolástica –continuada hoy en día por la mayoría de los tratadistas– de estudiar la tutela dentro del Derecho de Familia y de llamar a su institución *cuasi* familiar.

La razón fundada para acogerme a este criterio es que, por encima de los problemas jurídicos que suscite la incapacitación, resalta siempre un hermoso designio de cuidado, protección y desvelo el que, a

semejanza de lo que ocurre en el seno de la familia, el mejor y más sublime cometido es el de la tutela, reintegrando física y moralmente la capacidad, cuidando de la persona del menor o del carente de capacidad jurídica de obrar.

Esto, si no es en puridad la familia, es lo que más se le parece y, por eso, hay que seguir tratando a la tutela dentro del Derecho de Familia, para que siga recibiendo el hálito especial que tienen las relaciones familiares, que se producen en la fría rigidez de las normas propias de las demás ramas del ordenamiento jurídico.

La tutela en el derecho público o en el derecho privado

Merece observarse, que no ha existido consenso en cuanto a si la tutela es una institución del derecho público o del derecho privado.

A juicio de algunos autores –cabe citar a Valverde y a Laurent– que la tutela es una carga más bien pública que privada,²⁰ no estando conforme con lo planteado por Sánchez Román, quien considera que el cargo del tutor es derivado del derecho privado, y se establece con fines puramente particulares.

Indudablemente, para quienes se acogen al criterio de que la tutela afecta al interés público, se basan en que la función del tutor no es sino una manera que el Estado tiene de otorgar la protección a la infancia y a aquellas personas que no pueden valerse por sí mismas, deber que constituye uno de los más importantes del poder público.

Solo así se explica que sea un cargo obligatorio, y que el Estado reglamente la tutela de modo que, en la organización y funcionamiento, no pueda ser modificada por la voluntad de los particulares, siendo, por lo tanto, un cargo de interés social.

En cambio, otros autores, como Sánchez Román, Penichet, de Diego Escobar, suelen calificar de *cargo privado* a la tutela, fundamentándose en que más que una función y una carga pública, aparece como un ministerio del derecho privado; es decir, un ejercicio que este otorga y a la vez impone, en cuanto lo declara obligatorio para las personas llamadas a su desempeño, con vista a un fin que se concreta en la persona y en el patrimonio de aquel para quien

¹⁷ Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, p. 184.

¹⁸ Felipe Clemente De Diego: *op. cit.*, p. 510.

¹⁹ *La Crítica en Ennekerus*, p. 263.

²⁰ Ver nota 15.

se considera como en el derecho privado,²¹ pues su misión es puramente privada: auxiliar al incapaz y defenderle en su persona y bienes.

Quienes, como la que suscribe, se basan en una concepción monista o comunitaria del derecho –superadora de la distinción ya referida anteriormente– consideran que en estas instituciones –al igual que en todas las demás– actúan los dos grandes principios constructivos, que se reflejan en todas las normas jurídicas: el de la comunidad y el de la personalidad;²² ambas siempre dirigidas hacia la consecución del bien común, y en constante y necesaria colaboración.

En virtud de lo ya expuesto, no es objeto de este estudio el discutir si la tutela es una institución del Derecho privado o del Derecho público, pues, conforme a la doctrina acabada de sentar, lo que aquí interesa dejar bien patente es la tendencia social en que se halla inspirada; hasta el punto que su ordenación no es resultado de la voluntad de los que a ella se acogen y de quienes protegen por encontrarse en situación de incapacidad o minoría de edad, sino que, por el contrario, toda su regulación es –de derecho– necesario, desde el momento en que la voluntad individual no desempeña en ella un papel constitutivo y de libertad.

En lo que a mí respecta, no tercio en esta discusión en torno al carácter público o privado, por cuanto que ya he expuesto mis consideraciones acerca de la tradicional distinción del Derecho; pero sí vale aclarar que, a mi juicio, la institución de la tutela debe incluirse en el ámbito del Derecho de Familia, haciendo, en consecuencia, énfasis en el carácter de protección de que dispone, por constituir un simple medio de asistencia a los estados de incapacidad natural o jurídica.

Tutela y curatela

La etimología de estas palabras indica un sentido de defensa, protección y cuidado de aquellas personas que no pueden valerse por sí mismas (menor de edad o incapacitado), pues *tutela* proviene de *tueore*, defensa y curatela de *curare*, cuidado.

El Derecho Romano distinguió la institución de la *tutela* y la *curatela*; la primera, con el objetivo de la protección, cuidado y defensa de los menores de

edad –tanto de su persona como de sus bienes–; y la segunda, encaminada a proteger y administrar los bienes de los mayores de edad incapacitados.

Por otro lado, ni el Derecho germano, ni los Códigos que en él se inspiraron, admitieron la distinción entre la institución de la tutela y la curatela, atendiendo a que ambas instituciones responden a la misma razón y al mismo fin.

El jurisconsulto Servio Sulpicio, en el Derecho Romano, en su definición de la tutela, subrayó que era un «poder sobre (...) que por motivo de su edad no puede defenderse por sí mismo».²³

Se evidencia en esta exposición que el sujeto de la tutela era un menor de edad, y no un mayor de edad incapacitado.

Otros autores, como Penichet, Stalfi y lo determinado en la *Enciclopedia Universal*, estiman que la tutela es una institución de protección, cuidado y defensa de aquellos incapacitados en virtud de sus condiciones de mente o edad; debido a causa natural o legal, esto se evidencia en lo que expresó Stalfi cuando define que: «La tutela (...) para la protección de aquellos que por edad, sea por condiciones de mente son incapaces de proveer a la propia persona».²⁴

Sin embargo, algunos especialistas no detallan en sus disquisiciones quienes son los sujetos a tutela, los menores de edad o el mayor de edad incapacitado, cabe mencionar a Laurent, Planiol, Kipp y Wolf, los cuales solo expresaron que la tutela está confiada a una persona capaz para que cuide a la persona de un incapaz.²⁵

A pesar de los criterios que puedan versar en torno a la tutela y la curatela, lo cierto es que cada país –en su legislación civil o familiar– con independencia de que la doctrina tienda a restablecer la clásica distinción entre tutela y curatela, ha decidido –según su razonamiento– unos, fundir a la tutela y a la curatela en una sola institución –teniendo en cuenta que ambas tienen un propósito común–; otros, han preferido la distinción entre la tutela y la curatela, apoyándose en que el objetivo no es el mismo, aunque tenga similitud en algo, pues la tutela va encaminada a proteger, educar su persona y administrar sus bienes, mientras que la curatela, está destinada solamente a administrar los bienes del incapacitado.

²¹ Eloy Escobar De La Riva: *La Tutela*, p. 4.

²² L. Rodríguez-Arias Bustamante: *La Tutela*, p. 22.

²³ Ver nota 15.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Ver nota 15.

La incapacidad en la tutela

Se ha utilizado, a lo largo de la historia legislativa de la tutela, el término *incapaces* para designar a los tutelados. Así lo exponen diversos autores en su conceptualización de la tutela, como Laurent, quien refiere: «La tutela (...) a un incapaz».

A mi juicio, coincido con algunos autores como Scavola, en que la denominación de *incapaces*, entraña vaguedad.²⁶

Si la palabra *incapaces* se considerara en cuánto vale y significa, cualquiera no muy versado en la ciencia del derecho podría creer –seguramente y con mucho fundamento– que la senectud, la parálisis y la ceguera, entre otras, son por su propia naturaleza causas de tutela.

En efecto, ¿quiénes más incapaces para gobernarse por sí mismos que un anciano, un paralítico y un invidente? Sin embargo, ni el anciano, ni el paralítico, ni el ciego están sujetos a tutela, pues, como regla común, la incapacidad debe trascender a la inteligencia y a la aptitud de poder guiar y dirigir su persona y sus bienes, sino es así, no son aplicables para esas personas los preceptos tutelares.

Por ello, se puede desechar por confusa la expresión de *incapaces* y reemplazarla con otra de mayor saber científico y de superior propiedad, quienes *no tienen capacidad jurídica de obrar*.²⁷

La tutela y la patria potestad

No puede negarse que, al iniciarse la tutela, fue comprendida en el molde de la patria potestad; el tutor era continuación del *pater familia*, y solo quien tuviera la patria potestad, era el facultado para determinar y nombrar el tutor.

Hay pues, gran analogía entre la tutela y la patria potestad, el objeto de ambos es el mismo: la educación del hijo y la administración de los bienes, pero

los medios difieren entre sí, por cuanto el legislador confiere a los padres un poder más amplio que a los tutores: el padre tiene derechos que jamás podrá tener el tutor.

La diferencia entre estas dos instituciones radica en la propia fuente, pues la patria potestad se origina del vínculo natural que surge de la consanguinidad, de manera que unos descienden de otros, pudiendo resultar, también, de la adopción, lo cual genera –en ambos casos– una relación paterno-filial. En cambio, la tutela surge por el derecho positivo, que crea y organiza la institución en las leyes, según las necesidades propias de cada país.²⁸

La evolución de las ideas tienden a aproximar estas dos instituciones, que en realidad el derecho debe reglamentar de diferentes maneras: del mismo modo que el tutor no puede mostrar un interés ni un cariño por su pupilo, semejante al que pudiera sentir el propio padre.

No obstante, lo cierto es que en el Derecho positivo, se pueden encontrar legislaciones, como el Código Civil Francés de 1804, que al regular la institución de la tutela, dedica artículos a la tutela de los padres hacia el menor –coexistiendo ambas instituciones en un mismo período– cuando en realidad la tutela es una función que se establece en el caso de que los padres –por alguna causa– ya no sean sus defensores naturales y sea otra la persona encargada de proteger y asistir a quien no tenga capacidad jurídica de obrar y no pueda valerse por sí mismo.

Cuando el jurisconsulto romano Servio Sulpicio detalló qué era la tutela, afirmó que la misma era un poder sobre una cabeza libre, o sea, que tenía que ser *sui iuris*²⁹ y no *alieni iuris*,³⁰ y en el primero de los casos (*sui iuris*) significaba no estar bajo la patria potestad.

²⁸ Manuel Chávez Ascencio: *Op. cit.*, p. 334.

²⁹ Faustino Gutiérrez: *Diccionario de Derecho Romano*. Es *sui iuris*: la persona libre y ciudadano romano no sometida a la potestad de un conjunto de derechos, sea cual fuere su edad, aunque no tuviera de hecho persona alguna sometida a su autoridad (Gayol, 48; *Instituta* I, 6; *Digesto* I, 6 Ulpiano IV, 1-2).

³⁰ *Idem*. Es *alieni iuris*: Persona libre y ciudadano romano que se encuentra sometido a la potestad de un *pater familia*, por lo que no goza de capacidad jurídica completa, en contraposición a las personas *sui iuris* (Gayo I, 48; *Instituta* I, 8; *Digesto* I, 6).

²⁶ Q. Scavola Mucius: *Código Civil*, p. 106.

²⁷ *Capacidad jurídica de obrar*: Es reconocido en el derecho, toda persona por el solo hecho de serlo, deviene sujeto de derechos y obligaciones (capacidad de derecho), siendo así desde el momento en que nace hasta que muere; pero muchos carecen –total o parcialmente– de la capacidad de ejercitar o la posibilidad de actuar por sí mismo estos derechos y obligaciones (capacidad jurídica de obrar); resultando entonces necesario arbitrar soluciones jurídicas (Código Civil cubano, art. 24).

Al igual que lo concibió Penichet, la Enciclopedia Universal –en sus definiciones– destaca que la tutela es para quienes no estuviesen bajo la patria potestad.³¹

Afirma el tratadista Daniel Peral Collado que si bien la patria potestad y la tutela tienen razones comunes, difieren principalmente en el fondo, pues en la patria potestad se manifiesta una relación entre padre e hijo, mientras que en la tutela la relación no es parental, es meramente jurídica entre tutor y tutelado,³² pese a que los tutores puedan tener algún vínculo consanguíneo con el pupilo.

Es por ello que la ley exige que se fijen con mayor rigor los límites entre ambas instituciones, y se desarrolle un control más rígido sobre la tutela.

Carácter personal y patrimonial de la tutela

Alrededor del carácter personal y patrimonial de la tutela, se ha desarrollado cierta discusión jurídica. En diversas legislaciones y definiciones de jurisprudencia, se evidencia el interés de la administración y cuidado de los bienes, no haciéndose énfasis en cuanto a la educación y protección material (alimentos, ropa, entre otros) de la persona sujeta a tutela.

En la actualidad, la institución de la tutela ha sido objeto de graves censuras por parte de algunos juristas y sociólogos, quienes reclaman radicales transformaciones en su organización, pues el legislador se ha preocupado –hasta el momento– exclusivamente de la administración de los bienes, olvidando por completo los cuidados y la educación.

Todas las preocupaciones de la ley, han sido para evitar la desaparición y abandono de los bienes de los sujetos a tutela y, en cambio, ha descuidado el tomar medidas conducentes para la educación e instrucción de estas personas.

Esto refleja una inhibición punible por parte del poder público –según expresa Valverde– pues la tutela ha sido un nuevo martirio por la infancia, en la cual si se ha orientado la administración, no se ha garantizado la educación y perfeccionamiento moral y espiritual del pupilo.³³

Como parte de este análisis, considero que tanto el cuidado personal como el de los intereses de administrar los bienes, deben marchar a la par, y su intensidad debe correr parejo, en armonía con la necesidad, y sin predominio de una obligación sobre otra.

No se aprecia un consenso legislativo en cuanto al carácter oneroso o gratuito del ejercicio de la tutela, algunos cuerpos legales aceptan la institución como un cargo que debe ser retribuido, apoyándose en la necesidad de agradecer al tutor en su desempeño y esfuerzo; otros se acogen a la teoría de la gratuidad y de la voluntariedad del desempeño de dicho cargo, sobre la base del interés personal ante todo, pues la misma constituye una fórmula para ayudar a proteger y cuidar a las personas que no tengan capacidad jurídica de obrar, ya sea por causas legales o naturales.

Sistemas de tutela

Se reconocen en las legislaciones contemporáneas dos sistemas que rigen la tutela, mezclados con un tercero.

El primero de ellos llamado *de familia*, consiste en un régimen dirigido por una asamblea de parientes que se organiza, reúne, delibera y decide la intervención de un tutor y un protutor, bajo la vigilancia y la supervisión del Consejo de Familia.

El segundo sistema es el *de autoridad* y se funda en la consideración de que las funciones tutelares, que no hubieren sido encomendadas expresamente al tutor designado, por sus lazos parentales con el pupilo, o en su consideración a la individualidad de su persona, deben ser atribuidos por órganos del poder público.

En el régimen de autoridad se encuentran dos grupos. El primero, lo integran quienes confían a las *autoridades judiciales* la inspección y vigilancia de la tutela, así como su organización. El otro grupo, está formado por aquellos que prefieren encargar la función tutelar a las *autoridades administrativas* y, en especial, a las municipales.

El tercer sistema, calificado de *mixto*, parte de una tesis ecléctica, de modo que estima que la tutela debe quedar entre los regímenes de familia y de autoridad, entes privados y públicos, de naturaleza judicial y administrativa.

Algunos autores se han manifestado en contra de estas tres maneras distintas de organizar el control de la tutela: familiar, de autoridad y mixta, teniendo en cuenta que muchas legislaciones no aceptan un

³¹ Ver definición del autor y de la *Enciclopedia* en la página 17 del presente estudio.

³² Daniel Peral Collado: *Op. cit.*, p. 147.

³³ Calixto Valverde Valverde: *Tratado de Derecho Civil español*, pp. 520-521.

régimen puro,³⁴ es decir, que algunos pese a seguir el sistema familiar, admiten cierta intervención de los tribunales.

En la doctrina, ciertos autores consideran que el mejor sistema de tutela es el denominado *de autoridad*, por ofrecer mayores garantías para el pupilo,³⁵ aunque nadie puede prever la mala fe de los hombres cuando son llamados a funciones tan complejas como la tutela.

En esta tendencia del modelo de *autoridad*, algunos prefieren la *autoridad judicial*, pues, además de la razón histórica de esta tendencia de haber servido para intervenir en las situaciones relativas a la tutela, invoca a la mayor imparcialidad y seriedad, por tener un alto concepto del deber y sus condiciones de conocimiento de prudencia.

Contra estos criterios se alega la razón de que la tutela no abarca tanto cuestiones jurídicas, como de utilidad y conveniencia, y los tribunales, por sus ocupaciones, no pueden ejercer la inspección y vigilancia –minuciosa y constantes– que exige la responsabilidad y ejercicio de la misma, de manera que sería una rueda que no funcionaría de hecho, pues la tutela quedaría confiada al tutor exclusivamente, en cuanto el tribunal no ofrecería más garantía que la nominal.

Otros autores opinan que, al no estar suficientemente organizada la autoridad judicial –ofreciendo plenas garantías– es indudablemente preferible dejar a la familia la defensa y protección de quienes no tuviesen capacidad jurídica de obrar, apoyándose –además– en que, si bien la familia moderna carece de los vínculos afectivos que la caracterizaron en otra época, siempre será mejor en su función que la autoridad judicial que puede estar más corrompida que aquella.

Se orienta entonces, la doctrina, en la necesidad de crear jueces pupilares que, exclusivamente, estén dedicados a la realización de la función protectora.

Por otro lado, algunos especialistas le achacan a la *tutela de familia*, el ser muy complicada en su funcionamiento y el que los órganos que la forman carecen –de hecho– de responsabilidad. ¿Cuál sistema es el mejor? Es difícil determinarlo. Respetando los criterios de los diversos autores, –partidarios unos, de un sistema de tutela, y otros, agudos detractores de aquellos modelos que no aceptan– la verdad es que en un país puede funcionar perfectamente, un

sistema de tutela y en otros no, por razones elementales de cada pueblo, pues la tutela es una materia íntimamente relacionada con la estructura social y tradiciones de cada nación.

Valoración personal sobre la tutela

Luego de exponer elementos que, debidamente coordinados, conducen a una explicación de la tutela, persuadidos de la dificultad insuperable de definir bien, mi definición de esta institución es la siguiente:

Tutela, institución jurídica que se confiere a uno poptestad o del mayor de edad –declarado judicialmente incapacitado– el cuidado, protección, representación y administración de dichas personas y sus bienes, ciudadano en la plenitud de sus derechos, para que ejerza a favor del menor de edad –no sujeto a patria.

Origen y evolución histórica de la tutela

*«la historia es algo que nace, que vive y algo que muere, que no tiene ni tendrá más testigos que los hombres».*³⁶

Fidel Castro Ruz

Los pueblos primitivos, sometidos a la organización patriarcal, no conocieron la tutela de los huérfanos cual institución. Los hijos eran considerados como una *cosa* del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de *ius dominiciae*.³⁷

Claro es, que no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, pues, después de la muerte del padre, pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuarían ejercitando el *poder dominiciae*.

Era la tutela concebida como defensa y protección, consecuencia del vínculo que ligaba a los miembros de la *gens*,³⁸ formada por todos aquellos que procedían de un tronco común.

³⁶ Tomás Borges: «Conversación con Fidel Castro», *Un grano de maíz*, pp. 36-37.

³⁷ Castán Tobeñas: *Op. cit.*, p. 400.

³⁸ Faustino Gutiérrez: *Op. cit.*: Según recoge este autor, *gens*, es el «grupo social integrado por la reunión de familia, cuyos jefes o *paterfamilias*, descienden por línea de varón de un antepasado común, entre los que existen una comunidad de culto y de nombre. Se ha discutido sobre su origen, siendo para unos una institución artificial creada por el Estado, mientras que para otros es una agregación natural de familias en razón de la ascendencia común».

³⁴ L. Rodríguez-Arias Bustamante: *Op. cit.*, p. 66.

³⁵ Emilio Fernández Camus: *Op. cit.*, p. 246.

Los miembros de la *gens* no solo tenían el derecho de ejercer la tutela, sino que esto era para ellos un deber sacratísimo, pues el lazo que los unía los obligaba a prestarse mutuo auxilio.

Posteriormente, dejó de proyectarse la tutela como un órgano parental, transformándose en órgano de protección pupilar con la intervención del Estado, imponiendo este determinadas obligaciones (*obligatio tutelae*), convirtiéndose la tutela en una carga personal para el que ejerciera la función de tutor.

Pero, al trazar la historia de esta institución, no se ha de hacerlo en cada pueblo y en todo tiempo, sino fijándose principalmente en aquellos códigos jurídicos que han obtenido una más completa regulación, y han marcado hitos en la historia, además de haber influido en las legislaciones modernas.

La tutela en el derecho romano

Especialmente en Roma es digna de estudiarse la tutela, pues ella establece el punto histórico de avance de esta institución y refleja, en las diversas etapas de su existencia histórica, los mismos cambios que en otros pueblos, donde predominaba la organización patriarcal de la familia.

En el recorrido por la historia de la institución de la tutela en el Derecho Romano, se puede apreciar que esta institución experimentó profundos cambios a través del tiempo, debido al progreso social y económico que, necesariamente, se proyecta sobre el contenido del Derecho, obteniéndose perfectamente constituida en la legislación de Justiniano y sobre los mismos fundamentos que se tiene en las legislaciones modernas.

Como primera expresión jurídica del Estado romano, ha llegado a nosotros las disposiciones de las XII Tablas (leyes esculpidas en piedra para su exhibición y conocimiento público). Estas leyes constituyeron la desembocadura fundamental de las normas jurídicas que, hasta su promulgación, habían regido la vida de aquel pueblo.

No definió la ley decenviral, la tutela, se limitó solamente a establecer, en la *Tabla V De las Herencias y Tutelas*, que:

- Del modo que el padre de familia disponga en testamento de sus bienes y de la tutela de los que tenga en su poder, valga.

- Si el padre de familia que tiene un hijo impúber, muere intestado, su *agnado*³⁹ próximo tome la tutela.

Años más tarde, el jurisconsulto Servio Sulpicio definió la tutela, la cual fue mantenida en varias legislaciones en Roma.

Según consta en la Instituta de Justiniano, Servio Sulpicio refirió lo siguiente: “*Ius ac potestas in capite libero ad tuendum cum, qui propter altatem se defendere nequit iure civile data ac permissa*” (la tutela es un poder sobre una cabeza libre, dado y permitido por el Derecho Civil, para proteger al que por motivo de su edad no puede defenderse por sí mismo).

Suponía la tutela en el Derecho Romano, la existencia de un incapaz que, a su vez, era *sui iuris*, pues de ser *alieni iuris*, estaba contemplada su incapacidad por la patria potestad.

Se distinguió entonces, la incapacidad de los menores de edad, de la de los locos, furiosos⁴⁰ y pródigos.⁴¹ En consecuencia, se establecieron en todas las legislaciones que componían el Derecho Romano, instituciones de protección distintas, dirigidas a los menores de edad (la *tutela*) y a los locos, pródigos y mayores de edad, que no hubiesen arribado a la edad de 25 años (la *curatela*).

³⁹ Gayo I, 156; *Digesto* XXVI, 4, 7: «El *agnado* es el pariente civil por línea masculina, es decir, los parientes del padre, como el hermano nacido de un mismo padre, el hijo del hermano y el nieto de él y también, el tío paterno, su hijo y su nieto nacido. Los unidos en parentesco por persona femenina no son *agnados*».

⁴⁰ Faustino Gutiérrez: *Op. cit.* Según expone el *Diccionario de Derecho Romano*, es *furioso, loco*, el privado de juicio, individuo que, en razón de la situación mental, está afectado de una incapacidad de obrar absoluta. En el Derecho de Justiniano parece que se restringe el concepto, al demente con intervalos lúcidos, afectado de locura permanente, sin que haya unanimidad en los textos (*Ley de las Doce Tablas*, Tabla VI, *Digesto* I; 6, 13).

⁴¹ En virtud de lo recogido por Gutiérrez (*op. cit.*), se entiende por *pródigo* —según la Ley de las XII Tablas— la persona *sui iuris* que dilapidaba los bienes recibidos por sucesión *ab intestato* del padre o del abuelo paterno, en detrimento de sus descendientes legítimos. Posteriormente, este concepto fue ampliado hasta incluir a todo aquel individuo que despilfarraba los bienes, cualquiera que fuera su procedencia, por lo que el derecho le imponía una incapacidad de obrar y lo sometía a curatela (Ulpiano XII, 2, 20; Gayo I, 53; *Digesto* XXVII, 10, 1).

Pero los romanos no solo conocieron la tutela sobre los menores de edad, incluyeron a las mujeres, a quienes consideraron incapaces e inexpertas para los negocios.

De este modo, en las *Reglas de Ulpiano*,⁴² Título XI Sobre Tutelas, artículo 1, se establecía que se instituían tutores, tanto para los varones como para las mujeres, en lo que concierne a los varones, únicamente para los impúberes –por la debilidad propia de la edad–, respecto a las mujeres –impúberes y púberes– a tenor de la debilidad del sexo y su ignorancia del foro.

La *tutela perpetua sobre la mujer* se aplicó exclusivamente en Roma, mientras que la *tutela sobre los impúberes* fue común en todos los pueblos.

Tutela de los impúberes

La tutela, como toda institución jurídica, se constituía por un hecho originador que era la existencia de un impúber *sui iuris*, individuo necesitado de protección, además, requería de otra persona que no pudiera eximirse del cargo de la tutela (tutor), es decir, de prestar su protección a ese otro individuo que la necesitaba.

En Roma, existieron diversos criterios sobre la consideración de la llegada a la pubertad; un número de legisladores reconoció que las hembras eran impúberes hasta los doce años, mientras que los varones podían considerarse en tal rango hasta los catorce años, otros jurisconsultos prefirieron determinar la pubertad por la disposición y madurez del cuerpo.

Sin embargo, diversas legislaciones se afiliaron a una concepción mixta, apreciando la pubertad en quien poseía ambos requisitos: aptitud fisiológica y el citado número de años (Ulpiano XI, 28; Gayo X, 196, *Instituta de Justiniano XXII*).

Quiénes podrían ser tutores

Mientras que la tutela se concibió como un derecho, la categoría de tutor, no requirió de condiciones especiales de capacidad, solo bastaba el ser *libre, ciu-*

dadano romano y varón. De ello se deduce que los esclavos, peregrinos y mujeres, estaban incapacitados para el ejercicio de la tutela.

Pero a medida que la tutela se modela, en función de su finalidad amparadora de la debilidad del pupilo, se exige al tutor condiciones que aseguren eficacia y actitud en su tarea.

Sin embargo, no todos los que fueren libres, ciudadanos romanos y varones, poseían lo suficiente como para ser tutores, pues este cargo era de gran responsabilidad y requería de una diligencia inusitada, de modo que, teniendo en cuenta esto, se excluyó a:

- Quienes no tuvieran discernimiento ni medios materiales para desempeñarla.

Dentro de este *primer grupo* se encontraban los menores de veinticinco años, los furiosos, mudos, sordos, ciegos o quienes padeciesen de una dolencia crónica.

- Por el ejercicio de la profesión.

En este *segundo grupo*, estaban excluidos los obispos, monjes, militares, excepto para los hijos de sus compañeros de armas.

- Aquellos, cuyo ejercicio del cargo, no resultaba confiable a juicio de la ley.

No eran tutores o dejaban de serlo, en este *tercer grupo*, quienes fuesen deudores o acreedores del pupilo; tuvieran pleito o enemistad con el huérfano, así como el marido que hubiera contraído esponsales con la tutelada, entre otros casos.

En el Derecho Romano posterior, se amplió la prerrogativa referente a los que tenían capacidad para ser tutor de una persona necesitada de protección, y así lo dio a conocer el emperador Justiniano en sus obras, cuando en sus *Instituciones* en el Libro I, Título 14, dispone que pueda ser tutor, el que sea:

- Varón.
- Ciudadano romano.
- Libre.
- Esclavo, si fuese libre, sino se le daba la libertad al nombrarlo y, en caso que no se le diera la libertad, el solo hecho de nombrarlo tutor significaría que era libre.

⁴² Según refiere la *Enciclopedia Encarta*, las instituciones del jurista Justiniano, contenían los elementos fundamentales del Derecho Romano que se basaban en las instituciones de Gayo, vigentes todavía en numerosos sistemas jurídicos europeos. Se sabe muy poco de la vida de Gayo, ni siquiera su nombre completo.

- El furioso o menor de veinticinco años, nombrado tutor testamentario, cuando el furioso hubiera recobrado el juicio y el menor cumplido los veinticinco años de edad.

Merece advertirse, que algunos de los que estaban incapacitados para ser tutores, con las reformas del emperador Justiniano, se reconocieron capaces para serlo.

Aunque algunos estudiosos de la institución han expresado que aquellos que en el Derecho de Justiniano eran considerados capaces para ejercer la tutela, solo se trataba de una capacidad teórica, en realidad la ley no les otorgaba efectividad a la misma.

Delación de la tutela

No bastaba que hubiera una persona que pudiera y quisiera encargarse de la tutela, sino que era preciso que la misma tuviese título legítimo para desempeñar el cargo, es decir, que fuese llamada a la tutela o, como se decía en el Derecho Romano, que esta fuera diferida.

Por el modo de diferirse, la tutela se distinguió en *tutela legítima*, *tutela testamentaria*, *tutela dativa* (así apareció regulada en diferentes cuerpos legales como las *Reglas de Ulpiano*, la *Instituta de Gayo* y las *Regulaciones Justinianeas*).

Tutela legítima

En el más antiguo derecho, el modo de diferirse era por el más próximo parentesco, de modo que el pariente cercano del pupilo, tenía derecho a ser tutor. Como ese derecho fue reconocido y respetado por las leyes, se dijo que los tutores eran legítimos y la tutela legítima (*ex lege*).

Esto tiene su base en la *Ley de las XII Tablas*, cuando regula que tiene derecho a la tutela su agnado más próximo, en caso de que muera el padre de familia y tenga un hijo impúber, si no hay agnado tenga la familia los gentiles (véase las XII Tablas, Tablas V y IV).

Y así lo reguló Ulpiano cuando en el Título XI, artículo 3 dispuso que: «Tutores legítimos son los debidos a alguna ley, mas se dicen legítimos por excelencia los creados por la Ley de las XII Tablas, bien directamente como son los agnados».

El término utilizado por Ulpiano y otros jurisconsultos, de que la *tutela legítima* es definida por la ley, resulta inexacto, pues parece que la ley era la que revestía el carácter de tutor, cosa que no era cierta.

Se trataba de un derecho y un deber, que era superior a la ley, y representaba un sistema de nombramiento de tutor, distinto de la testamentaria, pues serían llamados al ejercicio de la tutela los parientes más inmediatos.

Resultaron en la evolución del Derecho Romano, cuatro clases de *tutela legítima*, regulado de esta forma en los diversos códigos que se destacaron en la epopeya legislativa: *tutela de los agnados*, *tutela de los patronos*, *tutela de los ascendientes*, y *tutela fiduciaria*.

Tutela legítima de los agnados

En cuanto a la *tutela legítima de los agnados*, ya se refirió que en la *Ley de las XII Tablas*, se hacía alusión a que el agnado más próximo ejercería la tutela; de este modo lo regularon las *Reglas de Ulpiano*, Título XI, 3; la *Instituta de Gayo*, Título X, 155.

En un principio, corresponde la tutela a los agnados y, en su defecto, a los gentiles, regulado así en la Tabla V de la ley decenviral. Luego se desmoronó la gentilidad en Roma, durante los últimos tiempos de la República, y solo le correspondía ejercer el cargo de tutor a los agnados.

Con posterioridad, en tiempos de Justiniano, ocurrió una transformación en la familia romana, en virtud de ella, la cognación absorbió a la agnación, por lo que fueron llamados a ser tutores los *cognados*,⁴³ y así quedó regulado en las *Instituciones* de Justiniano. Título XV, 1.

Cuando al agnado más próximo le correspondía ejercer el cargo de tutor, eran preferentemente llamados los del sexo masculino –entre los parientes por parte del padre– discriminándose de esta forma la figura de la mujer, aunque ya se analizó que la mujer estaba incapacitada para ejercer el cargo de tutora, además de estar sometidas a tutela perpetua.

⁴³ Al consultar el Diccionario de Derecho Romano, aparece la siguiente definición de *cognados*: «Parentesco natural, de sangre o por consanguinidad, que liga entre sí a todos los miembros de una familia natural o civil que tiene un antepasado común». Este parentesco fue poco a poco desplazando a los agnados. Ha de tenerse en cuenta que estos últimos –aun los ingresados en la familia por adopción– son al mismo tiempo cognados, pero los parientes consanguíneos solo son solo cognados. Ver Gutiérrez: *Op. cit* (Instituta 3, 6; Digesto 38, 8).

Al ser llamados los cognados en el derecho justinianeo, entonces se modificó el llamamiento de las personas y así la *Novella* CXVIII, refrendó que podían ejercer el cargo de tutor:

- El padre.
- El abuelo.
- La madre. Siempre y cuando se comprometiera a no contraer nuevas nupcias. (*Novella* 118, *Digesto* 26, 1, 16).
- La abuela. Siempre y cuando se comprometiera a no contraer nuevas nupcias (*Novella* 118, *Digesto* 26, 1, 16).
- Los hermanos bilaterales. del impúber y a la vez los hijos de estos.
- Los demás parientes.

Tutela legítima de los ascendientes

El ascendiente, al emancipar al hijo –en virtud de las formalidades que se exigían en la emancipación– llegaba a adquirir sobre aquel, los mismos derechos hereditarios que el patrono; en consecuencia, era natural que si el emancipado era impúber, el ascendiente emancipador fuera, también, el *tutor legítimo*.

La *Instituta* de Justiniano, regula en el Título XVIII, en cuanto a la tutela de los ascendientes, que si alguno emancipare al hijo o hija, nieto o nieta –habidos del hijo y así sucesivamente– siendo aún impúberes, será el tutor legítimo de estos.

Tutela legítima de los patronos

En todo tiempo, fue permitido en Roma dar libertad a los siervos, cualquiera que fuese su edad.

El pupilo huérfano, que no había sido esclavo, encontraba un tutor testamentario o un tutor legítimo, pero, el que salía de la esclavitud, carecía de agnados y no podía tener tutor testamentario, pues nadie estaba facultado para ser tutor de un esclavo en testamento.

La jurisprudencia se encargó de llenar este vacío, por eso Justiniano afirmó junto a Ulpiano y Gayo, que pertenecía a los patronos y sus hijos, la tutela de los libertos, y en su consecuencia merecía el calificativo de legítima. (Ulpiano XI, 3 *Instituta* I, 1, 17).

En la *Instituta* de Gayo, se reguló en el Libro I, Título X, artículo 465, que la tutela de los libertos de uno y otro sexo correspondía –según la misma *Ley de las XII Tablas*– a los patronos y a sus hijos.

Esta tutela se llamaba *legítima*, no porque sobre ella se encuentre en la ley disposición expresa, sino porque lo ha introducido la interpretación –como si lo estuviere– por las mismas palabras de la ley.

Cuando el esclavo tuviese varios patronos, la tutela pertenecía a todos y, en el caso de que uno muriese, se refundiría en los demás, no siendo heredada por los descendientes.

Si la perdían todos por muerte o *capitis diminutio*,⁴⁴ eran llamados entonces, los descendientes de primer grado de todos ellos.

Tutela fiduciaria

En el caso que muriese el padre emancipador, se transmitía la tutela a sus hijos, equiparándose estos con los hijos del patrono, pero ya no serían tutores legítimos, sino *fiduciarios*. En la *Ley de las XII Tablas* no estaba prevista este tipo de tutela.

Las *Reglas de Ulpiano* en el Título XI, artículo 5, se dispuso que, quien manumite al libre que fue emancipado por el padre o el comprador, se hace tutor por analogía, como el patrón; tutor que recibe el nombre de *fiduciario*.

El emperador Justiniano, en las *Institutiones*, Título 19, reguló sobre la tutela fiduciaria en el mismo sentido que lo hizo Ulpiano, solo que abundando un poco más, prescribiendo que, si el ascendiente manumitiere al hijo o hija, nieto o nieta y así sucesivamente, antes de que llegasen a la pubertad, adquiere la tutela legítima de los mismos; muerto aquel, si dejase descendientes varones, estos serían los tutores fiduciarios de sus hijos, o del hermano o hermana, y de los demás.

Luego, desapareció la tutela fiduciaria, presentándose solo con un sentido histórico, en particular después de la *Novella* CXVIII.

⁴⁴ Según refieren Ulpiano XI, 9-13 y la *Instituta* de Justiniano XVI, la *capitis diminutio*, es el cambio del estado anterior; es de tres clases: *máxima*, si se pierde la ciudadanía y la libertad; *media*, cuando se pierde la ciudadanía conservando la libertad; *mínima* porque se conserva la ciudadanía y la libertad, modificándose, sin embargo, el estado del hombre.

Tutela testamentaria

Apareció luego la *tutela testamentaria*, que en un inicio recibió la denominación de *tutela dativa* en el Derecho Romano, al ser otorgada por el testador. Como su nombre indica, en la tutela testamentaria, el tutor se nombraba en testamento, de manera que no lo era por título propio, como los legítimos, sino que ese título lo recibía del testador.

Aunque en el orden histórico, primero surge la tutela legítima y más tarde la testamentaria, esta última se superpuso, en precedencia, a la legítima; por ello, en los diferentes cuerpos legales se regula, primeramente, la tutela testamentaria y luego, la legítima.

La tutela testamentaria precedía a la legítima, pues mientras hubiere *tutor testamentario*, él sería quien podría ejercer la tutela con preferencia a cualquier otra persona, de aquí la regla: *quardiu tutila testamentaria speratur legitima cessad*.

Como bien se reguló en las Reglas de Ulpiano, Título XI, 14, la tutela testamentaria se confirma en la Ley de las XII Tablas, Tabla V con estas palabras: «Así como dispusiese sobre sus bienes o sobre de los suyos, sea así de derecho».

La tutela testamentaria sufrió modificaciones, dependiendo siempre del medio social; en un inicio, solo podía nombrar tutor, aquel que tuviese la patria potestad sobre el impúber, por ser la tutela una consecuencia de esta. Al respecto, Ulpiano reguló: «Que de suerte que ni el padre natural, ni la madre podían nombrar tutor a sus hijos de este modo». Dicho de otra forma, solo podía darse tutor testamentario a los descendientes impúberes que estuviesen bajo la patria potestad del padre de familia, y que, a su muerte, había de quedar *sui iuris*.

Podían ser nombrados tutores, todos los que pudiesen ser nombrados herederos y, por consiguiente, además de los ciudadanos romanos, los latinos, pues el testamento no era sino una *mancipatio*.

Con posterioridad, en el Derecho Romano, se hacen ligeras transformaciones en las regulaciones sobre la tutela testamentaria; se despoja la tutela de la fundamentación en la patria potestad, su preocupación como institución, es la protección a los huérfanos; se daba posibilidad de nombrar tutor –aparte del padre– a la madre y a un extraño.

Y si antes se designaba solo tutor a los descendientes –colocados inmediatamente después del *pater* de familia– en ese tiempo se extendía a tres más:

- Al póstumo (el que no ha nacido cuando muere el testador).
- Descendientes emancipados, por más que no tenga sobre ellos patria potestad.
- Los hijos naturales.

Respecto a quiénes podían ser nombrados tutores testamentarios, se amplía este derecho; aparte de ser varón y ciudadano romano, se podía nombrar tutor testamentario al esclavo, al furioso y al menor de 25 años.

Tutela dativa

La tutela dativa fue introducida por *Lex Atilia*, anterior al 186 a.n.e., siendo extendida a las provincias por las leyes Julia y Tilia.

Esta clase de tutela fue creada con posterioridad a la legítima y la testamentaria, y –a falta de tutor testamentario o legítimo– a la autoridad competía nombrar tutor, pues el Estado no podía abandonar al huérfano impúber.

La ventaja del nombramiento por una autoridad competente para ello, era que –en cada caso– las condiciones personales del que se nombraría tutor, serían examinados y, por esto, el nombramiento era más acertado.

Mientras que la tutela legítima significaba la independencia de la familia, esta entrañaba la injerencia de la autoridad competente.

El nombramiento del tutor –tutor *Atilianus*, según la denominación clásica– se realizó en un inicio por el *pretor urbano*,⁴⁵ con la asistencia de la mayoría de los tribunos de la plebe,⁴⁶ o por el gobernador provincial (*Reglas de Ulpiano*, Título 11,18; *Institutas de Gayo*, Libro I, Título X, 148 *Institutas de Justiniano* I, 20).

Según el Derecho Justiniano, son competentes para designar tutor, el pretor o *praefectus urbi*, en la capital y, en las provincias, los *magistrados* locales y los obispos, si no eran muchos los bienes del pupilo (*Institutas*, Libro I, Título 20, 4-5).

⁴⁵ Es el *pretor urbano* un magistrado, creado en 367 a.n.e., facultados para administrar justicia en los asuntos civiles. Ver Jesús Daza: *Iniciación histórica al Derecho Romano*.

⁴⁶ *Idem*, p. 105. Son los *tribunos de la plebe* los representantes del pueblo, elegidos por este; primeramente fueron cinco y luego diez sus integrantes.

La facultad de nombrar tutor no siempre estuvo comprendida en las atribuciones ordinarias de los magistrados y, únicamente, correspondía al que la ley se la hubiera conferido expresamente. Ello se debe a que, cuando nacieron las magistraturas, aún no se conocía la tutela, luego aquellos no podían nombrar tutor pues no estaba dentro de sus facultades.

Ejercicio de la Tutela

Una vez nombrado el tutor, comenzaba el ejercicio de la tutela; en virtud de esta se otorgaban determinados deberes y derechos al tutor respecto a los bienes del pupilo.

En cuanto a la persona del pupilo, la ley no imponía al tutor el cargo de dirigir la educación y cuidados personales del mismo, tales tareas corrían por cuenta de la madre o de otros parientes cercanos.

Los tutores de los pupilos se encargaban de gestionar los asuntos de estos e imponer su autoridad (Ulpiano XI, 25 *Institutas de Justiniano*, XXI).

La función tutelar se refería al patrimonio, campo donde el tutor operaba de dos maneras: mediante *auctoritates interpositio* y por *gestio negotiorum*.

La primera variante consistía en la asistencia y cooperación del tutor a un acto realizado por el pupilo. La interposición de la *auctoritas* servía de complemento a la deficiente capacidad de obrar del pupilo. El tutor solo podía actuar por interposición de su *auctoritas* cuando el pupilo era *infantia maior*.

Fuera de este caso, si el pupilo era menor de siete años, el tutor tenía que prescindir de la más mínima colaboración del pupilo, y debía realizar por sí mismo los actos necesarios: *negotiorum gestio*. La *gestio* abarcaba, en consecuencia, la actividad administrativa del tutor, ejercitada mediante los actos llevados a cabo por él mismo, sin la colaboración de su pupilo.

Cuando actuaba de este modo, no puede decirse que el tutor fuera representante del pupilo, porque no realizaba el acto en nombre del pupilo, sino en el suyo propio, aunque sometido a tutela.

En lo que respecta a las facultades o poderes del tutor, consecuente con la idea de la tutela como *potestas*, eran en principio amplísimas: hacía y recibía pagos; podía enajenar los bienes del pupilo; se comportaba como si fuese el dueño del patrimonio familiar, recibiendo el título de *domini loco haberi debet* (*Digesto* XXVI, 7, 27).

Ya en la época clásica, esta amplitud de facultades se fueron restringiendo, comenzando a prohibirse a los tutores, hacer donaciones de importancia, luego se les impidió enajenar los bienes, derechos, fundos poseídos, así como toda clase de inmuebles, muebles preciosos y esclavos, sin autorización del magistrado.

Además no era en todas las gestiones que se precisaba de la intervención del tutor, sino la exigida en algunos casos, cuya enumeración nos da Ulpiano en sus Reglas (Título XI, 27).

Responsabilidad del tutor

Considerada aún originariamente la tutela como un derecho, en cuanto a gestión del patrimonio, debía ser ejercida honradamente, es por eso que ya en la ley decenviral, en la Tabla VII, De los delitos, refrendó, en lo que concierne a la responsabilidad del tutor en su desempeño, que: «Si conducía con dolo, sea vituperado,⁴⁷ fenecido la tutela, pague el tutor con el doble».

La *Ley de las XII Tablas* dispuso, además, dos procedimientos contra los tutores que mostrasen mala conducta al frente del patrimonio que se les confió; a saber:

- *La acussatio suspecti tutoris*.

Servía para lograr la destitución del tutor. En la época clásica es una tramitación que se decide por el magistrado.

- *La actio de rutinibus distrahendis*.

Constituye una acción penal que castigaba la sustracción de bienes cometida por el tutor, el cual era condenado a pagar el doble del valor de los bienes sustraídos.

Al finalizar el período republicano, aparece una nueva *actio*, la *actio tutelae*, la cual –con algunas reformas y complementos– fijó de modo completo las responsabilidades del tutor.

La *actio tutelae*, era ejercitable por el pupilo contra el tutor o contra sus herederos, con el propósito de obtener la devolución de los bienes administrativos, con todos sus aumentos e indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados, debido a la mala gestión del tutor.

⁴⁷ *Vituperar* es afirmar que alguien es malo e indigno, censurar y desaprobando sus actos. En este caso se refiere al tutor.

Excusas de la tutela

Cuando todas las tutelas se concibieron como carga obligatoria, a todas se les aplicó la teoría de las excusas. Los motivos de excusas fueron múltiples y variables, según las épocas.

«Toda excusa se funda en la equidad», así se dispuso en el *Digesto*, Libro L, Título V; Ley Primera. De este modo, admitida una excusa suficiente y verdadera, el que la hubiere alegado, quedaba libre del cargo.

En la antigüedad, las tutelas testamentaria y legítima, podían ser renunciables o traspasarse a otra forma; el tutor en testamento no tenía derecho a ceder la tutela, pero sí a abdicar (*abdicatione tutelae*), es decir, manifestar que no sería tutor; sin embargo, el tutor legítimo no gozaba de esta facultad, pero sí podía ceder la tutela (Ulpiano, *Institutas*, Título XI, 17).

La tutela dativa, en cambio, al concebirse como carga obligatoria, no podía cederse ni abdicarse, pero sí se podían exponer razones que permitieran al designado como tutor, ser dispensado del cargo.

Se desarrolló un modo especial de eximir la tutela, el cual se aplicó –exclusivamente– a la dativa, denominada *potioris nominatio* y desapareció antes de la compilación justiniana. Esta consistía en una propuesta, que el tutor designado presentaba al magistrado, indicándole a otra persona con más méritos para desempeñar el cargo.

Unas excusas se fundan en las *circunstancias personales* del tutor (*Institutas de Justiniano*, Título XXV, 6, 7, 8, 11, 12).

- Edad superior a setenta años.
- A causa de pobreza.
- Por mal estado de salud, cuando ni le permita administrar siquiera sus propios negocios.
- Los que no sepan escribir.
- Las enemistades habidas entre el padre de los pupilos o adultos con el tutor.

Otras excusas se basan en que el designado está ya gravado con otros cargos: bien familiares (tener un mínimo de 3 hijos, desempeñar otras tutelas); bien de derecho público (ser magistrado o quien administre los negocios del fisco).

Y diferentes disculpas se fundaban en gozar de ciertos méritos o dedicarse a determinadas profesiones: quienes se ausentan por causa de la República, el soldado, los médicos, gramáticos, filósofos (*Institutas de Justiniano*, Título 25, 1, 2, 3, 14, 15).

Rendición de cuentas de la tutela

En el Derecho Romano se reguló, aunque no con mucha amplitud, la rendición de cuentas del tutor. Se distinguió entre las rendiciones de cuentas *parciales* o anuales y las *totales* o *generales*.

Las *parciales* facilitaban la fiscalización de los actos del tutor en breve plazo y demostraban al tutor el resultado de su gestión; mientras que las *totales* se realizaban al terminar la tutela.

Terminación de la tutela

Se reguló, a lo largo de la epopeya legislativa romana, que la tutela terminaba en virtud de causas siguientes:

- Al llegar el pupilo a la mayoría de edad (Gayo I, 196; Ulpiano XI, 28; *Instituta* I, 22).
- Al producirse la muerte o *capitis diminutio* (Gayo I, 163; Ulpiano XI, 7; *Instituta* I, 22; *Digesto*, IV, 5, 7).
- Cuando los impúberes hayan sido arrogados o deportados, y si el pupilo es reducido a la esclavitud o hecho prisionero por los enemigos (*Instituta* XXII, 1).

Tutela sobre la mujer: *tutela mulierum*

En el derecho antiguo, la mujer estaba sometida a la tutela perpetua; cuando desaparecieron las circunstancias del medio social en que vivían, se extinguió la institución de la tutela sobre ellas. No tiene esta tutela fundamento racional, pues leyendo a los jurisconsultos romanos, no convencen las razones que aducen para justificarlas.

Gayo en su *Instituta*, reguló que debe existir tutela en la mujer, tanto impúber como púber, por la debilidad del sexo (Título XII). Ulpiano se basó en que la mujer es ignorante en todos los asuntos jurídicos (*Reglas de Ulpiano* Título XI, 1).

Otros jurisconsultos expresaron que la tutela sobre la mujer se fundó, y se sostuvo, como garantía de los *agnados*, pues la mujer inspiraba poca confianza en la conservación de los bienes de la familia (*Instituta* 1, 192).

Esta institución no fue establecida por consideración a la debilidad del sexo, ni en beneficio de la mujer –como creyeron algunos– sino en interés familiar y en provecho de los tutores mismos, tanto es así, que para ellos la tutela tuvo consideración de derecho y no una carga.

Delación de la tutela

En cuanto a la delación de la tutela, se reconocieron las mismas formas que para la tutela de los pupilos: *tutela testamentaria, legítima y dativa*.

En cuanto a la *testamentaria*, podía nombrar tutor para la mujer, solo quien tuviera sobre ella la patria potestad o la *manus*. Cuando era el marido quien hacía la designación, se permitía que autorizara a la mujer con el propósito de elegir al tutor, bien una sola vez, dos o tres, para cada negocio. El tutor, así otorgado, se llamaba *tutor optivo* (Gayo I, 150 *Instituta de Justiniano* I, 144-154).

Esta tutela *optiva*, permitía a las mujeres una gran facilidad, pues podían elegir a una persona de su confianza y de su agrado, pero esta autorización dio lugar a la interpretación que hizo Cicerón: «Antiguamente hubo mujeres que tenían en potestad a los tutores y no los tutores potestad sobre la mujer».⁴⁸

La *tutela legítima* de la mujer, tenía lugar en defecto de la testamentaria.

La ley llamaba a ser tutores de la mujer a sus *agnados*, al patrono y sus hijos y, a falta de estos, al padre emancipador; en este último caso solo era necesario realizar una venta, y la tutela se denominaba *fiduciaria*.

La tutela *dativa* de las mujeres, se otorgaba en casos similares a las del pupilo, y era designada por las mismas personas que lo hacían para los impúberes.

Ejercicio de la tutela

Las atribuciones del tutor en cuanto a la mujer, se limitaban solamente a la interposición de la autoridad, no teniendo la administración de los bienes, excluyendo, por supuesto, los casos en que fuera absolutamente incapaz.

Esa es una de las diferencias que se aprecia entre esta tutela y la de los impúberes, la razón se encuentra en que la capacidad de la mujer era solo incompleta debido a lo «complicado de los actos jurídicos».

Otra particularidad que ofrece la tutela sobre la mujer es que, mientras los tutores de los impúberes no pueden ser compelidos judicialmente a prestar su autoridad, los de las mujeres pueden serlo en aquellos casos que se creyera conveniente; esto se admitió en las tutelas testamentaria y dativa, no siendo así para la legítima, pues en esta se ejercía un derecho.

Terminación de la tutela

La tutela sobre la mujer no concluía al igual que la de los menores de edad, por el simple hecho de que ellas estaban sometidas a una tutela perpetua; es decir, aunque llegaran a la pubertad, no se daba por terminado el ejercicio de la misma, pero sí finalizaba cuando la mujer caía *in manu*, al contraer matrimonio.

La desaparición de la tutela sobre la mujer

El momento en que desapareció la tutela de la mujer no se puede precisar. En las leyes romanas se empezaron a excusar a las mujeres ingenuas⁴⁹ con tres hijos y a los libertos con cuatro hijos (Ulpiano XI, 28; Gayo I, 145, 119).

En una Constitución de Dicleciano y Constantino dada en el año 293, se hallaba el último vestigio de este tipo de tutelaje, pues se mencionaba la tutela sobre la mujer del patrono y el padre emancipador, pero luego se reguló que la mujer, tanto la madre de los menores –en virtud de que no contrajera nuevas nupcias– y la abuela, pudieran ejercer el cargo de la tutela de los impúberes.

En el *Codex Justinianus* ya no se hacía referencia alguna, en su articulado, a la tutela sobre la mujer.

La tutela en el derecho germano

La tutela del huérfano de padre correspondió, en un principio, a toda la familia germánica: la Sippe,⁵⁰ la cual ostentaba en un primer momento, la titularidad

⁴⁹ Los *ingenuos* eran los hombres nacidos libres, que no habían sido esclavos. En el bajo imperio, la *ingenuidad* la adquieren las personas libres, que fueron esclavas, por concesión general de Justiniano (Gayo I, *Instituta de Justiniano* I, 4; *Digesto* I, 5). Ver Faustino Gutiérrez: *Op. cit.*

⁵⁰ *Sippe*, de *sibba*, es un lazo de relación de amistad y personal entre parientes que unen la vida de las personas. Ver Felipe Sánchez Román: *Op. cit.*, p. 163.

⁴⁸ Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana, p. 592.

del cargo tutelar, luego el poder era ejercido de forma mancomunada por todos aquellos parientes que conformaban la asamblea gestora.

Con el tiempo, los lazos de consanguinidad fueron determinados para la concreción del sujeto, que debía ser el titular del cargo tutelar, reconociéndose para el ejercicio a uno de los más próximos parientes. En consecuencia, se produjo un debilitamiento relativo al poder de la *gran familia* en este ámbito, pues si bien esta perdía la titularidad directa del poder, pasaba –sin embargo– a ostentar una especie de *supertutela*, ya que le estaban atribuidas las funciones de vigilancia y control del ejercicio del cargo del tutor, así como las facultades de autorizar la conclusión de determinados negocios, y el destituir al tutor por incumplimiento exacto de sus deberes.

Esta intervención de la familia constituye una característica que diferencia el tratamiento de la tutela en ambas corrientes del Derecho, el Germano y el Romano, y constituye el precedente originario del Consejo de Familia.

La tutela venía regulada por la costumbre. El cargo del tutor fue –en principio– renunciable, pero más adelante se aplicó el principio romano de considerarlo obligatorio y no renunciable, sino mediante justa causa.

Los germanos, en lo que concierne a la institución de la tutela –reconociendo a esta como amparo, protección y defensa– solo se organizó respecto a los huérfanos menores –considerados incapaces hasta los veinticinco años– y no en relación con pródigos y locos.

Sin embargo, no se aprecia una distinción entre tutela y curatela. La curaduría del Derecho Romano cayó en desuso, fue absorbida por la tutela, de modo que los *glosadores* no diferenciaron ambas instituciones, las que fueron asimiladas en la teoría y la práctica.

El tutor tenía derechos iguales o semejantes a los del padre, pues la tutela era un poder análogo al de la patria potestad. Por eso, el tutor –después de atender la manutención del pupilo– podría quedarse con las rentas sobrantes y le pertenecían todos los muebles de aquel.

Tutela de los impúberes

Para ejercer esta responsabilidad, se preferían a los ascendientes a los colaterales, y los parientes paternos o maternos.

Cuando no había parientes, o estos se excusaban de la tutela, esta correspondía al rey y, dicho derecho –unido a la influencia romana– dio lugar a la *tutela dativa*. Al respecto, se aprecia cómo en los tiempos de los *carlovingios* se encargó a los jueces que nombrasen tutores para los huérfanos menores que no los tuviesen, eligiéndolos entre las personas.

Clases de tutela

Se reconoció en el Derecho Germano, solo la tutela *legítima* y la *dativa*, al pasar los años, por influencia del Derecho Romano, se admitió en los pueblos conquistados por los germanos, la tutela *testamentaria*.

Un género especial de tutela, que participó de legítima y de dativa, fue la *tutela feudal*, que se conoció desde que los feudos se hicieron hereditarios.

Cuando un feudo recaía por herencia en un vassallo menor de edad –incapaz de prestar los servicios feudales y especialmente el militar– el señor le reivindicaba mientras durase la situación del feudatario, cuidando –al mismo tiempo– de la dirección y gobierno de la persona de aquel.

Hacia el siglo XII, los señores encontraron más ventajoso designar o nombrar tutores –tanto para aquellos menores que tuviesen parientes, como a quienes no los tenían–, lo cual propició grandes abusos, pues los señores se abrogaban el cobro de ciertas sumas de dinero.

Estos abusos dieron origen a que, en muchos casos, el padre del menor –en el lecho de muerte– encomendase su hijo a una persona de su confianza, pactando con ella que fuese tutor. También –en ocasiones– los cónyuges determinaban en el contrato del matrimonio a quién había de confiarse la tutela de los hijos huérfanos. La *tutela pactada* suplió a la testamentaria, mientras esta no estuvo en uso.

Con el tiempo, y por influjo del Derecho Romano –en particular después del renacimiento de este– se admitió la *tutela testamentaria*, si bien se manejaron algunos puntos por los que fue rechazada siempre, otros se admitieron, y se aplicaron algunas reglas de la tutela dativa, como la de obligar al tutor a prestar juramento y caución.

Tutela sobre la mujer

Primitivamente, la tutela no podía ejercerse por las mujeres, pues ellas mismas estaban sometidas a tutela perpetua, pues cuando no estaban bajo

el poder del padre o del marido caían bajo el *mundium* del pariente más próximo de la línea paterna.

El fundamento de esta tutela era la incapacidad de la mujer, a resultas de su debilidad física y de su ineptitud para defender sus derechos con las armas.

En realidad, el cimiento sobre el cual se erigía la tutela permanente y general de la mujer, era la conservación íntegra e indivisible del patrimonio familiar.

Cuando fue desapareciendo la estrecha concepción de la vida jurídica de la fémina –en la segunda mitad de la edad media– se otorgó a la mujer una mayor capacidad y libertad, pudiendo administrar sus bienes sin necesitar de la cooperación del tutor, salvo para la enajenación de estos y realizar determinados actos judiciales, acabando por desaparecer la tutela.

Una vez que la mujer adquirió una mayor capacidad jurídica, se admitió que podía ser nombrada tutora, aunque designándose al tiempo uno o más cotutores varones; sin embargo, entre los *visigodos* y los *bigundios*, se atribuía preferentemente la tutela a la madre viuda y, por influencia del Derecho Romano, pasó a ser la abuela como la preferida para desempeñar este cargo, respecto a los varones colaterales.

Tutela de los locos y pródigos

El Derecho Germano no se preocupó, en principio, por la protección jurídica de los pródigos y locos.

A los locos, se les dejaba en libertad si no eran peligrosos, y se les ponía en prisión si lo eran, aunque –en ocasiones– se confiaba la guarda y cuidado a un amigo, quien se hacía responsable de sus actos.

En los siglos XII y XIV se dictaron, en algunos casos, medidas relativas a los pródigos, pero sin carácter general.

Al finalizar el período feudal, la situación de unos y de otros quedó definitivamente organizada de manera que toda persona –reconocida como pródigos o atacada de enajenación mental, o incluso, de una enfermedad incurable que le pusiese en imposibilidad de administrar su patrimonio– podía ser objeto de interdicción y, en tal concepto, declararla incapaz por la justicia, a petición de los parientes, en particular de sus herederos presuntos.

El tribunal le nombraría entonces –después de haber oído la opinión de la asamblea de parientes– un tutor o curador –ambos términos eran sinónimos– encargado de la guarda de su persona y de la administración de sus bienes. Esta misión se confiaba, generalmente, al pariente más próximo.

La tutela en el derecho histórico español

Si bien las legislaciones de España influyeron en el derecho nacional de varios países, en Cuba forma su precedente, por ello, considero necesario plantear algunas observaciones en cuanto al comportamiento de esta institución.

La historia de la tutela en el Derecho Histórico español muestra elementos germanos y romanos; representados el primero por el *fuero juzgo*, el *fuero viejo*, los *fueros municipales* y el *fuero real*; mientras que el segundo se manifiesta en las *siete partidas*.

Lo regulado en estos códigos, podría parecer escaso en comparación con lo que en la actualidad tiene derecho a esperarse, pero no sucede así, viéndolo en el contexto en que debió regir.

Se puede apreciar que la legislación española indígena, se inspiró en el Derecho Germano, al no regular la curatela, ni la tutela testamentaria; así como en un criterio mixto de tutela de familia y de autoridad, al adoptar disposiciones sencillas y eficaces para asegurar los bienes de los menores.

La Tutela en el fuero juzgo

A esta institución se refieren las cuatro primeras leyes del Título III del Libro IV. En lo que concierne a su tratamiento dentro del Fuero Juzgo, no se distingue la tutela de la curatela, sino que solo se instituye la primera, destinada a proteger a los menores de edad huérfanos de padre.

Es discutible, si la minoría de edad llegaba hasta los quince o veinte años, pareciendo más lo último, pues la Ley III, no reconoce a los hermanos la capacidad para ser tutores hasta alcanzar los veinte años.

En caso de que el padre muriese, este Código reguló que la madre debía tener en su guarda a los hijos menores de edad, mientras se conservase viuda.

En defecto de la madre, o por pasar esta a segundas nupcias, recae la tutela en el hermano que tuviese de veinte a treinta años, no detallando la ley si, en

el caso de que hubiere varios que tuviesen esa edad, serían tutores todos o solo uno, no ordenando tampoco quién debía ser el preferido.

Faltando hermano de tal edad, correspondía la tutela al tío o al hijo del tío y, en el supuesto de que tampoco hubiera ninguno de estos en condiciones, eran llamados algunos parientes.

Merece destacar, que el Fuero Juzgo solo reconoció la *tutela legítima*, no dando lugar en sus artículos ni a la *testamentaria*, ni a la *dativa*.

Ejercicio de la tutela

Referente a los derechos y deberes del tutor, en este Código se refrendó que aquel debía formar inventario de todas las cosas dejadas por el padre a los huérfanos, en presencia de los parientes, depositarlas en manos del obispo, o de algún sacerdote, que lo entregase al pupilo cuando el mismo llegase a la mayoría de edad.

El tutor debía tener en su guarda no solo la persona, sino los bienes del menor, no pudiendo disponer de estos ni dejarlos perder, siendo responsable de las pérdidas causadas por su negligencia.

Además, el tutor debía defender al menor de las acciones que contra él se ejercitasen, si juzgaba que era posible y conveniente, y si no lo hacía, –y las cosas se perdieran por su negligencia– respondía con sus propios bienes.

Como retribución al tutor, el Fuero Juzgo le concedía el diezmo de los frutos y el derecho a reintegrarse de lo que hubiere gastado de sus propios bienes por razón de la tutela.

La tutela en el fuero viejo

Esta institución es regulada en dicho código en el Título IV del Libro V, de la Ley Primera. En la referida ley, se organiza la *tutela legítima* en el caso que muera el padre o la madre, disponiendo que el menor sea puesto en poder de los parientes más próximos, y, en defecto de parientes, se autoriza la *tutela dativa*, ordenándose a la justicia que nombre guardador.

Los bienes del menor deben ser arrendados a quien más diere por ellos, debiendo ser favorecidos –en igualdad de precios– los parientes y, entre ellos, la madre o el padre viudo, pero siendo electo el extraño sobre los parientes, si diere mayor merced.

El Fuero Viejo, dotaba a los alcaldes de la potestad necesaria para arrendar los bienes cuando no hubiere pariente alguno en el lugar, respondiendo de los daños que se ocasionaren por su culpa.

La tutela en los fueros municipales

Estos fueros prestaron atención a la institución de la tutela. Pueden citarse los de Cuenca, Alcázar y Teruel, que impusieron a los tutores –aunque fuesen la madre o el padre– la obligación de rendir cuentas anuales a los más próximos parientes del menor, ordenándose que si estos vieses que no aumentaba el peculio, sino que se dilapidaba, nombraran a otro de ellos, debiendo pagarse doble el daño que se causara en los bienes del pupilo.

El Fuero de Salamanca dispuso que, si los padres eran de mala conducta, los parientes más próximos deberían hacerse cargo, de los hijos y de sus bienes.

La tutela en las siete partidas

La legislación indígena, vino a ser sustituida por la romana, copiada en las Partidas.

La institución de la tutela se regula en la Partida Sexta, específicamente en los Títulos XVI al XIX.

Las *Siete Partidas* definen la tutela a partir de su significado en latín, entendida como guarda en romance, que es otorgada al huérfano menor de 14 años y la huérfana menor de 12 años, que no se pueden ni saben amparar.

Diferencia este código la tutela y la curatela: la primera se concede a los impúberes de las edades antes mencionadas; y la segunda, a los púberes, comprendidos hasta los veinticinco años, así como a los mayores de edad, considerados locos o pródigos (Título XVI, Ley Decimotercera).

Clases de tutela

Distingue este código las tres especies de tutela; la *testamentaria*, la *legítima* y la *dativa* (Partida Sexta Título XVI, Ley Segunda).

Tutela testamentaria

En este tipo de tutela se admite que el padre puede –por testamento– asignar tutor al hijo que hubiere tenido de *barragana*, como al de la mujer legítima,

pero el tutor precisaba ser confirmado por el juez; en este sentido, las Partidas se apartan del Derecho Romano, que solo admitía la tutela para los hijos legítimos.

Tutela legítima

Siempre que no hubiese tutor testamentario, la ley señaló la persona que debería ejercer el cargo, prefiriendo a aquellos sujetos que pudieran presumir un buen afecto hacia el pupilo; por ello, la ley llamó a los parientes más próximos en grado.

Tutela dativa

Al faltar tutor testamentario y legítimo, el juez competente para el nombramiento del tutor era el ordinario, pero –en casos excepcionales– esta facultad correspondía al rey.

Quiénes podían ser tutores

Las Siete Partidas, determinaron en las Leyes Tercera y Cuarta quiénes podían desempeñar tal responsabilidad, excluyendo a los mudos, sordos, desmemoriados y a los de malas costumbres, así como a las mujeres y a los varones menores de veinticinco años.

La mujer, únicamente en su calidad de madre o abuela, podía ser tutora, siempre y cuando no contrajera segundas nupcias.

Ejercicio de la tutela

Las Partidas precisaron las obligaciones del tutor, en cuanto a la persona del pupilo y sus bienes.

El cuidado de la persona, lo expresó categóricamente este código, en la Partida Sexta, Título XVI, Ley Decimosexta, que refiere: «*Trabajar se deue (sic) el guardador de fozer al moco que touire (sic) en guarda que aprenda buenas maneras e desí deule fozer aprender (sic) leer e escribir e use aquel menester que mas le confiere (sic) según natura e la riqueza e el poder que oiere (sic)*».

Las *partidas* son inferiores al original romano, al regular la interposición de la autoridad del tutor, en relación con la enajenación de los bienes de los menores; en los casos autorizados por el derecho, se exige autorización del juez del lugar.

Se prohibió a los tutores comprar para sí cosa alguna de la que tuvieren guarda, a no ser que lo hicieran con otorgamiento del juez del lugar, y que dicha adquisición fuere en pro del huérfano y no en su daño.

Aunque las *partidas* no consignaron el derecho de los tutores a una retribución, se aplicaron a este punto las legislaciones indígenas, las cuales concedían el diezmo de los frutos, que debía repartirse entre todos los tutores, cuando hubiere más de uno. Solo tuvo una excepción y fue la de la tutela de los reyes, que no otorgaba a los tutores tal diezmo, sino que le asignaba una cantidad decorosa, en compensación a su servicio.

Excusas de la tutela

Las *partidas* constituyeron un arsenal copioso en cuanto a las excusas de los tutores, derivándolas de la línea recta del Derecho Romano.

Entre algunas de las justificaciones que dispone el Título XVII, Ley Segunda, se encuentran:

- Los mensajeros del rey y quienes han de juzgar y cumplir la justicia por obrar.
- Quien no supiere leer ni escribir.
- Quien tuviere litigio con el menor.

Terminación de la tutela

La Partida Sexta, Título XVI, Ley Segunda, dispuso que concluía el ejercicio de esta institución cuando:

- El menor varón arribare a los veinticuatro años y la hembra a los doce años.
- Caso de muerte o destierro del tutor, o fallecimiento del pupilo.
- Se terminase el tiempo o la condición con la que se concibió el ejercicio de la tutela.

La tutela en el Código de Napoleón

El *Código de Napoleón*, es la denominación bajo la cual se conoce el Código Civil francés de 1804, logrado con grandes azares; su inspirador fue Napoleón Bonaparte, y este fuero sería el iniciador del movimiento codificador de la época moderna.

El Derecho Romano fue, sin dudas, la fuente básica de la que se alimentó la estructura y el cimiento doctrinal del Código Napoleónico. Este cuerpo civil ejerció notable influencia en la codificación de todos los países que siguieron el sistema romano-francés.⁵¹

No precisó este cuerpo civil la definición de la tutela, pero, de lo regulado, se puede inferir que tuvo el propósito de proteger y cuidar de las personas que, al carecer de capacidad jurídica de obrar y no valerse por sí mismas, necesitan de otra que cuide de ellos y administre sus bienes.

Estarán bajo la tutela, según lo dispuesto en la legislación civil napoleónica, a saber:

- Los menores de edad, ordenándose en el artículo 388, que el menor de edad es el individuo, de uno u otro sexo, que no tenga los veintiún años cumplidos.
- Los mayores de edad incapacitados, declarados judicialmente, que estarán sujetos interdicción.⁵²

Del análisis de estos artículos del Código francés de 1804, respecto a la tutela, se infiere que el legislador no reguló la institución de la curatela, como lo hizo el Derecho Romano; sería la tutela la institución destinada a proteger, tanto al menor, como al mayor de edad incapacitado, sujeto a interdicción.

Se concibió, en el mencionado cuerpo civil, que la tutela era un cargo personal e intransferible para los herederos del tutor (artículo 419).

Clases de tutela

La legislación napoleónica no hizo clasificación de los tipos de tutela, estando comprendidas todas en los artículos, sin dar el título que, por razón de su nombramiento, a cada una de ellas le concierne. No obstante, con el deseo de hacer más sencillo y uniforme este trabajo, las he denominado según el

calificativo que les corresponde.

No pertenece a ningún tipo de tutela lo dispuesto en el artículo 389, Sección I, De los padres, el cual refrenda que el padre será, durante el matrimonio, el administrador de los bienes personales de sus hijos menores y, en caso de la disolución del vínculo matrimonial –acaecida por muerte natural de uno de los esposos– la tutela de los hijos menores y no emancipados, pertenece al cónyuge *supertiste*.

Adviértase que el superviviente tiene la patria potestad y, ¿acaso esta patria potestad no absorbe la tutela?

En el supuesto que la madre fuera quien se quedara como tutora, el padre podía nombrar un asesor especial para ella, y sin el dictamen del asesor especial, aquella no podría realizar ningún acto relativo a la tutela (artículo 391).

El artículo precedente, de la legislación civil napoleónica, evidenció que ese derecho suponía aún la incapacidad de la mujer, pues el padre no la puede privar de la tutela por ser un derecho que debe a la naturaleza.

Se produce, entonces, una división del poder de la madre, quien conserva la patria potestad, y el tutor –en calidad de asesor especial– que será el que maneje los bienes.

Tutela testamentaria

La legislación napoleónica siguió la línea marcada por el Derecho Romano, que establecía la tutela como consecuencia de la patria potestad, de manera que, la Sección II, De la tutela conferida por el padre a la madre, Título X (artículo 397) dispone que el derecho individual de nombrar un tutor –pariente o extraño– pertenece, únicamente, al cónyuge *supertiste*. Pero el tutor –nombrado por el padre o la madre– no estará obligado a aceptar la tutela (artículo 401).

Tutela legítima

En el caso en que el cónyuge *supertiste* no haya nombrado tutor para el menor, se dispone que la tutela pertenezca –de derecho– al abuelo paterno, a falta de este, al materno y así sucesivamente, ascendiendo en la línea directa de modo que siempre sea preferido el ascendiente paterno al materno del mismo grado (artículo 403).

⁵¹ J. Fernández Bulté: *Historia General del Estado y el Derecho*, pp. 521, 543.

⁵² La *interdicción* es considerada una *sentencia* por medio de la cual, un tribunal civil –luego de haber comprobado la enajenación mental de una persona– le retira la administración de sus bienes. Esta sentencia, entraña el sometimiento a la tutela del interdicto. Ver Jorge Planiol y Ripert: *Op. cit.*, p. 611.

Si el menor careciera de los abuelos paterno y materno, sugiere la concurrencia entre los ascendientes del grado superior, de manera que la tutela correspondería –de derecho– a los que resulten de la línea paterna.

En estos artículos del Código Napoleónico, se constata que no se estaba muy lejos de la discriminación –hecha a la mujer– a lo largo de la epopeya legislativa, prefiriendo siempre la línea paterna a la materna.

Tutela dativa

Dispone el artículo 405, que en el supuesto en que el menor huérfano y no emancipado carezca de tutor elegido por sus padres, y no tenga ascendientes varones, así como también que el tutor se encuentre en los casos de exclusión o tenga excusa legal, se proveerá al Consejo de Familia⁵³ el nombramiento del mismo.

Si al morir el marido, la mujer estuviere encinta, el Consejo de Familia nombrará un curador para el descendiente póstumo (*al vientri*) y, al nacer el hijo, la madre se convertirá en su tutora y el curador se convertirá en protutor (artículo 393).

El artículo 395, refrenda que en el supuesto en que la madre deseara contraer nuevas nupcias, deberá convocar –previo a su nuevo enlace– al Consejo de Familia, el que decidirá si debe continuar o no ejerciendo la tutela.

En este caso, si el Consejo de Familia no priva a la madre de la tutela, le dará necesariamente por cotutor a su nuevo marido, quien –en virtud de este hecho– será solidariamente con su mujer responsable de la gestión anterior al matrimonio.

El Código Napoleónico, le concedió un papel preponderante al Consejo de Familia e hizo de este –a modo de órgano legislativo o deliberante– la piedra angular de la tutela.

⁵³ Según refiere el Código de Napoleón, Título X, artículo 407: El Consejo de Familia, fue instituido y regulado como órgano familiar en el Código Francés de 1804. Este Consejo tenía amplias facultades, se le atribuyó el carácter de fiscalizador, controlador y consultor de la tutela. Se hizo tan importante e imprescindible el papel de dicho órgano, que diversos autores afirmaron que la figura del tutor era insignificante, pues este estaba restringido sumamente en sus actuaciones y ejercicio de la tutela. Se compuso el Consejo, por un juez y seis parientes afines –de la línea paterna y mitad de la línea materna– entre los de mejor grado, y en igualdad de sexo.

Tutela para el mayor de edad incapacitado

Según se mencionó con anterioridad, el Código de Napoleón no reguló la institución de la curatela; esta fue concebida en las antiguas legislaciones, con el propósito de administrar los bienes de los mayores de edad incapacitados.

Este cuerpo legal, solo reguló la tutela, la que se ejercería, tanto para el menor como para el mayor de edad que se encontrara en estado habitual de imbecilidad, enajenación mental o locura, y el mismo estaría sometido a interdicción, aunque tuviera intervalos de lucidez (artículo 489).

El artículo 509, dispuso que el individuo interdicto, estaría sujeto a tutela y se consideraría como menor, en lo relativo a su persona y a los bienes, aplicándose a estos casos las leyes dictadas sobre la tutela de los menores.

El Código Francés de 1804, dispuso, además, que el marido sería el tutor legal de su mujer sujeta a interdicción, y que esta podría ser nombrada tutora de su marido (artículos 506 y 507).

El Consejo de Familia determinaría, asimismo, la forma y condiciones de la administración de la tutela. En el supuesto de que alguien sujeto a interdicción no tuviere tutor, el tribunal lo asesoraría (artículo 513).

¿Protutor?

Fue el Código Francés, el creador de la figura del protutor en el mecanismo de protección de los menores de edad y de los mayores, declarados incapaces judicialmente.

Este cuerpo civil detalló, igualmente, las responsabilidades del protutor, en los artículos del 420 al 426, disponiendo que sus funciones se redujeran a obrar a favor de los intereses del pupilo, siempre y cuando estuviera en oposición con los del tutor.⁵⁴

⁵⁴ Es el Código Francés el que marca en la historia la figura del protutor, conocido con el nombre de *subroge tuteur*, haciendo extensiva su regulación a los Códigos Latinos. Se ha considerado que la figura del protutor no llena su verdadera función dentro de la tutela, siendo por tanto inútil, aunque en las tutelas de tipo familiar era justificada su intervención, al faltar la fiscalización de los Tribunales. Ver Rodolfo José Rodríguez Álvarez: *Persona y Derecho de Familia*, p. 353.

Ejercicio de la tutela

Dispone el Código Francés, que el tutor representará al menor en todos los negocios civiles (artículo 450, Sección VIII). Administrará, asimismo, los bienes como un buen padre de familia, y responderá de los daños y prejuicios que, por su mala gestión, sobrevengan.

Se le prohíbe al tutor comprar los bienes del menor, ni tomarlos en renta, a no ser que el Consejo de Familia lo haya autorizado.

No podrá el tutor, aunque tenga el carácter de padre o madre del menor, recibir cantidades prestadas en nombre y beneficio del pupilo, ni vender e hipotecar sus bienes inmuebles sin que proceda una autorización del Consejo de Familia.

Se puede apreciar que en este cuerpo civil –al igual que en las diferentes legislaciones que han regulado la tutela desde la época clásica– se restringió la actuación del tutor, teniendo que consultar con el Consejo de Familia para realizar diversas gestiones.

Excusas de la tutela

Desde que esta institución comienza a regularse, se disponen las causas que la dispensan, las que han sido semejantes, sufriendo ligeras variaciones.

Según disponen los artículos 427, 428 y 433 del referido código, las excusas de la tutela corresponden a:

- Los presidentes y Ministros del Tribunal de Casación, el fiscal y el abogado.
- Los militares en activo servicio y todos los que ejerzan cargos públicos.
- Los prefectos y todos los individuos que ejerzan cargos públicos.
- Todo individuo mayor de 75 años.
- Quien esté encargado de otra tutela, no está obligado a aceptar una segunda.

Incapacidad, exclusión y remoción de los tutores

El artículo 422, orienta que no podrán ejercer tal responsabilidad:

- Los menores de edad, a no ser que se trate de sus hijos.

- Los que no están sujetos a interdicción.
- Las mujeres excepto la madre o ascendientes.
- Los que tengan un pleito contra el menor, por sí, o sean sus padres quienes lo tuvieren.
- Serán *excluidos* o *removidos* de la tutela:
- Las personas cuya mala conducta sea notoria.
- Aquellos sujetos cuya gestión demuestre incapacidad o infidelidad.
- Terminación de la tutela.

Este cuerpo civil no reguló –expresamente– las causas de terminación de la tutela.

Del capítulo III, De la emancipación, se puede inferir que el ejercicio de la tutela concluye cuando el menor arribase a los dieciocho años –momento en que sería emancipado por el tutor– o una vez contrajese matrimonio (artículos 476 y 478).

La tutela en el código civil italiano

El Código Civil italiano de 1842 posee una relevante importancia en el campo de la ciencia jurídica, pues constituyó el símbolo principal de la preocupación codificadora de esos tiempos. Este Código reguló la institución de la tutela en los artículos 240 al 322 de su Libro I, Título IX.

Si bien este cuerpo civil no definió –en ninguno de sus artículos– esta institución, a tenor de lo estipulado en sus artículos se puede inferir que el objeto de la tutela es la de proteger, asistir y cuidar al menor, comprendiendo la minoría de edad hasta los veintidós años cumplidos.

Es preciso destacar que los mayores de edad no estaban sujetos a curatela, sino que se encontraban bajo interdicción, del mismo modo en que lo concibió el Código Napoleónico.

Clases de tutela

El Código italiano –al igual que el francés de 1804– no estipuló una clasificación de la tutela, sino que están comprendidas todas en su articulado, sin dar el apelativo que, por razón de su nombramiento, a cada una de ellas pertenece; no obstante, con

el propósito de hacer más asequible y amena la investigación, las iré denominando según sus conocidos títulos.

Tutela testamentaria

Corresponde nombrar *tutor*, pariente o extraño, al padre o –en su defecto– a la madre, haciendo el nombramiento por testamento o acta notarial, siendo nulo el nombramiento si, a la fecha de su muerte, no estuviesen en el ejercicio de la patria potestad.

Este cuerpo civil concibió la tutela testamentaria, al igual que el Derecho Romano, en la consideración de que dicha institución es resultado de la patria potestad, privando a cualquier otra persona –que no fueran los padres tenedores de ese poder– la facultad de nombrar tutor testamentario.

Vale reconocer que no estipuló, tampoco, limitación para con la mujer, pues ella podía nombrar tutor al igual que el padre, a diferencia de lo estipulado por el Derecho Romano y el Germano.

Tutela legítima

En lo que a este aspecto se refiere, el referido cuerpo civil lo reguló de manera similar al resto de las compilaciones precedentes, en el sentido de que la tutela testamentaria seguía antecediendo a la legítima, aunque no hubiera sido la primera en surgir. En consecuencia, el artículo establece que si los padres no hiciesen el nombramiento en testamento, este derecho pertenece al abuelo paterno y, en su defecto, al materno.

Pero, ¿en el supuesto de que los abuelos hubiesen fallecido, o no ejerzan la tutela, a quién le correspondería ser tutor?

Se establece en la legislación civil italiana, que cuando la tutela no la ejerzan los abuelos –por cualquier motivo– el Consejo de Familia⁵⁵ puede acordar el lu-

gar donde ha de residir el menor, así como la educación que ha de dársele, explorando su voluntad una vez cumpla los dieciséis años.

Adviértase lo breve que es este artículo y que, a diferencia del Derecho Romano y la legislación francesa de 1804, reduce el número de designados por ley para ser tutores legítimos, siendo solo el abuelo paterno, o el materno en su defecto.

Asimismo, en el cuerpo civil italiano la tutela legítima se funda en la afición, al restringir el llamamiento por la sucesión intestada –como se estipuló en legislaciones precedentes– y preferir que fueran tutores los envueltos en confianza, debido a su experiencia y cariño hacia el pupilo, y no simplemente por estrechos lazos consanguíneos.

Tutela dativa

En el supuesto que el menor quedase sin padres, y sin tutores nombrado por estos, o fueren excluidos o se hubieren excusado, procederá el Consejo de Familia al nombramiento del tutor, no pudiéndose –en ningún caso, cualquiera que fuese el número de hijos– nombrarle más que un solo tutor.

Tutela del mayor de edad declarado incapacitado

En el libro I, Título X, artículos 323 al 342, se regula que el mayor de edad incapacitado y el menor de edad emancipado, que se encuentren en estado habitual de demencia,⁵⁶ quedan sujetos a interdicción.

Al igual que en el Código de Napoleón, los mayores de edad incapacitados están sujetos a interdicción, y serán tutelados por:

- El cónyuge.
- El padre del interdicto o, en su defecto, la madre.
- A falta de estos, a quienes se nombre por el Consejo de Familia, a no ser que los padres, previendo el caso de incapacidad, hubieren nombrado tutor por testamento o acta notarial.

⁵⁵ El Consejo de Familia se componía de las personas que el padre o la madre –en su caso– hubiesen designado en su testamento y –en su defecto– de los ascendientes y descendientes varones y de los hermanos y hermanas vivos del menor, o del incapacitado, cualquiera que fuera su número. Si no llegasen a cinco, se completaría este número con los parientes varones más próximos de ambas líneas –paterna y materna– y si no hubiere, o no estuvieren obligados

a formar parte del Consejo de Familia, el juez municipal nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo a los amigos de los padres del menor o del incapacitado. Ver Q. Scevola Mucius: *Op. cit.*, t. VI, art. 294.

⁵⁶ *Idem*, p. 45. El Código Civil italiano considera en estado de demencia, al pródigo, al sordo mudo y al ciego.

¿Protutor?

En cuanto al otro elemento personal de la institución de la tutela, el Código Civil italiano dispuso que puede nombrarse –en la misma forma que al tutor– quien tenga ese derecho; en otro caso, lo hará el Consejo de Familia.

La figura del protutor –regulada también en el Código Napoleónico y acogido en legislaciones posteriores y modernas– obra en nombre del menor; representándolo en los casos de intereses contrapuestos entre aquel y su tutor.⁵⁷

Al nombrarse nuevo tutor, cesa el protutor, excepto que sea relegado por el Consejo de Familia.

Ejercicio de la tutela

El tutor es el representante del menor en todos los actos civiles y administrador de sus bienes. Asimismo, quejarse de la conducta de aquel ante el Consejo, en cuyo caso, el Presidente tomará las medidas oportunas, pudiendo solicitar su ingreso en establecimiento de corrección.

El menor obedecerá y respetará a su tutor, pero si este abusare, aquel acudirá a quejarse ante el Consejo de Familia.

Tanto el tutor como el protutor carecen de autorización para comprar los bienes de su pupilo, tomar en arrendamiento sus bienes, o aceptar cesión de cuentas o créditos sin la previa autorización del Consejo de Familia.

Incapacidad, exclusión y remoción de los tutores

El Código Civil italiano dispone, los sujetos y causas de la incapacidad, la exclusión y remoción de los tutores, al igual que se ha hecho en el decurso de la institución de la tutela.

⁵⁷ Ver Q. Scevola Mucius: *Op. cit.*, t. VI, p. 35. No todas las legislaciones que regularon la figura del protutor, la conciben de la misma forma en cuanto al contenido de la actividad, limitando sus funciones solamente a sustituir al tutor, cuando existiere contradicción u oposición, y de realizar actos de administración que el Consejo de Familia considere indispensable para la conservación de los bienes de determinados casos (Códigos Civiles de Haití y de España).

Algunos de los *inhábiles* para ser tutores son:

- Las mujeres, excepto las ascendientes y hermanas.
- Los condenados a pena correccional antes de extinguir la condena.

Asimismo, pueden *excusarse* de la función de la tutela, a saber:

- Los príncipes de la familia real.
- Las personas mayores de 75 años de edad.
- Quienes tengan 5 hijos vivos.
- Quienes desempeñan una misión oficial fuera del reino.
- Las personas que, por servicio público, residan fuera del territorio del tribunal donde la tutela se encuentre constituida.

Se puede observar que la relación de quienes se excusan de la tutela –pese a que solo se han analizado algunos– coinciden con los refrendados desde el Derecho Romano, continuando por el Germano y las demás legislaciones que preceden a este código.

Rendición de cuentas de la tutela

Todo tutor, al terminar su administración, está obligado a rendir cuentas y, excepto el abuelo –paterno o materno– presentará cada año un estado de su administración, que se examinará por uno de los miembros del Consejo de Familia.

Cuando la administración del tutor cese por mayoría de edad del menor, se rendirá cuentas en presencia del protutor de la persona nombrada para la tutela.

Terminación de la tutela

El Código Civil italiano, al igual que la legislación civil napoleónica, no reguló el modo en que debía concluir el ejercicio de la tutela; esto se tiene que inferir de los artículos que se dedican a regular la emancipación de la tutela, a saber:

- Llegar el menor a la mayoría de edad, la de dieciocho años.
- Al contraer matrimonio.

- En el supuesto en que el menor haya sido emancipado, sin alcanzar la mayoría de edad, tendrá el Consejo de Familia que nombrar un curador, pues aquel no podrá –hasta arribar a los dieciocho años– tomar dinero en préstamo, gravar, ni vender inmuebles sin consentimiento de su tutor.

La mujer menor de edad, casada, tendrá por curador a su marido; si fuese viuda o separada legalmente, tendrá por aquel a su padre o madre, o a la persona que nombre el Consejo de Familia.

Se colige, de lo estipulado en la legislación italiana, que el tratamiento de la tutela –al igual que en el Derecho francés– difiere considerablemente a lo regulado en el Derecho Romano, en lo que concierne a la emancipación del pupilo, su autonomía para manejar los asuntos y la función del tutor como simple asistente legal. En las referidas legislaciones, sin embargo, *el tutor* representa al emancipado menor en todos los actos civiles, de modo que es un mandatario legal.

La emancipación confiere al menor –según dispone el Código Civil de Italia– la facultad de ejercer todos los actos que no excedan de la simple administración, y –con la asistencia del curador– aquellos que rebasen tales límites– pudiendo, además, necesitar autorización del Consejo de Familia.

Registro de la tutela

Según lo dispuso el Código Civil italiano, en sus artículos 313 al 319, en los juzgados municipales se llevará el libro para asentar la tutela de los menores o de los interdictos, así como la curatela de los emancipados.

La tutela en el código civil alemán

Fue el Código Civil alemán de 1900, el exponente de una formulación de conjunto de derecho civil, obra científica de una época de gran madurez

En cuanto a la institución de la tutela, la legislación civil alemana dispuso en el apartado 1.773, que un menor de edad recibe un tutor, si no está bajo la patria potestad, o si los padres no están autorizados a la representación del menor —ni en los asuntos referentes a la persona, ni en los referentes al patrimonio.

Dispone además, que un menor de edad recibe igualmente tutor, si no puede averiguarse su situación familiar; comprendiendo el menor de edad hasta los veintiún años cumplidos (artículo 2).

Hace distinción la legislación civil alemana, entre tutela y curatela, siendo esta última la destinada para el cuidado de varios asuntos en los que está entorpecido el titular de la patria potestad, o el tutor, o ante un *nasciturus*, con el propósito de protegerlo en sus futuros derechos.

Clases de tutela

Esta legislación, no estableció un orden para los tipos de tutela, –comprendidas todas en su articulado– sin dar el apelativo clásico con el que se le ha reconocido, de manera que, con el objetivo de organizar la investigación, los he denominado por sus conocidos títulos.

Tutela testamentaria

El nombramiento del tutor se realiza por disposición de última voluntad.

El padre y la madre –dispone el precepto 1.777– solo pueden nombrar tutor si, al tiempo de su muerte, les corresponde la patria potestad sobre el hijo; carecen de este derecho si no están autorizados a la representación del hijo en los asuntos referentes a la persona, o en lo concerniente al patrimonio.

El padre puede nombrar tutor para un hijo que ha nacido después de su muerte, si estuviese facultado para ello, en el supuesto de que el nacimiento hubiese ocurrido antes de su deceso.

Tutela legítima

Como tutores están llamados, por orden sucesivo, y según precisa el artículo 1.775):

- Quien está nombrado, como tutor, por el padre del pupilo.
- Quien está designado en calidad de tutor por la madre legítima del pupilo.
- El abuelo paterno del pupilo.
- El abuelo materno del pupilo.

Los abuelos no están llamados, si el pupilo está adoptado por una persona que no sea el cónyuge de su padre, o de su madre.

Lo mismo vale para aquel, de quien desciende el pupilo, si estuviese adoptado por una persona que no fuese el cónyuge de su padre o de su madre, extendiéndose los efectos de la adopción al pupilo.

Determina el apartado 1.778 que una mujer casada puede recibir, como tutor, al marido –antes de los llamados por el artículo 1.776– y que un hijo ilegítimo puede ser tutelado por su madre, ¿y por qué la madre, si ella es portadora de la patria potestad antes que el abuelo?

De lo expuesto con anterioridad, se infiere que, todavía en el siglo XX, se discriminaba un tanto la figura de la mujer en las regulaciones de esta institución, si bien merece destacarse que este cuerpo civil resulta avanzado respecto a los que le anteceden, ¿por qué, entonces, la necesidad de un tutor para la mujer?

Fundamento esta afirmación, por lo dispuesto en los artículos que señalan quiénes pueden ser tutores legítimos, siendo la línea paterna la preferida, respecto a la línea materna.

Tutela dativa

Si la tutela no ha de confiarse a un llamado –según lo estipulado en el apartado 1.776– el Tribunal de Tutelas (*Vormundschaftsgericht*), después de oír al Consejo Municipal de Huérfanos, ha de elegir al tutor (artículo 1779).⁵⁸

El Tribunal de Tutelas debe elegir a una persona que sea apropiada para la gestión de la tutela, teniendo en cuenta sus relaciones personales, situación patrimonial y demás circunstancias.

En la elección, ha de considerarse la confesión religiosa del pupilo y, en primer lugar, los parientes y afines del tutor.

En Alemania, la hegemonía judicial en esta materia no olvidó la función que debía desempeñar siempre

esta clase de relaciones dentro la institución familiar, asignándole, también, un rol al Consejo Municipal de Huérfanos. De ese modo, se le imprimió a la tutela, un aspecto nuevo: el *carácter administrativo*.

El consejo de familia (familienrath)

Se reconocía en el Código Civil alemán que el Consejo de Familia debía ser instituido por el Tribunal de Tutelas, si el padre –o la madre legítima del pupilo– hubiese ordenado la institución a un pariente o afín del pupilo, y dicho tribunal lo estimase conveniente para el menor.

Cabe resaltar, que el Consejo de Familia era concebido –en esta legislación– cual órgano facultativo, a diferencia de las otras legislaciones que los establecieron.

Tutela del mayor de edad declarado judicialmente incapacitado

Un mayor de edad recibe tutor, si está incapacitado, y se aplican las mismas disposiciones establecidas para la tutela de un menor de edad (artículos 1.896, 1.897).

Están llamados a ejercer la tutela, antes que los abuelos varones, el padre y –después de este– la madre legítima del pupilo (artículo 1899).

La mujer casada puede ser designada tutora de su marido; el cónyuge del pupilo puede ser nombrado como tutor, antes que los padres y los abuelos varones, mientras que la madre legítima será designada antes que los abuelos varones (artículo 1.900).

¿Protutor?

Es reconocida en esta legislación la figura del protutor, considerado un cargo potestativo, a no ser que la tutela fuera ajena a una importante administración de bienes, o que haya en común varios tutores.

Incapacidad para ser tutor

En virtud en los artículos 180, 1.781, 1.782, no puede ser designado para ejercer tal responsabilidad, a saber:

- Quien es incapaz de celebrar negocios jurídicos, o está incapacitado a causa de debilidad mental, prodigalidad o embriaguez habitual.

⁵⁸ Se infiere del análisis, del cuerpo civil alemán, que la tutela es ejercida por dos órganos permanentes y facultativos, respectivamente; el Tribunal de Tutelas, y el Consejo Municipal de Huérfanos, que es el encargado de proponer las personas que, en el caso concreto, sean apropiadas para ejercer como tutor. Ver Rodríguez-Arias Bustamante: *Op. cit.*, p. 75.

En consecuencia, es el Tribunal de Tutelas el destinatario a constituir la tutela y junto con el Consejo Municipal de Huérfanos tienen que tener vigilancia y control sobre la actividad total del tutor, e intervenir contra las infracciones de su obligación. El Tribunal de Tutelas no tiene carácter de excepción, sino que es un cuerpo permanente, que ocupa el primer escalón de la jerarquía judicial.

- El menor de edad.
- Quien ha recibido un curador por el cuidado de sus asuntos patrimoniales.
- Quien ha sido privado de los derechos honoríficos.
- Quien está excluido de la tutela por ordenación del padre o la madre legítima del pupilo.
- Una mujer que está casada con persona que no sea el padre del pupilo, debiendo solo ser designada con la aprobación de su marido.

Excusas de la tutela

Quien rehúsa –sin motivo– el ejercicio de la tutela –si le es imputable culpa– es responsable de los daños que el pupilo sufra, por las circunstancias de que se demore la designación del tutor (artículo 1.787).

Pueden rehusar la sumisión de la tutela, según dispone el precepto 1.786:

- Una mujer.
- Quien haya cumplido los sesenta años.
- Quien no tenga más de cuatro hijos legítimos menores de edad.
- Quien por enfermedad, o achaques, está impedido de gestionar ordenadamente la tutela.
- Quien gestiona más de una tutela o curatela.

Ejercicio de la tutela

El tutor tiene derecho y la obligación de velar por la persona y el patrimonio del pupilo, especialmente de representarlo (artículo 1.793).

El derecho y la obligación del tutor de cuidar de la persona y el patrimonio del pupilo, se determina según las obligaciones establecidas para la patria potestad (artículo 1.800).

En cuanto al derecho y la obligación del tutor de velar por la persona y el patrimonio del pupilo, no se extiende a los asuntos de este último, para los que está designado un tutor (artículo 1.794).

Obsérvese, que la regulación en este código –en cuanto al ejercicio tutelar– pesa más sobre el carácter patrimonial, sin detallar aquellos derechos y obligaciones personales que debe de tener el tutor respecto al pupilo.

Quizás, resulte atrevido mi consideración, pero esta se puede constatar aún más en los artículos en que se le limita la actuación al tutor, pues dichas restricciones giran en torno a las obligaciones patrimoniales.

Restricciones del tutor

Según los artículos 1.795, 1.796, 1.806, el tutor:

- No puede emplear para sí patrimonio del pupilo.
- No puede representar al pupilo en un negocio jurídico que tenga, por objeto, la transmisión o gravamen de un crédito del mismo.
- No puede hacer donaciones en representación del pupilo.
- Otros que dispone la ley.

Refrenda el apartado 1.883, que el tutor es responsable ante el pupilo por los daños derivados de la infracción de una obligación, si es imputable de culpa. ¿Será la infracción derivada de una obligación personal o solo patrimonial?

Remoción del cargo de tutor

Teniendo en cuenta que remoción es destituir, la legislación civil alemana dispone que, si el tutor tuviere una conducta contraria a sus obligaciones y pusiese en peligro el interés del pupilo, o si se le da en persona del tutor alguno de los motivos del apartado 1.781, se le remueva del cargo (artículo 1.886).

Dispone, además, que el Tribunal de Tutelas puede remover a una mujer que está designada como tutor, si la misma contrae matrimonio.

Rendición de cuentas de la tutela

El tutor ha de facilitar información al Tribunal de Tutelas –en todo tiempo– a su requerimiento sobre la gestión de la tutela y las relaciones personales del pupilo (artículo 1.839). Asimismo, ha de rendir cuentas de su administración patrimonial el tutor, anualmente (artículo 1.840).

Terminación de la tutela

Detalla la legislación civil alemana, que la tutela termina:

- Por la cesación de los presupuestos señalados en el artículo 1.773.
- Caso que el pupilo falleciese, la tutela solo terminará con la supresión de esta por el Tribunal de Tutelas, siempre que el mismo conozca de la muerte del pupilo.
- Debido a la incapacitación del cargo del tutor, y si este es declarado fallecido.

La tutela en el Código Civil español de 1888, hecho extensivo a Cuba en 1889

En Cuba, la institución de la familia aparece regulada a partir de 1889 en el Código Civil español –promulgado un año antes– y el mismo se hizo extensivo a la Isla mediante el Real Decreto de 31 de julio de 1889, y se mantuvo vigente hasta 1975.

Su estructura la deriva del Código francés y como esta trae causa de la distribución hecha por Gayo y Justiniano, el plan se denominó romano-francés.⁵⁹

Este cuerpo civil no definió la tutela, solo se limitó a refrendar en el artículo 199 el objeto de la misma, apuntando que dicha institución estaría destinada a la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes de quienes –no estando bajo la patria potestad– son incapaces de gobernarse por sí mismos.

Dispone entonces el artículo 200 que se encuentran sujetos a tutela:

- Los menores de edad no emancipados legalmente, considerados menores hasta los veintitrés años (artículo 223).
- Los locos o dementes, aunque tengan intervalos de lucidez, y los sordos mudos que no sepan leer ni escribir.

⁵⁹ El Código Civil español, hecho extensivo a Cuba, poseía un título preliminar, cuatro libros: Libro I (*De las Personas*); Libro II (*De los Bienes de la Propiedad y sus Modificaciones*); Libro III (*De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad*) y Libro IV (*De las obligaciones y contratos*). Ver, a propósito, José Rodríguez Rodolfo: *Un curso de Derecho Civil cubano*, p. 428.

- Quienes, por sentencia firme, hubiesen sido declarados pródigos.
- Aquellos que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.

No siguió esta legislación la línea del Derecho Romano –en cuanto a la distinción entre tutela y curatela– fundiendo en los mismos artículos los sujetos de ambas instituciones, bajo un denominador común, la tutela.

Clases de tutela

El Código Civil español, hecho extensivo a Cuba, reconoció tres clases de tutela: la testamentaria, la legítima y la dativa.

Tutela testamentaria

Si bien la tutela testamentaria se basó en la patria potestad en el Derecho Romano, en el cuerpo civil español se fundamentó en el interés y el afecto que se presume de ciertas personas hacia los menores, y aquellas otras personas, que no poseen capacidad jurídica de obrar.

En consecuencia, se dispuso en este cuerpo legal –al igual que lo hizo el Código Napoleónico– que además del padre y la madre, podía nombrar tutor en testamento aquella persona que les deje herencia o legado de importancia (Título IX, artículo 207).

La facultad de la madre de nombrar tutor, es limitada, pues si contraía segundas nupcias, el nombramiento del tutor, que hizo para sus hijos del primer matrimonio, no surtía efecto sin la aprobación del Consejo de Familia (artículo 206).⁶⁰

Dispuso esta legislación civil, además, que se podía nombrar tutor y protutor, tanto para los hijos legítimos y naturales, como para los ilegítimos, a quienes están obligados a alimentar.

⁶⁰ El Consejo de Familia se compondrá de las personas que el padre o la madre –en su caso– hubieren designado en su testamento y –en su defecto– de los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor o incapacitado, cualquiera que sea su número. Si no llegasen a cinco, se completaría ese número con los parientes varones, más próximos, de ambas líneas –paterna y materna–; el juez municipal nombraría en su lugar las personas honradas, prefiriendo a los amigos de los padres del menor o el incapacitado. Ver, al respecto, *Código Civil español*.

Nótese dos aspectos en la redacción de estos artículos: el primero, la idea continuada –a lo largo de la historia– de la desconfianza que inspira la mujer y, especialmente, cuando contrae nupcias nuevamente –habiendo tenido hijos del primero– recelo que es irritante, injusto y carente de fundamento.

El otro aspecto se refiere a la legitimación de los hijos, recogido en el artículo 140, y mediante el cual este Código dispone que pueda nombrarse tutor para los hijos ilegítimos, pero se debe advertir que solo se concede este derecho cuando la filiación se ha probado o resulta de un modo indudable. Sobre esta filiación se basa la facultad de nombrar tutores y protutores, delicadeza de este Código que no compagina bien con los artículos restantes, los que se muestran implacables con los hijos ilegítimos.

Tutela legítima

Es conocido que la tutela legítima es la que se difiere por la ley, y tiene carácter subsidiario, pues solo procede cuando falta la testamentaria.

Si en el Derecho Romano esta clase de tutela se apoyó en el orden de llamamientos a la sucesión intestada, el cuerpo civil español se fundamentó –al igual que lo hizo el italiano– en la afección y confianza que sienten ciertas personas –ligadas estrechamente con los que estarán sujetos a tutela–: aparece la *unión por lazos de sangre*.

Incluyó el Código –dentro de la tutela legítima– la referida a: los menores, locos o dementes, sordo mudos, pródigos y a quienes sufren interdicción civil.

Se obró de esta forma, bien en virtud de una reminiscencia del derecho antiguo, o porque conceptuaba que la tutela de los mayores de edad era legítima por naturaleza.

Tutela legítima de los menores

El artículo 211 refrendó que la tutela de los menores no emancipados corresponde, únicamente, a:

- El abuelo paterno.
- El abuelo materno.
- Las abuelas paternas y maternas, por el mismo orden, mientras se conserven viudas.

- El mayor de los hermanos de doble vínculo y, a falta de estos, el mayor de los hermanos consanguíneos o uterinos.

Atendiendo al orden de llamamiento, en la tutela legítima –expuesta anteriormente– prevalece la masculinidad –prerrogativa de la naturaleza–, que siempre ha llevado consigo la primacía en el orden legal y, pese a que las leyes le han concedido derechos y preferencias a la mujer –a medida que la civilización ha ido ensanchando su influencia– no ha disminuido el predominio de la masculinidad.

Tutela legítima de los locos y sordo mudos

La tutela de los sordos mudos y locos corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 220, a:

- El cónyuge no separado legalmente.
- El padre y, en su caso, a la madre.
- Los hijos.
- Los abuelos.
- Los hermanos varones y las hermanas que no estuviesen casadas. Si hubiera hermanos, serían preferidos los varones respecto a las hembras, y el mayor en relación con el menor. En el supuesto en que concurriesen los abuelos paternos y los maternos, tendrán la primacía los varones, y en el caso de tener el mismo sexo, los de la línea paterna.

Tutela legítima de los pródigos

El artículo 227, ordena que la tutela de los pródigos, corresponde a:

- El padre y en su caso a la madre
- Los abuelos paternos y maternos.
- Al mayor de los hijos emancipados.

Adviértase en este artículo que, intencionalmente, se excluye a las abuelas para ser tutoras. ¿Acaso se estima que el prestigio y fuerza del abuelo es mucho mayor que el de la abuela?

Tutela legítima de quienes sufren interdicción

El Código Civil, trata esta tutela sucintamente, sometiéndola a las mismas reglas generales que las demás.

Para quienes sufren interdicción, el artículo 228, dispone que, en el momento en que la sentencia sea firme, cuando se haya impuesto la pena de interdicción, el Ministerio Fiscal pida que se designe un tutor. También pueden solicitar que se tutele a dichas personas, el cónyuge y los herederos *ab intestato*.

Esta tutela, se limitará a la administración de los bienes y a la representación en juicio del penado, además de la obligación del tutor de cuidar de los bienes de los menores e incapacitados que se encuentren bajo la autoridad del sujeto a interdicción, hasta que se le provea otro tutor.

Tutela dativa

En defecto del tutor testamentario y de parientes llamados por la ley al desempeño de la tutela, es a la sociedad a quien compete el cuidado de los menores y de aquellas personas que no poseen capacidad jurídica de obrar.

En consecuencia, el artículo 231 del Código Civil español, hecho extensivo a Cuba, dispuso que corresponde al Consejo de Familia el nombramiento del tutor siempre que no hubiese tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley para ejercer dicho cargo.

Incapacidad para ser tutor

No solo se necesita para el desempeño de la tutela el goce pleno de los derechos civiles, requiere, en el que lo ejerza, cualidades que garanticen el exacto cumplimiento de los interesantes deberes de esta institución.

Dispuso el artículo 237 que no podían ser tutores:

- Quienes están sujetos a tutela
- Aquellos que hubiesen sido sancionados por delito de robo, estafa, hurto, falsedad, corrupción de menores, escándalo público.
- Los condenados a cualquier pena corporal, mientras no se extingue la pena.
- Las personas de mala conducta o que no tuviesen manera de vivir conocida.
- Las mujeres, salvo en los casos en que es llamada por la ley.
- Quienes no residan en el país.

- Los que tengan litigios con el menor.

Ejercicio de la tutela

En cuanto al ejercicio de esta institución y las obligaciones del tutor, el artículo 262 es explícito, declarando que, este representa al menor o mayor, incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos por disposición expresa de la ley, que pueden ser ejecutados por sí mismos.

El Código ha reunido en un artículo las diversas obligaciones que impone al tutor el ejercicio de su cargo, señalando los siguientes (artículo 264):

- Alimentar y educar al menor, o incapacitado, según su condición.
- Administrar el caudal de los menores, o incapacitados, con la diligencia de un buen padre de familia.
- Procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordo mudo, que estos adquieran o recobren su capacidad.

Se prohíbe al tutor, dispuesto en el artículo 275:

- Donar o renunciar a cosas, o a derechos, pertenecientes al menor o al incapacitado.
- Cobrar de los deudores del menor, o del incapacitado –sin intervención del protutor– a no ser que procedan de rentas o frutos.
- Comprar por sí solo, o por medio de otra persona, los bienes del menor o del incapacitado a menos que, expresamente, hubiese sido autorizado por el Consejo de Familia.

El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del menor o del incapacitado, cuando no hubiese sido fijada la cuota por quienes le nombraron tutor en el testamento; el Consejo de Familia fijará la retribución, ni menor de 4 %, ni mayor de 10 % de las rentas, o productos líquidos, de los bienes (artículo 276).

Remoción del cargo de tutor

Se dispuso en el Código Civil, en su artículo 238, que serían removidos de la tutela:

- Quienes, después de deferida la tutela, incidan en algunos de los casos de incapacidad que se menciona la ley.

- Aquellos que se ingieran en la administración de la tutela sin haber reunido al Consejo de Familia, ni haber prestado fianza cuando deba constituirla.
- Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela.

El encargado de la remoción era el Consejo de Familia (artículos 239 y 240).

Rendición de cuentas de la tutela

La rendición de cuentas es una consecuencia de la tutela; el artículo 279, estableció que esta se hiciera anual y, examinando así la gestión del tutor cada año, puede conocerse la conducta del mismo e impedir que perjudique al menor o incapacitado, o acordar su remoción.

Terminación de la tutela

Ordenó el Código Civil que la tutela concluiría:

- Al llegar el menor a la mayoría de edad, (veintitrés años), y por adopción.
- Por haber cesado la causa que lo motivó, cuando se tratase de incapaces, sujetos a interdicción.

Registros de Tutela

Queda establecido en el Código civil, artículo 288 el Registro de Tutela, constituido por uno o varios libros donde se tome razón de las tutelas formadas durante el año en el respectivo territorio.

Bibliografía

- Albaladejo, Manuel: *Curso de Derecho Civil*, t. VI, Derecho de Familia. Ed. Tecnos S.A., Barcelona, 1994.
- Bonfante, Prieto: *Historia del Derecho Romano*, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.
- Borges, Milo A.: *Compilación ordenada y completa de la legislación cubana*, t. II y III, Ed. Cultural, S.A, La Habana, 1935.
- Borges, Tomás: *Un Grano de Maíz. Conversación con Fidel Castro Ruz*, Oficina de publicaciones del Consejo de Estado, Ciudad de La Habana, 1992.
- Bossert, A. y Gustavo Zannoni: *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.
- Bellucio, Augusto César: *Manual de Derecho de Familia*, t. I, [s. n.], Buenos Aires, 1989.
- Busel Santos, Ernesto: «Comentarios al Código de Familia», *Revista Cubana de Derecho*, año VII, no. 14, La Habana, [s. f.].
- Cánovas Espín, Diego: *Manual de Derecho Civil español*, vol. IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
- Castán Tobeñas: *Derecho Civil español, común y foral*, t. V, vol. II, Derecho de Familia, Ed. Reus S. A., Madrid, [s.f.].
- Chávez Asencio, F. Manuel: *La Familia en el Derecho: Relaciones paterno filiales*, Ed. Porrúa S. A., México, 1987.
- Clemente De Diego, Felipe: *Instituciones del Derecho Civil español*, t. I, [s.n.], Madrid, 1959.
- Daza Martínez, Jesús: *Iniciación histórica del Derecho Romano*, [s.n.], Alicante, 1938.
- Couder, Rubén de: *Compendio de lecciones escritas de Derecho Romano* [s. n.], Madrid, 1994.
- Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Derecho de Familia, Ed. Tecnos, S.A., Barcelona, 1993.
- Escobar de la Riva, Eloy: *La tutela*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*: Ed. Espasa-Calpe, S. A. Madrid, [s.f.].
- Enciclopedia Universal*: Ed. UTEHA, [s.n.], t. X, [s.f.].
- Fernández Bulté, Julio: *Manual de Derecho Romano*, Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1982.
- : *Historia General del Estado y el Derecho*, Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1987.
- Fernández Camus, Emilio: *Código Civil Explicado*, [s.n.], La Habana, 1924.
- : *Curso de Derecho Romano, Personas y Derecho de Familia*, Universidad de La Habana, 1941.
- Gómez De Góngora, Manuel: *Cuerpo de Derecho Civil*, t. II, [s.n.], Madrid, 1883.
- González-Alegre, Bernardo Manuel: *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, [s.n.], Teruel, 1956.
- Gutiérrez, Faustino: *Diccionario de Derecho Romano*, [s.d.e.].
- Ibarrada, Antonio de: *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa S.A., México D.F., 1984.
- Iglesias, Juan: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Aries, Barcelona, 1959.
- Laurent, Francois: *Principios de Derecho Civil*, t. IV, [s.n.], Puebla, 1912.
- Mederos, Sasurain Oriol: *Vocabulario jurídico*, Ed. Oriente, Santiago de Cuba, 1998.
- Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2001*, Microsoft Corporation, 1993-2001.

- Montes, V. L.: *Derecho de Familia*, [s.n.], Valencia, 1991.
- Peral Collado, Daniel: *Derecho de Familia*, Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1980.
- : «El proyecto del Código de Familia». *Revista Cubana de Derecho*, año III, no. 8, La Habana, [s.f.].
- Planiol y Ripert, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, t. I, Las personas, [s.n.], La Habana, [s.f.].
- Puig Peña, Federico: *Tratado de Derecho Civil español*, t. II, vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, [s.f.].
- Ramos, Arias: *Derecho Romano*, t. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, [s.f.].
- Rodríguez Álvarez, Rodolfo José: *Un curso de Derecho Civil cubano*, [s.n.], La Habana, 1946.
- Sánchez Román, Felipe: *Estudios del Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Familia, [s.n.], Madrid, 1912.
- Scaevola Mucius, Q.: *Código Civil*, t. IV y V, [s.n.], Madrid, 1891.
- Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Seix Barral, Barcelona, [s.f.].
- Valverde Valverde, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español*, 3.^a ed., [s.o.d.e.].
- Varona, Francisco: «Comentarios al Código de Familia», *Revista Cubana de Derecho*, no. 19, La Habana, 1970.
- Vázquez Bote, Eduardo: *Tratado teórico, práctico y crítico del Derecho Privado puertorriqueño*, t. IX, Derecho de Familia, [s.o.d.e.].
- Volterra, Eduardo: *Instituciones del Derecho Privado Romano*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1986.

Legislaciones

- Constitución de Cuba de 1940.
- Ley de las XII Tablas*.
- Ley 9 de 28 de diciembre de 1950*, Gaceta Oficial Ordinaria, no. 1, 1950.
- Decreto Ley 76*, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, ed. ordinaria, no. 1, 21 de enero de 1984.
- Digesto*, [s.d.e.].
- Instituta de Gayo*, [s.d.e.].
- Instituciones del Emperador Justiniano*: Ed. Centro Góngora, [s.l.], 1985.
- Reglas de Ulpiano*: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.
- Las Siete Partidas*, [s.d.e.].
- Código de Napoleón*: Ed. Lex, La Habana, 1921.
- Código Civil de Argentina*, de 25 de septiembre de 1869.
- Código Civil de Alemania de 1900*.
- Código Civil de España, hecho extensivo a Cuba*: Código concordado por Eduardo Rafael Montero, [s. n.], La Habana, 1956.
- Código Civil de México*, de 2000.
- Código de Familia de Cuba*, de 1975.
- Código de Familia de Honduras*, de 1995.
- Código Civil Español*, *Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1881*, concordado y anotado por Francisco Javier Fernández Ulzainqui, ed. actualizada de 1994.
- Proyecto de Reforma del Código de Familia cubano*, de octubre de 1996.

Instrumentos de Ordenación Territorial y Urbanística en Cuba

DRA. MIRIAM VELAZCO MUGARRA*

Consideraciones preliminares

Este artículo se ocupa de comentar y analizar las políticas públicas y el Derecho en el sistema e instrumentos de ordenación territorial y urbanística en Cuba y su incidencia en el fomento de la vivienda de interés social.

Con ese objetivo se analiza, en primer lugar, el marco constitucional en tanto título de legitimación de la intervención pública del suelo y referente básico que fundamenta la concepción del sistema urbanístico, los instrumentos de planeamiento y gestión y la normativa sobre la materia. Estos aspectos se abordan a los fines de demostrar las carencias y disfunciones de la legislación vigente, en contraste con los avances que en el orden jurídico se aprecian en el área de Ibero América.

La Constitución de la República de Cuba, en el bloque dedicado a los Fundamentos políticos sociales y económicos, artículo 9 c) consagra que: «El Estado trabaja por lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable». Este mandato constitucional constituye el título de legitimación de la intervención pública en la planificación, organización y promoción de la construcción y reparación de la vivienda que compete al Instituto Nacional de la Vivienda en representación del Estado.¹

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Camagüey, en 1977. Diplomada en Derecho Agrario por la Universidad de La Habana en 1999. Doctora en Derecho desde 2005 por la Universidad de Valencia, España. Miembro del Consejo Editorial de la JDN/ONBC. Profesora auxiliar a tiempo parcial de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Recibió el sello conmemorativo del XXX Aniversario de la UNJC. Por su destacada trayectoria profesional y su dedicación como abogada de la ONBC, fue candidata en el 2008 al premio por la *Obra de Toda la Vida* al servicio de la actividad jurídica.

¹ Ley 65 de 23 de diciembre de 1988, tal como quedó modificada por el Decreto Ley 211, de 19 de julio de 2000, *Ley General de la Vivienda*.

Por otra parte, la ley atribuye al Instituto Nacional de Planificación Física la función de procurar la Ordenación del territorio y el urbanismo en sus diferentes niveles, a través de los planes y proyectos físicos, que expresan la adecuada localización de las actividades de producción y servicios mediante la determinación del destino de la tierra (suelo) para los distintos fines y en correspondencia con las necesidades actuales y futuras de la sociedad.²

La concepción del sistema urbanístico en Cuba es distinta al modelo de corte liberal, configurado por una economía de libre mercado de suelo. El modelo cubano es más intervencionista, considera pública la tarea y la gestión urbanizadora en su totalidad, reservando al Estado la propiedad última de todo el suelo urbanizado, controlando los precios y el beneficio mediante la recuperación total de las plusvalías con el objetivo de lograr una adecuada ordenación ciudadana y el acceso a una vivienda digna mediante políticas públicas, sin que la ley establezca el control jurisdiccional de la actuación pública, salvo en algún aspecto relacionado con la potestad sancionadora de la Administración.

La tarea de urbanizar, de transformar los terrenos en suelo urbano es de exclusiva competencia de la Administración. Se persigue el objetivo de convertir en patrimonio público todo el suelo de expansión urbana previa indemnización adecuada por su valor inicial. «Según esta concepción, los terrenos urbanos o urbanizables no son bienes apropiables, sino un bien colectivo, un recurso natural sobre el que descansa (como sobre las minas, las aguas de los ríos o la energía) la vida social».³ De acuerdo con la doctrina, en este modelo intervencionista, el derecho a urbanizar y a edificar, se desvincula del derecho de propiedad sobre los terrenos de expansión urbana.

La separación entre el derecho de propiedad y el derecho de urbanizar sobre bien ajeno, tiene ventajas y desventajas sociales.

Entre las ventajas del modelo intervencionista se pueden considerar:

– Un mejor planeamiento urbano.

² Arts. 1 y 2 del Decreto 21/1978, de 28 de febrero del Consejo de Ministros, *Reglamento de la Planificación Física*.

³ J. Timón Tiemblo: «Planeamiento Urbanístico, intervención en el mercado del suelo y políticas públicas de vivienda en Derecho Urbanístico de Extremadura», *Planeamiento Urbanístico* [M. Corchero, coord.], p. 148.

- Mejores y más dignas viviendas.
- Los aumentos del valor del suelo son absorbidos por la administración, con lo que se elimina la especulación en el tráfico inmobiliario.
- La creación de un amplio patrimonio público de suelo urbano.

En cuanto a las desventajas se puede señalar, la notable retracción que supone la inexistencia de la iniciativa privada, lo cual hace recaer sobre el Estado la responsabilidad y la gestión de las acciones urbanizadoras, tal como sucede en Cuba.⁴

En el contexto del régimen socialista de producción, la propiedad del suelo se mantiene con un mercado cerrado, por tanto, se analiza el estado de la cuestión de acuerdo con este modelo político, económico y social en el que resulta determinante el papel del sector público en el desarrollo rural y urbano en beneficio de la comunidad.⁵

La Constitución, reconoce la propiedad estatal socialista y otras formas de propiedad como son: la propiedad de organizaciones políticas de masas y sociales, las de las cooperativas, la de los agricultores pequeños, la de otras personas jurídicas cuyos bienes se destinan al cumplimiento de sus fines, la propiedad personal, que es aquella destinada a la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales de su titular, y la propiedad privada de la inversión extranjera.⁶

⁴ *Ibidem*. Este autor explica el significado actual de *publicar* el suelo urbano, en una política intervencionista del urbanismo.

⁵ *Constitución de la República de Cuba*, proclamada el 24 de febrero de 1976, p. 3. Capítulo I, Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos de los arts. 1-27, *in fine*. El art. 16, establece: «El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y de los ciudadanos, promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país. »En la elaboración y ejecución de los programas de producción y desarrollo participan activa y conscientemente los trabajadores de todas las ramas de la economía y de las demás esferas de la vida social».

⁶ *Código Civil*, Ley 59 de 16 de julio de 1987, p. 39. A partir de la reforma constitucional de 1992 se reconoce la propiedad privada en la actividad empresarial de la inversión extranjera.

El Decreto Ley 227/2002, de 8 de enero, del Patrimonio Estatal, regula los bienes estatales destinados al uso público, que tienen el carácter de bienes inembargables e imprescriptibles, y los propiamente patrimoniales que se rigen por leyes especiales.⁷

De acuerdo con el Código Civil, la propiedad confiere a su titular la posesión, el uso, el disfrute y la disposición de los bienes conforme a su destino socioeconómico, acción contra el tenedor y el poseedor del bien para reivindicarlo y también para solicitar el reconocimiento de su derecho por el órgano jurisdiccional competente e inscribirlo en el correspondiente Registro.⁸

Esta concepción de la propiedad es el fundamento de las limitaciones que se establecen a la propiedad inmobiliaria en leyes especiales sobre la adquisición y transmisión de inmuebles rústicos y urbanos, se basa en la función social que desempeña la propiedad en el Socialismo.⁹

El Ministerio de la Agricultura aplica y controla el cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley sobre el Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios, que incluye la vivienda o viviendas situadas en la unidad de producción.¹⁰ La ley atribuye a la Administración prerrogativas ilimitadas, en esta esfera constituye una jurisdicción especial fuera del control judicial, sus decisiones no pueden ser impugnadas ante los Tribunales de Justicia.¹¹

⁷ Decreto Ley 227 de 8 de enero de 2002, *Ley del Patrimonio Estatal*.

⁸ Conforme el art. 129 en relación con el art. 132, ambos del Código Civil vigente.

⁹ I. Cabanes Espino, M. Fernández Martínez y M. E. Prado Sifontes: «El ejercicio del Derecho de propiedad del suelo urbano. Su sentido social. Facultad de Derecho» [inédito], Universidad de Camagüey, Cuba, 2008. Estas autoras señalan que en el ámbito del Derecho Urbanístico, «los derechos o facultades urbanísticas, forman parte del contenido esencial de la propiedad sobre el suelo, se ejercerán de conformidad con lo establecido en la ley y en los Planes de Ordenamiento Territorial y el Urbanismo, teniendo en cuenta el sentido social del derecho de propiedad».

¹⁰ Decreto Ley 125 de 30 de enero de 1991, sobre el *Régimen de propiedad, posesión y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios*.

¹¹ M. Velazco Mugarra: «Apuntes sobre el Derecho y el Proceso Agrario en Cuba», art. premiado en el Concurso Nacional de la ONBC, realizado en la ciudad de La Habana en el año 2007.

El Decreto Ley de la Organización de la Administración Central del Estado, establece las atribuciones y funciones del Ministerio de la Agricultura, entre las cuales se encuentra: el control de la disciplina agraria y la decisión sobre las reclamaciones de Derecho y conflictos que surjan con motivo del uso y explotación de la tierra, y de los demás bienes agrarios, además de controlar el proceso de producción privado, cooperativo y estatal, la conservación y el mejoramiento del medio. El desarrollo del territorio rural previsto en el planeamiento, compatibiliza la competencia de este Ministerio sobre las áreas de interés agrícola.¹²

En materia de vivienda corresponde la competencia al Instituto Nacional de la Vivienda, que se rige por normas especiales que procuran compatibilizar la competencia de esta entidad y la correspondiente al Ministerio de la Agricultura para el control del fondo de viviendas situadas en áreas de producción agrícola.¹³

El segundo *Por cuanto* de la Ley General de la Vivienda declara que la Ley de Reforma Urbana de 1960, terminó definitivamente en Cuba con los factores especulativos que desnaturalizaron la función social que debe cumplir la inversión de la vivienda y convirtió en propietarios de sus viviendas a los que en esos momentos las ocupaban como arrendatarios.

Por la citada ley es legítimo tener, además de la de ocupación permanente, la propiedad de otra vivienda ubicada en zona destinada al descanso o veraneo, fuera de esa posibilidad, de la señalada para los agricultores pequeños y cooperativistas y de los casos de viviendas vinculadas un organismo estatal, ninguna persona tendrá derecho a poseer más de una vivienda.¹⁴

En Cuba la diferencia del grado de urbanización del suelo no origina conflictos de intereses (público y privado) La mayor parte del suelo es propiedad del Estado y su edificación se acomete por las empresas

estatales de acuerdo con los Planes de desarrollo de cada territorio y de los objetivos nacionales. Las entidades públicas asumen los costes de urbanización presupuestados, sin perjuicio de la participación de los trabajadores en la construcción de viviendas mediante microbrigadas o por esfuerzo personal si son titulares de una parcela y obtienen la autorización correspondiente. En el desarrollo urbanístico y en la construcción de viviendas no interviene la iniciativa empresarial privada.

La importancia del suelo recae en su valor de uso. El suelo es el elemento material en el cual se sustenta la formación social, política y económica del sistema y un factor esencial en la Planificación y el Desarrollo Urbano que se proyecta y realiza en función de las necesidades del territorio que le sirve de base, razones que fundamentan el control y las limitaciones que sobre la propiedad del suelo rústico y urbano se establecen a través del planeamiento y las regulaciones urbanísticas.¹⁵

La propiedad privada sobre el suelo rústico o urbano no es representativa en el sistema cubano. El uso y tenencia de la tierra, se destina al interés de la sociedad, conforme los planes para el desarrollo territorial y urbanístico que elabora el Instituto de Planificación Física. El dominio del suelo urbano con destino urbanístico tiene carácter público, no coexiste con la propiedad privada lo que evita el conflicto entre el interés particular y el interés general (uso en aras del bien común).¹⁶

No existen en Cuba las implicaciones propias del sistema de economía de mercado en cuanto a la tenencia concentrada de la propiedad de la tierra en pocas manos y su consecuencia, a saber: los intereses del sector social –ligado a su apropiación– en contra de los intereses del desarrollo territorial y urbano que promueven las políticas públicas, pero sí se aprecian los inconvenientes que plantea la distribución desigual del ingreso –representado por la renta derivada de la titularidad del suelo– que tiene como efecto directo sobre la ciudad, un papel im-

¹² Decreto Ley 87 de 10 de abril de 1983, tal como quedó modificado por el Decreto Ley 147, de 21 de abril de 1994, *De la Organización de la Administración Central del Estado*.

¹³ Circular Conjunta 1 de 26 de noviembre de 2002, de los Ministros de la Agricultura y del Azúcar, y de los Presidentes del Instituto de Planificación Física y del Instituto Nacional de la Vivienda, los que en el uso de sus respectivas competencias circulan indicaciones concretas a las Administraciones y empresas estatales correspondientes para la solución y control de las ilegalidades en viviendas construidas en áreas agrícolas.

¹⁴ Art. 2 de la *Ley General de la Vivienda*, Ley 65 de 23 de diciembre de 1988, p. 5.

¹⁵ M. Velazco Mugarra: «Lo ambiental en el modelo de agricultura multifuncional y el uso del suelo en Cuba».

¹⁶ Naciones Unidas, *Informe de Hábitat*, Tópico D, punto 1, no. 78, 1976. En cuanto a la propiedad privada señala que: «La propiedad privada de la tierra es también un instrumento principal de acumulación y concentración de riqueza y por consiguiente contribuye a la injusticia social; si no se controla, puede convertirse en un grave obstáculo para la planificación y aplicación de proyectos de desarrollo».

portante en la distribución de los sectores sociales de acuerdo con el medio ambiente y localizaciones diferenciadas.¹⁷

Se establecen limitaciones a la propiedad respecto al uso y disposición de solares yermos por sus titulares (propietarios, superficiarios y usufructuarios), relativos a sobrevuelos, construcciones y protección del patrimonio nacional y cultural, y a los recursos naturales y el medio ambiente. De existir restricciones urbanísticas que impidan edificar el solar yermo, se podrá interesar la compensación por otro de propiedad estatal, si lo hubiere, o el pago de su precio legal por el Estado.¹⁸

Las Direcciones Municipales de Planificación Física están facultadas para autorizar las solicitudes para el uso del suelo y establecer las regulaciones urbanísticas correspondientes con el objetivo de velar por el correcto aprovechamiento de los terrenos y que se cumplan los Planes de Ordenación Territorial y de Urbanismo.¹⁹

La expropiación del suelo solo puede efectuarse por razones de utilidad pública o interés social con la debida autorización. La forma y cuantía de la indemnización será calculada de acuerdo con el valor de los bienes, los intereses y las necesidades económicas y sociales del expropiado.²⁰

Aunque no se dispone de Sentencias para ilustrar la interpretación y aplicación de las normas vigentes en materia de Urbanismo y Ordenación Territorial, el supuesto perjudicado por el planeamiento urbanístico y la ejecución de un proyecto urbano se encuentra legitimado para establecer demanda conforme a su derecho, aunque falta la tutela de una Ley del Suelo y de Ordenamiento Territorial y Urbanístico que regule los derechos y deberes urbanísticos de propietarios, inversionistas nacionales o extranjeros y las competencias y atribuciones de la Administración.

Igualmente, no se dispone de una legislación reguladora del Catastro, actividad que dirige la Oficina Nacional de Hidrografía y Geodesia del Ministerio

de las Fuerzas Armadas, que sigue una Metodología para la determinación del valor del suelo desde el punto de vista catastral.²¹

Una de las conclusiones del trabajo de investigación dirigido por la Facultad de Derecho de La Universidad de La Habana, sobre El precio, valor y uso del Suelo, destaca la importancia de la regulación sobre el uso y el destino de este recurso natural, de cara al Derecho Urbanístico y la consideración de su adecuado estudio por representar el suelo un aporte de capital importante en el marco de las inversiones extranjeras, lo que demuestra su interés más «desde el prisma económico que jurídico».²²

El criterio que asume la autora, se corresponde con el sistema socio político de Cuba, en que no se ha precisado –hasta ahora–, una sistemática normativa sobre la materia ya que el Suelo con destino urbanístico es de propiedad pública y la Administración tiene reconocida una amplia prerrogativa para su gestión, así es que el Sistema de Derecho, no ha considerado necesario disponer de leyes sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento común, ni de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Esa carencia jurídica es una de las causas que reduce la radicación de reclamaciones de los ciudadanos contra las actuaciones públicas sobre la materia urbanística, y otras relacionadas con el Derecho Administrativo.

Distribución de competencias

El Estado desarrolla un modelo social, basado en la propiedad social sobre los medios de producción fundamentales, y otras formas de propiedad antes comentadas. La Organización Estatal se rige por los principios de la democracia socialista, que centra el poder en el pueblo, «ejercido por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás Órganos del Estado que de ellas se derivan».²³

¹⁷ M. Velazco Mugarra: «Desarrollo de ciudades sostenibles desde una perspectiva cubana», comunicación al Congreso Iberoamericano Ecología y Sostenibilidad Urbana, efectuado en Cáceres, España, 2005.

¹⁸ Art. 131 del Código Civil en relación con el art. 22 de la Ley General de la Vivienda sobre las limitaciones de la propiedad del suelo urbano.

¹⁹ Art. 5 de la Ley General de la Vivienda.

²⁰ De acuerdo con el art. 134 del Código Civil.

²¹ El catastro contribuye al ordenamiento inmobiliario, al desarrollo inversionista derivado del Ordenamiento Territorial y el Urbanismo, a la planificación del Desarrollo Económico y Social y a la preparación de la Defensa.

²² L. Castro Caballero: «El precio, valor y uso del suelo. Vinculación con el Derecho Urbanístico en Cuba» [inédito], p. 130.

²³ Principios de funcionamiento y organización del Estado: art. 68 de la Constitución de la República de Cuba de 1976, conforme a su reforma de 1992.

El primer nivel de la Administración Pública es el Consejo de Ministros, su Comité Ejecutivo puede decidir sobre las cuestiones atribuidas al Consejo de Ministros durante los períodos que median entre una y otra de sus reuniones. Las Delegaciones Territoriales de los Ministerios y los Organismos de la Administración Central son de subordinación vertical.

Las Asambleas del Poder Popular, constituidas en las demarcaciones político-administrativas en que se divide el territorio nacional, son los órganos superiores locales del poder del Estado, y —en consecuencia— están investidas de la más alta autoridad para el ejercicio de las funciones estatales en sus demarcaciones respectivas y para ello, dentro del marco de su competencia, y ajustándose a la ley, ejercen gobierno.

Dentro de las funciones de las Asambleas Provinciales, se encuentra la de aprobar y controlar, conforme a la política acordada por los organismos nacionales competentes, la ejecución del Plan y del presupuesto ordinario de ingresos y gastos de la provincia, con lo cual, las Delegaciones Territoriales de la Vivienda y de Planificación Física se encuentran subordinadas a este nivel local.

El Estado a través del Instituto Nacional de la Vivienda, promueve las políticas de Vivienda. Este Instituto, entre otras funciones se ocupa de promover la construcción de viviendas, según la proyección urbana estatal para el posible desarrollo de ciudades sostenibles, así como de establecer y controlar normas para el funcionamiento de los asentamientos urbanos y rurales, su organización social y de los servicios, además de la atención a edificios multifamiliares y la erradicación de condiciones precarias.

Mediante políticas nacionales o locales se planifica, organiza y promueve la construcción y reparación de viviendas, en cumplimiento del mandato constitucional que reconoce la legitimación de la gestión pública para estas acciones, en franca correspondencia con los principios y objetivos de la Declaración de Estambul y el Programa Hábitat de la Segunda Conferencia de Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) de 1996, que constituye el marco en que el Desarrollo de los Asentamientos Humanos se vincula con el proceso de ejercicio de los Derechos Humanos, en general, y de los Derechos a una vivienda digna, en particular.²⁴

El Instituto de Planificación Física elabora el Plan urbano de forma general y potencia el urbanismo local, y sus condiciones propias de urbanidad y cooperación, que cuenta con normas subsidiarias de ámbito municipal.

Las Direcciones Provinciales y Municipales de Planificación Física se encuentran subordinadas a los Consejos de Administración Provincial y Municipal respectivos, y sus funciones son: dirigir, regular, realizar y controlar la ordenación territorial y el urbanismo a su nivel, en cumplimiento de la política del Estado y del Gobierno, y de las decisiones que adopten las respectivas Asambleas del Poder Popular y sus Consejos de la Administración.²⁵

El Sistema Nacional de la Planificación Física es el de una institución estatal, nacional que dirige, elabora y controla el Urbanismo y la Ordenación Territorial, y los aspectos del diseño y la arquitectura relacionados con el urbanismo.

Las Direcciones Municipales de Planificación Física son competentes para elaborar, e implementar, los Planes de Ordenamiento Territorial y Urbano, con una visión integral que brinde eficacia al proceso inversionista, y a la planificación económica de su demarcación a corto, mediano y largo plazo.

La evolución del enfoque de las estructuras urbano territoriales del Instituto de Planificación Física, ha concretado una visión del desarrollo desde la comprensión de las estructuras físico-espaciales, los procesos políticos, socioeconómicos y el medio natural, los vínculos urbano rurales, en su interdependencia social, económica y ambiental y la concepción de los asentamientos humanos como sistema.²⁶

Competencia para la protección de los conjuntos históricos

El Centro Histórico de la Ciudad de La Habana y su sistema de fortificaciones fue declarado Patrimonio de la Humanidad en la sesión del 14 de diciembre de 1982 por el Comité Intergubernamental para la

²⁵ Por el Acuerdo 3435/1999, de 29 de enero, del CECM, se establecen las funciones y atribuciones de estos niveles en sus anexos 1 y 2, tal como quedó modificado por Acuerdo 3808/2000, de 20 de noviembre del CECM.

²⁶ M. Padrón Lotti: «Más allá del planeamiento», Conferencia Magistral pronunciada por el Director de Desarrollo del Instituto de Planificación Física de Cuba durante el Seminario Internacional Derecho, Ordenación Territorial, Urbanismo y Gestión Pública, celebrado en La Habana, marzo de 2008.

²⁴ Art. 2 de la Ley General de la Vivienda vigente.

Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en París.

A tenor de la labor relevante en la conservación de los monumentos históricos de La Habana, y de los bienes ubicados en la ciudad, así como su restauración por la Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana, en 1993 se otorgan competencias especiales a esta Oficina de perfil cultural, entre las cuales, se integra la responsabilidad como inversionista de la restauración y conservación del Conjunto Histórico de La Habana.²⁷

De acuerdo con la legislación, se amplía el marco de autoridad la Oficina del Historiador de la Ciudad y se fortalece su condición de institución cultural con personalidad jurídica y patrimonio propio y se adscribe al Consejo de Estado, que tiene la alta dirección de sus actividades. Su director, el Historiador de la Ciudad de La Habana, se nombra y sustituye por el Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros. A esta Oficina se subordinan el Museo de la Ciudad de La Habana y sus dependencias, Departamentos de la Oficina y la Empresa de Restauración de Monumentos y otras entidades necesarias para el desarrollo social del Centro Histórico y la promoción de actividades turísticas y comerciales, y tiene atribuidas las funciones principales siguientes:

- a. Preservar la memoria material y espiritual de la capital de la República como expresión de la historia nacional, divulgándola y honrándola por todos los medios de difusión, naturales y técnico-científicos y por su acción continua sobre estos bienes de la nación.
- b. Formular y ejecutar los planes de restauración de la zona priorizada y velar por la conservación y restauración de los valores históricos en el resto de la ciudad de La Habana
- c. Instrumentar los métodos de apoyo financiero el trabajo de restauración.
- d. Fiscalizar las actividades que en relación con los bienes que integran la zona priorizada para la conservación, lleven a cabo las entidades enclavadas en esta.

²⁷ Decreto Ley 143/1993, de 30 de octubre, del Consejo de Estado, Sobre la Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana, tal como quedó modificado por el Decreto Ley 216/2001 que establece los límites de la zona priorizada de conservación.

- e. Fomentar fuentes propias de financiamiento destinadas a la restauración y preservación de la zona priorizada para la conservación, al mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes, al sostenimiento de las funciones de la Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana y a los ingresos del país.
- f. Conceder o denegar autorizaciones para obras y usos de los espacios urbanos en la zona priorizada para la conservación, entre otras atribuciones.

La ley establece la necesaria relación de consulta con los organismos e instituciones nacionales enclavados en el territorio o fuera del mismo que se consideren necesarios para el cumplimiento de sus funciones, con lo cual, se han establecido relaciones de trabajo coordinadas con el Instituto de Planificación Física para los aspectos de su competencia.²⁸

Esta regulación provoca la concurrencia de competencias de otras Administraciones Públicas, entre ellas las del Instituto Nacional de la Vivienda y el Instituto de Planificación Física.

Se sabe que el sistema estatal de Planificación Física es el organismo facultado para conceder o denegar autorización para el uso del suelo urbanizado, urbanizable o no urbanizable para las inversiones de obras, pero esta competencia concurre con la otorgada legalmente a la Oficina del Historiador de La Ciudad en esta materia, por tanto, aunque estas entidades son independientes y autónomas en su actuación, compatibilizan sus competencias mediante el dictado de resoluciones conjuntas y de las relaciones interadministrativas.

La zona priorizada para la conservación pertenece al municipio de la Habana Vieja. En este territorio concurren con la administración y gobierno del Historiador de la Ciudad sobre el Conjunto Histórico de la Ciudad; el Consejo de Administración Municipal del Poder Popular y sus dependencias subordinadas incluidas la Dirección Municipal de la Vivienda y la Dirección Municipal de Planificación Física.

Los trámites de inversiones, construcciones, ampliaciones, reparación, legalización y permutas de viviendas, transmisión y adjudicación de vi-

²⁸ Según se establece en el art. 5 del Decreto Ley 143/1993, de 30 de octubre, de la Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana.

viendas son de competencia de las Administraciones de Planificación Física y de la Vivienda en sus respectivas competencias. Si los inmuebles se encuentran situados en el área a cargo del Historiador de la Ciudad, según el procedimiento establecido, con carácter previo, se requerirá su dictamen favorable para la continuación de los trámites legales oportunos ante las demás Administraciones competentes.

Los instrumentos de la planificación física

La Planificación Física incluye la Ordenación Territorial y el Urbanismo para lo cual elabora, aplica y controla la utilización de los instrumentos metodológicos, técnicos y normativos que rigen el planeamiento, la gestión y el control de la actividad, así como los que regulan los procedimientos para el otorgamiento de Certificados de Macrolocalización, Microlocalización,²⁹ Licencias de Obra, de Utilizable, Inspección y otros que sean necesarios.³⁰

La legislación vigente de mayor alcance para la Ordenación Territorial y Urbanística se refiere al Reglamento de Planificación Física; el Régimen de Contravenciones del Ordenamiento Territorial y el Urbanismo;³¹ el Reglamento del Proceso Inversionista;³² la Ley de Medio Ambiente, y el Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo 2005/2010, además de otras normas complementarias y sectoriales.

Teniendo en cuenta la ineficacia jurídica del Reglamento sobre Planificación Física es conveniente atenerse a las regulaciones del Acuerdo 3808/2000, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (CECM), que actualiza los objetivos, funciones y atribuciones específicas del Instituto de Planificación Física, cuyas bases, serán útiles para la

futura modificación de las regulaciones sobre el régimen urbanístico del suelo y el ordenamiento territorial.³³

El Instituto de Planificación Física de Cuba, en lo adelante IPF, es el Organismo estatal, nacional y rector que propone, dirige, y controla la aplicación de políticas territoriales referidas a:³⁴

- a. Destino del suelo.
- b. Localización de las actividades productivas y no productivas.
- c. Organización territorial del Sistema de asentamientos poblacionales.
- d. Estructura físico-espacial de los asentamientos y sus vínculos con su área de influencia.
- e. Elementos morfológicos asociados a la imagen de las zonas rurales y urbanas.

Entre otras funciones, el IPF tiene la función principal de elaborar y proponer el esquema nacional de ordenación territorial con enfoque integral de las estructuras territoriales de carácter socioeconómicas, político-administrativas y ambientales, en coordinación con los Organismos de la Administración Central del Estado, lo que justifica su intromisión en la toma de decisiones para el ordenamiento ambiental.

Los instrumentos del Planeamiento son esquemas (políticas) de Ordenación Territorial, Planes y estudios de localización y detalles. El Esquema se realiza a escala nacional, provincial y supramunicipal o urbano, con horizontes temporales de mediano y largo plazo.

²⁹ Los conceptos de *macro* y *microlocalización* definen niveles de localización de las inversiones. El art. 17 del Decreto 21/1978 lo explica del siguiente modo. «La localización de inversiones se realiza en dos niveles: la macrolocalización o selección de la ciudad, territorio o zona donde se ejecutará la inversión, y la microlocalización o selección del área de terreno para su construcción».

³⁰ Propuesta de modificación al numeral 12 del apartado segundo del Acuerdo 3808/2000, de 20 de noviembre, del CECM, sobre las funciones del Instituto de Planificación Física.

³¹ Decreto 272/2001, de 20 de febrero, *Régimen de Contravenciones de la OTU*.

³² Decreto 5/1977, de 22 de septiembre; *Reglamento del Proceso inversionista*.

³³ De conformidad con las Disposiciones Finales Sexta y Séptima del Decreto Ley 147 de *Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado*, se adoptó con fecha 20 de noviembre del 2000, el Acuerdo 3808 del CECM, que aprueba los objetivos, funciones y atribuciones específicas del Instituto de Planificación Física adscrito al Ministerio de Economía y Planificación. El Acuerdo 3435/99 del CECM de 29 de enero, establece las funciones y atribuciones de las Direcciones Provinciales y de las Direcciones Municipales del IPF, subordinadas a los gobiernos locales.

³⁴ Acuerdo 6686/2009, de 16 de septiembre, del CECM se traspa el IPF antes adscrito al Ministerio de Economía y Planificación, a la subordinación del Consejo de Ministros y dirigido por su Vicepresidente.

Además de los Esquemas General, Parcial y Especial de nivel territorial, la provincia tiene competencia para elaborar y aprobar Planes: Generales, Parciales, Especiales y los Estudios de localización y detalles de interés supramunicipal.

Al municipio (asentamiento) le compete la elaboración y aprobación de los Planes de interés municipal, con lo cual se fortalece el planeamiento y gestión de modo participativo.

El Plan General comprende los Planes Parciales y Especiales interrelacionados mediante los Estudios de localización y detalles. Los Planes se elaboran y aprueban con objetivos, acciones, proyectos, inversiones, regulaciones y catálogos.

Las regulaciones en el uso y manejo de los territorios, la distribución de la población, los elementos que lo estructuran y consolidan, se establecen en Los Planes de Ordenación Territorial y Urbanístico que se aprueban por los Consejos de la Administración Provincial, o Municipal, a los que compete el Urbanismo, con tres niveles de precisión, esto es: Planes Generales, Planes Parciales y Planes Especiales.

Los Planes Generales se encargan de expresar los objetivos de la política territorial en los Esquemas, concilian las políticas sectoriales y programas inversionistas, y definen el destino y la intensidad del uso de los suelos, el trazado de las infraestructuras técnicas, el sistema de asentamientos poblaciones, regulaciones territoriales y el programa de acciones y medidas a realizar.

El contenido de los Planes Generales para zonas específicas, sean áreas rurales o urbanas, se precisan por los Planes Parciales que facilitan la gestión del proceso inversionista y su control en fase de ejecución.

Los Planes Especiales perfilan el ordenamiento de aspectos sectoriales, de actividades productivas y no productivas o de índole ambiental, de interés supramunicipal, ejemplo de estos, son: el trazado del sistema de infraestructuras técnicas, los polos turísticos, las zonas de servicios, o las cuencas hidrográficas, entre otros; requieren conciliación ambiental territorial, y pueden estar en áreas priorizadas por la Nación para asimilar un acelerado proceso inversionista o por el nivel de deterioro ambiental que poseen o constituir espacios de excepcional interés paisajísticos, gran biodiversidad y otros.

Complementarios al planeamiento son los Estudios de detalle, dirigidos en general a pequeñas áreas donde se precisa con mayor claridad los elementos de in-

tervención protección, y que se expresan de manera pormenorizada, para facilitar la toma de decisiones en el proyecto de ejecución de las transformaciones territoriales, así como la conformación del cuerpo de regulaciones, medidas, acciones o políticas que faciliten el más adecuado uso del territorio en particular.³⁵

Estudios de localización y factibilidad territorial se realizan de acuerdo a las particularidades y necesidades de respuesta surgidas en el proceso inversionista donde es obligada la inclusión del tema ambiental, considerando los impactos económicos, sociales y ambientales esperados con la inclusión detallada de los mecanismos de solución.

El destacado urbanista Padrón Lotti, ratifica que el desempeño de los Planes Generales debe cumplir determinados requisitos, a saber: «Su carácter de instrumento jurídico normativo y de Gobierno, descentralizado, participativo, gestionable, estratégico, regulador, controlable, integral y comunicativo». Por ende, un Plan Urbano debe fundamentar su necesidad con un análisis retrospectivo y de la situación actual, los escenarios y modelos de ordenamiento territorial y urbanísticos, objetivos y programa de acciones para la gestión del plan, regulaciones y catálogo de elementos de alto valor, cartera de proyectos, instrumentos de gestión, instrumentos de participación y comunicación social e instrumentos de control, evaluación e información.³⁶

Los ejes principales del trabajo de un Plan de ordenación territorial y urbanística se trazan desde el destino y uso del suelo, la estructura físico espacial y la morfología, paisaje e imagen a los procesos sociales, económicos y ambientales con un enfoque intersectorial y multidisciplinar para lo que se requiere disponer de nuevas tecnologías aplicadas; bases de datos del Catastro, demográficos y del sistema de información geográfica, entre otros.

Los ámbitos de la gestión del Plan urbano, se extienden a la estrategia de desarrollo del Gobierno Local, al Plan de la Economía, al Proceso inversionista, al Grupo coordinador de la ejecución del Plan Urbano, a la Evaluación anual de la Ejecución del Plan Urbano, a los Consejos Populares y a la Cooperación internacional descentralizada.

³⁵ Se asume la descripción de los Planes Generales, Especiales, Parciales, Estudios de detalle y de localización y factibilidad territorial de las «Regulaciones del Ordenamiento Territorial en Cuba».

³⁶ M. Padrón Lotti: «Más allá del planeamiento», *op. cit.*

Los instrumentos indispensables para la actuación urbanística son: la legislación, la planificación, el financiamiento del urbanismo, la dotación de infraestructuras, las políticas de desarrollo urbano y suelo, la participación-colaboración de los diferentes actores implicados, el control de las obligaciones de los diferentes agentes sean públicos o privados, disciplina urbanística, licencias y formación de técnicos y autoridades.

Consideraciones finales

El planeamiento mantiene una estrecha relación con la política trazada en el Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo y los demás programas, planes y proyectos de desarrollo económico social, por tanto, su función es determinante e integradora para el desarrollo y la toma de decisiones a cualquier nivel.

La legislación es un instrumento de la Planificación Espacial, por consiguiente, es necesario disponer de normas adecuadas a los actuales requerimientos de esa actividad, pues las normas vigentes sobre ordenamiento territorial y urbanístico no se ajustan a su contenido específico, alguno de los cuales se reflejan en diversas leyes y normas complementarias de otros ámbitos, por ello, se echa en falta una ley eficaz ajustada al Derecho.

La realización de la tarea planificadora del territorio y el urbanismo no tiene su adecuado reflejo en una ley a pesar que la legislación es un instrumento indispensable del sistema.

En Cuba aparecen diversas normas de distinto rango que regulan de forma dispersa e incompleta la ordenación territorial y urbanística lo que explica en parte el insuficiente desarrollo de esta disciplina desde el Derecho.

La doctrina y la jurisprudencia sobre Derecho Urbanístico son reconocidas en Iberoamérica. Esta realidad contrasta con el enfoque más político que jurídico de esta materia en Cuba lo cual influye en la falta de pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo Popular para conformar una doctrina nacional capaz de orientar la adecuada interpretación y aplicación de las normas urbanísticas, actividad fundamental que brinda respaldo a los principios de legalidad y seguridad jurídica que sustenta el sistema de Derecho.

La ley de suelo y de la ordenación territorial que se encuentra en estudio se fundamenta en la política económica y social hacia el desarrollo sostenible. La ordenación territorial y urbanística constituye instrumento básico para la consecución de esos objetivos y por tanto será necesario conjugar todos los aspectos que recaen en el planeamiento, la gestión del recurso territorio y el control de sus disposiciones, e introducir aquellos aspectos que diseñen jurídicamente los instrumentos para una planificación territorial sostenible de acuerdo con las características propias del país.

Bibliografía

- Cabanes Espino, I., M. Fernández Martínez, y M. E. Prado Sifontes: «El ejercicio del Derecho de propiedad del suelo urbano. Su sentido social» [inédito], Facultad de Derecho, Universidad de Camagüey, Camagüey, 2008.
- Castro Caballero, L.: «El precio, valor y uso del Suelo. Vinculación con el Derecho Urbanístico en Cuba» [inédito], Trabajo Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2006, p. 130.
- Padrón Lotti, M.: «Más allá del planeamiento» [inédito], Conferencia Magistral, impartida por el Director de Desarrollo del Instituto de Planificación Física de Cuba durante el Seminario Internacional Derecho, Ordenación Territorial, Urbanismo y Gestión Pública, celebrado en La Habana, en marzo de 2008.
- Timón Tiemblo, J.: «Planeamiento Urbanístico, intervención en el mercado del suelo y políticas públicas de vivienda», *Derecho Urbanístico de Extremadura. Planeamiento Urbanístico* [AAVV., M. Corchero, coord.], t. 1, Ed. Thompson Aranzadi, S.A., Navarra, 2007, pp. 141-160.
- Velazco Mugarra, M.: «Apuntes sobre el Derecho y el Proceso Agrario en Cuba», artículo premiado en 2007, en el Concurso Nacional de la ONBC, Ciudad de La Habana, 2007.
- : «Lo ambiental en el modelo de agricultura multifuncional y el uso del suelo en Cuba», ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Derecho, Desarrollo Sostenible, Urbanismo y Gestión Pública, realizado en la ciudad de La Habana, en marzo de 2008.
- : «Desarrollo de ciudades sostenibles desde una perspectiva cubana», comunicación al Congreso Iberoamericano Ecología y Sostenibilidad Urbana, realizado en Cáceres, España, 2005.

Temas selectos de jurisprudencia laboral. Derechos humanos de naturaleza laboral

DR. JOSÉ JULIO CARBONELL GARCÍA*

Agradecimiento introductorio

Figurar como conferencista en un Diplomado que, convocado bajo el título: Temas Selectos de Jurisprudencia Procesal Laboral, el que goza además del auspicio de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal y de una institución docente de tan alto prestigio académico como lo es la Universidad Nacional Autónoma de México, significa un alto e inmerecido honor y al propio tiempo una gran responsabilidad, de modo que, como cuestión inicial, siento la obligación de hacer patente mi agradecimiento, tanto a los promotores de mi presencia en esta cátedra, como a queridos amigos mexicanos que sirvieron de facilitadores para hacerla realidad.

Sobre esta base, debo referirme al tema que me ocupa. A simple vista puede considerarse que establecer un vínculo entre derechos laborales y derechos humanos puede resultar fácil, pero es incuestionable que, desde el punto de vista doctrinal, aproximarse al menos a ese objetivo significa yuxtaponer principios, realidades y especializaciones, sin desconocer que es menester apreciar y tener en cuenta cuál es el momento y el escenario en el que trataré de concretar mi intervención con una mirada desde lo social.

Para ello debo partir de dos conceptos que, en mi opinión, son esenciales:

1. El derecho es la expresión de la clase dominante erigida en ley.

* Especialista en Derecho Laboral del Departamento Técnico de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Cubana de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Conferencia Impartida en la Universidad Nacional Autónoma de México y la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal, noviembre de 2005.

2. El derecho y muy especialmente el del trabajo es la resultante de la correlación de fuerzas que se contraponen en un escenario determinado.

La pérdida del contenido

Esta última realidad explica las razones del vacío que han sufrido las instituciones más caracterizadas del Derecho laboral bajo el impacto de la ola neoliberal que ha sacudido América Latina en los últimos decenios, y sus consecuencias sobradamente conocidas, no solo por los estudiosos, sino también por las grandes masas de trabajadores, quienes han sentido de manera más directa su embate.

Si vamos a los orígenes más inmediatos en la primera mitad del siglo XX se aprecia cómo derechos laborales que pueden considerarse, asimismo, derechos humanos, adquieren rango constitucional a partir de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y su muy conocido artículo 123. De esta derivan, en el aspecto social, las restantes constituciones que, de forma escalonada en el tiempo, entraron en vigor en el entorno latinoamericano.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que ese fenómeno, que tomó cuerpo bajo la denominación de *constitucionalismo social*, fue asumiendo la dimensión de Derecho del trabajo o Derecho laboral y Derecho a la seguridad social, tanto estructurados de conjunto, o parcialmente independientes, según el alcance de las pretensiones de autonomía de este último, en cada uno de los países de nuestro entorno.

Derecho laboral y Derecho social

Lo expuesto trae de la mano a la situación concreta de que no estamos en presencia de un simple juego de palabras; la realidad trasciende mucho más allá de términos académicos o de denominaciones, lo que nos lleva a analizar las razones que tuvieron por resultado la reducción de su contenido. En calidad de abogado litigante, tanto la terminología como su contenido, han llamado profundamente mi atención, teniendo en cuenta que nuevamente el término *Derecho social* se ha retomado con la pretensión de crear un marco jurídico que tiene, por finalidad, abarcar derechos de toda la sociedad, incluyendo a aquellos sujetos sociales que solamente cuentan con su trabajo como valor de cambio para su sustento, y que, de manera acelerada, han traspasado los límites de la pobreza

extrema para alcanzar el de la exclusión social y, por ende, fuera de los límites del Derecho laboral y de la seguridad social.

El trasvase del término, sin embargo, ha carecido de equivalencia capaz de explicar en qué consiste la diferencia entre el constitucionalismo de los albores del siglo XX y el que pretendió garantizar los denominados Derechos humanos de segunda y tercera generación con lo que, como antes expresara, surgió y se denominó *constitucionalismo social* y aun en la actualidad ha continuado identificándose de esa forma, sin que se hayan generado objeciones de carácter terminológico.

Las razones del trasvase han consistido en la delimitación, tanto de los sujetos como de los objetos, de esa disciplina. En efecto, el ámbito del Derecho del trabajo quedó limitado al campo del trabajo sujeto a subordinación y, como tal, a ese concepto quedaron constreñidas las situaciones y contingencias tuteladas, además de los mecanismos establecidos para su cobertura, financiación y procedimientos para la solución de los conflictos.¹

Sin embargo, es evidente que el espacio comprendido por la materia objeto de esa limitación y las contenidas en el *constitucionalismo social* difieren cada vez en mayor medida, paulatinamente han ido quedando a la vera del camino y considerados totalmente distanciados del objeto de la rama jurídica que practicamos, y derechos como: el acceso al trabajo decente y estable; el derecho a la educación; a la salud; a la igualdad de oportunidades y de trato; a la educación y a la vivienda digna; entre otros; han dejado de concernirnos, a pesar de estar comprendidos, en su origen, en los derechos sociales de carácter constitucional.

Independientemente de a quien se atribuya la paternidad de esta limitación de contenido, a contrapelo con su rango –en este caso el tratadista francés Georges Rispert– no podemos negar que se ha producido una pérdida que trasciende inclusive a ese contenido limitado, dado el proceso de flexibilización y desregulación, agudizados a partir de las últimas décadas del siglo pasado. Es claro que, si bien doctrinalmente puede serle atribuido en sus inicios, no lo es menos que circunstancias geopolíticas y doctrinales de preeminencia imperial no les son ajenas. Es, por otra parte, la contradicción entre el continente y el vacío cada vez mayor del contenido.

Es, además, la expresión de la concepción procedente del norte, desde donde se instrumentan y ordenan los modelos que flexibilizan y precarizan, sobre la base del *empleo a voluntad* (*employment at will*), que data desde época tan lejana como 1877, cual derecho de amos y sirvientes, preconizado por Horace G. Word.²

Pese a que, en el momento actual, es incuestionable esa pretensión impositiva, no sería ocioso, como botón de muestra, citar un ejemplo que la identifica.

No voy a referirme a manifestaciones lejanas en el tiempo, como lo fue la denominada *Doctrina Monroe*, sino ya en los albores de este siglo XXI. Fue en el 2001 cuando el líder republicano en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, Richard Gephard expresó: «En cualquier acuerdo comercial futuro firmado por los Estados Unidos se deberá forzar a los países en desarrollo a adoptar los estándares laborales diseñados por Washington».³

Sería cuestión de preguntarse, si esos estándares son coincidentes con las excepciones que ha venido sufriendo la *Doctrina Wood* en los propios Estados Unidos, a partir de la Ley Wagner, o si estos se encuentran fundados en la doctrina primigenia del *trabajo a voluntad*. Lo cierto es que, de una forma u otra, es un producto político de importación, totalmente ajeno al principio protectorio e instituciones que, históricamente, han regido en el contexto latinoamericano.

Si nuestra disciplina queda constreñida, tanto en materia de las relaciones laborales, como del acceso a la seguridad social, el trabajo estructural subordinado y su ámbito se ve vaciado; además, deja fuera del margen de la protección a una cifra realmente espeluznante de trabajadores vinculados con el sector informal o no estructurado de la economía, el que en algunos países excede 50 % de la fuerza laboral, por no mencionar el trabajo infantil o aquellos que resultan simplemente excluidos. Solamente cabría preguntarse qué niveles de protección cuantitativa alcanzamos y cuál es la calidad de la misma.

Derechos humanos

Muchas han sido las definiciones que han tratado de conceptualizar los derechos humanos a lo largo de los años. Estas abundan, pero, en líneas generales, tie-

¹ M. Elffman: *El Derecho Social para el presente*, Universidad de Buenos Aires, 2003.

² H. G. Word: *Derecho de "amos y sirvientes"*, [s.n.], 1877.

³ Citado por Carlos H. Sacani (Argentina).

nen un denominador común, planteando en esencia que son «los derechos fundamentales que el hombre posee intrínsecamente, reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la condición humana».

Aunque sin pretender extenderme en exceso, considero necesario, al menos, citar someramente sus antecedentes históricos en el devenir de la humanidad porque marcan hitos, de mayor o menor importancia, en su reconocimiento.

Así podemos referir un remonte a más de dos mil quinientos años cuando Espartaco con un ejército de más de ciento veinte mil hombres libró una lucha trágica por el derecho humano a la libertad en el entorno adverso en el que le correspondió vivir. De igual modo, el príncipe Sidarta Gautama, Buda, luchó por la liberación de la violencia y la explotación la deshonra y la muerte.

La Carta Magna, promulgada por Juan Sin Tierra en 1215, disponía garantías civiles y constitucionales para los hombres libres, el respeto a las personas y la sumisión del poder público a determinadas normas.

Tras la petición de derechos, el *Bill of Rights* y la *Declaración de Derechos de Virginia* en Estados Unidos, se produjo un hito trascendente, cuando el 26 de agosto de 1789 se promulgó en Francia la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, incorporada a la Constitución francesa de 1791, al dejar establecido que los hombres nacen y permanecen libres en derecho.

En 1918 el Tercer Congreso de los Soviets, mediante la Declaración del pueblo obrero y trabajador explotado, se marca un avance en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales.

Un acontecimiento decisivo lo constituyó la Segunda Guerra Mundial cuando, a su término, tiene entre otras muchas consecuencias: la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 y, posteriormente, en 1948, como derivado de su nacimiento, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que en un texto de treinta artículos previene desde su artículo 1 que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho», sirviendo, a su vez, de base y antecedente al Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 16 de diciembre de 1966, el que entró en vigor el 3 de enero de 1976, con la característica de ser vinculante y abarcador de derechos como: al trabajo, a la seguridad social, la alimentación, la salud la educación, la vivienda, la cultura, entre otros.

Sin embargo, los derechos humanos se desnaturalizan bajo el pretexto de su clasificación y quedan, a juicio de muchos, cual derechos humanos segunda y tercera generación; es decir, *los criterios que artificialmente hacen divisibles los derechos humanos*. En mi criterio muy personal, coincidente con el de la profesora Lydia Guevara Ramírez los derechos humanos son todos iguales, universales e indivisibles; no pueden clasificarse a conveniencia, haciendo válidas las convenciones de Teherán en 1968 y Viena de 1993. No pueden quedar algunos como fundamentales e inmediatos, y otros lastrados en cuanto parte de una utopía, ejecutable en un futuro lejano y de incierto cumplimiento.⁴

Desde luego, a inicios de mi exposición, les expresaba que el derecho y, muy especialmente, el del trabajo es la resultante de la correlación de fuerzas que se contraponen en un escenario determinado. Es evidente que, al menos en América Latina, se está produciendo a pasos acelerados un cambio cuantitativo y cualitativo en la correlación de las fuerzas sociales, a resultas del desgaste de la receta neoliberal; de modo que podemos aventurarnos a presumir que un nuevo orden económico internacional, que profundice en lo social, es previsible y posible.

Derechos humanos de naturaleza laboral

Los derechos humanos de naturaleza laboral aparecen refrendados, tanto por la OIT como por la ONU, con independencia de que aparecen consignados declarativamente en las constituciones latinoamericanas, otros si bien no consignados de forma explícita, son consagrados por derecho natural cual necesidades imperiosas para el desarrollo humano.

En el análisis, es indispensable referirnos al posicionamiento de los derechos fundamentales en las normas internacionales del trabajo, resultando necesario considerar la situación social de los pueblos como actores fundamentales de los cambios, y productores principales de las riquezas de sus respectivos países. Este aspecto guarda estrecha relación con los tratados o proyectos de tratados de integración en la región. Desafortunadamente, los debates sobre integración, en el período de tiempo que media entre 1994 y 2002, concedieron una prioridad privilegiada al comercio y la inversión, quedando

⁴ L. Guevara Ramírez: «Apuntes para un enfoque jurídico de los derechos humanos en un proyecto de integración para las Américas. Asunción», Paraguay, 2003.

en un segundo plano los factores sociales de las relaciones humanas. La colocación del orden público económico, por encima de cualquier análisis, ataca no solamente a las relaciones laborales, sino que, asimismo, afecta el tejido social.

La pretensión concreta ha transitado hacia la optimización funcional y operativa de las corporaciones internacionales y, en consecuencia, de lo que se trata es de una integración de carácter corporativo, convirtiendo en sujetos del derecho internacional a las corporaciones internacionales, en desmedro de las atribuciones de los Estados, convirtiendo a los gobiernos en meros tramitadores o *facilitadores* de esa integración, lo cual erosiona las posibilidades de ejecución de las distintas normas protectoras de los Derechos humanos.

La OIT y los Derechos humanos de naturaleza laboral

La OIT se ha pronunciado a favor de garantizar los derechos de los trabajadores que constituyen también Derechos humanos, ante el fenómeno de la globalización. Con ese supuesto objetivo, se llevó el tema al seno de sus debates, aprobándose finalmente, en la Conferencia de 1998, el texto de una Declaración de Principios y Derechos, que se consideraron fundamentales.

Considero que su contenido es apenas una sombra elemental, muy distante de los verdaderos principios en que se fundamenta el derecho del trabajo, además de no exceder la condición de simples enunciados como lo son, el reconocer:

1. El carácter protectorio en cuanto a la aplicación de la norma más favorable, la condición más beneficiosa y la duda siempre a favor del trabajador.
2. El carácter irrenunciable de los derechos laborales, atribuyéndoles la condición de derechos adquiridos.
3. El carácter de inembargable al salario del trabajador, más allá de lo que por ley se aprueba, para tratar de evitar que el trabajador quede en estado de indefensión económica.
4. El principio de la primacía de la realidad, colocando las presunciones a favor del trabajador.

5. La continuidad y estabilidad de la relación laboral.
6. El principio de la igualdad, referente a la proscripción de discriminación por cualquier motivo ya sea la edad, la raza, el color de la piel, el sexo, la orientación sexual diferente, el origen social, la procedencia nacional, el nivel económico alcanzado.
7. La ausencia de explotación.
8. El respeto a la dignidad del trabajador, el honor, la imagen y la integridad física y mental.
9. La libertad sindical.
10. Reconocimiento del derecho a la negociación colectiva.

La Declaración abarca ocho convenios, a los que se les atribuye la condición de fundamentales, entre estos, los que tienen por objeto la eliminación del trabajo forzoso, la edad mínima de acceso al trabajo, la libertad sindical y el derecho de negociación, así como la igualdad de oportunidades y trato.

Esta declaración es, sin embargo, omisa y cuestionable. Obvia las referencias a los trabajadores migrantes y sus derechos a la seguridad social, la salud y el medio ambiente en el trabajo, la jornada laboral y la formación profesional, por solo citar algunos.

De modo genérico podemos referirnos al contenido de las convenciones internacionales, que ofrecen un amplio diapasón de temas, reducidos a *normas mínimas*, tendientes a su previa ratificación por los Estados con el propósito de mejorar y perfeccionar las normativas de carácter interno y corporificar un conjunto de derechos, aún inexistentes en muchos pueblos de la región. Atribuirles el carácter de normas de orden público para enfrentar la desregulación de las relaciones de trabajo, y sus instituciones más caracterizadas, de manera de poner freno a fuerzas tan poderosas como las que se le oponen, no es sino una ilusión.

Al quedar limitados a una declaración de principios y derechos fundamentales, entra en contradicción con la propia naturaleza del derecho soberano de los Estados, para ratificar o no las normas que sean posibles de cumplir en el futuro inmediato, o de servir de patrón en la adopción de nuevas regulaciones, además de discriminar los derechos adquiridos por los trabajadores de muchos países, y que debe-

rían constituir, siempre, un punto de referencia para otros. ¿En qué plano quedarían aquellos derechos, históricamente reconocidos? ¿Pueden acaso considerarse, a contrapelo de la doctrina, como renunciables? A modo de muestra podemos señalar que es esa una de las múltiples razones que hacen del proyecto del ALCA un acuerdo no viable.

La simple formulación declarativa, privilegiando algunas de ellas de forma restrictiva, pasando sobre derechos y principios protectorios, ya establecidos y reconocidos, constituye una forma solapada de discriminación.

Por otra parte, si el resto de los derechos no ha encontrado una tutela legal razonable; si la negociación se lleva a cabo en un estado; bajo el imperio del neoliberalismo, marginando la obligatoriedad de las normas preexistente y se toma, además, como basamento, el principio de la autonomía de la voluntad, a pesar de la desigualdad evidente de las partes involucradas en la relación laboral, se coloca en precario todo el andamiaje jurídico del Derecho laboral, incluida la seguridad social; de manera que queda un exiguo poder de maniobra para los representantes de los trabajadores que tuvieron, al menos, la dicha de llegar al sector estructurado de la economía, subordinados a un Derecho laboral precario, portador de regulaciones cada vez más semejantes a las normas del Derecho civil.

Es evidente que esos escuetos enunciados no pueden llevar al logro de lo que se ha dado en llamar un *trabajo decente*, lo que conduce a cuestionarnos cómo se ha de caracterizar una frase que, para que pueda sintetizar ese objetivo, necesariamente tiene que traducirse como laborar en condiciones satisfactorias y aceptables, con la indispensable protección de seguridad, sustentada en la equidad y un salario, también, decente y con la protección social adecuada.

En consecuencia, *trabajo decente* es aquel productivo y libremente elegido, que garantice un ingreso económico que permita solventar las necesidades del obrero, que le brinde protección por medio de políticas sociales adecuadas y afirme equidad, seguridad, dignidad humana y un ambiente saludable en el desempeño de sus tareas. Cabe preguntarse sin que esto signifique retrotraernos al inicio de esta conferencia: ¿Puede calificarse como decente, el trabajo informal? ¿Cómo podemos pretender reglamentar ese trabajo decente en medio del desempleo estructural, cuando lo más difícil de lograr es, simplemente, un trabajo? La meta de lograr, obtener y permanecer en un empleo a toda costa, en medio de

lo que ha dado en llamar *mercado de trabajo*, como si el trabajo del hombre fuese una mercancía más, con la agravante de que, debido a necesidades humanas, se hace ya compulsivo, no pocas veces es solamente un sueño, en el que lamentablemente están en juego la salud y la vida.

Pero la paradoja alcanza aún mayores dimensiones y para comprobarlo basta señalar que la mayoría de los países subdesarrollados, incluyendo los de nuestro entorno, forman parte del *privilegiado* grupo de los que han ratificado la casi totalidad o la totalidad de los convenios comprendidos en la Declaración de principios y derechos fundamentales, mientras que, el país que se considera el máximo defensor de los Derechos humanos, haya ratificado solamente dos de ellos. ¿Requerirán, acaso, de ayuda técnica para lograr que, al menos, aunque sea formalmente, los sancionen?

Por otra parte, toma cuerpo otra contradicción: al quedar definidos que estos convenios deben cumplirse por abarcar principios y derechos fundamentales, sin que esto haga necesario el proceso de la ratificación por cada Estado, ha dado vida a una categoría jurídica: la de un *derecho laboral supranacional*, que pugna con la propia Carta constitutiva de la OIT. Por si esto no bastase, los enunciados constituyen un eufemismo, si se comparan con la cruda realidad.

Así, se aprecia cómo en convenio referente a la edad mínima para vincularse al trabajo, en estrecha relación con el que sanciona las «peores formas de trabajo infantil», forman parte de la *Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT*, de 1998.

Haciendo abstracción de que el trabajo infantil sigue siendo un flagelo en el mundo, al violar flagrantemente un Derecho humano de raíz laboral, la misma formulación del último de estos convenios es sumamente cuestionable, cuando se refiere a esas formas peores, pues conlleva a cuestionarse si es que pueden existir y ser objeto de un marco legal las mejores. Toda labor infantil, excepto el que tenga por objeto educar, pugna con los Derechos humanos más elementales.

Tampoco podemos dejar de señalar cómo la sociedad admite, indolente y beatíficamente, el trabajo infantil bajo el fundamento de que constituye una forma de sustento de familias enteras, sumidas en la pobreza. Debemos tener presente en el razonamiento que en el entorno latinoamericano hay un por ciento no desdeñable de familias, en las cuales la mujer es su cabeza con varios hijos a su cargo. En esas condiciones, es obvio que tenga dificultades para proveerse de un empleo y sus pequeños hijos

dejan de ser parte de la carga familiar para convertirse, por cualquier vía, en la forma y medio de sustento de todo el núcleo.

Entonces, paladinamente, se señala que cuando se proscribe el trabajo infantil, se está privando de sustento a esas familias. Este argumento, verdadero sofisma, significa que, en vez de combatir las causas, se santifiquen las consecuencias de una monstruosa realidad.

Pienso, asimismo, que no resulta necesario analizar, en profundidad, lo referente a los trabajadores migrantes (Convenio 97/49, de la OIT). La situación que confrontan, en cuanto a sus derechos, no puede obtener una calificación favorable, si se considera la ola de xenofobia y discriminación que, desafortunadamente, cada vez toma más auge en los países desarrollados. En este aspecto, es válido señalar, además, que América Latina, al igual que en otras regiones en vía de desarrollo, se está sufriendo un agudo drenaje de cerebros, como resultado de una migración selectiva, auspiciada y decidida por los países desarrollados.

Los esfuerzos y los costos en la formación de personal de alta calificación se ven frustrados ante las tentadoras ofertas que estos técnicos reciben para que abandonen sus países de origen, emigrando de forma generalmente definitiva hacia el mundo desarrollado, trato que no reciben la generalidad de los migrantes que pasan, en el mejor de los casos, a engrosar las filas de quienes desempeñan ocupaciones de baja competencia y, en otros, de forma ilegal, con la pendiente y eterna amenaza de una deportación.

No creo necesario ahondar demasiado en este aspecto, baste con señalar que el movimiento de trabajadores migrantes se ve restringido, mientras que las empresas transnacionales se mueven a capricho y con entera libertad de un país a otro, siempre hacia donde las condiciones precarias de la fuerza laboral les produzcan un beneficio mayor.

Tratemos brevemente lo referente a la *libertad sindical, derecho de negociación y negociación colectiva* (Convenios 98 y 151 de la OIT; respectivamente). El caso de la transnacional de tiendas *Walmart* constituye un claro ejemplo. Es obvio que casi se está alcanzando por el neoliberalismo la prédica de Milton Friedman cuando expresaba que «el mejor sindicato es el que no existe».⁵

Los índices de sindicación que se alcanzan en la actualidad son exigüos, aun dentro del sector de la economía estructurada, lo que se agudiza con la proliferación de centrales sindicales y sindicatos escindidos.

En esas condiciones, la capacidad de negociación, salvo contadas excepciones, se aproxima cada vez más al cero. Ejemplos de política laboral de transnacionales, como la Cadena *Walmart*, son abundantes, a lo que se suma la precaria situación de los trabajadores rurales, prácticamente inmersos en el sector informal de la economía.

¿Qué puede expresarse de la discriminación de la mujer en el empleo? (ONU 1979). ¿No es acaso un Derecho humano? ¿Qué ha ocurrido con el Convenio 100 de la OIT; acaso se cumple? ¿Ganan el mismo salario mujeres y hombres, por igual trabajo? ¿Qué sucede con el Convenio 111? ¿Existe o no la discriminación por razón de raza? Constituyen preguntas cuyas respuestas resultan, sobradamente, conocidas.

No son estos, sin embargo, los únicos Derechos humanos de trascendencia laboral, que se ven reducidos. Pensemos por un momento en el derecho a la seguridad social; a la educación, a la salud; a la vivienda; a la protección contra los riesgos laborales, a la alimentación. ¿En qué generación los colocan los *selectores de Derechos humanos*?

Los Derechos humanos, en síntesis, abarcan tanto la esfera individual como la colectiva, pero deben contemplarse de una manera única y global; quizás, sería perentorio hablar de la globalización de los Derechos humanos, pues, de otra forma, se verían menguados y carentes de valor. Todos esos derechos son de una primera y única generación, tanto los laborales, como los económicos, los civiles y políticos, tomando como punto de partida, además, la sustentabilidad en su más amplia acepción.

Estoy convencido de que la ingobernabilidad que prolifera en el continente, tiene como uno de sus principales ingredientes el irrespeto, o simplemente la ignorancia consciente sobre el tema abordado, la cual se manifiesta en esta y otras áreas del planeta.

Reflexiones finales

Desde hace ya más de una década, en cuanto foro o encuentro de estudiosos se lleva a cabo, ya sea de los laboristas, politólogos, economistas o sociólogos, se afirma que la única razón capaz de explicar la realidad social de nuestro mundo, en la actualidad,

⁵ M. Friedman y R. Friedman: *Free to Choose*, [s.d.e.].

es atribuible a la globalización neoliberal, expresión que con su sagrado complemento del mercado llega a ser una profesión de fe, y a la que se la adjudica, en el mejor de los casos, la condición de fenómeno inevitable.

En consecuencia, todo lo que se le oponga carece de otra trascendencia, que no sea la de intentar un imposible retorno al pasado.

Abundan profundos trabajos encaminados a diagnosticar situaciones y sus causas, en los que se condena la globalización neoliberal; en una queja constante se aprecian recurrentes enunciados como que:

1. Atenta contra la soberanía de los países de Latinoamérica.
2. Enajena toda posibilidad de desarrollo.
3. Atenta contra el empresariado nacional.
4. Es un ataque directo a los derechos de los trabajadores.
5. Genera el irrespeto a los derechos humanos de carácter social.

Todas esas apreciaciones son ciertas, como lo es, también, la indiferencia con que los poderosos las dejan a un lado. Simplemente, no ganan su interés.

Al iniciar esta conferencia, habíamos expresado que el Derecho es la resultante del conflicto, o el balance de poder, entre fuerzas contrapuestas en un escenario determinado.

La situación globalmente padecida es consecuencia de un momento histórico de total predominio unipolar, que más que de una ideología, es el producto de una forma de sentir y actuar hegemónica, constituyendo expresión del balance o correlación de fuerzas existente a nivel continental y mundial; por tanto, constituye una consecuencia y, como tal, está sujeta a variables.

Esas variables están tomando cuerpo. Es evidente que la ofensiva neoliberal está perdiendo aliento en apreciable retroceso ante las nuevas realidades que van cobrando forma en nuestro entorno, cuyo ejemplo más palpable y reciente se aprecia nítidamente en el resultado de la Cuarta Cumbre de Las Américas, efectuada en Mar del Plata, Argentina, que tuvo como tema central: «Crear Trabajo para Enfrentar la Pobreza y Fortalecer la Gobernabilidad Democrática». Lo ocurrido allí es del dominio público; la falta de consenso y las posiciones adoptadas son prueba palpable del papel que cada quien está adoptando ante esta nueva coyuntura.

Una nueva corriente va tomando fuerza en nuestro entorno y la correlación está mutando a favor de los factores sociales, más cercanos a los anhelos de los pueblos, no solamente por parte de varios gobiernos de la región, sino también, por el despertar de amplias masas, porque ingobernabilidad y pobreza son fenómenos sociales que van de la mano, y es muy posible que el momento de tratar de poner un parche para cerrar una vía de agua ya sea muy tarde; la nave está haciendo aguas por todas partes.

Nuestro papel, como estudiosos del Derecho laboral, ya sea como profesores, tratadistas, jueces, árbitros o simples abogados litigantes, dependerá en mucho de la toma de posición que seamos capaces de asumir ante estas nuevas realidades que se vislumbran. En este sentido, ningún consejo puede ser válido, es una disyuntiva en la que la posición que en definitiva se asuma, es una decisión de conciencia.

Termino esta intervención, parafraseando al profesor argentino Mario Elffman en su exposición en el V Encuentro de Derecho Laboral y Seguridad Social, efectuado hace apenas un mes en Ciudad de La Habana, cuando citando a John Berger, en su novela *Un pintor de hoy*, expresó: «Hay algo más importante todavía que el sexo o el trabajo: es la necesidad humana universal de esperar, de pensar en el futuro. Robar el futuro a un hombre es peor que matarlo». Salvemos al hombre.

Muchas gracias.

La violencia laboral. El mobbing o acoso moral

M.Sc. JOSÉ B. PUPO MERCONCHINI*

Introducción

Algunas administraciones de entidades laborales olvidan, sistemáticamente, que al mejorar las condiciones de trabajo, se contribuye a incrementar la eficacia productiva y utilizan, como triste alternativa, la presión constante, el malestar, el daño físico y psicológico que equivalen a la inestabilidad en un puesto de trabajo. Tratan de destruir el sentido crítico y la resistencia de los trabajadores, dándoles a entender que deben estar preparados para cualquier sacrificio con tal de conservar el empleo.

Utilizan a su favor, para defender tales posiciones, desde factores políticos diversos (vinculados a un momento histórico) hasta los que tienen relación con la época de globalización en la cual el trabajo se vuelve escaso y competitivo.

En la actualidad, los trabajadores están sometidos a continuas y cada vez más complejas relaciones interpersonales, que conducen a que cada uno tenga, para mantener el empleo, que enfrentarse a situaciones que provocan falta de solidaridad y colaboración, así como el silencio y la no intervención en el conflicto entre algún compañero y el jefe de ambos.¹

Además de los riesgos conocidos, que se producen en los puestos de trabajo, han aparecido otros, más complejos para detectarlos, pero igual de peligrosos, como el acoso moral en el trabajo o *mobbing*, que es una manifestación de violencia en el ámbito laboral.

La violencia depende del nivel cultural, idiosincrasia, religión, nivel de desarrollo, costumbres, país, entre otros aspectos.² Así, habrá desde pequeños

hechos –casi inadvertidos– hasta sucesos gravísimos, que atentan contra la persona física o la integridad moral del ser humano.

La violencia en el lugar de trabajo –sea física o psicológica– se ha convertido en un problema mundial que atraviesa las fronteras, los contextos de trabajo y los grupos profesionales. La violencia en el lugar de trabajo, que durante mucho tiempo ha sido una cuestión olvidada, ha adquirido una enorme importancia en los últimos años y en la actualidad es una preocupación prioritaria, tanto en los países industrializados, como en los países en desarrollo.³

La violencia laboral ha alcanzado, en la actualidad, una extraordinaria importancia⁴ y el *mobbing*, o acoso moral, es una de sus manifestaciones más sobresalientes, por sus efectos devastadores para la salud física y psíquica de la víctima y sus familias; la destrucción del clima laboral y del ambiente de trabajo.

«El *mobbing* o acoso moral es una realidad en las empresas».⁵ Los sectores a nivel mundial, en que más se produce son, a saber: Salud, Administración Pública, Educación, Medios de Comunicación y Organizaciones Políticas.⁶

El *mobbing* o acoso moral consiste (...) en el deliberado y continuado maltrato moral y verbal que recibe un trabajador por parte de uno o varios compañeros de trabajo (incluido muy frecuentemente su propio jefe), que buscan con ello desestabilizarlo y minarlo emocionalmente, con vistas a deteriorar y hacer disminuir su capacidad laboral y poder eliminarlo así más fácilmente del lugar y del trabajo que ocupa en la organización o empresa. Es necesario recalcar que todos esos comportamientos con plenamente cau-

³ «Directrices marco para enfrentar la violencia laboral en el sector de la salud», OIT, <www.ilo.org>, [s.f.].

⁴ Calificado por Guevara Ramírez como «la plaga del siglo XXI en las relaciones laborales en Cuba», en el art. citado.

⁵ Véase, al respecto, H. Suárez Granda e I. Rodríguez Columbié: «El acoso como una manifestación de violencia en el ámbito laboral», *op. cit.*

⁶ Véase, Anexo Uno, pleca séptima. Iñaki Piñuel, Profesor de Ciencias Empresariales de la Universidad de Alcalá de Henares (cit. por H. Suárez Granda e I. Rodríguez Columbié), refiere que los sectores en los que más casos de acoso moral se producen son: Administración Pública, Salud, Educación, medios de Comunicación y organizaciones ideológicas, como partidos políticos y organizaciones no gubernamentales.

¹ «Tales situaciones provocan insolidaridad y ausencia de colaboración entre ellos, hasta el silencio y la no intervención». Véase, a propósito, L. Guevara Ramírez: «Reflexiones al vuelo sobre la plaga del siglo XXI en las relaciones laborales», *op. cit.*

² *Idem.*

sales e intencionales: pretenden modificar, reducir y deteriorar el desempeño del trabajador con vistas a eliminar su capacidad de ser empleable.⁷

El problema radica en que, en Cuba –al igual que en muchos países– no hay una norma para contemplar expresamente este fenómeno y no se tiene una definición legal.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la idea que defiendo en este estudio es que, en nuestro país, se carece de una regulación legal expresa del *mobbing* o acoso moral en el trabajo, que tiene graves consecuencias personales, laborales y sociales, y que pudieran subsanarse, si entra en vigor una norma que preceptúe este fenómeno, así como el procedimiento a utilizar por las víctimas.

El objetivo de este artículo es analizar el acoso moral o *mobbing* y su ordenación jurídica en Cuba. Para ello, como objetivos específicos, se analiza el concepto; los elementos que configuran al acoso moral; las clases; sus diferencias con el trabajador quemado o *burn-out*; el estrés laboral y el acoso sexual; así como el vacío legal respecto a la regulación de este fenómeno en Cuba y cuáles son los efectos devastadores de éste.

En la redacción del trabajo se aplicaron los métodos de investigación empírico, el teórico-exegético y la revisión bibliográfica.

Concepto de *mobbing* o acoso moral

En el Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo, celebrado en Hamburgo en 1990, el psicólogo Heinz Legmann introdujo el término inglés *mobbing*, derivado del verbo *to mob*, que significa *atacar o asaltar en grupo o en masa* para referirse a ese tipo de conducta cuando ocurre en el lugar de trabajo. El objetivo es la eliminación del trabajador de la organización o empresa, pero debe manifestarse un comportamiento abusivo, intolerable, o perverso, feroz, arbitrario, en contraposición a lo habitual en el medio laboral, y que esa conducta tenga el propósito de supresión de la víctima de su puesto, con el propósito de diferenciarla de la práctica usual en prestaciones laborales de por sí estresantes, ya sea debido al alto nivel de requerimiento o a labores realizadas en condiciones de extrema dureza, riesgo, u otras.⁸

El *Diccionario de la Real Academia Española* ofrece para el término *acoso* el siguiente significado: «La persecución sin descanso; es decir, sistemática y reiterada». Esta interpretación enlaza directamente con las diversas definiciones que la doctrina científica ha elaborado, incluso la del citado Legmann quien la formula así:⁹

«Es aquella situación en la que una persona (o en raras ocasiones un grupo de personas) ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez a la semana) y durante un tiempo prolongado (como media durante unos seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo».

El *acoso moral* ha sido definido –entre varios destacados juristas, psicólogos, profesores y médicos– por Vittorio di Martino (Especialista en Seguridad y Salud Internacional), por Iñaki Piñuel, María José Blanco Barea, Manuel Velázquez, Ramón Gimeno Lahoz, Marie-France Hirigoyen, Molina Navarrete, Joen Carlos Calero. Asimismo, lo han tratado instituciones como la Comisión Europea y la OIT en sus *Guías* y *Convenios*.

A nivel internacional, se han elaborado varias definiciones legales del *acoso moral*. Entre las más aceptadas, se encuentran la de J. C. Calero:¹⁰

«El *mobbing* consiste (...) en el deliberado y continuado maltrato moral y verbal que recibe un trabajador por parte de uno o varios compañeros de trabajo (incluido muy frecuentemente su propio jefe), que buscan con ello desestabilizarlo y minarlo emocionalmente, con vistas a deteriorar y hacer disminuir su capacidad laboral y poder eliminarlo así más fácilmente del lugar y del trabajo que ocupa en la organización o empresa. Es necesario recalcar que todos esos comportamientos son plenamente causales e intencionales: pretenden modificar, reducir y deteriorar el desempeño del trabajador con vistas a eliminar su capacidad de ser empleable (*sic*)».

⁷ Joen Carlos Calero, Secretario de Acción Sindical de la Comisión Ejecutiva Nacional de la UGT del País Valenciano (cit. por H. Suárez Granda e I. Rodríguez Columbié).

⁸ H. Leymann: *The mobbing Encyclopedia*, op. cit.

⁹ Cit. por Venancio Carmelo Batista Machín: «Equidad, justicia, dignidad y protección en las relaciones laborales».

¹⁰ Cit. por Suárez Granda y Rodríguez Columbié: op. cit.

Leymann,¹¹ por su parte, plantea que es:

«El fenómeno en el que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente – al menos una vez por semana– y durante un tiempo prolongado –más de seis meses– sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo».

Por último, expongo el concepto expuesto por Piñuel,¹² Profesor de la Universidad de Alcalá, quien considera que:

«Tiene como objetivos intimidar, apocar, reducir, aplanar, amedrentar, consumir emocionalmente e intelectualmente a la víctima, todo ello con vistas a eliminarla de la organización o a satisfacer la necesidad insaciable de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador, que aprovecha la situación que le brinda la situación organizativa particular (reorganización, reducción de costos, burocratización, cambios) para canalizar una serie de impulsos y tendencias psicopáticas».

El concepto en el Derecho Comparado

El Derecho Comunitario Europeo, en su *Reglamento*, del 22 de marzo del 2004, en su artículo 12 expone: «Por acoso psicológico se entenderá cualquier conducta abusiva que se manifieste de forma duradera, reiterada o sistemática, mediante comportamientos, palabras, actos, gestos escritos de carácter intencional que atenten contra la persona, la dignidad o la integridad física o psicológica de una persona».

La OIT, en el *Informe de la Reunión de Expertos*, celebrada en Ginebra en el 2002, definió el acoso moral como: «La acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la cual, en el lugar de trabajo, un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta».

En Suecia, Francia, Bélgica, Italia, Canadá y una provincia de Argentina se regula de forma similar; mientras que España no tiene una regulación específica, aunque el Tribunal Supremo¹³ ha creado una extensa doctrina.

En Cuba, varios prestigiosos laboristas han estudiado el *mobbing* o *acoso moral*. Entre ellos, se destaca, en particular, Lydia Guevara Ramírez (Secretaria de la Sociedad Cubana de Derecho Laboral y Seguridad Social, de la UNJC, Secretaria General de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboristas, Secretaria Ejecutiva de la Comisión de Abogados Laboristas de América y Profesora Titular Adjunta de la Universidad de la Habana), quien ha dedicado tiempo al análisis de la violencia laboral y del acoso moral, sobre todo, y lo ha definido como:¹⁴

«El maltrato, la humillación, el acoso sexual instrumental y acoso moral, la persecución, el terrorismo laboral, cuyo último fin es lograr que el acosado abandone sin peticiones de indemnización, ni reclamación alguna, su estabilidad laboral en el puesto de trabajo porque la victoria del acosador, el clímax de su actuación se alcanza cuando el acosado se marcha o se resiste a combatir (...) adscribiendo la conducta de la víctima a la del acosador».

Los acosadores ponen en marcha esta maquinaria demoledora por distintas razones, entre las que se pueden citar: los celos y la envidia; no solo centrada en los bienes materiales de la víctima, sino sobre las cualidades personales de la misma, como su inteligencia, brillantez personal o ecuanimidad.

Se está ante un tipo de agresión extremadamente sutil; en cuanto perversa, es premeditada, preconcebida y con un objetivo claro y concreto: la anulación de la víctima.

Elementos Personales

Sujeto activo

Puede retratarse de una sola persona o de varias; deben estar vinculados con el destinatario de su conducta violenta por un nexo laboral, ya sea Empresario, superior o compañero.

¹³ Aunque el Instituto Nacional del Trabajo ha dictado la *Norma Técnica Preventiva* 476, «El hostigamiento psicológico en el trabajo: *mobbing*».

¹⁴ L. Guevara Ramírez: *Op. cit.*

¹¹ Cit. por C. Algar Jiménez: «*Mobbing*, acoso moral».

¹² *Idem*.

Sujeto pasivo

Puede ser uno o varios pero es extraño que sean dos o más. Deben tener la condición de trabajadores, aunque también puede ser un Empresario.

Clases de acoso moral

La combinación de los sujetos ha permitido distinguir tres clases de acoso moral:

- **Mobbing *vertical descendente* (bossing)**

Es el acoso ejercido por el Empresario o sus empleados subordinados jerárquicos sobre el trabajador subordinado (se deriva del vocablo inglés *boss*, que significa *jefe*). La persona que ostenta el poder mediante desprecios, falsas acusaciones e insultos tiene la pretensión de minar el ámbito psicológico del acosado. Es el considerado por los especialistas como el más habitual.¹⁵ También lo considero así y me fundamento en lo observado en las Entidades que he asesorado jurídicamente desde 1997 y hasta la actualidad.

- **Mobbing *vertical ascendente***

El superior se ve agredido por sus subordinados, quienes resisten sus órdenes y métodos para alejarlo del mando. Vulgarmente conocido como *trepador* o *serruchar el piso*.¹⁶

Se puede producir cuando se incorpora a la Empresa una persona ajena con rango jerárquico superior, y sus métodos no son aceptados por los trabajadores, o porque ese puesto es ansiado por alguno. También puede acontecer cuando un trabajador es ascendido a un puesto de responsabilidad para que organice y dirija a sus antiguos compañeros, y estos no están conformes. Lo mismo acontece ante jefes arrogantes y autoritarios.

En los últimos años se ha visto aumentar la frecuencia de la agresión a través de denuncias anónimas, conocidas como *anónimos*, en las cuales, con algo de verdad o nada, se trata, por uno o varios trabajadores, de

desembarazarse de un jefe. No se trata de la denuncia revolucionaria y justa, sino de “chismes y bretes”, destinados a responder por una medida disciplinaria u otra decisión que considera lo ha perjudicado.

Estas denuncias se envían por el acosador utilizando cualquier medio y provocan la constitución de Comisiones investigadoras que, si no concluyen con la recomendación de la democión del agredido, hace que se siga enviando denuncias ante órganos del Partido, Gobierno y Estado, convirtiéndose en una *pesadilla* para el jefe y hasta la el Consejo de Dirección u órgano similar de dirección.

- **Mobbing *horizontal***

Practicado por los integrantes de un mismo equipo de trabajo, pues los pares: «Ven en la víctima un probable y futuro rival, con mejores condiciones de ascenso y progreso que las propias».¹⁷

También existen los *side mobbers*, que son los colegas, superiores o subordinados quienes, sin participar en el acoso, evitan actuar solidariamente con la víctima, debido a una conveniencia profesional; para eludir sanciones, ganar méritos, premios, obtener estímulos y gratificaciones, eliminar a un competidor, entre otras razones, propiciando el hostigamiento.

Elementos que tipifican la conducta

- La concurrencia de la violencia psicológica extrema que es el uso deliberado del poder o amenazas de recurso a la fuerza física, que puedan dañar el desarrollo físico, moral, espiritual o social, la intimidación, el atropello, el acoso y las amenazas.
- Ha de entenderse como extremo el grado de hostigamiento, o presión, que pueda ser recibida como un ataque; debe ser percibida por la víctima; de ahí que no todo conflicto puede catalogarse de acoso.
- Carácter sistemático y reiterado.
- Debe ocurrir en el ámbito laboral.
- Presencia del elemento intencional; ello que el sujeto activo pretende que el acosado, una vez destruido psíquicamente, opte por autoexcluirse, abandonando el lugar de trabajo.

¹⁵ Algar Jiménez: *Op. cit.* Considera que es el tipo de *mobbing* que más acontece.

¹⁶ C. A. Toselli y G. Ulla de Torresan: «El hostigamiento laboral (*mobbing*) vinculado con el tema de la violencia en el trabajo...».

¹⁷ *Idem.*

Características del acoso moral

Doctrinalmente se han puntualizado:¹⁸

1. Aislamiento físico del trabajador.
 2. Hostigamiento y falta de comunicación.
 3. Propagación de conceptos peyorativos.
 4. Otorgamiento de tareas humillantes.
- Adjudicación de tareas difíciles.
 - Agravio o menoscabo de la imagen.
 - Cambio constantemente y arbitrario de la modalidad del trabajo.
 - Acusación e inculpación injustificadas del trabajador.
 - Empleo de técnicas para sabotear las tareas del trabajador: molestarlo e interrumpirlo; insultarlo y ridiculizarlo.
 - Ejercicio abusivo del poder.
 - Utilización de prácticas para generar una competencia despiadada.

Fases del acoso moral

Conflicto

En toda Empresa hay conflictos interpersonales a consecuencia de la presencia de personas y grupos, con intereses y objetivos distintos, e incluso, contrapuestos. Hay problemas, roces, choques que pueden resolverse, o llegar a estigmatizarse, entrando a la fase siguiente, transitando a una escala de enfrentamientos.

Mobbing o estigmatización

El acosador pone en práctica toda la estrategia de hostigamiento, sistemáticamente y durante un tiempo prolongado. Es propiamente la fase de acoso y ocurre con el consentimiento, e incluso, colaboración activa o pasiva del entorno.

Intervención de la empresa

Ya el conflicto trasciende a la dirección de la Empresa. Tiene dos formas de solución:

- Solución positiva. Se realiza una investigación y se descubre el hostigamiento y el acosador; se articulan mecanismos para que no vuelva a suceder, y se sanciona al hostigador.
- Solución negativa. La Dirección suele ver a la víctima como el problema a combatir, reparando en sus características individuales, tergiversadas y manipuladas, sin comprender que el origen radica en otra parte.

Marginación

Desemboca en el abandono de la víctima de su puesto de trabajo tras largas temporadas de ausencia laboral. Muchos solicitan cambios de puestos de trabajo, otros atraviesan un calvario, que tiene consecuencias muy negativas para su salud. Unos y otros sufren un agravamiento del problema, tanto dentro, como fuera. En casos extremos, los acosados pueden llegar al suicidio.

Diferenciación del acoso moral de otras figuras similares

Es diáfano que no todas las personas que manifiestan sentirse acosadas, lo están necesariamente. Hay otros riesgos que reciben un tratamiento diferente, a saber:

1. Ejercicio arbitrario o abusivo del poder de dirección.

No persigue causar daño a la estabilidad psíquica, sino buscar, por medios inadecuados, un mayor aprovechamiento de la mano de obra, imponiendo condiciones favorables a sus intereses.

2. El síndrome del *burn-out* o trabajador quemado.

También conocido como síndrome del desgaste profesional: es producido por un estado de estrés crónico o de frustración prolongada; manifiesta cansancio emocional, desinterés, frustración, despersonalización y fatiga.

No hay intensión de un sujeto activo. Ocurre debido a un ritmo frenético de trabajo, insatisfacción personal, entre otros factores.

3. El estrés laboral.

Es el conjunto de reacciones emotivas, cognitivas, fisiológicas y de comportamiento ante aspectos del contenido, organización y entorno del traba-

¹⁸ S. J. Rubinstein: «El hostigamiento al trabajador como acoso psicológico» (cit. por C. A. Toselli y G. Ulla de Torresan).

jo. Se caracteriza por actos niveles de excitación y de angustia. No hay intención. Es destructivo si es excesivo; al contrario del acoso moral, que siempre es destructivo, dada su propia naturaleza.

4. El acoso sexual.

Atenta contra la libertad sexual. En el acoso moral se busca que el trabajador abandone la Empresa, y en el sexual el propósito es muy distinto (y conocido).

Consecuencias del acoso

Según la doctora Carmen Algar Jiménez, entre las consecuencias personales del acoso en el trabajador víctima, se encuentran:

- Afectaciones muy diversas:
 - Miedo acentuado y continuo.
- Ansiedad estado constante:
 - Sentimientos de amenaza.
 - Generalización de la ansiedad:
- Sentimientos de:
 1. Fracaso.
 2. Impotencia.
 3. Frustración - susceptibilidad.
 4. Baja autoestima e hipersensibilidad.
 5. Apatía y aislamiento.
- Trastornos emocionales
- Distorsiones cognitivas
 - Concentración.
 - Atención.
 - Memoria.
- Comportamientos sustitutivos
 - Adiciones.
 - Conductas de evitación.
- Agravación de problemas previos:
 - Enfermedades.
 - Trastornos diversos.
- Trastornos psicósomáticos:
 - Somatizaciones múltiples.
 - Alteraciones de sueño.
 - Trastornos de la alimentación.
- Trastornos de la conducta social

- Susceptibilidad.
 - Hipersensibilidad.
 - Aislamiento.
 - Evitación
 - Agresividad.
 - Irritabilidad.
 - Inadaptabilidad.
 - Malestar.
 - Pérdida de ilusiones e intereses.
 - Abandono de las responsabilidades y compromisos familiares.
 - Trastornos médicos y psicológicos con otros familiares.
 - Afectación del deseo sexual.
 - Separación marital.
- Afecciones graves:
 - Indefensión.
 - Depresión.
 - Suicidio.
 - Consecuencias laborales
 - Mal clima y ambiente de trabajo
 - Afectación a la calidad y cantidad del trabajo.
 - Interferencias en los circuitos de información y comunicación.
 - Descenso de la creatividad.
 - Pérdida de la motivación.
 - Despreocupación por los clientes.
 - Ausentismo.
 - Aumentos de las consultas médicas.
 - Aumento de las ausencias laborales.
 - Consecuencias sociales y comunitarias
 - Pérdida de fuerza de trabajo de población activa.
 - Aumento del gasto económico por bajas laborales, jubilaciones e incapacidades.
 - Incremento de los gastos en salud.
 - Ascenso de las atribuciones negativas hacia los efectos del trabajo en la población.

Tipificación jurídica del acoso en Cuba

El hecho que no haya ninguna norma condenatoria o reguladora del acoso moral, no significa que nuestro ordenamiento no contemple un conjunto de reglas para articular frente al acoso moral.

En Cuba, el acoso moral no está tipificado como delito en la ley penal vigente; tampoco el acoso sexual, y las figuras que se asemejan a este, no se corresponden con el entorno laboral.

La respuesta a este fenómeno debe comprender:

- Un ámbito preventivo para proteger eficazmente la salud integral del trabajador.
- Un entorno reparador, que comprenda el deber de resarcimiento de cualquier daño a la integralidad y a la salud del trabajador. Para entender que se está ante un acoso moral, en el plano jurídico, deben concurrir.
- La presencia real de una situación generadora de daños.
- La prueba.
- La relación, causal y directa, entre el caso y el daño.

Ámbito legal en Cuba para enfrentar el acoso moral

Reitero que en Cuba, a diferencia de algunos países que tienen una legislación protectora como Suecia, Francia, Italia, Bélgica, Suiza, Australia y Nueva Zelanda, no se cuenta con una legislación específica. Sin embargo, hay diversos cuerpos legales, de *carácter internacional*, que pueden aplicarse en el país, toda vez que proceden de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Son los siguientes:

- *Carta de Principios Fundamentales de los Ordenamientos Laborales* (1998).
- *Informes o Estatutos sobre Condiciones de Trabajo*.
- *Convenio Colectivo para Prevenir el Acoso y el Procedimiento para la solución del conflicto*, adoptados por la OIT y el Sindicato de la OIT el 26 de febrero de 2001.
- *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*, ratificados por Cuba: *Declaración Universal de Derechos Humanos*, *Convenios sobre Trabajadores* Nos. 87, 98, 122, 135, 151 y *sobre Discriminación* 111.

Legislación interna

Por coincidir con Héctor Suárez Granda e Ionet Rodríguez Columbié,¹⁹ autores de la ponencia «El acoso como una manifestación de la violencia en el ámbito laboral», en cuanto a que, en Cuba, hay normas jurídicas que pudieran utilizarse, en última instancia, para defenderse del acoso. Reproduzco una parte de ese trabajo, que fuera presentado en ocasión del V Encuentro Iberoamericano de Derecho Laboral y Seguridad Social, celebrado en Ciudad de La Habana en octubre del 2005:

«La Constitución de la República de Cuba de fecha 24 de febrero de 1976, reformada en 1992, establece en su artículo 1 que: “Cuba es un Estado Socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado por todos y para el bien de todos como República unitaria y democrática para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana”.

»Por otra parte, en su artículo 10, bien establece que: “[...] todos los órganos del Estado, dirigentes, funcionarios y empleados actúan dentro de los límites de su competencia y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad”.

»Asimismo, el artículo 26 señala que: “Toda persona que sufriera daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de su cargo tiene derecho a reclamar y a obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley”.

»De igual forma, el artículo 42 prevé la discriminación por motivo de la raza, color de la piel, origen nacional, creencia religiosa, y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y será sancionada por la ley.

»Las instituciones del Estado educan a todos desde la más temprana edad en la igualdad de los seres humanos. Junto a esto también pudiéramos incursionar en el ámbito de los deberes, derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, el cual bien plantea la igualdad de todos y el derecho a ascender en el ámbito laboral, social y administrativo, dado las condiciones personales de cada quien».

¹⁹ H. Suárez Granda e I. Rodríguez Columbié: *Op. cit.*

Suárez Granda e Ionet Rodríguez Columbié, consideran que en el ámbito de las legislaciones tutelares, en materia laboral, penal y administrativa, hay una amplia y profusa legislación, pero se circunscriben a las más conocidas:

El Código de Trabajo, Ley 49 de 1984, reproduce en sus principios de Derecho Laboral cubano, incorporado en su artículo 3, el ejercicio real de estos derechos y el compromiso de ellos como deber de la Administración, lo cual se lleva a vías de hecho en la legislación complementaria; tanto general; como ramal, sectorial, e incluso local, y los Reglamentos Disciplinarios y Convenios Colectivos.

Es por ello que el Decreto Ley 176, “Sistema de Justicia Laboral”, en su artículo 11, sobre los hechos y conductas que pueden tipificar indisciplina, señala en sus incisos:

- c) falta de respeto a superiores, compañeros de trabajo o terceros personas en la entidad o en el desempeño del trabajo,
- j) cometer hechos o incurrir en conductas que pueden ser constitutivas de delitos en la entidad laboral o en ocasión del desempeño del trabajo.

Por su parte, el Decreto Ley 196 de 1999, Sistema de Trabajo con los Cuadros del Estado y del Gobierno, recoge en múltiples artículos e incisos la conducta a seguir y medidas a tomar para preservar el cumplimiento estricto de los preceptos constitucionales al respecto; veamos solamente algunos de ellos:

El artículo 12, contentivo de requisitos generales para ocupar cargos de Cuadros, señala:

- g) prestigio y reconocimiento social y otros adicionales en correspondencia con las funciones, facultades y atribuciones de cada cargo o de las especificidades de la actividad que se trate.

Por su parte, el artículo 16, concerniente a los movimientos que determinan el cese de la relación jurídica laboral, señala en su inciso a) «la separación definitiva por incurrir en delitos, faltas, negligencias que ocasionan afectación de su prestigio o autoridad».

El artículo 37 expone que quienes representan a nuestro pueblo en los diferentes niveles de dirección, y ostentan funciones estatales y gubernamentales, deben regir su actuación, tanto en el desempeño del

cargo, como en la vida personal, acorde con los principios contenidos en el *Código de Ética*, el cual hace énfasis aquellos relativos a cultivar la vergüenza, el honor y la dignidad, así como a fomentar y cumplir la disciplina con el respeto y la lealtad consciente a la Constitución y demás leyes.

El artículo 46 expresa que constituyen violaciones generales de la disciplina en el centro de trabajo, o en ocasión del trabajo, los siguientes:

- c) la falta de respeto o maltrato a sus superiores jerárquicos o terceras personas,
- h) incurrir en las incompatibilidades establecidas en el cargo o actividad (ya señaladas en los requisitos),
- k) falta de honradez y honestidad.

(Además de todas las establecidas en la legislación general para el resto de los trabajadores).

Ya en el ámbito de la legislación aplicable a los dirigentes y funcionarios, en sentido general, el Decreto Ley 197 de 1999, “Relaciones laborales aplicables a dirigentes y funcionarios”, preceptúa en su artículo 7 los requisitos o condiciones generales mínimas para ocupar y permanecer en los cargos de dirección y de funcionarios:

- d) prestigio y reconocimiento social,
- e) comportamiento laboral y profesional ético.

Por su parte, el artículo 14, referido a las causales de movimiento laboral señala:

- d) la democión a un cargo de menor jerarquía, debido a medida disciplinaria o pérdida de alguno de los requisitos o condiciones para permanecer en el cargo.

En cuanto a la terminación de dicha relación jurídica laboral, el artículo 16 indica que pueda ocurrir por las causas siguientes:

- b) separación definitiva por medida disciplinaria o por pérdida de los requisitos de los incisos d) y e) del artículo 7 de dicho cuerpo legal,
- d) sanción de privación de libertad o sentencia firme o medida de seguridad, en ambos casos, cuando excedan de seis meses.

El artículo 19 destaca que constituyen violaciones generales de la disciplina en el centro de trabajo, o en ocasión del trabajo, las siguientes:

- c) falta de respeto o maltrato a sus superiores jerárquicos o terceras personas,
- h) incurrir en las incompatibilidades establecidas para el cargo o actividad anteriormente señaladas,
- k) falta de honradez y honestidad.

El pasado año fue emitida la Resolución 8, la que recoge, dentro de sus preceptos, múltiples artículos referidos al tema:

El artículo 20 aborda el principio por el cual se rige la Administración para la determinación del ingreso de los trabajadores, el empleo, permanencia y promoción: *la idoneidad demostrada*, que comprende el análisis integral de los requisitos generales siguientes:

- b) cumplimiento de las normas de conducta general o específica y las características personales que rigen en el desempeño de determinadas ocupaciones o cargos establecidos en el Reglamento Disciplinario Interno.

En el artículo 22 constan los requisitos de conducta, generales o específicos, y las características personales que se exigen para el desempeño de determinadas ocupaciones o cargos, se establecen de mutuo acuerdo entre la Administración y la organización sindical correspondiente, lo que se incluye en el Convenio Colectivo de Trabajo, siempre que no contravenga la ley.

El artículo 45 consigna los datos que contiene el Contrato de Trabajo:

- e) normas de conducta general o específica y las características personales en los casos que se exigen para la ocupación o cargo.
- j) causas por las que pueden terminar el contrato.

En el artículo 56 se exponen las causas de terminación de los contratos:

- b) falta de idoneidad del trabajador,
- f) sanción de privación de libertad por sentencia firme o medida de seguridad, en ambos casos por más de seis meses.

Desde el punto de vista penal, el legislador previó la inclusión de tipologías, en la Ley 62 de 1987, Código Penal, y en caso de producirse transgresiones laborales y administrativas de las señaladas anteriormente, que trascendieran a la materia penal, pudieran ser corregidas. En estas figuras resaltan:

Artículo 133, donde se recoge que el funcionario público que se excediera arbitrariamente en el límite de su competencia, y que ejerciera las funciones inherentes a su cargo, de modo manifiestamente contrario a las leyes, pudiera ser sancionado a pena de privación de libertad o multa.

Ya en el aspecto de la igualdad, el Código recoge el delito referido a atentar contra dicho derecho, al apuntar en su artículo 295.1.2 las penas imponibles a aquellos que discriminen a otras personas o promuevan o inciten a la discriminación sea con manifestaciones y ánimo ofensivo a su sexo, color, raza u origen nacional o con acciones tendentes a obstaculizar o a impedir el ejercicio o disfrute de los derechos previstos en la Constitución.

También en el Título IX Delitos contra los derechos individuales, el artículo 286 del Capítulo I incluye la posibilidad de la comisión del delito de *coacción*; que no sino aquel que señala la responsabilidad penal de quien ejerza violencia sobre otro o lo amenace para compelerlo a que en el instante, haga lo que no quiera, sea justo o injusto o a que tolere que otra persona lo haga o para impedir hacer lo que la ley no prohíbe, situaciones estas que accidentalmente bien pudieran darse en un centro de trabajo.

No se deben olvidar las *Normas* que regulan la actuación de la Oficina de Inspección del Trabajo y la Seguridad Social, que tienen un papel muy importante, especialmente en cuanto a la prevención.

Necesidad de regular jurídicamente el acoso moral

Aun cuando se dispone de las normas anteriormente citadas, a mi modesto juicio, resulta necesario disciplinar sustantivamente, y procesalmente, el acoso moral porque, aun si hubiera una idónea regulación, los hechos de acoso moral son difíciles de demostrar ya que la prueba se dificulta: «Por la insolidaridad, los testigos mudos, sordos, ciegos, que coadyuvan a la doble victimización (*sic*) e inculpa-

ción de la víctima. El silencio de los testigos agrava la sensación de soledad, de incompreensión real de los factores causantes de la violencia».²⁰

En el artículo «Reflexiones al vuelo sobre la plaga del siglo XXI en las relaciones laborales», Lydia Guevara Ramírez plantea que el combate y la erradicación del acoso moral solo es posible si todos participamos, si no damos la espalda y respetamos nuestra dignidad, decoro, honra e integridad física y moral, tratándose de una autoestima elevada.

Expone que todos debemos vivir en comunidad, siendo fieles al refrán *hoy por ti y mañana por mí*, y no dar la espalda al acosado.

Hay que capacitar, informar, comunicar, consolidar las relaciones de solidaridad y cooperación con cláusulas precisas en los *Convenios Colectivos de Trabajo* y *Códigos de Conducta*. Al primer síntoma hay que actuar, aun sin leyes promulgadas; comprobando si es un hecho aislado, si tiene carácter individualizado, o afecta a varios; si es un estilo de dirección, si es continuo y repetido, si daña la salud y el entorno.

Guevara Ramírez considera –con toda la razón– que cuando el empleador se vea descubierto, tratará de despedir al trabajador por cualquier motivo, buscará causas porque *el que velan no escapa* y, en algún momento, aparecerá el motivo para atribuir al trabajador un incumplimiento de sus funciones, imputándole: ineficiencia, incapacidad, incompetencia, mala conducta, indisciplina, negarse a realizar tareas, consumo de alcohol, entre otras.

El trabajador –orienta Guevara Ramírez– deberá presentar su queja ante el representante sindical, ante el Departamento de Personal y su Jefe inmediato; asimismo, contratará abogados y reclamará a la instancia que corresponda. (A lo cual añadido, que podrá hacer quejas a la Fiscalía, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y demandar ante el Tribunal Municipal Popular.) Nunca estarán de más todas las precauciones y prevenciones, porque el acoso se puede prevenir, evitar, erradicar e identificar desde sus inicios, cuando hay un clima laboral sano. Puntualiza la autora que: «Como el Derecho no lo es todo, la solidaridad y la cooperación son palabras de orden para prevenir y combatir el acoso».

Ahora bien: el acosado se verá muchas veces en una situación de indefensión jurídica, cuando, en primera instancia los que tienen el deber de prestar ayuda y colaborar en la solución del problema –llámese Sindicato, Órgano de Justicia Laboral de Base (OJAL), Recursos Humanos u otro órgano– le informa que no se cuenta con legislación alguna para fundamentar su reclamación. Comienza entonces la victimización secundaria, que lo conduce fuera de la Empresa a buscar reparaciones y alternativas y comienza a tratar con especialistas donde, en reiteradas ocasiones, no encontrará la ayuda que busca. Luego acudirá a un abogado, el que no posee la legislación específica y, es muy probable, que lo mantenga en una nebulosa de información por estar indefenso jurídicamente. Entonces, después de caer en el *mobbing* sucumbirá en la espiral del *mobbing* jurídico (ya ha sufrido en la espiral psico-fisiológica), pues faltará al trabajo para consultar al médico, al abogado, al fiscal, al especialista; transitará de oficina en oficina y su familia soportará la violencia porque allí descargará su humillación.²¹

Los abogados deberán dominar, para la correcta atención del acosado: los principios del Derecho en general, y de la materia laboral en particular; la Constitución; las Normas y Acuerdos internacionales sobre esta materia y, con estos, logrará defender a la víctima, además de demandar por violación a la dignidad, atentado a la honra y el honor, tratos degradantes, incumplimiento de la Administración de garantizar condiciones de trabajo seguras y saludables, entre otros.

1. El *mobbing* o *acoso moral* es un problema personal, laboral y social de gravedad; al convertirse en un medio indirecto y oculto para deshacerse de un trabajador.²²
2. Por acoso moral o *mobbing* se entenderá la conducta abusiva que se manifieste de forma duradera, reiterada o sistemática, mediante comportamientos, palabras, actos, gestos o escritos de carácter intencional, que atenten contra la persona, su dignidad o integridad física o psicológica y lo induzcan a abandonar «por su propia decisión», la Empresa.
3. Aunque el *mobbing* vertical descendente (*bossing*) es considerado por los especialistas como el más habitual, el *mobbing* vertical ascendente se ha incrementado en

²⁰ L. Guevara Ramírez: *Op. cit.*

²¹ *Idem.*

²² Véase, al respecto, nota 7.

los últimos años donde se ha visto, con frecuencia, la agresión a través de denuncias anónimas, en las cuales –con muy poco de verdad o nada– una o varias personas tratan de desembarazarse de un jefe.

4. En la mayor parte de los casos, las consecuencias del acoso moral o *mobbing* son devastadoras.
5. Es necesario regular jurídicamente el acoso moral.
6. El acoso moral es prevenible a través de la actuación comprometida, y conjunta, de trabajadores, administraciones y Secciones Sindicales.
7. Las administraciones deben contraer compromisos, en los *Convenios Colectivos* y en los *Reglamentos Internos*, de adoptar medidas para instaurar un clima sano en el trabajo y de esta forma prevenir y evitar el acoso moral o *mobbing*.
8. Es necesario divulgar en qué consiste este fenómeno, sus causas, consecuencias y qué debe hacer un trabajador víctima del mismo.

Recomendaciones

Se recomienda a los Ministerios de Justicia, de Trabajo y Seguridad Social, así como a la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular:

1. Divulgar, a través de la prensa radial y escrita, así como las publicaciones especializadas de los Ministerios de Justicia y del Trabajo, en qué consiste el acoso moral, sus causas, consecuencias y qué debe hacer un trabajador víctima del mismo.
2. Es necesario regular jurídicamente el acoso moral, no solo por medio de la Ciencia Jurídica Laboral, sino también de la Penal.

Bibliografía

Algar Jiménez, C.: «Mobbing. Acoso moral en el trabajo» [inédito], ponencia presentada en el V Encuentro Iberoamericano de Derecho Laboral, celebrado en Ciudad de La Habana, octubre, 2005.

Batista Machín, V. C.: «Equidad, justicia, dignidad y protección en las relaciones laborales» [inédito], ponencia presentada en el V Encuentro Iberoamericano de Derecho Laboral, celebrado en Ciudad de La Habana, octubre, 2005.

Díaz, R. A.: «El *mobbing* no es una enfermedad» [inédito], ponencia presentada en el V Encuentro Iberoamericano de Derecho Laboral, celebrado en Ciudad de La Habana, octubre, 2005.

Guevara Ramírez, L.: «Reflexiones al vuelo sobre la plaga del siglo XXI en las relaciones laborales» [inédito], ponencia presentada en el V Encuentro Iberoamericano de Derecho Laboral, celebrado en Ciudad de La Habana, octubre, 2005.

---: «Reflexiones sobre el acoso moral en el trabajo», <www.derechosocial.com>, <www.internet-lex.com.br>.

Leymann, Heinz: *The Mobbing Encyclopedia*, <www.mobbing.nu>, [s.f.].

Suárez Granda, H., e I. Rodríguez Columbié: «El acoso como una manifestación de la violencia en el ámbito laboral» [inédito], ponencia presentada en el V Encuentro Iberoamericano de Derecho Laboral, celebrado en Ciudad de La Habana, octubre, 2005.

Toselli, C. A., y G. Ulla de Torresan: «El hostigamiento laboral (*mobbing*) vinculado con el tema de la violencia en el trabajo en su relación con la seguridad, la salud y el medio ambiente en el trabajo» [inédita], ponencia presentada en el V Encuentro Iberoamericano de Derecho Laboral, celebrado en Ciudad de La Habana, octubre, 2005.

Legislación consultada

Constitución de la República de Cuba.

Ley 49 de 28 de diciembre de 1984, Código de Trabajo, 2.ª ed., Centro de Divulgación e Información Laboral, CETSS, Ciudad de La Habana, 1987.

Ley 13 de 1977, de Protección e Higiene del Trabajo.

Ley 24 de Seguridad Social.

Decreto Ley 176/97, del Sistema de Justicia.

Decreto Ley 196/99 sobre el Sistema de Trabajo con los Cuadros.

Decreto Ley 197/99, sobre las Relaciones Laborales del personal designado para ocupar cargos de dirección.

Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Cuba, Ed. Ministerio de Relaciones Exteriores, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos y Unión de Juristas de Cuba, Ciudad de La Habana, 2001.

Anexos

Anexo 1. Datos sobre el *mobbing*

(Tomado de C. Algar Jiménez: «*Mobbing*. Acoso moral», *op. cit.*)

- Según la OIT, 13 millones de europeos sufren acoso moral en el trabajo.
- La Universidad de Alcalá de Henares investigó que 15 % de los trabajadores sufren acoso moral en el trabajo.
- Más de 2 millones de españoles, mujeres en su mayoría, sufren a diario acoso moral en el trabajo.
- De los trabajadores encuestados, cerca de un millón llegará a tener trastornos físicos.
- De los trabajadores acosados, 5 % ha pensado en el suicidio, como última opción al problema.
- De los acosados, 30 % tuvo que dejar el trabajo, al menos, doce meses.
- El sector más afectado es el de la Salud, seguido por el de los Trabajadores de la Administración Pública.
- El acoso moral cuesta más de 90 millones de euros en bajas o invalidez.
- En Alemania el costo anual del acoso moral en el trabajo durante 1995 fue de 100 000 millones de marcos.
- En el Reino Unido: pérdidas anuales en la industria de 18.9 millones de jornadas de trabajo desperdiciadas.
- En Suecia, entre 10 % y 20 % de los suicidios, tienen su origen en el *mobbing*.

Anexo 2. Casos jurisprudenciales

(Tomado de C. A. Toselli y A. G. Ulla de Torresan: «El hostigamiento laboral», *op. cit.*)

*Primer caso*²³

«Los fundamentos de la demanda son los siguientes: La empleada fue contratada por la sociedad Ergon Maateriae Plastiche con un contrato temporario (...)

²³ Tribunal de Turín, Italia, 1999/11/16, autos: «Enríquez, Giacomina c/ Ergom Materiae Plastiche s.p.a.», publicado en *Derecho del Trabajo*-2000-B, pp. 2011-2015.

Después de algunos días de permanencia en el área de ensamblaje-montaje, fue asignada al sector estampado con la máquina 140, en un sector en el cual trabajaban una treintena de personas, aproximadamente, que rotaban en tres turnos de labor, entre ellas 6 o 7 mujeres (...) A la época del hecho de esta causa, la máquina 140 era colocada en un espacio reducido, situado entre dos enormes máquinas, de tal manera que el operador no tuviera contacto con el ambiente externo, salvo en ocasiones de las pausas fisiológicas, contractualmente fijadas en veinte minutos para cada jornada de trabajo (...) Tan pesada situación laboral se veía agravada posteriormente por la presencia en la empresa del jefe de turno, el señor Dumas, que acostumbraba a tratar al personal de un modo carente de urbanidad y con aires de superioridad (...) Cada vez que era consultado por funciones de la máquina por la recurrente, el señor Dumas respondía con improperios e insultos y ante las manifestaciones de lo insalubre y agobiante del trabajo con frases sarcásticas y ofensivas (...) Desde el primero de octubre de 1996, la actora se ausenta del trabajo por enfermedad, habiendo contraído como consecuencia de las intolerables condiciones del trabajo y de las situaciones de segregación o discriminación padecidas, una grave forma de crisis depresiva, con frecuentes estados de llanto y agorafobia, crisis sin antecedentes en su historia personal (...) No obstante la terapia farmacológica practicada, los síntomas no decrecieron, afectándole definitivamente las relaciones interpersonales y sociales».

La parte demandada en su defensa manifiesta que «el espacio en torno a la máquina 140 medía al tiempo de la causa, 1,50 m por 6,60 m (...) cinco veces superior a los 2 m² de superficie a disposición de cada trabajador prescripto por (...) ley (...) Esta máquina resulta luego colocada en un espacio que se enfrenta a un pasillo donde transitan numerosos compañeros de trabajo (...) En el período de la causa los trabajadores rotaban siempre en la máquina 140, por lo que es infundado lo manifestado en el recurso según el cual la trabajadora era la única operaria afectada con continuidad [...] la recurrente no fue nunca víctima de un comportamiento persecutorio por parte del jefe de turno, señor Dumas».

Después de tramitada la causa, el tribunal resolvió que «corresponde indemnizar al trabajador por los daños psíquicos sufridos como consecuencia del acoso psicológico –*mobbing*– practicado por su superior, consistente en la utilización de un lenguaje incivilizado y en actitudes arrogantes e irritantes, y en su aislamiento en el ámbito laboral, que por su ubicación le impedía cualquier contacto con sus compañeros durante el horario de trabajo».

Segundo caso²⁴

«La víctima trabajaba como jefe de sección y responsable del Departamento de engomado, desde hacía más de treinta años para una empresa de Barcelona y, debido a una reestructuración, a finales de 1996, el empleado pasó a trabajar en una máquina cuyo manejo no conocía y para el cual hubo de ser tutelado por sus compañeros de trabajo, que hasta la fecha habían sido subordinados suyos. Esta situación laboral provocó un deterioro en la salud mental del empleado que solicitó la baja laboral en enero de 1998, e inició un tratamiento médico por depresión. Seis meses después, en julio de 1998, se suicidó.

»El tribunal consideró como “tremendamente clarificador el informe médico del psicólogo que le atendió dos meses antes de su fallecimiento, en cuanto consta que como consecuencia del cambio de puesto de trabajo del fallecido, que de jefe de sección pasó a controlar una máquina cuyo manejo desconocía, inició una situación depresiva, consecuencia de lo que el trabajador entendió como situación vejatoria, que se transformó en una depresión mayor, cuando sospechó que la empresa lo que quería era su jubilación anticipada y tal grave situación concluyó con la auto agresión, como forma de resolver el conflicto que la decisión empresarial había producido en su cerebro.

»El tribunal (por mayoría) concluye que (...) el fallecimiento del trabajador fue consecuencia directa de la gravísima depresión en que vivía sumido y esta tuvo su origen e inicio en la decisión empresarial de cambiarle de puesto de trabajo, por lo que el nexo causal entre enfermedad (y suicidio) y el trabajo ha quedado plenamente establecido, sin que la Mutua recurrente haya aportado prueba alguna que desvirtuara o rompiera tal relación».

Tercer caso²⁵

«El auto despido de la actora se centra en la injuria grave por la situación de *mobbing* que, según invoca, hubo de soportar ante el desconocimiento de las funciones realmente cumplidas y la correspondiente

contraprestación salarial para la actividad, cuyos reclamos datarían de mediados del año 2000 (con los que contemporáneamente comenzaron sus problemas de salud, que dieron lugar a consultas y tratamiento médico; diagnóstico y terapia psicológicos); el intercambio epistolar en el que recurrentemente era apercebida de ser despedida, y el mismo tardío reconocimiento fáctico de las diferencias a su favor, pero solamente retroactivo, por parte de la empleadora».

El Tribunal Superior estima que: «La instancia de mérito no valoró adecuadamente la causal de persecución personal en el empleo invocada al demandar (...) la que, en la ciencia y la técnica de la administración de recursos humanos aplicados al trabajo, se conoce como *mobbing*». Y, en consecuencia, resuelve: «Hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido (...) por la parte actora y declarar la nulidad –también parcial– de la sentencia (...) circumscripta exclusivamente al tratamiento de la cuestión referida a la persecución laboral de la que la trabajadora invoca haber sido víctima y su valoración como causal de auto despido».

Cuarto caso²⁶

«Lo que motiva esencialmente este litigio es la situación de conflicto que culmina en el despido indirecto de la accionante (*sic*), invocando que la empresa en la decisión de despedir a un grupo importante de trabajadores, entre los que se encontraba, comenzó a ejercer una política de presiones que se vio exteriorizada en el reemplazo de su clave informática y telefónica y en el no otorgamiento de tareas, a fin de lograr que aceptase la propuesta de desvinculación, ya que era decisión empresarial que no volvieran más a prestar tareas». Si esto es así, la empresa claramente violentó el dispositivo del artículo 78 de la LCT en su primer párrafo cuando dispone: «El empleador deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber.

Si esto es así, en épocas normales, mucho más debe serlo en un período en el que el país se encontraba en emergencia social y laboral con prohibición de realizar despidos incausados, que justamente es lo que entiendo que estaba aconteciendo en autos, con la decisión empresarial de extinguir el vínculo de

²⁴ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Barcelona 25/12/01, [cit. por Aurelio Fanjul: «El acoso moral (*mobbing*): Un nuevo riesgo en la medicina del trabajo», *Derecho del Trabajo*-2002-A, pp. 1158-1159].

²⁵ Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Río Negro, Argentina, 6/4/05, autos: «Dufey Rosario Beatriz C/ Entrenimiento Patagonia S.A., s/sumario s/inaplicabilidad de ley», Sentencia 44/2005.

²⁶ Sala Décima del Trabajo de la ciudad de Córdoba (voto Dr. Carlos Toselli), autos «Lambir María Elsa C/ Aguas Cordobesas S.A. – demanda», Sentencia 11/11/04.

la actora a pesar de la prohibición legal. El único argumento que da la empresa para la supresión de tareas es el enrarecimiento del clima laboral sosteniendo incluso el consentimiento del trabajador a su falta de prestación de tareas, que como ya transcribiera *supra* no es así, por cuanto al menos la primera de dichas licencias fue suscripta por la actora con reserva de ley. En función de ello considero debidamente acreditado este punto. También en razón de ello entiendo que existió injuria de entidad suficiente en los términos del artículo 242 de la LCT para que el trabajador se diese por despedido en forma indirecta (artículo 246 de la LCT) con derecho indemnizatorio, ya que la decisión empresarial estaba tomada, no había habido rectificación de conducta, la actora seguía sin poder prestar en forma normal su relación laboral y exigir que continuase en esta situación de anormalidad laboral, significaría prolongar la agonía de su contrato, cuando ya existía una decisión firme, concretada en los hechos, de separarla de la dotación de personal de la demandada.

Anexo 3

(Tomado de C. A. Toselli y A. G. Ulla de Torresan: «El hostigamiento laboral», *op. cit.*)

«Un grupo de legisladores presentó un pedido de informes (Expediente 2248/97) sobre los retiros voluntarios denunciando que los trabajadores que encuadraban en esa situación:

1. eran incorporados a una lista con el mote de “inducidos”;
2. se hacían circular “memos” atribuidos a personal superior de la empresa, aunque sin firma, indicando que a los “inducidos” había que darle los peores trabajos;
3. existían funcionarios especialmente dedicados a la tarea de convencer a los trabajadores indecisos;
4. se los citaba para informarles que no tenían futuro en la empresa, pudiendo llegar a ser citados hasta tres veces por día;

5. si la presión no daba resultado y seguían renuentes a aceptar el retiro, se tomaban represalias adicionales tales como traslados compulsivos a distancias muy alejadas (más de mil kilómetros, por ejemplo trasladándolos de Buenos Aires a la Provincia de Chaco o de San Luis), discriminación en el otorgamiento de tareas –no se les permitía realizar horas extras–, no se les daba tareas y quedaban a “órdenes” de la empresa en su domicilio durante meses; se los ubicaba en oficinas donde no hacían nada para que “reflexionaren”, destinaban a personal con nivel educativo elemental que durante toda su vida laboral habían realizado tareas manuales y de calle a labores de oficinas con computadoras, auriculares y ritmo feroz de trabajo».²⁷

Anexo 4

Tomado de M. F. Hirigoyen: «¿Cómo detectar a un perseguidor u hostigador en el lugar de trabajo?» (cit. por C. A. Algar Jiménez: *Op. cit.*).

- El sujeto tiene una idea grandiosa de su propia importancia.
- Le absorben fantasías ilimitadas de éxito y poder.
- Se considera especial y único.
- Tiene necesidad excesiva de ser admirado.
- Piensa que se le debe todo.
- Explota al otro en sus relaciones interpersonales.
- Carece de empatía aunque puede ser muy brillante socialmente.
- Puede fingir que entiende los sentimientos de los demás.
- Tiene actitudes y comportamientos arrogantes

²⁷ Citado por Luis Enrique Ramírez: «Ciudadela sitiada (un cuento de terror)», ponencia presentada en las XXIV Jornadas de Derecho Laboral y Primeras Jornadas Rioplatenses de la Asociación de Abogados Laboristas, noviembre de 1998, Colonia, Uruguay.

La audiencia del menor y el divorcio notarial

DRA. MIRIAM VELAZCO MUGARRA*

Introducción

Me gustaría compartir algunas reflexiones en torno al Divorcio Notarial, tema de actualidad e interés que ha suscitado las más diversas controversias entre los juristas dedicados al Derecho de Familia y aquellos que realizan el análisis del problema desde la técnica notarial o procesal al margen de la naturaleza jurídica de las instituciones familiares y, en consecuencia, con una visión reducida de los objetivos principales del Código de Familia destinados al fortalecimiento de la familia, del matrimonio, al eficaz cumplimiento de las funciones paterno filiales y a la plena realización del principio de igualdad de todos los hijos.¹

Tras quince años de aplicación del Divorcio Notarial en Cuba, se mantiene el debate jurídico sobre su procedencia, sobre todo, a partir de la propuesta de modificación del Código de Familia a tono con la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la reciente Instrucción 187, de 20 de diciembre de 2007, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que da un giro acertado a la intervención judicial en los asuntos en los que se ventilan derechos de menores, incluidos los asuntos de la jurisdicción voluntaria.

Se plantean criterios apasionados en esta disparidad doctrinal. Así, aparecen defensores de esta modalidad de divorcio que se fundamentan en la celeridad de los trámites y la relevante función pública del notario en Cuba, capaz de llevar la función tuitiva de

asuntos relacionados con el Derecho de Familia y del menor, lo que constituye una franca confusión de las competencias y atribuciones que, por su naturaleza jurídica, corresponden a los Tribunales Populares, sobre todo en asuntos en que están comprometidos los intereses de los menores o incapaces.

En este debate se destaca el criterio de reconocidos autores cubanos opuestos al Divorcio Notarial, que coinciden con la reconocida Profesora Dra. Olga Mesa Castillo en la necesidad de un control social del divorcio a cargo de los Tribunales, especialmente cuando se han procreado hijos menores de edad o mayores de edad judicialmente incapacitados, pues como ella señala «se trata de decidir no un simple cambio de estado conyugal sino siempre un conflicto de intereses que no es exclusivamente privado».²

En correspondencia con estos antecedentes, analizaré el estado de la cuestión y, finalmente, expondré mis consideraciones sobre las disfunciones más relevantes e inconstitucionalidad de preceptos del Decreto Ley del Divorcio Notarial que lo hacen ineficaz para materializar la sustantividad propia de divorcio por mutuo acuerdo con hijos menores, o sin ellos, aparte de inoficioso frente al establecimiento de una jurisdicción y procedimiento especializado de Familia.

Deslinde de competencias para la administración de los expedientes de jurisdicción voluntaria, relativos al Derecho de Familia

Es cierto, y estoy de acuerdo, que la realidad social impone modernizar los tradicionales procedimientos de la justicia civil que exprese y materialice la efectividad de la tutela judicial acorde con las exigencias actuales. Se necesita una transformación de los procedimientos que procuren trámites adecuados a otras jurisdicciones distintas a la civil, lo que constituye un reto para el legislador en la búsqueda de soluciones que den respuesta a cuestionamientos jurídicos como sucede con el deslinde de las competencias para la administración de los expedientes de jurisdicción voluntaria.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Camagüey, en 1977. Diplomada en Derecho Agrario por la Universidad de La Habana en 1999. Doctora en Derecho desde 2005 por la Universidad de Valencia, España. Miembro del Consejo Editorial de la JDN/ONBC. Profesora auxiliar a tiempo parcial de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Recibió el sello conmemorativo del XXX Aniversario de la UNJC. Por su destacada trayectoria profesional y su dedicación como abogada de la ONBC, fue candidata en el 2008 al premio por la *Obra de Toda la Vida* al servicio de la actividad jurídica.

¹ Art. 1 del Código de Familia vigente.

² O. Mesa Castillo: «El divorcio: otro ángulo de análisis», pp. 123-126. En este mismo sentido, R. Gómez Treto: «¿Hacia un nuevo Código de Familia?», p. 63; A. L. Hurtado Pérez, M. E. Cobas Cobiella y N. Ojeda Rodríguez: «La jurisdicción voluntaria», p. 246; J. de la Fuente López: «Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica», p. 94; C. Hernández Pérez: «El divorcio», p. 32.

La jurisdicción y los procedimientos se establecen para garantizar la tutela del Derecho material y, en correspondencia con este axioma, es necesario identificar la naturaleza de los asuntos de carácter voluntario que deben continuar atribuidos al órgano jurisdiccional de aquellos que podrían desjudicializarse y pasar a la atribución de otros profesionales del Derecho, como son los notarios que tienen a su cargo la fe pública extrajudicial.

La redistribución de competencias judiciales y extrajudiciales de los asuntos que tienen naturaleza voluntaria para agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona, en materia de familia, civil y mercantil, necesariamente debe partir del marco constitucional que justifique la disponibilidad o indisponibilidad de esos derechos, además de distinguir las marcadas diferencias en la intervención de los expedientes que gestionan y la infraestructura con que cuentan los Tribunales y el notario.

Una muestra criticable de esa redistribución de competencias resulta el Decreto Ley 154/94 sobre el Divorcio Notarial, que incluye la administración notarial del expediente de divorcio de mutuo acuerdo, en franca contradicción con los fundamentos de la política legislativa sobre el Derecho de Familia.

Con independencia de la reconocida especialización de los notarios y la confianza pública depositada en su función, no cabe duda que la norma referida, infringe el carácter indisponible de la patria potestad y, además, presenta disfunciones que lo hacen ineficaz para garantizar el interés del menor como sujeto de derecho.

La naturaleza jurídica del Derecho de Familia, entendida en su trascendencia social y consecuente interés público, marca su diferencia frente al Derecho Civil, que siempre es Derecho Privado.³ En relación con el Derecho de Familia, las actuales legislaciones han introducido un aumento de los

controles públicos que significa un avance de las competencias y los poderes del Estado frente a los estrictamente familiares.⁴

El Capítulo IV de la Constitución de la República de Cuba consagra la protección por el Estado; de la Familia, la maternidad y el matrimonio, y reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad, y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales que caracterizan el interés social y público de esta materia.

Desde mediados del siglo pasado, nuestros Tribunales destacaron la profunda significación social y relevancia jurídica de la patria potestad, de lo que es un fiel reflejo la Sentencia 339 de 1 de junio de 1951, dictada por la extinguida Audiencia de La Habana, que en su Considerando define que: «La patria potestad, más que un derecho de los padres es una función y un deber de los mismos establecida en beneficio de los hijos, para su cuidado, sustento y educación y, por tanto su reglamentación escapa a la esfera de la voluntad de aquellos por pertenecer por entero a la potestad del Estado».⁵

El carácter indisponible de la patria potestad se consagra en el artículo 38 Constitucional por el cual se establece entre otros deberes de los padres; asistir a sus hijos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones, configurándose así como derecho deber o derecho función, en tanto el conjunto de poderes, concedidos al titular de la patria potestad, no constituye un derecho subjetivo de este, ya que están dirigidos al interés de otro y se encuentran estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes por el titular.⁶

Atendiendo al interés social y público del Derecho de Familia, y de sus instituciones, se requiere un procedimiento y una jurisdicción especializada para tramitar los procesos de Familia, tanto contenciosos, como consensuales.

³ J. Guerra López: *Lecciones sobre Derecho de Familia*, p. 4, señalaba:

«En la familia hay algo que no es Derecho Civil. Derecho Civil es siempre Derecho Privado, siempre es protección de la autonomía individual, de la voluntad de los intereses individuales, del egoísmo, protegidos por la norma; y en la familia, hay algo que no es egoísmo, que no es autonomía individual, hay intereses colectivos, espíritu colectivo, así que allí hay algo social, algo de Derecho Público, hay que trascender de la esfera del Derecho Privado».

⁴ E. le Riverend Brusone: *Op. cit.*, p. 8, afirmaba: «Hay una tercera solución que a mi parecer es aceptable, ecléctica, que entiende que la familia sigue siendo una rama de Derecho Privado, pero en esta rama de Derecho Privado, el Derecho Público está interviniendo cada vez con mayor fuerza; entonces, esta intervención existe puramente en un terreno de política determinada y dice hasta qué punto debe intervenir en la familia». En ese mismo sentido, L. Díez-Picazo: «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad», p. 7.

⁵ A. M. Lazcano y Mazón: *Comentarios a la Ley del divorcio vincular*, p. 230.

⁶ Art. 38 de la Constitución de la República de Cuba.

En el sentido expuesto es relevante la exposición de motivos del proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de España.⁷ En ese contexto, se fundamentan los supuestos que deben mantenerse en sede judicial, en atención a la propia naturaleza jurídica de la función o bien a la mayor garantía que supone su atribución al órgano jurisdiccional.

Con carácter general, se considera que deben mantenerse en la vía judicial: todos aquellos asuntos en los que es necesario declarar derechos o decidir entre valores, o cuando se trata de situaciones conexas a la jurisdicción contenciosa o se requiera una especial garantía o control por parte de la autoridad pública, en atención a que sean procedimientos voluntarios relativos, entre otros; al Derecho de Familia, condición y estado civil de las personas, dado que en ellos confluyen junto con intereses privados, otros que tienen indudable proyección pública, esto es, procedimientos que garantizan intereses generales, públicos o sociales.⁸

La autonomía de la voluntad de los progenitores respecto a sus hijos menores

En Cuba, el divorcio extrajudicial previsto por el Decreto Ley 154/1994, autoriza la solicitud de disolución del vínculo matrimonial ante notario, el cual lo hará constar mediante Escritura, además de consignar los acuerdos adoptados por los cónyuges respecto a la situación jurídica de los hijos menores, lo que sin duda constituye una ampliación a la autonomía de la voluntad de los progenitores, pero también una limitación al interés de los menores como sujetos de Derecho.

Las normas especiales de familia, de cara a la patria potestad, por lo general «implican una marcada reducción de la autonomía de la voluntad, ello no quiere decir que se excluya del Derecho de Familia la intervención privada, pues la misma tiene considerable alcance, aunque sea difícil precisar su ámbito por la propia especialidad que este Derecho ofrece».⁹

Es cierto que son los cónyuges los que mejor deben regular la situación jurídica de sus hijos menores, pero los acuerdos sobre estos deben ser supervisados por la autoridad judicial y no por el notario, que no tiene competencia para escuchar al menor, ni para disponer el dictamen de especialistas con vistas a valorar y homologar el acuerdo, de conformidad con el principio del interés del menor.

Por otra parte, los acuerdos sobre el ejercicio de la patria potestad de los progenitores separados de hecho o no casados, no tienen cauce procesal y no pueden ser homologados ni ante notario, ni en la vía judicial, con lo cual se marca un diferente tratamiento legal para una misma pretensión, según sea la situación jurídica de los progenitores, lo que afecta el principio de igualdad de todos los hijos y los progenitores al que se afilia el Derecho de Familia.

Control y límites

De interés jurídico al tema resulta la afirmación de que los límites que establece la ley a la autonomía familiar deben ser interpretadas de forma restrictiva, por ser principio rector de esta materia la autonomía de la voluntad de los padres.¹⁰

Todas las potestades reconocidas a los progenitores, en relación con sus hijos menores de edad, están sometidas a control mediante la intervención judicial, que actuará con el límite del interés de estos como principio que constituye también el límite de la actuación de los padres.

Sin otro fundamento que la celeridad del divorcio notarial, que en Cuba puede obtenerse en el propio día, se atribuye también competencia al notario para validar los acuerdos de los progenitores sobre la titularidad y ejercicio de la patria potestad mediante la Escritura Pública de divorcio.¹¹

La doctrina española realiza una clasificación de los límites en el ejercicio de la patria potestad. De acuerdo con Díez-Picazo, hay límites internos o causales, vinculados con la idea del beneficio del niño, y de carácter externo y objetivo, que se refieren a los requisitos o control a que deben ser sometidos determinados actos.¹²

⁷ De la exposición de motivos del proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria de España.

⁸ A. Fernández de Buján: «El problema de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», p. 29.

⁹ Cfr. J. López Pérez: *La patria potestad: voluntad del titular*, p. 31.

¹⁰ A. M. Echarte Feliú: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, p. 64.

¹¹ Art. 3 del Decreto Ley 154/1994, del Divorcio Notarial.

¹² L. Díez-Picazo: *Sistema de Derecho Civil*, p. 290.

Límites internos o causales

Los límites internos o causales esencialmente se centran en el beneficio de los hijos como fin único del ejercicio de la patria potestad. Para su objetivación se dispone por las legislaciones más actualizadas: la audiencia de los hijos con suficiente juicio en todas las decisiones que les afecten y el dictamen de especialistas (artículo 92.2 CC español).

El anteproyecto de modificación del Código de Familia propone la exploración del menor a partir de los siete años, con capacidad progresiva para ejercer sus derechos en aquellas cuestiones que pudieran afectarle, pero no se encuentra regulado en las normas vigentes, con lo cual se infringe el principio del interés del menor, ya que es subjetivo apreciar la extralimitación en el ejercicio de la patria potestad sin antes oír al hijo si fuera procedente.

En la actualidad se respalda al menor como sujeto de derecho mediante Instrucción 187/2007, dispuesta por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que orienta adaptar el procedimiento vigente a las exigencias del derecho sustantivo de familia y al principio del interés del menor.

Especialmente se reconoce por dicha Instrucción, el derecho del menor a ser oído por el tribunal en los litigios que se discuta la guarda y cuidado de los menores, incluida la jurisdicción voluntaria que ulteriormente se remita a la contenciosa, aplicable a modo de experiencia, únicamente en los Tribunales de Guanabacoa y Placetas y, oportunamente, se hará extensivo a todo los Tribunales Municipales del sistema judicial.¹³

Límites externos y objetivos

Los límites de carácter externo y objetivo son aquellos requisitos a los que los actos concretos deben ser sometidos, o las decisiones de control de la autoridad judicial que no notarial.

Los controles judiciales en España permiten la adopción de medidas para la protección de los derechos de la esfera personal o patrimonial del hijo mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Se radica el expediente a instancia legítima del hijo, de cualquier pariente (próximo) o del Ministerio Fiscal, que podrá actuar por sí o a excitación de cualquier interesado que conozca hechos perjudiciales para

el menor, y podrán solicitar medidas de protección dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículos 158 y 167 CC).

Por otra parte, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que ha modernizado los procedimientos en España, considera no dispositivos entre otros, los procesos sobre capacidad de las personas: incapacitación, prodigalidad, reintegración de la capacidad e internamiento de trastornados mentales. Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad. Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio contenciosos o de mutuo acuerdo y otras pretensiones; medidas provisionales y definitivas. Los procesos sobre guarda, custodia, y alimentos de menores y los procesos sobre determinados aspectos de la protección de menores y de la adopción.

Como se sabe, el divorcio de mutuo acuerdo es un acto de jurisdicción voluntaria que presenta conexidad con el proceso contradictorio, pues si aparece controversia se transforma en divorcio contencioso. Los acuerdos de los cónyuges, entre los que se insertan los relacionados con los hijos menores que son una parte verdadera en lo que les afecta, deben ser oídos necesariamente si tienen el juicio suficiente y madurez que es un derecho del que se desentiende el divorcio notarial cubano.

Según el artículo 89 del Código de Familia, el control judicial sobre el acuerdo de los progenitores, respecto a la situación jurídica de los hijos menores, se realiza en sentido positivo, pues el tribunal se guía para resolver, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores de edad, en consecuencia, podrá atribuir la guarda y cuidado de forma distinta a lo acordado por los progenitores cuando considere que haya otra solución que protege mejor el interés de los menores, facultad que no tienen los notarios que deben abstenerse si, a su criterio, el acuerdo lesiona los intereses de los hijos menores.¹⁴

Acuerdo judicial y extrajudicial

Sobre la validez de los acuerdos judiciales y extrajudiciales existen encontradas posiciones doctrinales. De acuerdo con la legislación vigente, si el notario se

¹³ Instrucción 187, de 20 de diciembre de 2000, del Consejo de Gobierno del TSP.

¹⁴ M. García Pastor: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, p. 113, señala que «ante un acuerdo tácito o expreso de los padres sobre la guarda de los hijos, el juez solo podrá realizar un control negativo con el fin de verificar que el acuerdo no es perjudicial para los hijos, aprobándolo en todos los demás casos».

abstiene, el tribunal revisa las convenciones que se han de presentar con la demanda de divorcio de mutuo acuerdo y puede estimarlos o rechazarlos bajo el criterio de lo que resulte más beneficioso al menor.

Las normas vigentes no regulan la audiencia del menor, por lo que no hay experiencia en su práctica judicial y, quizás, esta sea el motivo por el que algunos juristas consideran que, en esencia, da lo mismo el divorcio notarial que el divorcio judicial de mutuo acuerdo con hijos menores.

Cabe preguntarse ¿hasta dónde alcanza el control judicial o notarial de los acuerdos de los progenitores, si las normas jurídicas no establecen un medio concreto para materializar este control?, excepto los supuestos que establece la reciente Instrucción 187/2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular que autoriza la audiencia del menor por vía de exploración y el dictamen de especialistas, si se estima necesario, por los Tribunales Municipales seleccionados.

Tampoco se establece en el ordenamiento, disposiciones que se opongan a la validez de los acuerdos extrajudiciales, concertados por los progenitores que no conviven, para determinar la situación de sus hijos menores, ni se pone en duda la validez de esos convenios, pues gozan los padres de total autonomía para decidir al respecto.

La doctrina se ha planteado la duda en relación con la licitud de estos pactos, basada en el carácter indisponible de la patria potestad y la ilicitud intrínseca de un pacto destinado a la separación de hecho. Se señala que la indisponibilidad de la patria potestad no significa que ambos padres no puedan disponer de funciones concretas como la guarda y cuidado, el régimen de visitas, y los alimentos porque la propia ley exige que los acuerdos decidan sobre estos aspectos.¹⁵

Los pactos privados, realizados en la separación de hecho, se consideran lícitos por la mayoría de los autores que se han planteado esta cuestión.¹⁶ Así tam-

bién lo admiten numerosas sentencias españolas.¹⁷ El profesor Clavería Gosálbez no los considera ilícitos, pero sostiene que:¹⁸

«No se puede dar validez al pacto privado que regule la separación de hecho porque, en vista de las especiales circunstancias que rodean a las crisis matrimoniales, el legislador ha estimado necesario para garantizar los derechos de las partes más desprotegidas que los acuerdos de los cónyuges sean sometidos a la aprobación judicial».¹⁹

El autor Hernández Ibáñez señala que «las capitulaciones solo admiten los acuerdos económicos pero no los que tengan contenido personal».²⁰ Otros autores consideran que es el cauce idóneo, pues conceden publicidad y seguridad jurídica.²¹

Los acuerdos extrajudiciales también están sometidos a los mismos límites que los judiciales, lo que conduce a concluir que los padres podrán determinar respecto a sus hijos como estimen por conveniente siempre que no suponga un perjuicio para estos, pero es necesario identificar cuál es el interés del menor lo que presupone la aprobación judicial de los acuerdos.²²

En el Derecho cubano existe confusión en el Decreto Ley 154/94 del divorcio notarial, respecto a la autonomía de los cónyuges para disponer sobre la titularidad y ejercicio de la patria potestad que corresponde a ambos con carácter indisponible (artículos 82 y 83 del Código de Familia).

¹⁷ STS de 31 de enero de 1985, referida a un pacto de separación de hecho anterior a la reforma de 1981; STS de 25 de junio de 1987, CCJC 1987.368; STS de 21 de julio de 1993, CCJC, 1993.883.

¹⁸ Cfr. L. H. Clavería Gosálbez: «Comentario a la STS de 25 de junio de 1987: Validez del contrato destinado a regular los efectos de la disolución del matrimonio», p. 4709.

¹⁹ Cfr. C. Hernández Ibáñez: *La separación de hecho matrimonial*, p. 27.

²⁰ A. Seisdedos Muiño: *La patria potestad dual*, p. 245; A. Martín Gancedo: «Los problemas que plantean de las capitulaciones matrimoniales como forma notarial de encauzar jurídicamente la separación de hecho a la vista de la nueva reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», p. 78.

²¹ M. del R. Valpuesta Fernández: *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, p. 237, y STS 368 de 25 de junio de 1987, CCJC, 1987; SAP de Barcelona de 9 de julio de 1990, RJC, 1991.301; SAP de Barcelona de 23 de septiembre de 1992, RJC, 1993.581.

²² M. Velazco Mugarra: *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, p. 115.

¹⁵ J. Fernández Vilella: «Reflexiones sobre la reforma del régimen de la filiación».

¹⁶ Cfr. J. L. Lacruz Berdejo: «Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar», p. 727; A. Martín Gancedo: «Los problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales como forma notarial de encauzar jurídicamente la separación de hecho a la vista de la nueva reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», p. 78; F. Rivero Hernández: «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria», p. 135.

Dicha norma autoriza, la aprobación del acuerdo mediante Escritura Pública de divorcio, con el límite del interés del menor que será valorado por el notario, contrario a lo dispuesto en el referido artículo 89 del Código de Familia, que reserva esa función tuitiva al tribunal, pues establece que aun mediando acuerdo de los padres sobre la guarda y cuidado de sus hijos menores, «la cuestión se decidirá por tribunal competente, que se guiará para resolverla, por lo que resulte más beneficioso para los menores».²³

A partir de la Convención de los Derechos del Niño, se han dictado leyes nacionales de Estados partes, que desarrollan el principio del interés del menor, entre las cuales se destacan: la Ley Orgánica 1, de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor de España y la Ley 26.061 de 28 de septiembre de 2005, de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes de Argentina, mediante las cuales se precisa el valor de este principio como criterio rector de la materia, y en las que se establece, entre otras medidas, la audiencia del menor en cualquier proceso en que se ventilen sus derechos.

En la legislación argentina se destacan dentro de las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos que afecte a menores, además de los derechos contemplados por la Convención de los Derechos del Niño, entre otros; el derecho a ser oídos cada vez que así lo soliciten, a que su opinión sea primordialmente tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte, a ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia desde el principio del procedimiento y de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine, a participar activamente en todo el procedimiento y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.²⁴

El menor como sujeto de Derecho

Las nuevas consideraciones respecto al niño cuya minoría de edad le impide la plena capacidad de obrar, parten de la doctrina de su protección integral, que se fundamenta en considerarlo sujeto de Derecho y de estimar su interés superior convertido

en principio general de Derecho Internacional Privado para los menores no en circunstancias especiales sino para todos sin excepción.²⁵

En este sentido, los asuntos en los que se ventilan derechos que atañen directamente al menor, pasa por el requisito de la prueba. La naturaleza no dispositiva de las pretensiones que pueden ser objeto del proceso –en cuanto a las relaciones paterno-filiales sobre las cuales los progenitores no pueden disponer libremente– no vincula al tribunal; consecuentemente es necesario acreditar los hechos de que dependa la adopción de las medidas que afecten a los hijos menores sujetos a la patria potestad.

Es facultad exclusiva de los Tribunales acordar de oficio aquellas pruebas que estime necesarias para la comprobación de los hechos en interés del menor, además la novedad de tomar en consideración todos los hechos acreditados, con independencia del momento en que hayan sido introducidos en el proceso, con especiales reglas de apreciación, según se observa de las regulaciones de los nuevos sistemas de enjuiciamiento civil en los procesos especiales de Familia.²⁶

Las particularidades de la prueba en los procesos que versan sobre las relaciones paterno-filiales –referidas a la exploración de los menores y al dictamen de especialistas– no son propiamente medios de prueba, sino instrumentos al servicio del juzgador para darle elementos de juicio que le permitan decidir sobre cuestiones que afectan el interés de los hijos menores de edad; además, la audiencia es el medio por el que estos pueden ejercitar el derecho a ser oídos como sujetos de Derecho con capacidad progresiva para ejercerlo.²⁷

²⁵ Cfr. J. Flors Maties: «La aplicación práctica de los artículos 73 al 107 del Código Civil y de los arts. 769-778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», p. 3331.

²⁶ J. Flors Maties: «Separación, divorcio y...», *op. cit.*, p. 3335, señala que el derecho del menor a ser oído no consiste en que exprese su voluntad, sino de que manifieste:

«Su opinión, de manera que será preciso que posea una capacidad intelectual que permita formarse una opinión conforme a las reglas de la lógica y, además, que la misma pueda ser expresada libre y racionalmente. Si no es capaz de ello, no sería procedente la concesión de la audiencia (...) el objeto de la audiencia es conocer la opinión del menor sobre las cuestiones personales y familiares que le afectan directamente».

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26 de octubre del 2000, JUR 2001/26735; dispone la nulidad de actuaciones al considerar que para resolver el cambio de custodia era obligación del juzgador oír a los hijos mayores de doce años.

²³ Art. 27 de la Ley 26.061 de 28 de septiembre de 2005, de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes de Argentina.

²⁴ *Sobre el principio del interés superior del niño*, art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La audiencia del menor

La audiencia del menor es regla imperativa según el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ejemplo, en España, la falta de la audiencia de los mayores de doce años es determinante de la nulidad de las actuaciones, pues además de ser una exigencia sustantiva respecto de la guarda y custodia (artículo 92.2 CC) se establece con carácter general la obligatoriedad de oír a los menores en el ámbito procesal condicionada únicamente a que los mismos tengan suficiente juicio (artículo 777.5 LEC).²⁸ En cualquier caso, solo será procedente proseguir la audiencia del menor si se comprueba que tiene suficiente juicio.

«En los casos que por razón de la edad quede excluida *ab initio* la audiencia del niño (niño de seis meses o de cuatro años) será aconsejable que a partir de una edad razonable (ocho o diez años) deba ver el juez al niño para comprobar por sí mismo si tiene *suficiente juicio*».²⁹

Con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se originó una disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales en orden al carácter preceptivo de la audiencia del menor, la que se ha convertido *ex* artículo 9 de la citada ley en un:³⁰

«Derecho inherente al mismo, que le acompañará siempre, tanto en situaciones procesales que le impliquen directamente, como cuando se adopten decisiones que afecten a su esfera personal, familiar o social, o sea, siempre; de manera que jueces, representantes legales, instituciones (...) deben tener presente que la audiencia del menor se ha hecho práctica inevitable».

²⁸ Cfr. F. Rivero Hernández: *El derecho de visita*, *op. cit.*, p. 172.

²⁹ Cfr. C. del C. Castillo Martínez: *La privación de la patria potestad...*, *op. cit.*, pp. 39-40, cita 29: señala que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, consideró que la audiencia del menor en el procedimiento de privación de la patria potestad no es tan absoluta e imperativa como en los de incapacitación y que por el contrario valora la obligatoriedad de la medida, la SAP de Tarragona de 14 de febrero de 1992 y la SAP de Málaga de 21 de abril de 1992.

³⁰ M. García Pastor: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven...*, p. 126-133, realiza un exhaustivo estudio del dictamen de especialistas para la determinar la situación jurídica de los hijos menores de edad.

El dictamen de especialistas

Unido a la introducción de la audiencia del menor en nuestras normas de familia, será necesario incluir el dictamen de especialistas como previsión material, aun cuando el auxilio pericial está concebido en el ordenamiento procesal como medio de prueba. Su mención sustantiva surge de la necesidad de dejar delimitada su función en la búsqueda de la solución más adecuada para determinar la situación jurídica de los hijos menores en la crisis de la pareja de sus progenitores, pues el criterio jurídico no es suficiente para saber el estado psíquico y emocional del niño y, consecuentemente, lo que más lo beneficia.³¹

Esta modalidad de introducir en las normas familiares el apoyo de especialistas para asesorar al tribunal, de cara al conflicto familiar, presupone la participación de un equipo multidisciplinario que pueda realizar un análisis sicosocial de la situación, quedando sometida su apreciación a las reglas de valoración que, para estas pruebas, establece la ley de procedimiento.³²

Valor jurídico del principio del interés del menor

Definidos los supuestos y el alcance de la intervención judicial para la atribución de la guarda y cuidado, a saber: desacuerdo de los progenitores o acuerdos en beneficio de los hijos menores, cabe cuestionarse ¿qué es lo mejor para el menor?

En cualquier caso, para decidir el valor de los acuerdos sobre la guarda y cuidado de los hijos menores, sometidos a la patria potestad, es decisivo atender las necesidades psicológicas y afectivas de cada hijo,

³¹ Cfr. J. Flors Maties: *op. cit.*, p. 3346, considera que es procedente el informe psicosocial cuando se estima conveniente para evaluar «pautas de comportamiento, aspectos de la personalidad, aptitudes, o cuestiones concernientes a relaciones personales, tanto de los padres como de los hijos o de unos y otros entre sí», y tiene por objeto:

«El análisis y valoración de la capacidad y la aptitud de los progenitores para el desempeño de sus deberes relativos a los hijos, es decir, los concernientes a la guarda y custodia, patria potestad y régimen de comunicación como el examen y apreciación de las circunstancias personales de los hijos y la relación de los mismos con sus progenitores, con la finalidad de comprobar aquello que sea más adecuado y conveniente para su cuidado, estabilidad, formación y desarrollo».

³² F. Rivero Hernández: *El interés del menor*.

sus afinidades y su madurez, para lo que es de vital importancia oír al menor y apoyarse en los especialistas con vistas a adoptar la mejor decisión.

La inclusión del principio del interés del menor en los textos legales de los Estados suscribientes de la Convención de los Derechos del Niño, demuestra su valor jurídico. La trascendencia práctica de este principio responde a la naturaleza de normas de orden público, de *ius cogens*, con lo cual se justifica la interpretación de los límites en el ejercicio de las potestades y funciones de la patria potestad, que sólo se comprende, hoy, desde la óptica de dicho principio.³³

Para determinar el contenido material del principio, es premisa la individualización del interés del menor, enmarcado en el libre desarrollo de su personalidad. La voluntad del menor es la primera fuente delimitadora de esos intereses, actuando las demás personas y entidades sólo de forma subsidiaria cuando, por su falta de capacidad, no está en condiciones de decidir.

Esta concepción está ausente en la legislación cubana, particularmente en el divorcio notarial por mutuo acuerdo, trámite en el que se puede obtener la disolución matrimonial y la aprobación de los acuerdos sobre los menores, en el propio día en el que se acude al notario.

Es necesario preguntarse, ¿quién y cómo se puede conocer el interés del menor? Para dar respuesta a esta interrogante se requiere un profundo análisis, teniendo en cuenta que es un concepto indeterminado, convertido en principio universal de Derecho.

Las leyes dictadas para la protección integral de los menores en distintas latitudes establece formulas para garantizar y servir el interés del menor, entre las cuales se encuentra la audiencia de los menores, si tuvieren suficiente juicio y, preceptivamente, si alcanzan una determinada edad que oscila entre los siete y doce años, además del auxilio del dictamen de especialistas como instrumentos idóneos al servicio del juez para discernir las medidas convenientes a adoptar.

En aplicación de esas reglas no es posible hacer afirmaciones generales, ya que «el verdadero interés del menor solo puede ser delimitado en cada caso concreto en atención a sus circunstancias personales y familiares».³⁴

³³ C. del C. Castillo Martínez: «El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar», *op. cit.*, p. 36.

³⁴ Del anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia, el art. 136:

La intervención del fiscal

El fiscal es parte en los procesos concernientes al estado civil y capacidad de las personas, en los que alegue interés social y en los que la ley prevenga su intervención. En cualquier proceso civil o de familia, defiende a menores, incapacitados y ausentes con carácter subsidiario a la representación legal de estos (artículos 47 y 48 de la LPCALE).

El anteproyecto de ley de modificación del Código de Familia amplía la legitimación del fiscal para instar la suspensión de la patria potestad en casos que proceda y, además, para solicitar el régimen de comunicación de los menores con los progenitores o con sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad en determinadas situaciones, lo que significa reconocer al fiscal como parte legítima en estos procesos.³⁵

La intervención del fiscal en el divorcio notarial es discrecional, significa que interviene a criterio del notario para que emita dictamen sobre los acuerdos de los progenitores respecto a sus hijos menores y, en este aspecto, también es deficiente el Decreto Ley 154/94, Del Divorcio Notarial, pues desnaturaliza la competencia funcional del fiscal como velador de la legalidad, defensor y representante de los intereses de los menores que carecen de representación o en contradicción con ella.³⁶

En todo caso, la realidad jurídica actual es que el notario tiene función revisora sobre los acuerdos de los cónyuges en el divorcio, a los fines que estos no

«En los casos de padres o madres declarados ausentes, o incapaces, o suspendidos o privados de la patria potestad, o que hayan fallecido, el tribunal a petición del fiscal o de persona con interés legítimo, puede regular la comunicación del menor de edad con los abuelos, abuelas y otros parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad».

Por su parte, el art. 142 refiere que:

«El tribunal de oficio o a instancia del fiscal o de otra parte interesada, adopta las medidas provisionales que proceden durante la tramitación del proceso para la suspensión o privación de la patria potestad, de acuerdo a las circunstancias del caso, procurando en todo caso lo más beneficioso para el hijo o hija menor de edad».

³⁵ Arts. 4 y 5 del Decreto Ley 154/94 sobre el traslado discrecional del expediente de divorcio notarial al fiscal para su dictamen, y el art. 25 de la Ley 83/1997, de 11 de julio, de Organización y Funcionamiento de la Fiscalía General, sobre la competencia funcional del fiscal respecto a menores e incapaces.

³⁶ Art. 4 del Decreto Ley 154, de 19 de septiembre de 1994, p. 193.

afecten los intereses de los menores, y da traslado al fiscal si lo estima necesario, pues no es preceptiva su intervención.³⁷

En contraste con la limitación de la actuación del fiscal que impone el Divorcio Notarial, se destacan las regulaciones sobre el divorcio por mutuo acuerdo normadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, que establece preceptivamente la intervención del fiscal para que rinda informe sobre los acuerdos de los cónyuges, siempre que hubieren hijos menores o incapacitados, y la obligación de oír a los menores si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años en el plazo de cinco días.³⁸

Disfunción e ineficacia del Decreto Ley del Divorcio Notarial frente a la actividad jurisdiccional especializada de Familia

Atendiendo a lo expuesto, más que reconocer la vía notarial para deferir la patria potestad (titularidad y ejercicio) mediante el divorcio notarial, «que significa una solución contraria a la indisponibilidad de estos derechos» lo adecuado sería mantener en Tribunales especializados de Familia la competencia para revisar y aprobar las convenciones de la pareja de los progenitores, casados o no, respecto a la situación jurídica de los hijos menores.

La disposición final segunda del Decreto Ley 154/94 modifica, entre otros preceptos del Código de Familia, el apartado 2) del artículo 93, por cuanto deja legalmente establecido que se podrá atribuir la patria potestad por escritura notarial de divorcio, lo cual violenta el carácter irrenunciable de la patria potestad, previsto en la Constitución y en el Código de Familia.

Las discrepancias que surgen respecto a las convenciones adoptadas en la Escritura de divorcio, relativas a la patria potestad, guarda de los hijos, régimen de comunicación o pensiones, se sustancian por los trámites de los incidentes, según lo reconoce el Dictamen 374, adoptado por Acuerdo 44 de 29 de agosto

de 1996 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.³⁹ Mientras que el incumplimiento de dichas convenciones, por cualquiera de los cónyuges, puede dar lugar al trámite de ejecución de sentencia firme o la transacción judicial aprobada, en virtud del Dictamen 376, Acuerdo 46 de 29 de agosto de 1996 del citado órgano de justicia.⁴⁰

Como se aprecia, los efectos de la Escritura de divorcio se han homologado a los efectos de la sentencia firme de divorcio mediante sendos dictámenes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que disponen remitir al tribunal la modificación de los acuerdos sobre los hijos y su ejecución, o que demuestra la disfunción del Decreto Ley 154/1994 también en estos extremos.⁴¹

Otras severas críticas recibe el Decreto Ley del Divorcio Notarial, esta vez de la mano de los propios notarios, en lo relativo a la comparecencia instrumental, considerado uno de los primeros *gazapos* de la norma, que autoriza la concurrencia de uno solo de los cónyuges si aporta al notario la declaración jurada del no concurrente, lo que contraviene el artículo 63 del Código Civil y redundante en la ineficacia jurídica del acto.⁴²

Otra disfunción criticada consiste en la instrumentación notarial y la calificación del acto o actos documentados; técnica notarial que sacrifica dicha norma en aras de respetar el arancel notarial, y no gravar a los comparecientes, debido a lo cual se califica el instrumento en un solo acto: el divorcio, sin perjuicio del pago del impuesto por la transmisión de bienes contenido en la Escritura.⁴³

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Del Decreto Ley 154/94, el art. 12:

El incumplimiento por cualquiera de los excónyuges de algunos de los pronunciamientos contenidos en la escritura de divorcio, se resolverá en proceso de ejecución ante el tribunal municipal popular correspondiente. La resolución que recaiga en el asunto, solo podrá modificarse por los trámites de incidentes ante el tribunal competente.

⁴¹ L. B. Pérez Gallardo: «El divorcio por mutuo acuerdo», *op. cit.*

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Por su relevancia jurídica, se destaca el último párrafo del art. 90 del Código Civil español que establece: «Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobadas por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». Este art. se aplica mediante el procedimiento especial establecido en el art. 777 de la LEC.

³⁷ Art. 777.5 LEC: «Si hubiere hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a estos, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días».

³⁸ *Boletín del TSP*, La Habana, 1995-1996.

La atribución de competencia al notario para conocer y resolver el divorcio por mutuo acuerdo con hijos menores de edad, o sin ellos, debe ser reconsiderada en su momento frente al próximo establecimiento de la jurisdicción y procedimiento especial de Familia en Cuba.

La ineficacia del divorcio notarial se pone de manifiesto en la falta de competencia del notario para practicar diligencias de pruebas encaminadas a garantizar que los acuerdos no sean dañosos para los hijos, o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.⁴⁴

En este sentido, la legislación española es un magnífico referente, en tanto sus regulaciones para la aprobación de los acuerdos contenidos en el convenio regulador de la separación y el divorcio por mutuo acuerdo, establecen requisitos sustantivos y reglas procesales orientadas a garantizar el principio del interés del menor y el principio de igualdad de los cónyuges, mediante el control jurisdiccional.⁴⁵

Conclusiones

En 1975 se sustrajeron las normas de Familia del Código Civil con la promulgación del Código de Familia, pero sus normas no tuvieron correlato en el ámbito jurisdiccional, por lo que no existe experiencia en Cuba de una jurisdicción especializada de Familia que se corresponda con el Derecho material. Esta insuficiencia ha propiciado la promulgación del Decreto Ley del Divorcio Notarial, cuya disfunción e inconstitucionalidad se ha comentado antes.

La existencia de una jurisdicción especializada de Familia y un procedimiento especial adecuado a la naturaleza de las instituciones familiares y el principio del interés del menor, conforme se deduce del contenido la vigente Instrucción 187/2007, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, por la que se autoriza designar jueces especializados de familia en los Tribunales Municipales Populares y flexibilizar el procedimiento vigente, a tono con las exigencias del Derecho sustantivo de familia, convertirá en inoficioso el divorcio de mutuo acuerdo notarial.

⁴⁴ En el orden procesal se establece el procedimiento especial del divorcio por mutuo acuerdo, regulado en el art. 777 de la LEC de España. De especial interés el art. 777.2, que exige la propuesta de pruebas sobre hechos relevantes que no puedan acreditarse de forma documental.

⁴⁵ Tercer Por Cuanto del Código de Familia vigente.

El principio de igualdad de los hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de este, exige un mismo tratamiento legal para determinar sobre la situación jurídica de aquellos tras la crisis de la pareja de los progenitores, sean casados o no. El divorcio notarial presupone un tratamiento legal diferenciado a los menores habidos de uniones matrimoniales de los que no lo son y, además, constituye una vulneración del principio del interés del menor.

En países que cuentan con una jurisdicción especializada de Familia, se establece la competencia objetiva para administrar los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de persona, de familia, de menores e incapaces y aquellas otras sobre la que los interesados no puedan disponer libremente, a favor exclusivo de esta jurisdicción, mientras en materia de derechos reales, obligaciones, sucesiones y en materia mercantil y de derecho marítimo, se atribuye a Secretarios Judiciales en el ámbito territorial correspondiente, sin perjuicio de su administración por notarios y registradores.

El alto grado de independencia, imparcialidad y reconocimiento público de la función de los Tribunales, además de su carácter colegiado y la naturaleza de los asuntos en los que están comprometidos los intereses de la familia, de los menores o incapaces aconsejan reconocer la competencia exclusiva de los Tribunales Municipales Populares en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, sea en la jurisdicción contenciosa como en la jurisdicción voluntaria.

La especial garantía, que supone la intervención judicial por constar atribuido a los Tribunales un ejercicio de potestad amplia, es la adecuada en atención al carácter indisponible de los derechos o intereses legítimos tutelados por el Derecho de Familia, en los que están íntimamente entrelazados el interés social y el interés personal, y el carácter tutelar, constitutivo, preventivo, ejecutivo o complementador respecto a los menores, incapacitados, personas con discapacidad o desvalidos.

Soy consciente de la ética y profesionalidad de los notarios en Cuba, pero ello no justifica la atribución de competencia que establece el disfuncional Decreto Ley 154/94 para el divorcio notarial, regulación esta que se pretende justificar con un lamentable relativismo social post moderno, basado en el superficial argumento de la conveniencia de desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo, a causa de la celeridad y simplificación del trámite para disolver el vínculo matrimonial, consideraciones que infringen los objetivos del Derecho sustantivo de Fami-

lia, los caracteres de la patria potestad, el principio constitucional de igualdad de los hijos y el principio internacional del interés del menor.

Sin duda, el divorcio notarial por mutuo acuerdo con hijos, o sin ellos, no ha sido un acierto del legislador porque bajo el débil argumento comentado, se infringe el marco constitucional del Derecho de Familia, los fundamentos de la política legislativa de sus instituciones y la adhesión sin reservas del Estado cubano a la Convención de los Derechos del Niño.

Ante esta certeza, sobran las razones que justifican la conveniencia de adoptar nuevas regulaciones que atribuyan la competencia del divorcio por mutuo acuerdo a los Tribunales especializados de Familia en correspondencia con la proyección contenida en la Instrucción 187/2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Bibliografía

- Castillo Martínez, C. del C.: «El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar», *Sepin*, no. 25, septiembre, [s.f.], p. 36.
- : *La privación de la patria potestad. (Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, 2000.
- Clavería Gosálbez, L. H.: «Comentario a la STS de 25 de junio de 1987: Validez del contrato destinado a regular los efectos de la disolución del matrimonio», *CCJC*, no. 368, 1987, p. 4709.
- Fuente López, J. de la: «Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica», *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, no. 38, julio-septiembre, 1989, p. 94.
- Díez-Picazo, L.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de sucesiones*, vol. IV, 7.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- : «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Fascículo I, enero-marzo, [s.f.], p. 7.
- Echarte Feliú, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- Fernández de Buján, A. (s. f.): «El problema de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», *El notario del S. XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, [s.f.], p. 29.
- Fernández Vilella, J.: «Reflexiones sobre la reforma del régimen de la filiación», *La Ley* 1988-1992, 1994, p. 1103.
- Sentencia del Tribunal Supremo*, de 21 de julio de 1993, AC 1994-1, no. 4.
- Flors Maties, J.: «La aplicación práctica de los artículos 73 al 107 del Código Civil y de los artículos 769 a 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, [Montero Aroca, coord.], t. IV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 3331.
- García Pastor, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Universidad de Granada, Ed. Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997.
- Gómez Treto, R.: «¿Hacia un nuevo Código de Familia?», *Revista Cubana de Derecho*, año XVII, no. 34, julio-septiembre, 1988, p. 63.
- Guerra López, J.: *Lecciones sobre Derecho de Familia*, Facultad de Derecho, Dpto. de Publicaciones de la Universidad de La Habana, Ciudad de La Habana, 1954.
- Hernández Ibáñez, C.: *La separación de hecho matrimonial*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 27.
- Hernández Pérez, C.: «El divorcio», *Boletín ONBC*, La Habana, no. 7, mayo-agosto, 2001, p. 32.
- Hurtado Pérez, A. L., M. E. Cobas Cobiella y N. Ojeda Rodríguez: «La jurisdicción voluntaria», *Revista Jurídica*, MINJUS, año IV, no. 19, abril-junio, 1988, p. 246.
- Lacruz Berdejo, J. L.: «Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar», *Revista Jurídica española, La Ley*, Madrid, 1982, p. 727.
- Lazcano Y Mazón, A. M.: *Comentarios a la Ley del divorcio vincular*, Ed. Selecta, La Habana, [s.f.].
- Le Riverend Brusone, E.: *Lecciones sobre Derecho de Familia*, Facultad de Derecho, Dpto. Publicaciones de la Universidad de La Habana, La Habana, 1954.
- López Pérez, J.: *La patria potestad: voluntad del titular*, Ed. Universidad de Valladolid, España, 1982.
- Martín Gancedo, A.: «Los problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales como forma notarial de encauzar jurídicamente la separación de hecho a la vista de la nueva reforma del código civil de 13 de mayo de 1981», *La reforma del Derecho de familia*, [s.n.], 1982.
- Mesa Castillo, O.: «El divorcio: otro ángulo de análisis», *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, año XVIII, no. 38, julio-septiembre, 1989, pp. 123-126.
- Pérez Gallardo, L. B.: «El divorcio por mutuo acuerdo: mitos y tabúes» [inédito] Ponencia, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Ciudad de La Habana, 2008.
- Rivero Hernández, F.: «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria», *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1984.

Rivero Hernández, F.: *El derecho de visita*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

----: *El interés del menor*, Madrid, 2000.

Seisdedos Muiño, A.: *La patria potestad dual*, Ed. Universidad del País Vasco, Ed. Erandio, 1988.

Valpuesta Fernández, M. del R.: *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982.

Velazco Mugarra, M.: *La guarda y cuidado de los hijos menores sujetos a la patria potestad*, Ediciones ONBC, Ciudad de La Habana, 2009.

Legislación

«Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, modificada el 12 de julio de 1992», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 3, de 31 de enero de 2003.

Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Ed. MINJUS, Ciudad de La Habana, 1999.

«Código Civil de la República de Cuba, Ley 59 de 16 de julio de 1987, vigente desde el 13 de abril de 1988», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 9, de 15 de octubre de 1987.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Ley 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, LPCAL, Ley 7 de 19 de agosto de 1977 Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1989.

Ley 1/1996 de España sobre Protección Jurídica del Menor.

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España.

Exposición de motivos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de España.

Ley 26.061 de 28 de septiembre de 2005, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de Argentina.

«Decreto Ley 154, de 6 de septiembre de 1994», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 13, 19 de septiembre de 1994.

Instrucción 187/2007, de 20 de diciembre, del Consejo de Gobierno del TSP.

Ley 23.849, Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre de 1990, <www.unicef.org>.

Jurisprudencia

Sentencia 339 de 1 de junio de 1951, dictada por la extinguida Audiencia de La Habana.

Dictamen 374, adoptado por Acuerdo 44 de 29 de agosto de 1996 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Dictamen 376, Acuerdo 46 de 29 de agosto de 1996, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Boletín del TSP, 1995-1996.

Sentencias de España

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1985.
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987, CCJC 1987.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987, CCJC, 1987.

Sentencia de AP de Barcelona de 9 de julio de 1990, RJC, 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 30 de abril de 1991.

Sentencia de AP de Tarragona de 14 de febrero de 1992.

Sentencia de AP de Málaga de 21 de abril de 1992.

Sentencia de AP de Barcelona de 23 de septiembre de 1992, RJC, 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993, CCJC, 1993.

Sentencia de AP de Pontevedra de 26 de octubre del 2000, JUR 2001/26735.

Formas de solucionar conflictos en materia de nombres de dominio: Un acercamiento a la realidad cubana

M.Sc. IDANIA FALCÓN GOICOLEA*

Una introducción necesaria

«Nociones de tanta trascendencia para el Derecho como lo son la competencia y la jurisdicción se ven afectadas con el nacimiento del ciberespacio».¹ «Un elemento que sin lugar a dudas serviría de mucho para lograr la seguridad jurídica necesaria en el Comercio electrónico sería el Nombre de Dominio o, por ser más específico, una adecuada regulación del sistema de Nombres de Dominio».² De modo que sin ser los mismos, las marcas y los nombres de dominio pueden circular por idénticos caminos y registrarse como marca un nombre de dominio, o cual nombre de dominio una marca, de reunir en cada caso los requisitos exigidos, surgiendo diferentes conflictos. Las pautas trazadas en esta materia se encuentran consolidadas por la coordinación que en esta esfera desarrolla la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).³

Tanto las marcas, como los nombres de dominio, deben reunir toda una serie de requisitos para ser inscritos ante el Registro correspondiente. En Cuba la inscripción se practica ante el Registro de la Propiedad Industrial, a cargo de la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (OCPI), en lo que a marcas se refiere y ante el Registro de Nombres de Dominio a cargo del Centro Cubano de Información de Red (CUBANIC), desprendiendo del estudio de sus normas que no se ha establecido el procedimiento para la solución de controversias.

Ante la incompleta regulación jurídica, relativa a la forma de solucionar los conflictos devenidos de las infracciones en nombres de dominio, y no disponer de vías alternativas que permitan resolver los conflictos derivados de estas infracciones en Cuba, se requiere de un perfeccionamiento legislativo, formativo y curricular que permita habilitar y formar mediadores y árbitros, con el propósito de establecer –legal e institucionalmente– las vías alternativas como la mediación y el arbitraje en cuanto mecanismos reales y efectivos de dirimir las discordias que surjan en infracciones de nombres de dominio, planteándonos como *problema de investigación*: Necesidad de aplicar vías alternativas de solución de conflictos en litigios por infracciones de nombres de dominio.

Nos trazamos como *objetivo general*: Demostrar la insuficiencia de la legislación nacional en cuanto al empleo de la mediación y el arbitraje en cuanto vías alternativas de solución de conflictos en infracciones de nombres de dominio, y la necesidad de formar y habilitar mediadores y árbitros para tal fin; apoyándonos en *objetivos específicos* como:

- Analizar la utilización de las vías alternativas de solución de conflictos y, en especial, la mediación y el arbitraje.
- Estudiar los nombres de dominio, su regulación jurídica, así como el uso de la mediación y el arbitraje como vías alternativas de solución de conflictos en infracciones en nombres de dominio, valorando la situación actual de los mismos en Cuba y las insuficiencias en la utilización de la mediación y el arbitraje cual métodos alternativos para la solución de los conflictos en la materia.
- Analizar la necesidad imperante de implementación legal, formativa y curricular para la institucionalización y habilitación de los mediadores y árbitros en Cuba, proponiendo los elementos esenciales para un posible mecanismo de aplicación de la mediación y el arbitraje como opciones alternativas en la solución de los conflictos que surjan en las infracciones de nombres de dominio.

En relación con el problema, nos formulamos la siguiente *hipótesis*: Si se logra un perfeccionamiento legislativo, formativo y curricular, que permita habilitar mediadores y árbitros para resolver los conflictos en infracciones de nombres de dominio, se obtendría una aplicación efectiva de las vías alternativas de solución de conflictos en infracciones de ese carácter en Cuba.

* Especialista del Departamento Técnico de la Vicepresidencia de la JDN. Este trabajo forma parte de la tesis presentada en opción a la homologación de la Maestría en Derecho Mercantil y Financiero de la Universidad de Barcelona.

¹ Y. Amoroso Fernández (cit. por E. Bencomo: «Los nombres de dominio: las nuevas marcas comerciales ¿quién lo asegura?», p 44.

² *Idem*, p. 43.

³ OMPI, también conocida como WIPO.

Utilizamos los métodos de Investigación histórico-lógico, teórico-jurídico, análisis bibliográfico, el exegético-analítico y la entrevista a expertos, a saber: Especialistas en Sistemas de Computación de LEX, S A., de CITMATEL y de ETECSA, así como abogados de las mismas; Profesores y Especialistas en la materia de solución de conflictos de la Universidad de La Habana.

Aproximación teórica sobre las vías de solución de conflictos

El conflicto es un elemento inevitable en la vida cotidiana y en él desempeña un papel importante la comunicación, de manera que no todos los individuos reaccionan de igual forma ante él. Se conocen cinco estilos para manejarlo,⁴ pero no todas las personas tienen la capacidad o la sapiencia para utilizarlos. Respecto a ello Castanedo Abay refiere que resulta importante verlo como una oportunidad de crecer en las relaciones, lográndose fortaleza, seguridad, siempre y cuando se tenga una mente amplia y abierta a su solución.⁵

Son dos los procesos para solucionar los conflictos o disputas: el proceso adversarial o adjudicatorio, donde se incluyen la vía judicial y el arbitraje y el proceso no adversarial o procedimientos alternativos de resolución de disputas (ADR), en él se incluyen la conciliación, la negociación y la mediación (para algunos el arbitraje por ser más secreto y rápido que el procedimiento judicial). A su vez, la doctrina se pronuncia por clasificar los métodos alternativos en *autocompositivos* y en *heterocompositivos*, en los primeros se incluyen la conciliación, la negociación y la mediación. Mientras que en los segundos, se incluyen la vía judicial y la arbitral. También se conocen los procesos *mixtos*, donde se combinan, por ejemplo, la negociación-mediación, la negociación-arbitraje o la mediación-arbitraje.

La mediación no es un concepto nuevo, es una de las formas más comunes y antiguas de solución de conflictos. Dracón, Solón, Pisístrato y Clístenes⁶ procuran mediar en los conflictos sociales que ex-

plotaron en su época.⁷ Ha sido definida por algunos autores como un proceso de negociación facilitada, o asistida, en que el mediador controla el proceso y las partes determinan el resultado, desarrollando diferentes métodos de mediación.⁸ La que ofrece sus ventajas en relación con la vía judicial, transitando por diferentes fases o etapas para lograr solucionar el conflicto, sin que sea esto un traje a la medida, sino que cada situación es *sui generis* y solo partiendo siempre de la voluntariedad, las partes y el mediador navegan por todas, estas son: la fase de *remisión*; la fase de *admisión*; la fase de *apertura*; en la que pueden transcurrir tres tipos de impases (*Impasse* simple,⁹ *Termoimpasse*,¹⁰ *Impasse* de tercero¹¹) y en la que se debe lograr un equilibrio de poder entre las partes (físico, psíquico, ambiental y conversacional); la fase de *confluencia* y la fase de *clausura o acuerdo*. Con el proceso de mediación se restituye el presente comunicacional, se llega a un convenio por las partes, que redacta por el mediador, según reglas básicas.¹² Además, los mediadores deben emplear técnicas como la escucha activa, la programación neurolingüística¹³ y el parafraseo.

Como se conoce, la OMPI promueve la protección de la Propiedad Intelectual a través de tratados multilaterales, en ellos se contempla tanto los derechos autorales artísticos, así como la Propiedad Industrial, marcas registradas, nombres de dominio, u otras. La OMPI cuenta con un Centro de Arbitraje y Mediación, donde se aplica la Mediación a controversias relacionadas con la propiedad intelectual y

⁴ El estilo colaborativo o cooperativo; el acomodativo o complaciente; el competitivo; el de avenencia o convenir/negociar y el estilo evasivo. Ver en tesis de la autora.

⁵ Entrevista realizada como experto al Dr. Armando Castanedo Abay, en la Universidad de la Habana el 13 de octubre de 2006.

⁶ Estos son los más conocidos legisladores atenienses de la época.

⁷ J. A. Espinosa Perestelo y B. L. de Armas Gómez: «La mediación. Un nuevo reto para la abogacía en Cuba», p. 2.

⁸ Entre ellos: la negociación asistida, aplicado en Harvard, EE.UU.; el método circular narrativo de Sara Cott; el método transformativo, y el modelo caribeño de mediación del Dr. Armando Castanedo Abay, cuyas referencias puede consultar en la tesis de la autora.

⁹ Como negociación pero estancada, cuya continuidad es impulsada por técnicas que usa el mediador.

¹⁰ Acaloramiento: las partes se profieren amenazas, hasta un punto permisible. La sapiencia del mediador controla o ayuda al desenvolvimiento del proceso, debiendo frenar esa situación en el momento oportuno.

¹¹ Se busca a un tercero, especialista, para que dé una idea factible para aclarar el conflicto, similar a un perito.

¹² Puede consultar las notas de conferencia de Castanedo Abay y Picard Cheryl: *Op. cit.*

¹³ Sobre la Programación neurolingüística, puede consultar a M. Sánchez: «La mediación y la programación neurolingüística como alternativas para la resolución de conflictos en las escuelas básicas de la I y II etapa», p. 17.

más específicamente las relacionadas también con la propiedad industrial, utilizando dos tipos de mediación, la *facilitativa* y la *evaluativa*.¹⁴

En la edad media encontramos antecedentes del uso del arbitraje cuando se estudian los consulados. «Es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes (...) las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales».¹⁵ Este tiene características específicas, siendo consensual, y muestra de ello es el *acuerdo de sometimiento* entre las partes y la selección de árbitros. Si surgen controversias futuras pueden incluir en su acuerdo una *cláusula de arbitraje*. Además, es un procedimiento confidencial, brindando seguridad a las partes, pues les interesa casi siempre mantener su imagen corporativa en el tráfico comercial. El laudo, que es la decisión final del proceso es definitivo y fácil de ejecutar. Tiene como característica importante la flexibilidad, pues ofrece diferentes modalidades.

No podemos olvidar que en la aplicación de la vía arbitral para solución de controversias también se utiliza la modalidad *on line*, como en el prestigioso Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI donde, además, se ofrece el arbitraje acelerado. Esta modalidad ha sido utilizada por nuestro país, sin obviar la existencia de la Corte Internacional de Arbitraje de París (CCI). Estos mecanismos se encuentran a tono con el adelanto tecnológico alcanzado y con los medios alternativos de solución de disputas, en los que se preservan las características fundamentales de los métodos *cara a cara*, excepto la presencia humana directa. Al respecto, Castanedo Abay considera que la utilización de la mediación *on line* tiene sus reservas, toda vez que «no le tiene confianza aún, quizás mañana».¹⁶

Nos parece que la mediación *on line*, aun y cuando al decir de esos autores ofrece beneficios,¹⁷ ella trae aparejada una gran desventaja, que es la pérdida de

la comunicación entre los seres humanos, en el sentido de la percepción personal, coincidiendo con el criterio del profesor Castanedo, quien entiende que «la mediación va por una tangente peligrosa y que el desarrollo es no tener mañana los problemas que tenemos hoy».¹⁸ No siendo así en el caso del arbitraje donde la práctica ha demostrado su eficiencia.

Si se logra por ejemplo que «científicos británicos y estadounidenses desarrollan un aparato *emocionalmente consciente*, que permitirá leer los pensamientos individuales analizando una combinación de los movimientos faciales que representan los sentimientos subyacentes».¹⁹ Pensamos que este aparato revolucionaría la aplicación de la mediación *on line*, pudiendo aplicar el mediador técnicas más avanzadas de Programación Neurolingüística, de lo contrario se desvirtúa la mediación, al perder la relación interpersonal, la percepción de sentimientos. El desarrollo tecnológico no debe perder de vista el peligro de deshumanización que viene aparejado al mismo.

En Cuba, la Constitución de la República, en su artículo 12 (inciso b) establece entre otros aspectos que el Estado cubano «funda sus relaciones internacionales en (...) el arreglo pacífico de controversias en pie de igualdad y respeto y los demás principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en otros tratados internacionales de los cuales Cuba sea parte». No obstante, en nuestro país no se disponía de legislación sobre mediación como vía alternativa en la solución de conflictos, aun y cuando no se encuentra prohibida, solo se mencionaba como procedimiento en la Resolución 119/2002 del CUBANIC, la que actualmente se encuentra en proceso de modificación. Sin embargo, en virtud de la Disposición Especial Única del Decreto Ley 250 de 30 de julio de 2007,²⁰ se institucionaliza la utilización de la mediación en suelo patrio, cual método alternativo de solución de controversias.

En innumerables ocasiones, los profesionales del Derecho se ven inmersos, en procesos de mediación, en las entrevistas diarias a nuestros clientes, o los acuerdos extrajudiciales o judiciales por la voluntad de las partes y la intervención del abogado durante

¹⁴ Ver folleto del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, *op. cit.*, pp. 9- 10.

¹⁵ *Solución de controversias en el siglo XXI*, Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, p. 12.

¹⁶ *Idem.*, p. 5.

¹⁷ N. Ferminia: «Los métodos alternativos en el espacio cibernético», <http://www.inter-mediacion.com> (Consulta: 19 de enero de 2006).

¹⁸ *Idem.*, p. 17.

¹⁹ «Eureka», p. 29.

²⁰ Decreto Ley 250 de 30 de julio de 2007, por el cual se deroga la Ley 1303 de 26 de mayo de 1976, De la Corte Cubana de Arbitraje de Comercio Exterior.

la sustanciación del asunto o proceso de que se trate; además de la implementación del Proyecto Experimental en la Universidad de la Habana, también es utilizada por los abogados del BES,²¹ la Consultoría Jurídica Internacional, así como por CONABI.²² En nuestro país, el Centro de Estudios “Félix Varela” auspicia la impartición de cursos y técnicas de mediación, entre otras vías. Durante el 2007 se ha hecho realidad la necesidad imperiosa de institucionalizar la mediación en suelo patrio y, ya se dan pasos para ello en la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, (que en lo adelante llamaremos Corte), en virtud del Decreto Ley 250/07, así como también la realización de un curso de formación especializada de abogados en técnicas de mediación, lo que conocimos en la entrevista practicada a expertos en la materia.

Entre los antecedentes legislativos en Cuba sobre el arbitraje, se encuentran el Decreto 89/81; el Decreto Ley 187/98; el Decreto Ley 129/91; el Decreto Ley 223/01; la Resolución 2253/05, sin que olvidemos que el Código Civil cubano, en su Disposición Final Primera preceptúa el carácter de la legislación económica sin perjuicio de la supletoriedad de dicho código. Asimismo, vale mencionar la Ley 77/95, Ley de la Inversión Extranjera y el Decreto Ley 241, el que dispone la jurisdicción y competencia de las Salas de lo Económico de los Tribunales Provinciales Populares y del Tribunal Supremo Popular, siendo competentes los primeros para conocer las demandas que se promuevan en virtud de contratos internacionales cuando una de las partes sea cubana, o siendo extranjera, tenga una representación o bienes o intereses en nuestro país, y otras situaciones que al respecto prevé.²³

En cuanto al arbitraje internacional, la legislación vigente es el mencionado Decreto Ley 250 de 30 de julio de 2007, De la Corte Cubana de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, cuyas Reglas de Procedimiento han sido dictadas por el Presidente de la Cámara de Comercio.²⁴

²¹ BES, Bufete Especializado, perteneciente a la ONBC (Organización Nacional de Bufetes Colectivos).

²² CONABI, Sociedad Civil denominada Consultores y Abogados Internacionales, la que dentro de su objeto social tiene previsto actuar como mediadores y ejercer la representación extrajudicial.

²³ Decreto Ley 241 de 26 de septiembre de 2006 (arts. 739-750, de la jurisdicción y competencia).

²⁴ Disposición Especial Segunda del Decreto Ley 250 de 30 de junio de 2007.

En virtud de la Resolución 12/07, en el que se amplía el marco de selección de los árbitros de entre profesionales de reconocido prestigio y experiencia en las ciencias jurídicas, en la esfera de las relaciones comerciales internacionales y demás especialidades necesarias para la solución de los litigios, aspecto este novedoso toda vez que la Ley 1303/76 se limitaba a expresar las personalidades de suficiente experiencia y pericia en las distintas especialidades necesarias para la solución de los litigios. En nuestra Corte puede realizarse un procedimiento conciliatorio, siempre y cuando sea solicitado por las partes interesadas; aquel se realiza ante el Secretario de la Corte y tendrá la misma eficacia y fuerza ejecutiva, y si lo solicitan las partes, también se ofrecen servicios de mediación, como método alternativo de solución de controversias.²⁵

Aproximaciones teóricas y jurídicas de los nombres de dominio

Es tanta la información y las oportunidades que brinda la Red que cuando navegamos por ella, en todo momento debemos ir indicando las direcciones a las que debemos o queremos acceder, llamadas direcciones IP.²⁶ Para ello se utilizan los servidores DNS,²⁷ apareciendo los nombres de dominio. Así, «cada máquina que está conectada a internet tiene asignada una única dirección que la identifica, conocida como número IP». El mecanismo que implanta una jerarquía de nombres de máquina para las redes TCP/IP se conoce como DNS²⁸ y su nueva versión DNS Server.

«El dominio consiste en una unidad de equipos (...) que comparten un único modelo de seguridad y cuentas de usuarios, permite definir una cuenta de

²⁵ Puede consultar, además, los Estatutos de la Corte en la Resolución 11/07 del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba.

²⁶ La dirección IP es el identificador de cada *host* dentro de su red de redes y estando conectado a ella tiene una dirección IP asignada, que debe ser distinta a todas las demás que estén vigentes en ese momento en el conjunto de redes visibles por el *host*. Si se habla de internet, no puede haber dos ordenadores con dos direcciones IP iguales; ahora bien, sí se puede tener dos ordenadores con la misma dirección IP siempre y cuando pertenezcan a redes independientes entre sí, o sea, sin ningún camino posible que las comunique.

²⁷ Sistema de Nombres o Nomenclatura de Nombres de Dominio o DNS. Puede consultar: E. Comer Douglas: «Redes Globales de Información con internet y TCP/IP: Principios Básicos, protocolos y arquitectura», p. 573.

²⁸ *Idem.*, p. 389.

acceso para cada usuario (...) de tal manera que el usuario solamente deberá iniciar la sesión en el dominio (...) y el administrador tan solo deberá definir al usuario en la totalidad del dominio (...).²⁹ Así, «un dominio es un conjunto de ordenadores que se definen como integrantes del dominio por medio del administrador de la red y que comparten la misma base de datos de directorio, residente en el controlador principal del dominio».³⁰ «En dominios iguales, el nombre de usuario debe ser único en el dominio, pero si estos son diferentes, pueden concurrir nombres de usuarios iguales a los de otro dominio, toda vez que el nombre de este último siempre precede al usuario, así pueden identificarse y no traer confusión. Los nombres de dominio se estructuran de forma jerárquica».³¹

²⁹ M. Beato Víbora y F. R. Jorge: *Manual Avanzado de Windows NT Server 4.0*, p. 90.

³⁰ *Idem.*, p. 154.

³¹ En la parte superior se encuentran los Dominios de Nivel Superior (TLDs), o Dominios de Primer Nivel, grupo de letras que se ubican desde el final del nombre de dominio hasta el primer punto. Se aglutina en función de su ubicación geográfica o de la actividad empresarial, y se divide en tres categorías: 1. *Dominios de nivel superior genéricos* (gTLDs), por ejemplo: <.com> (para entidades comerciales), <.net> (para entidades educativas), <.org> (para las organizaciones), siendo los tres abiertos: no tienen restricciones respecto a las entidades o personas que pueden registrar sus nombres. 2. *Dominios de nivel superior especiales* (sTLDs), por ejemplo: <.int> (para organizaciones internacionales), <.gov> (organismos del Gobierno Federal de EUA), <.edu> (para universidades e instituciones de nivel superior), <.mil> (para las Fuerzas Armadas de los EUA), siendo los 4 restringidos, pues solo pueden registrar ciertas entidades que satisfagan los criterios exigidos. 3. *Dominios de nivel superior internacionales o territoriales* (ccTLDs), conforme al código de dígitos de identificación del país derivado de la Norma ISO 3166, de la Organización Internacional de Normalización, según el código del territorio; por ejemplo: <.es>, <.ar>, <.ve>, etc., para identificar a España, Argentina, Venezuela. Dominios de segundo nivel (subdominio): conjunto de letras o números que identifican a la empresa, servicio, marca, denominación social, nombre, etc. Por ejemplo: el nombre social de la empresa MICROSOFT. Se puede escoger según las necesidades del registrante y en función de las diferentes políticas de asignación, de manera que el registro del dominio sería, por ejemplo: www.microsoft.com. Dominios de tercer nivel: (subdominio), unos son abiertos y otros cerrados, a tenor de las restricciones que puedan tener para su registro, las exigencias de ciertas formalidades como el domicilio dentro del territorio. Pueden concurrir más niveles, en dependencia de los diferentes subdominios y las políticas de asignación y

Para toda organización en el mundo, es esencial disponer de uno, porque ayuda a su imagen corporativa, le da exclusividad, confiabilidad, y seguridad, así como independiza sus direcciones de correo o sitio *Web* de quienes le proveen la conectividad. La titularidad de un nombre de dominio de una empresa, utilizada como denominación social de esta o asociado a la marca que la identifica, constituye una vía de acceso a la empresa misma, la que permanece en contacto permanente y seguro con sus clientes fijos y acceder a otros nuevos.

«Un nombre de dominio es un identificador usado para designar a una computadora o a un conjunto de ellas en la red». Según el argentino Efrén Santos Pascual, un nombre de dominio es «la dirección o ubicación *on line* mediante la cual cualquier persona de la Red puede acceder a su empresa insertando un determinado conjunto de letras y números (...) que le permite acceder o llegar a nuevos usuarios, ubicados en diferentes puntos».³² Este criterio nos sugiere que perfectamente los nombres de dominio pueden estar comprendidos dentro de la esfera de la propiedad intelectual, más específicamente dentro de la esfera de la Propiedad Industrial. En ese orden, el prestigioso abogado español Javier A. Maestre Rodríguez define el nombre de dominio como «el principal elemento identificador de las distintas iniciativas que surgen en internet».³³

Si lo anterior lo vemos desde la perspectiva de la distinción de las iniciativas humanas, a la hora de identificar un nombre de dominio, equiparada a la creación intelectual del solicitante podemos plantear que en principio son un signo. Cuando Maestre Rodríguez,³⁴ esboza sus criterios acerca de la problemática jurídica en tor-

registro, casi siempre dentro del territorio o empresa, o de un sector empresarial. Respecto a los dominios de primer nivel genéricos y a los territoriales o internacionales, también de primer nivel, (gTLDs y ccTLDs) debemos aclarar que si bien los dominios de tipo gTLDs permiten al titular ofrecer sus productos con una presentación o apariencia mundial, los territoriales o ccTLDs, ofrecen una apariencia regional o territorial, pero en la práctica proporcionan la misma conectividad, solo que producen efectos en la mente del consumidor, pues indican en el caso de los ccTLDs que se trata de un sitio que opera en el territorio indicado.

³² S. E. Pascual: «Los nombres de dominio como valor añadido a la empresa».

³³ J. A. Maestre Rodríguez: «El nombre de dominio y la insuficiencia de las doctrinas actuales en materia distintiva».

³⁴ J. A. Maestre Rodríguez: «Planteamiento de la problemática jurídica de los nombres de dominio».

no a los nombres de dominio, expresa que dentro de la Rama del Derecho Público pudiera considerarse una clasificación en función del derecho que es afectado, toda vez que pudiera violar el Derecho de Marcas o comportar en sí un acto de competencia desleal o suponer la violación de derechos relacionados con la Propiedad Intelectual. Desde otro punto de vista, también puede producirse enfrentamiento porque dos o más personas o partes pretendan usar el mismo nombre de dominio, con el mismo dominio como principal.

En el Derecho Internacional, encontramos el Convenio de París de 1883,³⁵ para la protección de la Propiedad Industrial, del que Cuba³⁶ es parte. También los Acuerdos de Propiedad Industrial relacionados con el Comercio (ADPIC),³⁷ en ambos se estipulan las obligaciones de los estados miembros para la protección de las marcas y en primero encontramos la obligación de proporcionar protección contra la competencia desleal (artículo 16 *bis*).

«El nombre de dominio constituye hoy día (...) un nuevo signo distintivo para un nuevo ámbito de desarrollo el ser humano, todavía en fase embrionaria (...) nos hace ver cómo todavía no se ha elaborado, desde la perspectiva estrictamente jurídica, una doctrina que aglutine los diferentes elementos de identificación con trascendencia jurídica (...) y dé adecuada respuesta a las incertidumbres planteadas en los albores de la nueva sociedad en red que se avecina».³⁸

Tal es así que los dominios hoy día han adquirido mayor importancia desde el punto de vista comercial, pues hay quienes los consideran como indicadores comerciales y la OMPI ha valorado la posibilidad de presencia de conflictos en función del sistema de indicadores comerciales que había antes de la llegada de internet, protegido por los derechos de propiedad intelectual e industrial, habiendo trascendido los nombres de dominio el ámbito puramente técnico para adentrarse en la función indicadora e identificativa de las actividades e iniciativas de los seres humanos. Por esa razón podemos afirmar que los nombres de dominio son un signo distintivo *sui generis*.

³⁵ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, revisado y enmendado en 1967 y 1979.

³⁶ En Cuba, el Acta de Estocolmo se encuentra en vigor a partir del 8 de abril de 1975.

³⁷ Acuerdos de Propiedad Industrial relacionados con el Comercio, de 15 de abril de 1994, en vigor para Cuba desde el 1 de enero de 1995 (art. 16).

³⁸ *Idem.*, p. 34.

En lo que respecta a las políticas de asignación y registro de los nombres de dominio, la ICANN³⁹ es la que se ocupa de elaborar la política para la acreditación de registradores, que serían autorizados a recibir y procesar solicitudes para la inscripción de nombres de dominio en los dominios <.com>, <.net>, y <.org> y desde 1998, el administrador del registro para esos dominios era la compañía norteamericana Networks Solutions Inc. (NSI), siendo el único registrador y administrador del registro para dichos dominios.⁴⁰

En virtud de esa política, se rigen los dominios de primer nivel genéricos y se encauzan por el principio general *Prior in iure, prior in tempore*. Sin embargo, los dominios de primer nivel geográficos se subordinan para su registro a la política de asignación que la entidad local encargada del registro correspondiente determine,⁴¹ aunque generalmente aplican el mismo principio, pero con la especificidad y las exigencias propias de cada una. Ahora bien, resulta requisito indispensable para registrar un dominio dar datos ciertos sobre el registrante, pudiéndose obtener toda esta información al consultar el programa *whois*.⁴² Lo habitual es que se encargue de ello, el proveedor de acceso a internet, aunque siempre cabe la posibilidad de rellenar una serie de formularios necesarios para el registro, y se sigue toda una serie de pasos.⁴³ En Cuba, como hemos aludido, la entidad encargada de realizar el registro de los nombres de dominio bajo el “.cu” es el CUBANIC,⁴⁴

³⁹ ICANN, Corporación de Asignación de Nombres y Números de internet.

⁴⁰ Esta compañía estadounidense fue adquirida con posterioridad por la compañía Verising, la que actualmente registra esos dominios. Corroborado por el MsC. Carlos Ferro Suárez, Esp. Informática y Sistemas de Computación y Contacto Técnico del CUBANIC, CITMATEL, entrevistado como experto.

⁴¹ Un ejemplo de ello puede consultarse en E. Pascual Santos: *Los nombres de dominio...*, op. cit., pp. 4-5.

⁴² En este servidor, conocido como Base de Datos *WHOIS* podemos encontrar todos los datos relativos a los registros de nombres de dominios de primer nivel y sus propietarios. Su consulta es gratuita para todos aquellos usuarios de internet.

⁴³ El procedimiento utilizado para el registro con sus pasos puede consultarse en <www.nic.es> (Consulta: 21 de marzo de 2006).

⁴⁴ En Cuba, el organismo encargado de establecer, regular y controlar las normas y operaciones de todas las redes informáticas y sistemas de comunicaciones es el Ministerio de la Informática y las Comunicaciones, el que dictó la Resolución 93 de 18 de julio de 2003 y todos los sitios Web cubanos de dominio <.cu> están ubicados en servidores de

a través de los correspondientes agentes y estos son los encargados del procedimiento de solicitud de registro y de la tramitación de la búsqueda de interferencia ante la OCPI, funcionando como agentes desde 1999, LEX S.A.⁴⁵ y CLAIM S.A.⁴⁶

En nuestro país se otorga el nombre de dominio a la organización que lo solicite, mientras esta cumpla con todos los requisitos exigidos en las normas, pudiendo registrar nombres de dominio las organizaciones con domicilio en el territorio nacional, así como también las que no tiene su domicilio en la el territorio, existiendo una prohibición de registro de nombres de dominio para las dependencias de una organización a la cual la ley le confiere personalidad jurídica y los que no cumplan con los requisitos exigidos por las normas para el registro de nombres de dominio.⁴⁷

Cuando se trate de registrar un nombre de dominio, que previamente haya sido registrado como marca o nombre comercial por el solicitante, es necesario presentar una copia del título que expide la OCPI

Cuba, independientemente de estar también en servidores en el exterior. Las funciones de Registro Delegado de internet en Cuba se encuentran bajo el nombre de CUBANIC; este presta sus servicios a organizaciones o proveedores de servicios de internet en Cuba y registra los dominios de primer nivel bajo el <.cu>, garantizando que los dominios de segundo nivel bajo <.cu> administrados y asignados por él, son únicos y globalmente reconocidos en internet, entidad que se encuentra supeditada a CITMATEL por la Resolución 91 de 28 de octubre de 1999 de la Ministra de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. El procedimiento para el registro de nombres de dominio en Cuba se estableció por primera vez por el IDICT mediante la Resolución 16/98, modificada por la Resolución 1 de 3 de enero de 2000, la que establecía las «Normas para el CUBANIC» y luego por la Resolución 119/02, hoy en proceso de modificación.

⁴⁵ LEX S. A.: sociedad anónima que brinda sus servicios jurídicos para registro de marcas y patentes, así como agente para el registro de nombres de dominio en Cuba y en el extranjero.

⁴⁶ CLAIM: siglas que no responden a un significado específico, es una sociedad anónima que brinda servicios jurídicos como consultores de marcas y patentes, y es agente de registro de nombres de dominio en Cuba y en el extranjero.

⁴⁷ La obtención del formulario requerido para solicitar un nuevo nombre de dominio, puede obtenerse en <www.nic.cu>. Se establecen los requisitos que deben cumplimentarse en relación con las normas de sintaxis y sus derivaciones, así como las prohibiciones para el registro, las que se encuentran taxativamente desglosadas en el art. 12 de la Resolución 119/01, actualmente en proceso de modificación.

acreditando la titularidad, y si se trate de un registro de un nombre de dominio que no coincida con una marca o con un nombre comercial, es necesario que la organización solicitante presente un informe de búsqueda, emitido por la OCPI, relativo a la existencia o no de signos distintivos idénticos al nombre de dominio solicitado.⁴⁸

Resulta innegable la relación que tienen los nombres de dominios con el Derecho Marcario y con la competencia desleal, pues nadie puede dudar que el uso de una marca ajena vulnere el derecho exclusivo a utilizar la marca registrada en el tráfico económico. No otra debe ser la consecuencia si el uso de la marca se hace en un medio de comunicación tan público y sin territorialidad definida como es la internet.

Es de suponer que todos aquellos que accedan a una dirección determinada de internet, o a una *web* determinada que responde a un nombre de dominio determinado, que tenga como dirección a un conocido signo distintivo, esperan encontrar en el mismo a la empresa o a las personas que estén detrás de esa marca o a la que la marca representa. Por lo que entendemos que el uso comercial como nombre de dominio, de una marca ajena, válidamente registrada, es susceptible de constituir una violación del derecho exclusivo a utilizar esa marca en el tráfico económico que tiene el titular de ese signo, y que solo él puede transferir o licenciar su uso exclusivo, lo que pudiera conducir a error en los consumidores sobre los servicios que ofrecen ambas empresas. También porque en lo que a Derecho Marcario se refiere no olvidemos que, además de la facultad de uso, cesión o concesión de licencia exclusiva que tiene el titular de una marca, se encuentra el *ius prohibendi*; es decir, el derecho que le asiste al titular de una marca válidamente registrada de prohibir su uso a terceros. En Cuba, ese potencial conflicto puede verse prote-

⁴⁸ Desde la Resolución 1/00 de la Directora de CITMATEL (arts. 11 y 12), se exigía el Certificado de no interferencia. Actualmente se encuentra regulado en la Resolución 119/02 (hoy en proceso de modificación), en sus arts. 15 y 16. Además, mediante la Resolución 2620/00 de la Directora General de la OCPI, de 15 de junio de 2000, quedó regulado el servicio de búsqueda en las bases de datos de marcas, nombres comerciales, emblemas empresariales, rótulos de establecimientos, lemas comerciales y denominaciones de origen, de denominaciones que integren o constituyan estos signos distintivos y que resulten idénticas a las denominaciones cuyo registro como nombres de dominio haya sido solicitado y sean expresadas en las correspondientes solicitudes de búsquedas, el que se realizará en setenta y dos horas.

gido, toda vez que antes de registrarse un nombre de dominio es necesario presentar un Informe de búsqueda de no-interferencia en la OCPI, como requisito previo al registro ante el CUBANIC.

Ahora bien, cuando analizamos la supuesta inducción a error, esta puede venir determinada por una inducción a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior. En cuanto a la confusión en el mercado, podemos encontrar los criterios de Maestre Rodríguez⁴⁹ y el criterio de Fernández Novoa.⁵⁰ Si consideramos que registrar un nombre que se asocie claramente a servicios que presta otra persona, aunque no sea idéntico, o incluso no sea parecido, pero que pueda generar un riesgo de asociación o confusión en las personas o en los consumidores, o en el mercado de forma general, constituye una violación de las más simples normas de derecho en materia de marcas y de competencia o concurrencia⁵¹ en el mercado, pensamos que constituye una práctica desleal. Así puede demostrarse cómo al estudiar el comportamiento del registro de los nombres de dominio, pudiera darse alguna práctica de competencia desleal, al intentar registrar o producirse el registro de un nombre de dominio en el que se pretenda obtener beneficios o ventajas económicas, e incluso llegar a tratar de vender el nombre de dominio a un tercero que utiliza el similar o idéntico signo identificativo para comercializar sus productos.

Lo antes expuesto constituye todo un acto de usurpación de nombres de dominio por terceras personas, que tratan de enriquecerse registrando las marcas comerciales de otros a los que luego, como hemos planteado, tratan de vendérselas a precios, en la mayoría de los casos, exorbitantes. Esta práctica tiene sobre todo lugar en el registro de dominios de primer nivel, que son administrados por el NSI, pues las medidas de control que ejerce este organismo son menores que las que rigen la actividad de otros Registradores.⁵²

Podrán registrarse en los NICs de otros países, para el caso de los dominios territoriales, dominios que infrinjan derechos de terceros mientras las legisla-

ciones nacionales dan lugar a ello, toda vez que estos conflictos generalmente surgen por el divorcio o la autonomía que hay en cada registro. Por ello, coexisten en el mundo de los negocios y en el tráfico económico marcas y nombres de dominio, con el subsiguiente riesgo de confusión entre los consumidores, lo que menoscaba la seguridad en el tráfico económico, y comercial.

No obstante la emisión de regulaciones previsoras como las de España y Cuba, nunca se debe olvidar que, primeramente, registrar un nombre de dominio que se asocie claramente a servicios que presta otra persona, aunque no sea idéntico, o incluso, no sea parecido, puede traer como resultado, riesgo de asociación en el mercado. Afirmamos lo anterior al considerar que, cuando hablamos de competencia desleal debemos pensar obligadamente en los consumidores y en el mercado en sí mismo, de manera que a nuestra consideración es condenable cualquier acto que provoque decisiones en el mercado, fundamentadas en la incorrecta aplicación de la realidad, lo que pudiera ser consecuencia del registro de un nombre de dominio que represente de forma directa o indirecta un riesgo de asociación por parte del consumidor que haya tomado la decisión, amparada en la información que haya encontrado o consultado en el dominio, y pensamos que debe ser censurable y, por ende, punible el uso de la reputación ajena, toda vez que el uso de signos distintivos o identificativos ajenos debe reputarse desleal.

Algo similar sucedería si se inscribe un nombre de dominio con el nombre de otro de los signos que se utilizan con frecuencia en el mercado, llámese nombre o lema comercial, emblema empresarial, rótulo de establecimiento, mientras pueda traer aparejado riesgo de confusión en el mercado, toda vez que cada día se acrecienta más la piratería cibernética (CYBERSQUATTING), que desde hace años sufren los propietarios de marcas comerciales y de otros signos distintivos en la Red de Redes.

La normativa que rige los conflictos surgidos por infracciones en materia de nombres de dominio, es la aprobada por la ICANN sobre resolución de controversias conocida como *La Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio*, de 26 de agosto de 1999 y su *Reglamento*, aprobado el 24 de octubre de ese mismo año.⁵³

⁴⁹ Criterios de J. A. Maestre Rodríguez: «Planteamiento de la problemática jurídica de los nombres de dominio».

⁵⁰ C. Fernández Novoa: *Derecho de Marcas*, p. 260.

⁵¹ Conceptos de competencia y concurrencia citados por J. Odriozola Guitart: «Derecho de la competencia *strictu sensu*...», pp. 30-31.

⁵² También hay prohibiciones para el registro de marcas, según los arts. 16 y 17 del Decreto Ley 203/00 y el registro de los nombres de dominio en el art. 12 de la Resolución 1/00.

⁵³ Esta información, la Política y su Reglamento pueden encontrarse en <www.icann.org> (Consulta: 28 de marzo de 2006).

Por esta política se rige el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, además del Reglamento Adicional en vigor desde el 1 de diciembre de 1999.⁵⁴ También cada entidad registradora ha elaborado Políticas Específicas encaminadas a solucionar las controversias que surjan durante la fase inicial de puesta en marcha o período de arranque de los dominios, para así proteger los derechos de los titulares de marcas.⁵⁵

Pudiera, además, exigírsele que aporte un Certificado que demuestre sus alegaciones, toda vez que en la práctica hay infinidad de casos de registro abusivo y mala fe, pensando que bien podrían deberse a este tipo de regulaciones, aun y cuando la carga de la prueba en una demanda o proceso conflictual la lleve el demandante. En caso que un tercero o demandante sostenga ante el proveedor competente lo anterior, se establece un procedimiento administrativo obligatorio ante uno de los proveedores de servicios de solución de controversias administrativas.⁵⁶ Estas reglas están encaminadas a proteger el registro abusivo de los nombres de dominio.⁵⁷

Teniendo en cuenta el principio planteado, así como el hecho que estemos hablando de un registro global de nombres de dominio, que las principales infracciones están relacionadas con interferencias con marcas o signos distintivos registradas por sus titulares en los diferentes registros territoriales y que resulta muy difícil realizar una búsqueda de interferencia en cada uno de ellos, demorando grandemente la posibilidad del registro, lo que va en detrimento incluso del desarrollo y necesidad de utilización de los dominios a escala internacional, nos atrevemos a decir, que habría que pensar más detenidamente en una posible solución a este dilema, que conllevaría una investigación única y exclusivamente con tales propósitos.

La Política de la ICANN establece taxativamente qué circunstancias se tendrán como pruebas del registro y utilización de mala fe.⁵⁸ Esto tiene que quedar constatado por el grupo de expertos a tal fin, los que deben ser imparciales. Regulación que nos parece muy acertada, al igual que los derechos legítimos, que puede demostrar el titular del nombre de dominio en función de demostrar las intenciones del registrante respecto al uso de aquel.⁵⁹ Plantea la Política de la ICANN que cualquier otro tipo de controversias, relativas al registro de nombres de dominio, puede ventilarse entre las partes ante los tribunales, arbitraje u otro procedimiento que pueda estar disponible, con lo cual no se excluye la utilización de la mediación. Ejemplo, ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Entendemos que aun y cuando en las normas sobre política uniforme no se habla de la mediación, esta puede utilizarse para resolver estas controversias, pues –de hecho– el centro aludido la utiliza en la solución de controversias, a solicitud y por voluntad de las partes.

Análisis crítico de la regulación cubana para la solución de conflictos suscitados por infracciones de nombres de dominio

Cuba no se encuentra exenta de que suceda algún conflicto, suscitado por infracciones de los nombres de dominio (aun y cuando se le brinda una protección eficiente a las marcas y al registro de nombres de dominio al realizarse un estudio previo de no interferencia). De hecho, fuimos sometidos a la jurisdicción del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Entendemos que estos conflictos bien pudieran dilucidarse en Cuba de disponer de una regulación jurídica al respecto y las instituciones que se ocupen de dirimirlos, teniendo en cuenta que en la práctica las técnicas de mediación son utilizadas en la vida diaria y comercial, así como por la Corte, aspecto este ya analizado.

Aun y cuando no se ha dado ningún conflicto relacionado con nombres de dominio en la práctica y que haya sido resuelto por la vía de la mediación (aunque ella no se encontraba institucionalizada sino hasta finales del 2007), conocimos de la posible manifestación de un conflicto potencial, el que no fructificó porque la parte –supuestamente infrac-

⁵⁴ Puede consultarse el objetivo de la Política Uniforme de la ICANN para la solución de controversias en materia de nombres de dominio y su Reglamento, en <www.icann.org> (Consulta: 28 de marzo de 2006).

⁵⁵ Véase <www.arbiter.wipo.int> (Consulta: 28 de marzo de 2006).

⁵⁶ Ver lista de proveedores en <www.icann.org> (Consulta: 28 de marzo de 2006).

⁵⁷ La OMPI utiliza el término *registro abusivo*, pues el popularmente utilizado *ciberocupación*, en muchas ocasiones se confunde con *ciberpiratería*, referido a la violación del Derecho de Autor o *warehousing*.

⁵⁸ Párrafo 4 (inciso b) de la Política Uniforme de la ICANN para la Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio.

⁵⁹ Párrafo 4 (inciso d) de la Política Uniforme de la ICANN.

tora, al verse descubierta— se retiró, revocándose el registro del nombre de dominio.⁶⁰ Habiendo tenido un tratamiento diferente la vía arbitral, aspecto este también tratado, y la vigencia que adquiere el Decreto Ley 241/06 que establece el procedimiento económico, donde en la Audiencia Previa, si bien no reconoce la mediación o el arbitraje, sí la aplicación de mecanismos conciliatorios.⁶¹

Si bien en nuestro territorio tenemos establecido e institucionalizado el proceso arbitral y la posibilidad de utilizar la mediación como vía alternativa de solución de conflictos por voluntad de las partes, mientras sean materias del conocimiento de la Corte,⁶² no se aplica para los conflictos devenidos por infracciones del registro de nombres de dominio, pues aunque el texto de la Resolución 119/02 deja entrever la posibilidad de aplicación, lo cierto es que resulta inoperante, toda vez que solo hace mención a la aplicación del Procedimiento de Mediación y Arbitraje del CUBANIC, procedimiento que nunca operó, ni ha tenido aplicación práctica. Entendiendo que dicha entidad no puede ser juez y parte.

En la actualidad se reformula la redacción de esta regulación y se propone la aplicación del procedimiento de mediación y arbitraje cubano, aspecto que, a nuestro criterio resulta, mas atinado, debiéndose prever cuál es ese procedimiento pues todavía no se ha materializado. Además, con esta resolución se modifican las normas para el funcionamiento del CUBANIC y se establece la posibilidad de suspensión y revocación de los nombres de dominio mediante los procedimientos de mediación y arbitraje, sin perjuicio de la utilización de la vía judicial o mediante proceso administrativo ante el propio CUBANIC, por parte de la parte interesada.⁶³

Si tenemos en cuenta el hecho que nuestro Estado hace suyos los principios refrendados en la Carta de las Naciones Unidas, relativos a la utilización de métodos alternativos para la solución de controversias, entendemos que muy bien podrían atemperarse más a la realidad cubana actual los asuntos referentes a posibles litigios en materia de nombres de dominio, a las exigencias de los Convenios Internacionales de

que Cuba es parte y a las *Recomendaciones* ofrecidas por la OMPI para la protección de la propiedad industrial, pues estos conflictos bien pudieran dilucidarse en Cuba, lo que en modo alguno se prohíbe en nuestra Carta Magna, pero se debe disponer de una regulación jurídica al respecto, más cuando ya en nuestro país se encuentra institucionalizada la mediación, mecanismo que ha sido establecido por la OMPI, el que no excluye que las partes en conflicto, puedan acudir a la vía tradicional, la judicial, no quedando resuelto el mismo por los mecanismos alternativos o por su propia voluntad, sin que se viole el principio de confidencialidad; permitiéndonos plantearnos la interrogante: ¿Quién tendría la jurisdicción y competencia para conocer los litigios por infracciones en materia de nombres de dominio?

Su respuesta, aunque no es objetivo específico del presente trabajo, resulta tarea obligada por su importancia, teniendo primeramente que tratar de interpretar la voluntad del legislador en el momento de elaboración de la norma, voluntad que desconocemos, pues nunca se estableció ante qué jurisdicción se llevarían esos litigios, bien pudiéramos atrevernos a pensar que la jurisdicción y competencia en estos asuntos tan trascendentales para el Estado Cubano, como el registro de los nombres de dominio y el uso de la internet, la tendrían nuestras Salas de lo Económico de los Tribunales Provinciales Populares, en virtud de las regulaciones del Decreto Ley 241/06, artículo 746 (inciso h) que les obliga a conocer de las demandas que se promuevan con motivo de daños y perjuicios, de carácter extracontractual, causados a terceros en ocasión del desarrollo de actividad productiva, comercial o de servicio (siempre que se pruebe que se produjo un daño o un perjuicio) en relación con el artículo 749,⁶⁴ o en virtud del inciso k), referido a los demás asuntos que le sean atribuidos por ley.

Si se realiza una interpretación extensiva, que pudiera redundar en una modificación de este artículo, a los efectos de resulte más esclarecedor, nos atrevemos a mantener nuestra opinión respecto a la competencia de la sala aludida. Sostenemos este criterio teniendo en cuenta que los nombres de dominio son utilizados en muchos casos como portal de información, promoción, captación de clientes y actividades de mercadotecnia de cada entidad, por lo que son actividades comerciales o de servicios como encontramos en el texto de la disposición mencionada, sin olvidar la importancia que tiene para nuestro país el

⁶⁰ Según el Contacto Técnico del CUBANIC, quien fuera entrevistado como experto para la investigación.

⁶¹ Arts. 771 y 772 del Decreto Ley 241 de 2006.

⁶² Vea Disposición Especial Única y art. 9 del Decreto ley 50 de 2007.

⁶³ Véase arts. 41- 43 de la Resolución 119/02, y las revocaciones de oficio en su art. 38.

⁶⁴ Consulte art. 749 del Decreto Ley 241/2006.

buen uso de la información y la seguridad de las redes y de los sistemas informáticos, para nuestra economía, integridad y seguridad nacional, así como la trascendencia que tiene para el país el uso de la internet y las posibilidades que ofrece el uso de los nombres de dominio, sin dejar de valorar la protección de su uso de mala fe o con infracciones de las regulaciones legales.

Teniendo en cuenta la importancia de este tema para el país, consideramos que resultaría más factible y menos costosa la aplicación de estos mecanismos en Cuba, pues contamos con profesionales de gran prestigio y preparación que, al ser habilitados y designados, pueden enfrentar esta actividad, es menester que mientras haya una entidad o persona jurídica cubana en un conflicto por infracciones en materia de nombres de dominio, este conflicto sea ventilado en nuestro propio foro,⁶⁵ para ello habría que establecer el Procedimiento de Mediación y Arbitraje para la solución de conflictos suscitados por infracciones de nombres de dominio, de manera que sostenemos que se advierte un divorcio entre los mecanismos internacionales de solución de conflictos suscitados por infracciones de nombres de dominio y la regulación jurídica cubana a tal fin, puesto que nos hemos visto de hecho sometidos a la jurisdicción del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, por ejemplo, en el Caso Ron Matusalem & Matusa of Florida Inc. vs. Cuba Ron S.A. (D2002-0962).⁶⁶

El litigio fue establecido el 16 de octubre de 2002 y en esta, la parte actora (la corporación del Estado de la Florida llamada Matusalem & Matusa of Florida Inc.) demanda a la empresa cubana Corporación Cuba Ron, S.A. (que es titular de varios nombres de dominios en internet) por infracción marcaria, y solicita le sean transferidos once nombres de dominio, registrados a nombre de la empresa cubana, en otros países. Alega, también, que el demandado había actuado de mala fe, al registrar dominios idénticos o similares a sus marcas, siendo un competidor de ellos en el mercado, limitando los registros marcarios de la compañía en Estados Unidos. Por su parte, el demandado invocó su interés legítimo en los dominios registrados y

su derecho legítimo a solicitar los mismos con un fin lícito y sin violar los derechos de terceros, aclarando, además, con elementos fehacientes, acerca del acto de nacionalización realizado a la compañía Álvarez Camp. Expone, igualmente, que el ron Matusalem es un ron cubano, fabricado en Cuba y no en República Dominicana, como declaró el demandante, siendo el verdadero ron Matusalem cubano, acompañando la lista de las marcas legítimamente registradas por Cuba en el extranjero.

Se realiza una acción de secuestro inverso de nombre de dominio, por uso y registro de mala fe por parte del demandante, al realizar una imitación del ron producido por Cuba, siendo engañoso para el consumidor, haciéndolo pensar que está comprando un ron cubano, cuando no es así. El panel, decidió en este caso que se evidenció el interés legítimo del demandado en los dominios registrados y en su genuino derecho a solicitarlos con un propósito lícito y sin violación de derecho de terceros y decidió declarar sin lugar la solicitud del demandante respecto a la transferencia de los once nombres de dominio a su favor, pues no se probó la falta de interés legítimo del demandado en los dominios por él registrados, entendiendo que la corporación cubana Cuba Ron, S.A. es la titular de los registros de las marcas Matusalen y Matusa en Cuba, y que había realizado gestiones para su registro en el extranjero y todos los preparativos respecto al uso del nombre de dominio, apreciando ausencia de mala fe del demandado y mala fe del demandante, que intentó apropiarse del nombre de dominio <matusalemrum.com>, invocando que tenía un acuerdo con el demandado.

Consideraciones finales

Este tema, de regular importancia para Cuba y el resto del mundo, debe ser explorado cada día por nuestros investigadores y especialistas para lograr adecuar las exigencias internacionales y del desarrollo a la realidad cubana, de manera que podamos mantenernos actualizados, por lo que entendemos que esta investigación no resulta agotada.

Pensamos que el Decreto Ley 250/07, en cuanto a la materia de mediación, ha resultado novedoso, teniendo en cuenta que sería la primera vez que se regula la misma de forma institucionalizada en nuestro país. Además, consideramos que están creadas las pautas para aplicar esta figura, y el arbitraje a los conflictos que se susciten en materia de nombres de dominio, tomando la experiencia de la OMPI y sus recomendaciones, así como el gran prestigio que goza nuestra Corte y sus árbitros en el mundo, al

⁶⁵ Obligatoriedad que establece el art. 51 de las Normas NIC Cubanas, Resolución 119/02.

⁶⁶ Estudio del Caso Ron Matusalem & Matusa of Florida Inc. vs. Cuba Ron S. A (D2002-0962) Resuelto por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, en virtud de traducción no oficial.

igual que el resto de los profesionales que han resultado o resulten en un futuro designados para aplicar la mediación en Cuba.⁶⁷

Si bien el texto de la Resolución 119/02 deja entrever la posibilidad de aplicación de los procedimientos de mediación y arbitraje; esta resulta inoperante, pues solo hace mención a la aplicación del Procedimiento de Mediación y Arbitraje del CUBANIC y en su proyecto de modificación cubanos, proceso que no opera en la práctica.

Ha quedado demostrada la insuficiencia de la legislación cubana, en cuanto a la utilización de la mediación y el arbitraje, como vías alternativas de solución de conflictos en infracciones de nombres de dominio, y resulta evidente la necesidad de adaptar la legislación a esta exigencia real y potencia. Además, el CUBANIC no puede ser juez y parte, aspecto este que se resuelve en el proyecto de modificación aludido. En consecuencia, se requiere lograr un perfeccionamiento legislativo, formativo y curricular que permita habilitar y formar mediadores y árbitros con el propósito de establecer legal, e institucionalmente, la mediación y el arbitraje como mecanismos reales y efectivos de dirimir las discordias que surjan en infracciones de nombres de dominio.

Es necesaria la implementación de la mediación en su modalidad *cara a cara*, no así la modalidad *on line*, por el momento, estando de acuerdo con la aplicación del arbitraje *on line*, sin dejar atrás la vía tradicional del procedimiento arbitral, no debiendo olvidar, además, el hecho que la Resolución 119/02, establece en su Disposición Final Primera que esa entidad se reserva el derecho de modificar esas normas, si en el futuro condiciones técnicas o de otra clase así lo exigiesen, dejando abierta la brecha para la propuesta que hacemos en el presente trabajo. Así también podría contemplarse el uso del arbitraje *on line*, incluso por parte de la Corte.⁶⁸

Otra cosa sería, a nuestro juicio, la utilización de la mediación *on line*, pues consideramos que se desvirtúa su esencia, pues en la medida en que podá-

mos percibir las intenciones del otro, sus señales, se puede mejorar la relación humana, aspecto este que, en ocasiones, ha quedado en el olvido con el desarrollo, la tecnología y la automatización y nos parece que sería más educativa la modalidad *cara a cara*, aun en contra del criterio de algunos, siguiendo así las proyecciones de la OMPI, de que es mejor educar que restringir; brindándoles herramientas así a los mediados para capacitarlos de manera que más adelante puedan resolver, quizás solos, las controversias en un conflicto posterior sobre infracciones por nombres de dominio o de otra índole. Pero no debemos ser absolutos, quizás mañana se desarrollen técnicas más avanzadas que favorezcan el uso de la mediación *on line*.

Resulta necesaria la revisión del Reglamento de Mediación de la Corte que se encuentra vigente, el que, a nuestro modesto juicio, debe contener, entre sus elementos esenciales, la implementación de la formación curricular de los mediadores y su habilitación en Cuba. Así también deberán crearse y aprobarse las vías de formación académica de los árbitros; siendo importante incluir el mecanismo de habilitación y formación de estos, sin negar por ello a los prestigiosos árbitros que integran hoy nuestra corte; solo pensamos para el futuro, Así como que debe incluirse también este aspecto dentro de las funciones de la Corte.⁶⁹ El Reglamento pudiera comprender, igualmente, la posibilidad de utilización del arbitraje *on line* por sus grandes ventajas económicas y los resultados prácticos, en particular, su rapidez en la solución de los conflictos sin menoscabar la seriedad y eficacia de las soluciones que ha brindado, con satisfacción para las partes en haberse sometido a ese procedimiento.

En función de la mediación, pensamos que debe elaborarse el Proyecto Educativo de los Mediadores, o Crearse la Escuela de Formación para Mediadores y Árbitros donde incluya como Proyecto Educativo los siguientes Módulos de Estudio:⁷⁰ Módulo sobre Psicología, relaciones interpersonales y comportamiento humano; Módulo sobre Comunicación y observación; Módulo de Mediación Básica; Módulo sobre Mediación Avanzada; Módulo sobre Mediación por Casos; Módulo sobre Programación Neurolingüística; Módulo de Mediación para el Acuerdo; Módulo Práctico o como Componente Laboral

⁶⁷ Ver Resoluciones 17/07 y 18/07, ambas del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, Códigos de Ética, para árbitros de mediadores respectivamente.

⁶⁸ Expresamos este criterio teniendo en cuenta lo regulado en el art. 10 de las Reglas de procedimiento de la Corte, pues si las notificaciones y comunicaciones pueden realizarse por correo electrónico, pensamos que nada impide la posibilidad de aplicación y regulación del arbitraje *on line* por parte de la misma.

⁶⁹ Ver art. 10 de la Resolución 11/07, que regula los estatutos de la Corte.

⁷⁰ Además de nuestras ideas, planteamos las que resultaron de las sugerencias y criterios aportados por los expertos.

del futuro Mediador, donde desarrolle todas las habilidades y capacidades creadas durante el curso y las demuestre en la solución de verdaderos casos en los que se desarrolle como mediador y un Módulo de Mediación conjugada con Procedimientos Arbitrales. Algunos de estos módulos ya fueron implementados en el Curso que para Mediadores se realiza en la Cámara de Comercio, pudiendo abrirse una Escuela de Formación Académica para Árbitros y Mediadores. Pensamos que este Centro puede, además, ofrecer cursos de postgrado para aquellos profesionales interesados en las técnicas de mediación, y ofrecerse también a diferentes disciplinas científicas, necesarias para el buen desenvolvimiento de los procesos de mediación y de arbitraje, como son: psicólogos, sociólogos, comunicadores, trabajadores sociales. Debe tenerse en cuenta que la mediación es una actividad multidisciplinaria que puede hacerse extensiva a informáticos, ingenieros, economistas, matemáticos, líderes comunitarios, quienes intervendrían en un proceso de tal naturaleza en función de la selección voluntaria o necesidad de utilización de peritos o especialistas en determinada materia de la que verse el conflicto, a los que en ocasiones es necesario acudir, para aclarar a las partes sobre determinados aspectos técnicos relacionados con el conflicto, cuando se produzca un *impasse* de tercero.

Si de educación y conocimiento tratamos, Castanedo Abay nos refiere que, a su juicio, ha llegado el momento de incluirlo en el Plan de Estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad, elemento con el que coincidimos, agregando, que no solamente a la carrera de Derecho, sino también a la de Comunicación Social, Psicología, Trabajo Social, Sociología, entre otras. Así como también resultan importantes la oratoria y la psicología; ambas pueden ser opcionales o facultativas.

Consideramos que el Reglamento de Mediación debe contener, además, los requisitos que deben cumplir los mediadores para integrar el Grupo de Mediadores, con independencia de que estos deban ser designados, los años de experiencia en la mediación y en la profesión, si deben enfrentarse a un examen práctico de oposición o no, la cantidad de mediadores que integrarán el grupo y definir en su texto la capacitación a los mediados, como función educativa a ejecutar por parte de los mediadores, cumpliendo así con el sistema de profilaxis conflictual comercial que resulta importante como parte de la cultura de solucionar los conflictos amigablemente que se ha venido imponiendo como una realidad en las actuales relaciones comerciales internacionales y nacionales. A nuestro criterio, a la materia de nombres de dominio bien pudiera aplicarse esta importante vía de solución de controversias.

Bibliografía

- Beato Víbora, J. y M. Franco Rey: *Manual Avanzado de Windows NT Server 4.0*, Ediciones AMAYA MULTIMEDIA, S.A., Madrid, 1998.
- Bencomo Yarine, E.: «Los nombres de dominio: las nuevas marcas comerciales ¿quién lo asegura?», *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Ciudad de La Habana, no. 16, julio-diciembre, 2000, pp. 42-45.
- Bohemia* (Sección «EUREKA»), año 98, no. 15, de 21 de julio de 2006, p. 29.
- Castanedo Abay, A.: *La mediación, una alternativa para la solución de conflictos*, Ed. ONBC, Ciudad de La Habana, 1991.
- Comer Douglas, E.: *Redes globales de Información con internet y TCP/IP: Principios Básicos, protocolos y arquitectura*, t. 2, 3.^a ed., Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 2005.
- Echevarría, B. A.: *Uso de las marcas y nombres de dominio*, col. Derechos Intelectuales 9, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- Ferminia, N.: «Los métodos alternativos en el espacio cibernético», [s.f.], <www.intermediacion.com> (Consulta: 19 de enero de 2006).
- Fernández Novoa, C.: *Derecho de marcas*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990.
- Fuentes Ávila, M.: *Mediación en la Solución de Conflictos*, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, Ciudad de La Habana, Genera, L, Prince, 2001.
- Maestre Rodríguez, J. A.: «El nombre de dominio y la insuficiencia de las doctrinas actuales en materia distintiva», 2001, <www.alfaredi.org> (Consulta: 3 de febrero de 2006).
- : «Planteamiento de la Problemática jurídica de los nombres de dominio», 1998, <www.dominiuris.com> (Consulta: 3 de febrero de 2006).
- Odriozola Guitart, J.: «Derecho de la competencia *strictu sensu*. Una aproximación a la realidad cubana», *Boletín ONBC*, Ciudad de La Habana, no. 14, enero-marzo, pp. 17-39.
- Pascual Santos, E.: «Los Nombres de Dominio como valor añadido a la Empresa», [s.f.], <www.portaldeabogados.com.ar> (Consulta: 19 de enero de 2006).
- Sánchez, M.: «La mediación y la programación neurolingüística como alternativas para la resolución de conflictos en las escuelas básicas de la I y II etapa», Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez, Venezuela, [s.f.], <www.monografias.com> (Consulta: 11 de enero de 2006).

Legislación

- «Constitución de la República de Cuba», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 3, de 31 de enero del 2003.
- «Ley 7 de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 34, de 20 de agosto de 1977.
- «Ley 69 de 16 de julio de 1981. Código Civil de la República de Cuba», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, de 15 de octubre de 1981.
- «Decreto Ley 203 de 24 de diciembre de 1999, De marcas y otros signos distintivos», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 3, de 2 de mayo de 2000.
- «Decreto Ley 223 de 15 de agosto de 2001, De la jurisdicción y competencia de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 10, de 16 de agosto de 2001.
- «Decreto Ley 241 de 26 de septiembre de 2006», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 33, de 27 de septiembre de 2006.
- «Decreto Ley 250 de 30 de julio de 2007: De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 37, de 31 de julio de 2007.
- «Decreto 89 de 21 de mayo de 1981, Reglas de Procedimiento del Arbitraje Estatal», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 54, de 8 de junio de 1981.
- Resolución 2620 de 15 de junio de 2000 de la OCPI* (versión digital).
- Resolución 119/02 Normas para el Centro Cubano de Información de Red* (versión digital).
- «Resolución 2253, de 8 de junio de 2005», *Gaceta Oficial de la República de Cuba* (versión digital).
- Resolución 12, de 13 de septiembre de 2007, del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional* (versión digital).
- Resolución 13 de 13 de septiembre de 2007, del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional* (versión digital).
- Resolución 17 de 13 de septiembre de 2007, del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, Código de Ética de los Árbitros de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional* (versión digital).
- Resolución 18 de 13 de septiembre de 2007, del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba. Código de Ética de los mediadores de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional* (versión digital).

La mediación y la conciliación empresarial: método alternativo de solución de conflictos en el contexto empresarial cubano*

M.Sc. VÍCTOR F. SARDUY CRUZ

LIC. DAILENY ABREU FALCÓN**

Introducción

El objetivo básico de este trabajo ha sido dar a conocer a los empresarios y profesionales del Derecho las ventajas de utilizar la *mediación* como herramienta eficaz para resolver los conflictos que se originan en el tráfico comercial y financiero dentro del contexto empresarial cubano, sin necesidad de acudir al litigio judicial. La metodología de la mediación y la conciliación, puesta al servicio del mundo empresarial, resulta de interés aplicarla en nuestro entorno jurídico como alternativa a los costosos litigios judiciales, es una realidad que nuestro país no puede seguir ignorando.

Paralelamente al poder judicial, se han desarrollado otras alternativas para la solución de conflictos, como la mediación y la conciliación, que favorecen el dialogo y la búsqueda de formulas de acuerdo entre las partes y eliminan la incertidumbre y los elevados costos de los procedimientos judiciales. La *mediación empresarial* es una técnica alternativa de resolución de conflictos, mediante la cual son las partes inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión.

El conflicto es algo normal, cotidiano e inevitable que también surge en el ámbito del tráfico comercial y financiero dentro del contexto empresarial cubano. La mediación empresarial se presenta como

un método de resolución de disputas –alternativo a la vía judicial– rápido, económico y con diversos niveles de aplicación.

Tomando en consideración estos presupuestos, es objetivo general del presente trabajo investigativo analizar las posibilidades de la mediación y la conciliación como método alternativo de solución de los conflictos, que surgen en el contexto empresarial cubano en el tráfico comercial y financiero.

En el proceso investigativo los objetivos específicos se refieren a:

- Determinar los aspectos básicos de la técnica de la mediación y su posible inserción en el contexto empresarial cubano y nuestra normativa jurídica.

La actividad del asesor legal en la materialización de los procedimientos de la mediación y la conciliación en el contexto empresarial cubano puede significar un paso decisivo para establecer en nuestro ordenamiento jurídico la solución de los conflictos que surgen en el tráfico comercial y financiero, de manera extrajudicial por parte de las empresas involucradas en ellos, lograr una mayor seguridad jurídica en las relaciones contractuales y elevar de esta manera la cultura en el asesoramiento jurídico a las personas jurídicas.

Breves consideraciones sobre la mediación

De la mediación empresarial. Orígenes históricos y culturales

Alrededor de los años setenta, las empresas norteamericanas empezaron a utilizar la mediación como técnica alternativa para resolver los conflictos empresariales, fuera de los métodos ordinarios para ello.

Si bien la mediación no es nada nuevo ni exclusivo de Occidente (ya existía en culturas primitivas y tiene una larga tradición en China), el interés por la mediación a fines del siglo XX es sorprendente. El extendido descontento con el costo financiero y el desgaste emocional de los procesos legales ha convertido a la mediación en la piedra fundamental del movimiento de resolución alternativa de disputas (RAD) en muchos países. De ahí nace el término anglosajón *Alternative Dispute Resolution*, más conocido por sus siglas como ADR en inglés. En el idioma castellano se han utilizado una serie de términos como lo son: Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos (TARC) o Técnicas Adecuadas de Re-

* Este trabajo mereció mención en la Comisión de Derecho Económico, Mercantil y Financiero de la Conferencia Jurídica Nacional de la ONBC 2008.

** Abogados del Equipo de Atención a Personas Jurídicas de Villa Clara.

solución de Conflictos; Resolución Alternativa de Disputas (RAD); Métodos Alternos de Resolución de Conflictos (MARC); y Resolución Alternativa de Conflictos (RAC), entre otros.

En la actualidad, no existe una unificación en los términos antes detallados, ya que estos se fundamentan en posiciones terminológicas, concepciones regionalistas y atendiendo a la escuela y al sistema que cada uno desarrolla y pertenece. El aumento de la actividad comercial conlleva un incremento de conflictos entre comerciantes y entre empresas, por lo que es indispensable resolver de manera efectiva, las controversias que surjan, permitiendo preservar –al mismo tiempo– las relaciones comerciales previamente establecidas.

Existe una rica tradición de mediación en el *Nuevo Testamento* cuando Pablo se dirigió a la congregación de Corintio pidiéndoles que no resolvieran sus diferencias en el tribunal, sino que nombraran a personas de su propia comunidad para conciliarlas (1 Corintio 6:1-4). La mediación es congruente con los valores bíblicos del perdón, la reconciliación y la comunidad.

En la antigua China, la conciliación y la mediación fueron los principales recursos para resolver desavenencias. La mediación se sigue ejerciendo en la República Popular de China a través de los Comités Populares de Conciliación. En Japón –país de rica tradición mediadora en sus leyes y costumbres– el líder de una población se erigía en mediador para ayudar a sus miembros a resolver sus diferencias. Con el tiempo, se aprobaron disposiciones legales para que los tribunales japoneses emplearan la conciliación de forma habitual.

En países como la República Federal Alemana, que no se caracteriza especialmente por la cultura negocial, propia de los sistemas del *common law*, la utilización de la mediación se ha incrementado considerablemente en los últimos años, como un mecanismo de lo que se denomina *Alternative in der Ziviljustiz*, en diversas materias, entre las que se encuentran: la resolución de conflictos que afectan el medio ambiente, derechos económicos, conflictos laborales, arrendamientos, disputas entre vecinos, o cuestiones que afectan a los consumidores.

En 1995 entra en vigor en Francia la Ley de Mediación Procesal, que modifica el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil e introduce explícitamente la mediación. Además de la conciliación en cuanto proceso previo y obligatorio antes de iniciar el juicio, se instaaura la figura del mediador –inspi-

rado en el *ombudsman* sueco– cuya definición es hacer recomendaciones a la administración sobre el modo en que habría de resolverse la disputa sin facultades para obligarla.

En España se observa una asimilación de las técnicas de la ADR, al no pertenecer a aquellos países que han potenciado desde la universidad, desde la judicatura o desde el legislativo la utilización de esas formulas alternativas, apreciándose en los últimos años un movimiento en alza y potenciación desde diversos foros de la técnica de la mediación, ejemplo: la celebración durante los días 11 y 12 de marzo de 2005, del Primer Congreso Nacional de Mediación Empresarial.

Definición y funciones de la mediación

La práctica de la mediación comprende áreas tan diversas que, según otros autores del tema, no pueden darse una definición concreta, pero el presente trabajo solo pretende circunscribirse en la mediación empresarial para la solución de conflictos económicos, comerciales y financieros que puedan ocurrir en el contexto empresarial cubano. En ese sentido, la definimos con el siguiente criterio.

La mediación empresarial es una técnica alternativa de resolución de conflictos mediante la cual son las partes, inmersas en un conflicto, quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión.

Otros autores entre los que se encuentran Jay Folberg y Alison Taylor definen la mediación como «el proceso mediante el cual los participantes juntos con la asistencia de una persona o personas naturales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades».

John Haynes ofrece la siguiente definición: «Mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas».

Estos autores consideran que el propósito de la mediación es resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones y supone una intervención para la solución de problemas dirigida a conseguir resultados,

consideran también como objetivo principal el manejo del conflicto; es decir, entender la causa esencial del conflicto y reducirla a un nivel aceptable y no la resolución de las desavenencias.

Beneficios de la mediación empresarial

En la actualidad, la resolución de los conflictos empresariales no implica necesariamente iniciar un tedioso y largo litigio, pues se pueden utilizar métodos alternos de resolución de controversias, como es el caso de la mediación, objeto de nuestro estudio. Se ha confirmado, que la utilización de la mediación en conflictos empresariales, produce celeridad y mejores resultados que los juicios; además, se le acredita una reducción considerable de costos y gastos legales.

Cabe mencionar que los mediadores –a diferencia de los jueces– no están limitados por procedimientos burocráticos formalistas legales, permitiendo tener un mayor conocimiento, comprensión y visión del problema; sin dejar de mencionar que, a través de los métodos alternos de resolución de conflictos, se puede tener un especialista en la materia que se está ventilando.

Autores como James F. Henry y Jethro K. Lieberman, en su obra *The Manager's Guide to Resolving Legal Disputes*, publicada en 1995, denominan la mediación como el gigante dormido de la resolución de conflictos y el medio más poderoso en potencia, para que las partes alcancen términos de acuerdo en su obra.

Entre las particularidades de la mediación comercial, detallada por especialistas en el tema, y según la literatura consultada, se destaca su flexibilidad de adaptación a todo tipo de divergencias empresariales, sea cual sea su complejidad; así mismo, la mediación facilita que los directores o dignatarios de las empresas puedan tener un papel activo e intervengan en la resolución de los conflictos que se susciten.

El proceso de la mediación empresarial –en general– persigue la resolución del conflicto, enfocándose en los hechos e intereses de los participantes, dejando de lado los asuntos personales que enfrentaron a las partes en el pasado y mirando hacia las relaciones comerciales futuras. Se considera que, con la asistencia de un mediador hábil, las empresas pueden centrarse en sus relaciones futuras; lo que puede ser importante, cuando una de las partes en conflicto es proveedora de materias primas para la elaboración del producto.

Soy del criterio, al igual que otros mediadores que han dado su opinión, que la presencia de los representantes de las empresas en la mediación es muy importante, no solo porque las partes pueden idear soluciones creativas –no previstas por los abogados– sino también porque pueden expresar cuáles son sus prioridades comerciales.

Los mediadores de conflictos empresariales actúan de diversas formas: algunos prefieren centrarse en la resolución de los problemas comerciales y destacar el papel de las partes en la solución del conflicto, sin presionarlas a alcanzar un acuerdo, pronosticando lo que un juez sentenciaría; otros mediadores, por el contrario, más familiarizados con la esencia del conflicto que con las técnicas de mediación, se preocupan más por lograr un acuerdo rápido que por favorecer las relaciones de las partes de cara al futuro.

Factores positivos de la mediación empresarial

Un conflicto empresarial, generalmente, resulta oportuno para la mediación cuando las partes mismas anhelan un resultado negociado, desean salvaguardar la confidencialidad del arreglo y buscan una reducción de costos provenientes de los conflictos.

En relación con este aspecto, el autor de libros sobre la mediación, Pedro Canalla Benítez considera que un conflicto comercial resulta apropiado para la mediación cuando las partes mismas desean un resultado negociado. Los factores que favorecen la mediación incluyen: 1. La continuación de la relación entre las partes (por ejemplo, miembros o socios de una empresa familiar); 2. El deseo de resolver el conflicto de forma confidencial; 3. La ruptura de comunicación entre las partes; 4. El deseo de que una tercera persona imparcial evalúe la situación; 5. El deseo de encontrar una solución rápida y ahorrar costes.

Ámbito de aplicación de la mediación empresarial

Evidentemente, hay casos en que no se puede recurrir a la mediación, máxime cuando nos enfrentamos ante situaciones en que la autoridad y presencia de un tribunal es primordial, debido a que una de las partes ansía una decisión judicial para sentar o afirmar un precedente, o cuando las partes no están dispuestas a razonar un arreglo, ya sea porque no están suficientemente motivadas para ello o simplemente porque no les interesa.

En el ámbito empresarial, la mediación se emplea, por lo general, para resolver conflictos entre la empresa y sus clientes, proveedores o abastecedores; entre empresas con intereses y fines comunes, producto de relaciones comerciales entre ellas antes de someter el litigio a consideración de los Comités de Arbitraje interno de los ministerios; en aquellos conflictos que se suscitan entre empresas y entidades de un mismo ministerio, ejemplo el INRH, donde está en juego la estabilidad financiera de la entidad.

Reflexión de las cláusulas contractuales que se esgrimen en la proformas de los contratos que se conciertan dentro del contexto empresarial cubano

Conforme las empresas vayan adquiriendo experiencia en materia de resolución alterna de conflictos, se tornan conscientes a la hora de prevenir y gestionar sus disputas empresariales, mediante la inclusión de cláusulas compromisorias en sus contratos comerciales, que prevean acudir a la negociación, a la mediación o al arbitraje, en caso de florecer algún tipo de desavenencia.

De ahí la importancia de incluir en los contratos de carácter comercial, la posibilidad de acceder a la mediación, al momento del surgimiento de un conflicto. Consideramos de suma importancia que, tanto los directivos de nuestras empresas, como los abogados que los asesoran, deben tomar conciencia y preocuparse de adicionar e incluir en los contratos de carácter mercantil la utilización de los métodos alternos de solución de disputas. Hoy en día, en muchos países según la literatura consultada, se incluyen en los contratos la cláusula compromisoria de resolución de conflictos a través de los métodos alternos.

En dichas cláusulas se define el camino a seguir en caso de presentarse un conflicto, a saber: 1. Compromiso de elevar el conflicto surgido a una etapa de conciliación o mediación; y, 2. En el caso que sea imposible un acuerdo total o parcial a través de la mediación, se acudirá al Arbitraje.

A continuación, transcribimos la cláusula que promueve la mediación y la conciliación y arbitraje de los contratos en Panamá.

Cualquier litigio o controversia provenientes de, o relacionados con este contrato, así como la interpretación, aplicación, ejecución y terminación del

mismo, deberán resolverse por medio de Arbitraje, previo intento de Conciliación, por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, conforme a sus reglas de procedimiento.

Los contratos que se conciertan y suscriben en el contexto empresarial cubano bien pudieran tener una cláusula compromisoria, que promueva la mediación y la conciliación ante cualquier litigio o controversia proveniente o relacionada con el alcance del contrato, así como la interpretación, aplicación, ejecución y terminación deberían resolverse por medio de la mediación conforme a sus reglas de procedimientos lejos de la formula esgrimida en todas las proformas de contratos que existen en el tráfico comercial y financiero: «Las partes se comprometen a cumplir este Contrato de buena fe y cualquier discrepancia que surja en su ejecución o derivada de su interpretación será resuelta mediante conversaciones amigables y si ello no fuera suficiente someterán el asunto al Tribunal Competente».

Cabe mencionar que en Honduras, el Banco Internacional de Desarrollo (BID) y la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa (CCIT), han implementado un plan para promover la creación de los centros de Conciliación y Arbitraje, como solución recomendable para la solución de los conflictos entre empresarios. De igual forma, opera en Panamá, ya que el BID fue el promotor de los primeros postgrados de Mediación en esa nación, con la intención de formar mediadores para agilizar la justicia en dicho país en materia comercial y crear centros especializados para la resolución de conflictos de forma alterna.

En toda mediación cabe distinguir unas características esenciales que podríamos definir como invariables y otros aspectos que pueden variar en función de determinadas circunstancias. La mayoría de los autores que han escrito sobre la mediación, coinciden en que sus características esenciales son las siguientes:

Características del proceso de mediación que lo distingue de otros procedimientos

Las principales características que hacen que la mediación sea de gran interés para el sector empresarial son:

- Voluntariedad

La mediación tiene un carácter voluntario, tanto en su inicio, como durante su desarrollo.

- Costo económico de la mediación relativamente bajo

Los elevados costes de los procesos judiciales hacen que, en muchos casos, sea demasiado oneroso litigar por un asunto, lo que unido al tiempo de demora por la posibilidad de recurrir, hace que el conflicto no se solucione a tiempo o implique demasiado dinero.

- Confidencialidad

En la mayoría de los casos, a las empresas no les interesa que se conozcan sus conflictos, pues ello afectaría a su posicionamiento con clientes, proveedores o al valor de la empresa en el mercado.

- Flexibilidad

La mediación consta de una serie de principios y de pasos a seguir, pero en ningún momento está dotada de un procedimiento rígido del que el mediador y las partes no puedan salirse.

- Breve temporalidad

Su carácter de inmediatez y los límites para su desarrollo en el tiempo hace que sea un procedimiento idóneo para el mundo empresarial, en el que la toma de decisiones y la rapidez de las mismas es importantísima para su viabilidad.

- Protagonismo absoluto de las partes

Esta característica garantiza que la solución que se adopte sea de agrado de las partes y se cumpla.

- Cooperación entre las partes en la resolución del conflicto

En la mayoría de los conflictos que se producen, interesa que la relación se siga manteniendo: empresa proveedora—empresa cliente, empresa—cliente, empresa—trabajador, trabajador—trabajador. El coste de la ruptura de relaciones, o de mantenimiento del enfrentamiento, puede ser demasiado elevado y no conviene a ninguna de las partes.

- Opción no excluyente

A diferencia del arbitraje, la mediación no excluye, si las partes lo consideran oportuno, el inicio de un procedimiento judicial antes de la misma, durante su transcurso o con posterioridad.

Además de las características propias de la mediación; de neutralidad e imparcialidad del mediador respecto del conflicto y de las partes

Entre las características que, a nuestro criterio, sobre la mediación consideramos importantes como fundamento para la utilización de este procedimiento en los conflictos empresariales, que tengan lugar en el contexto empresarial cubano podemos mencionar las siguientes:

1. Es un procedimiento flexible;
2. Se destaca por su voluntariedad;
3. Es sumamente rápido;
4. Produce acuerdos creativos;
5. Utiliza un lenguaje sencillo;
6. Permite encontrar soluciones de “sentido común”.
7. Es eficaz en función de los gastos.
8. Mantiene las relaciones.

Luego, la mediación se presenta como un mecanismo viable a la hora de mantener las relaciones empresariales en lugar de destruirlas por culpa de la aparición de un conflicto; en consecuencia, «cuando la relación es de fundamental interés para todas las partes (...) entonces debe intentarse la mediación antes de recurrir a los métodos de enfrentamiento».

De igual forma, la mediación empresarial exige mecanismos de garantía, a saber:

1. Al ser las partes las que retienen el control de sus propios intereses y del proceso en general, de igual forma tienen la libertad de retirarse en cualquier etapa de la mediación.
2. Es esencial que las partes inmersas en una mediación se presenten preparados a esta y, con autoridad suficiente, para concertar un acuerdo rápido y eficaz, benéfico para todos. Por consiguiente, es recomendable que los partícipes se asesoren legalmente antes de iniciar una mediación y durante ese proceso.
3. Si el mediador advierte que una de las partes no está actuando de buena fe, tiene todo el poder de retirarse del proceso

y darlo por terminado, toda vez que se ha violentado un principio fundamental de toda mediación.

En definitiva, las ventajas de la mediación son innumerables, y su utilización en nada menoscaba otras alternativas a las que las partes pueden acudir si así lo deciden.

Resulta conveniente enunciar los rasgos variables de la mediación:

1. El grado de consenso alcanzado.
2. Independencia y neutralidad del mediador.
3. Cualificación, experiencia y técnica del mediador.
4. Alcance y naturaleza de las intervenciones del mediador.
5. Responsabilidad del mediador hacia las partes.
6. Grado de confidencialidad del proceso.
7. Alcance y naturaleza de los procedimientos y reglas seguidos.
8. Modo en que los intereses y necesidades de las partes han sido tomados en cuenta.

Además de la mediación, hay otros modelos de resolución de conflictos que se utilizan habitualmente en las relaciones sociales, interpersonales, comerciales e institucionales, entre los que se destacan.

- Litigio

Las partes en conflicto expresan sus puntos de vista y el juez adopta la resolución con base a criterios predeterminados (legislación, precedentes, prácticas, etc.)

- Arbitraje

Su elemento característico es que la cuestión litigiosa se resuelve por un tercero no juez, cuya decisión tiene la misma eficacia que la sentencia judicial, aunque precisa la potestad de los órganos judiciales para su ejecución.

- Conciliación

Es un proceso similar a la mediación pero que se encuentra regulado por estatutos en el que el conciliador desempeña un papel relativamente

“intervencionista” y en el que un tribunal resolverá el asunto si con la conciliación no se alcanza un acuerdo.

- Negociación

Proceso bilateral o multilateral en el que las partes o sus representantes intentan resolver las disputas a través de la discusión, persuasión y transacción y que tienen lugar sin la ayuda imparcial de un tercero.

- Asesoramiento

Puede utilizarse como proceso de manejo de conflictos o resolución de conflictos, y cuyos objetivos básicos son conseguir armonía entre las partes, evaluar los problemas y aplicar la intervención adecuada.

- Facilitación

Es un proceso utilizado para disputas con múltiples partes, en el que un tercero ayuda a las partes en disputa a comunicarse, aislar las causas de conflictos pasados, planificar cambios en las organizaciones, prevenir conflictos futuros, etc.

Podríamos preguntarnos ¿por qué mediación frente a otros procedimientos? ¿En qué se distingue la mediación de esos procesos?

1. La mediación difiere de otras formas de *acuerdos negociados*, incluidos aquellos que pueden producirse durante el litigio en que proporciona un proceso y un escenario que con intervención de un tercero conduce a las partes a comunicarse de forma constructiva, colaborar para resolver el problema, crear opciones y evitar el deterioro de sus relaciones.
2. La mediación es similar a la *conciliación*, aunque la diferencia radica en que algunas formas de conciliación suponen una intervención más activa e intrusista del conciliador que asume deben aplicarse ciertas normas no obstante para muchos autores no existen diferencias esenciales entre ellas.
3. La mediación difiere básicamente del *arbitraje* y del *litigio o proceso judicial* en que el mediador no se forma un juicio previo o adopta una decisión sobre la cuestión

litigiosa, aunque puede sugerir opciones e incluso recomendar soluciones que las partes son libres de aceptar o rechazar.

4. En el *arbitraje ad hoc* son las partes quienes eligen al árbitro –en el arbitraje institucional, la corte o tribunal propone su nombramiento a las partes– la confidencialidad está garantizada, la flexibilidad del proceso es elevada, el control que se ejerce sobre las partes es moderado, las decisiones son obligatorias y su nivel de cumplimiento satisfactorio y los costos del proceso lo abonan las partes por mitades. En la mediación, si bien existen coincidencias con el arbitraje respecto a los niveles de confidencialidad y flexibilidad, se observan tres diferencias esenciales:

- La decisión final la adoptan las propias partes y no el árbitro.
- El cumplimiento de lo acordado depende de la voluntad de las partes.
- Los costos de la mediación son muy inferiores a los del arbitraje o el litigio.

5. En los *procesos judiciales* no puede escogerse a la persona que ha de adoptar la decisión, no existe confidencialidad, la flexibilidad de proceso y la susceptibilidad a emplear tácticas es moderada, el control que ejerce el tribunal sobre las partes es elevado, las resoluciones son de obligatorio cumplimiento.

6. Por el contrario la mediación ofrece la ventaja de no estar sujeta a las reglas y principios que rigen la controversia judicial. Son los participantes en la mediación quienes poseen autoridad para diseñar y aprobar la solución que les parezca más idónea a sus necesidades, expectativas e intereses, sin estar sujeto a precedentes anteriores.

Las ventajas que ofrece la mediación varían generalmente en función de las necesidades e intereses de las partes. Citaré, no obstante, las ventajas más comunes:

- Las partes se comprometen a negociar y a alcanzar su propio acuerdo.
- El mediador observa la disputa de forma objetiva, y ayuda a crear y evaluar opciones distintas a las consideradas por las partes con anterioridad.

- Como la mediación puede programarse en la fase inicial del conflicto, el acuerdo puede alcanzarse mucho más rápido que en un litigio judicial.
- Las partes se ahorran dinero, al reducirse los costes legales y administrativos.
- La probabilidad de que las partes mantengan sus relaciones aumenta considerablemente.
- En el acuerdo final se incluyen las soluciones creativas y la satisfacción de determinadas necesidades y expectativas de las partes.
- Es flexible, voluntaria, rápida, produce acuerdos creativos, utiliza un lenguaje sencillo, permite encontrar soluciones de sentido común.

Sin querer extenderme mucho, ya que ello sería motivo de un trabajo específico sobre negociación, es bueno señalar los siguientes apuntes esenciales para lograr una buena mediación.

Entre los principios básicos que los abogados como participantes en la mediación deben considerar para realizar una negociación eficaz y fructífera se incluyen, entre otros:

1. Preparación para negociar.
2. Estilos de negociación.
3. Ofertas iniciales.
4. Fases de la negociación
5. Estrategias de la negociación.

Diferentes papeles que el negociador puede desempeñar en la negociación y que se denomina *estilo de negociación*:

- Competitivo

Cuyo objetivo es ganar a costa de que la otra parte pierda. Las estrategias empleadas por el negociador competitivo son básicamente desalentar el acuerdo, persuadir, ser firme, marcar límites, insistir, repetir, controlar, ser inaccesible. Beneficios: rapidez, decisión, preservación de valores esenciales, estabilidad. Costo: destrucción de las relaciones personales, pérdida de cooperación, cólera, entre otras.

- Colaborador

Cuyo objetivo es trabajar conjuntamente con la otra parte para encontrar una solución. Las estrategias que utiliza el negociador cooperador son, por citar

algunas: afirmar sus puntos de vista, invitando también a los otros a exponer los suyos; aceptar las diferencias; listar conjuntamente los puntos fuertes y débiles de cada aspecto del problema; cooperar en buscar información adicional. Beneficios: confianza y relación mutua; extensa cooperación; creatividad y desarrollo; energía positiva. Costo cuando se sobre utiliza: pérdida de tiempo; distrae respecto a tareas más importantes, detiene el análisis del problema.

- Conciliador

Cuyo objetivo es llegar a un compromiso, que acepta soluciones parciales a los problemas planteados, cuando las partes no ven posibilidad de llegar a una situación ganador-ganador. Estrategias: incitar a la moderación, regatear, partir la diferencia, lograr algo para cada parte, encontrarse a mitad de camino. Beneficios: relativamente rápido, proporciona un camino para hacer tablas, fácilmente comprendido. Costo cuando se sobre utiliza: mediocridad; acuerdos sin principios; posible ignorancia de las causas.

- Defensivo o esquivo

Cuya meta es evitar perder. El negociador esquivo no persigue ni sus propios intereses ni los de su adversario. Estrategias: abandonar, retrasar o evitar la respuesta. Beneficios: libertad para enredarse en cuestiones triviales y relaciones insignificantes; preservación del *status quo*; capacidad para influir a otros sin hacer nada. Costo cuando se sobre utiliza: frustración de los demás que desean colaborar; dependencia excesiva de los otros; niega las ventajas de la confrontación.

- Complaciente

En el que un negociador sacrifica ciertos intereses para mantener una buena relación con la otra parte, aún a costa de sus propias necesidades. Estrategias: consentir, reconocer el error, aceptar las exigencias del contrario. Beneficios: conseguir el acuerdo.

Respecto a las fases de la negociación, diversos estudios demuestran que hay cuatro fases predecibles por las que atraviesa cualquier negociación:

- orientación y posicionamiento
- argumentación, compromiso y búsqueda de soluciones alternativas
- punto muerto y crisis
- acuerdo o crisis final.

El papel de los abogados en la mediación

El *Diccionario de Economía y Finanzas* de Arthur Andersen define al abogado así: «abogado *advocate, attorney, barrister, counsel, lawyer, solicitor* Letrado. Licenciado en derecho. Persona que defiende a otra (inculpada) a la que se le imputan ciertos hechos».

De la definición transcrita, al abogado se le denota como el defensor de los inculcados, por lo que –asumimos– el abogado debe defender a su cliente a capa y espada por los hechos que se le imputan.

No obstante, esta figura defensora de los derechos de su *inculcado* puede tener cabida dentro de un proceso comunicativo de mediación, donde el principal elemento es la transmisión libre de ideas, en pos de la exploración de la superior alternativa factible a una situación dada.

Autores han considerado que la tarea fundamental de todo abogado, especialista en Derecho positivo, es representar intereses, defender de palabra o por escrito los derechos de sus clientes y obtener resultados encomendados. Es entonces, un negociador por excelencia. Base fundamental de toda mediación; toda vez que una mediación –en su definición más simple– puede considerarse como *una negociación asistida*.

En este mismo orden de ideas, considero que el papel primordial de los abogados radica en la ayuda que brindan para resolver los conflictos.

Por lo que la función del abogado –en principio– no dista de la realidad de la mediación empresarial: buscar un acuerdo satisfactorio para ambas partes; en virtud de que cuando un cliente busca a un abogado es porque tiene un problema, un conflicto que desea superar. Simplemente debemos ser más objetivos ante el afloramiento de los conflictos, con una mentalidad amplia y receptiva a nuevas ideas.

Dentro de una mediación empresarial, el abogado puede interpretar varios papeles: como mediador, que en todo caso debe levantarse su investidura de profesional del Derecho y desvincularse totalmente de las ciencias jurídicas de una manera activa, en el sentido, por ejemplo: de emitir opiniones de tipo legal, incluso en el supuesto de que haya o surjan inconvenientes de interpretación de normas legales. El abogado –ahora ejerciendo como mediador– deberá instruir a las partes que busquen un asesoramiento profesional sobre el tema, toda vez que el mediador –entre otras cosas– debe actuar de manera *imparcial*.

El profesional del Derecho también puede actuar como abogado de parte, en donde el rol del abogado tradicional litigante da paso a una nueva concepción de asesoramiento menos activo, más abierto a la comunicación y, sobre todo, creativo.

Una nueva visión de abogado mediador

Así como debemos tener una visión alterna de la concepción del conflicto, de igual forma debemos ver con otros prismas a los abogados que asesoran a las partes involucradas dentro de una mediación, ya que lo importante en este proceso no es quién gana, sino cómo ganan todos. Por ello, la mentalidad litigante, debe ser desplazada por una *visión integradora*.

Pedro Canalla Benítez considera que los abogados que representan a las partes dentro de una mediación, deben tener un objetivo en común: *alcanzar el arreglo*. Por consiguiente:

«Los adversarios legales se convierten en socios con el único propósito de investigar cómo resolver el conflicto. Cuando un abogado propone la intervención de un mediador en el caso, debe preparar a sus clientes para el papel que van a desempeñar, y explicarles el nuevo papel que él jugará como abogado. La tarea del abogado en este caso puede consistir, por ejemplo, en persuadir al cliente de que se centre en un tipo determinado de perjuicios, o que limite su declaración como testigo a un tema específico».

En otros países, además de los problemas normales de cobrar deudas y demandas laborales, también se presentan grandes demandas originadas por conflictos ambientales, que si bien, en Panamá aún no se aplica con gran extensión como en otros países, ya se está tomando conciencia de este nuevo foco generador de conflictos.

Uno de los grandes problemas que tienen las empresas en el día de hoy es encontrar el *abogado correcto*, no solo que conozca las diferentes ramas del Derecho, sino que ayude a reducir los conflictos generados por la actividad diaria comercial y gestionarlos de la forma más eficaz posible.

Una de las mejores formas de reducir los conflictos empresariales es evitar las demandas y los procesos judiciales, por lo que los abogados deben estar conscientes de ofrecer a sus clientes las mejores alternativas posibles frente a un conflicto determinado. Por ello, debemos cambiar nuestra mentalidad de confrontación a una visión más amplia, integradora, generadora de ideas y soluciones creativas, al margen del litigio y la confrontación.

Una forma de iniciar ese cambio estructural litigante es mediante la promoción de cláusulas compromisorias de utilizar métodos alternos de solución de conflictos, dentro de los acuerdos y contratos suscritos entre las entidades.

Como abogados, muchas veces estamos cegados por las normas y los códigos. Donde nuestra educación –generalmente– se ha centrado en litigar y ganar a toda costa, sin medir las consecuencias, mas no se nos ha enseñado a escuchar, que viene a ser el principal motor de una nueva visión que debemos desarrollar para resolver efectivamente los conflictos de todo tipo y, en especial, los de carácter empresarial, toda vez que en muchos casos, dependerá de nosotros entablar una demanda –costosa para las empresas que representamos– o iniciar un proceso comunicativo expedito y de bajo costo para nuestros clientes, como lo es la mediación.

No cabe duda que los abogados desempeñan un papel fundamental en la solución de los conflictos que se generan en el tráfico comercial y financiero dentro del contexto empresarial cubano, bien sea por la vía judicial o extrajudicial.

Sin duda alguna, los abogados son mediadores y conciliadores por excelencia, verdaderos profesionales especialmente capacitados para ayudar a las empresas a resolver sus conflictos a través de la mediación y la conciliación con imparcialidad y honestidad. Esto exige del abogado que domine ciertas habilidades y que conozca las tareas básicas como mediador-conciliador.

Una de las tareas básicas de los mediadores es asistir a las partes para que negocien mejor y más eficazmente. Se requiere para ello que los mediadores conozcan el arte y ciencia de la negociación, y que además transmitan su experiencia a las partes negociadoras en diferentes momentos: antes de la sesión de mediación, durante las sesiones conjuntas, o en las reuniones por separado con cada una de las partes. Los mediadores pueden educar, aconsejar y entrenar a las partes en las buenas prácticas de la negociación, y asistirles básicamente en las siguientes materias:

- Planificar y prepararse para negociar en el marco de la mediación.
- No moverse demasiado rápido hacia cuestiones de detalle, o hacia ofertas incondicionales de las que sea difícil retractarse.
- Advertir a las partes para que no negocien en primer lugar los temas más difíciles, o se aferren en discutir cuestiones complejas.

- Alentar la creatividad y la originalidad de ideas, impidiendo que las partes adopten posturas rígidas e inflexibles.
- Reaccionar ante ofertas y contraofertas que sean prematuras o simplemente provocativas.
- Plantear opciones realistas y prácticas en términos de viabilidad y duración del acuerdo.
- Ayudar a las partes a generar múltiples cuestiones, para evitar que se centren en un único problema o tema de negociación.
- *Salvar la cara*, cuando las partes hacen concesiones o cambian sus posiciones originales.

Tareas básicas del abogado como mediador-conciliador:

- Controlar el proceso, y emplear para ello tácticas adecuadas.
- Registrar los antecedentes de las negociaciones de cada caso.
- Asegurarse de que las partes estén autorizadas para negociar y adoptar acuerdos.
- Verificar la realidad de los hechos alegados por las partes.
- Determinar un espacio o área en la que el acuerdo sería posible.
- Revisar las ventajas del acuerdo, en cuanto a su certeza, inmediatez, economía, privacidad y control de su ejecución.

El abogado, en calidad de mediador, desempeña muchos roles en el proceso de mediación: moderador, maestro de ceremonias, percusor, creador de acuerdos, permite –además– que las partes examinen el conflicto desde diferentes puntos de vista, ayuda a definir las cuestiones y los intereses básicos y explora opciones que puedan ser mutuamente satisfactorias para las partes.

En resumen, convocar a las partes que están en conflicto y conseguir que negocien de buena fe; evaluar el conflicto con el propósito de identificar los intereses de cada una de las partes; facilitar la comunicación entre ellas; actuar como un agente de la realidad, ofreciendo a las partes una perspectiva independiente; generar alternativas y opciones; y alentar a las partes a asumir los riesgos precisos para dejar atrás el conflicto, son pues tareas básicas que debe asumir el mediador si quiere que la mediación culmine con éxito.

El abogado dispone de una serie de argumentos que le permiten convencer a su cliente de que debe o puede intentarse la mediación, entre los que se pueden señalar los siguientes:

- No hay nada que perder

Si las partes no alcanzan un acuerdo pueden continuar con el litigio. Ni los procesos judiciales ni los derechos de las partes se verán afectados por la mediación.

- El proceso es tan rápido como se quiera

El proceso puede terminarse en días o semanas, en lugar de meses o años como ocurre con los juicios.

- Menos costoso

Menor coste administrativo, legal, entre otras.

- Voluntario

Las partes pueden abandonar el proceso en cualquier momento.

- Confidencial

Los competidores no están presentes; no existe una publicidad adversa.

- No se sientan precedentes

Al ser un proceso privado e individualizado, no se sientan precedentes por el arreglo acordado.

- Las partes eligen a la persona neutral que deseen

Pueden elegir a alguien a quien conocen y que tiene experiencia en el tema en conflicto.

- Mejoran las relaciones

Las partes, al comprometerse a encontrar soluciones que satisfagan sus intereses mutuos, mejoran indudablemente sus relaciones, lo que no ocurre en los juicios.

- Más recursos

Se dispone de más recursos que en los pleitos: renegociación del contrato; consideración de cuestiones y factores no legales (cómo mantener las relaciones comerciales, o impedimentos emocionales para adoptar una decisión). Los participantes pueden, además, adaptar el proceso a sus necesidades (tiempo, duración de las sesiones, informes).

- Retención de control

En muchos conflictos comerciales las partes no desean ceder el control a otros.

- No se pierde el tiempo

La preparación para la mediación puede utilizarse para el juicio, si la mediación no consigue el acuerdo.

- Se reducen y clarifican las cuestiones

La mediación puede reducir las cuestiones a discutir en un juicio, caso de resolver parcialmente el conflicto.

- Se obtienen soluciones ganador/ganador

Solución cooperativa. Generalmente el acuerdo se consigue mediante compromisos. Las partes se sienten más satisfechas de alcanzar un resultado que beneficie a ambas, y que tenga en cuenta sus necesidades.

- Se solventan cuestiones complejas

Se puede designar una persona imparcial y experta en la materia a discutir. El proceso puede adaptarse designando expertos mediadores en diferentes áreas.

- Finalidad

La resolución que las partes adoptan, se ve reforzada con un contrato, firmado al final de las sesiones. Las partes están satisfechas del resultado conseguido con su propio trabajo.

- Elimina incertidumbres

Evita el miedo a un resultado impredecible de un pleito.

- Se alcanzan soluciones comerciales

A resultas de las amplias cuestiones e intereses que son tratados, se alcanzan soluciones *comerciales*.

- La credibilidad de las partes no se ve alterada.

Tratamiento de la mediación en el contexto empresarial cubano

Las salas de lo Económico han venido aplicando como normas procesales, las establecidas en el Decreto 89, Reglas de Procedimiento de Arbitraje Estatal, de 21 de mayo de 1981, con las adecuaciones introducidas en virtud de la Instrucción 141 de 27 de septiembre de 1991, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, siendo modificada su jurisdicción y competencia mediante el Decreto Ley 223 de 15 de agosto de 2001, De la Jurisdicción y Competencia de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares.

La experiencia acumulada en la práctica jurisdiccional de estas salas de justicia evidencia la necesidad de introducir cambios en las referidas normas procesales, orientados a alcanzar mayor judicialización en el proceso, preservando su flexibilidad en atención a la naturaleza de los conflictos de esta índole en correspondencia con las transformaciones operadas en la esfera de las relaciones económicas, mediante la aprobación de un procedimiento que pase a formar parte de la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

En lo que concierne a la materia civil, atendiendo al principio de racionalidad, la propia práctica ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir cambios en aspectos relacionados con la competencia atribuida a las diferentes instancias, con el objetivo de alcanzar el necesario acercamiento de la administración de justicia a problemas de la localidad, así como mayor celeridad en la decisión definitiva de los procesos, lo que –inequívocamente– tributa a su real objetividad, y ello puede materializarse trasladando a los tribunales municipales el conocimiento de pleitos de mayor cuantía o valor de los que actualmente conocen, reservándose como garantía procesal que sus sentencias sean recurribles en apelación ante la sala de esa especialidad del Tribunal Provincial que corresponda, en que debe quedar definitivamente resuelto el diferendo de que se trate, lo que por otra parte genera, como efecto colateral, el que asuntos de relativa escasa magnitud no requieran ser conocidos en casación, con el consecuente ahorro de tiempo que ello comporta.

En tal sentido, se emite el Decreto Ley 241 de 26 de septiembre de 2006, estipulando en el Capítulo V, De la Audiencia Preliminar y la Conciliación, el tratamiento que la LPCALE brinda en el artículo 771 a la audiencia preliminar y en los tres artículos siguientes a la conciliación.

Artículo 771: Contestada la demanda, o, en su caso la reconvencción, o vencidos los términos para hacerlo, el tribunal está facultado para realizar actuaciones de carácter preparatorio, incluida la celebración de audiencia preliminar para el saneamiento del proceso y la fijación del objeto del litigio, a cuyo efecto, dentro del término de los diez días siguientes, podrá:

- Incluir como demandado o demandados a quienes no aparecen como tales en la demanda; estándose en lo sucesivo a las disposiciones del artículo 765, precedente;
- Citar a las partes para precisar aspectos que a su juicio requieran de esclarecimiento o precisión;

- c. Exigir a las partes declaraciones, escritos y documentos suplementarios;
- d. Citar a dirigentes o funcionarios de los organismos que correspondan para facilitar documentación o información requerida en el proceso;
- e. Cualquier otra actuación indispensable, orientada a garantizar la sustanciación del proceso.

Artículo 772: En cualquier estado del proceso, cuando el tribunal aprecie que se hace necesario o aconsejable que las partes alcancen mayor grado de comunicación al objeto de establecer, o resolver por sí mismas, algunos de los extremos asociados a las pretensiones deducidas, puede fijar un plazo prudencial para que éstas procedan a conciliar.

En su caso, a solicitud de las partes, el tribunal podrá disponer una prórroga del término concedido para la conciliación.

Dentro del término fijado por el tribunal, o de la prórroga concedida, las partes vendrán obligadas a presentar a éste informe con los resultados alcanzados en la conciliación.

Artículo 773: Celebrada la conciliación, si las partes llegaran a acuerdo concluyente, el tribunal verificará los extremos que consten de la transacción e impartirá, en su caso, su aprobación mediante auto fundado por el cual se pondrá fin al proceso.

De ello se infiere que estamos en presencia de una *conciliación judicial* propuesta por el propio órgano judicial en cualquier estado del proceso –se puede interpretar como estado del proceso desde la diligencia previa hasta la demanda, celebración de audiencia preliminar, y otras– mediante una resolución judicial por escrito en forma de providencia. Las providencias son las resoluciones destinadas al impulso procesal o que no requieran dictarse en forma razonada, es por ello que los autores del presente trabajo nos inclinamos a este tipo de resolución.

Esta propuesta de conciliación “judicial” tiene por objeto establecer y alcanzar un mayor grado de comunicación entre las partes del litigio judicial y resolver por sí misma algunos de los extremos de las pretensiones deducidas dentro de un plazo que el propio tribunal fija de manera prudencial y que, a su vez, puede ser prorrogado por solicitud de las partes, conminándolas a que dentro del término fijado por el tribunal se presenten los informes de los re-

sultados alcanzados en la conciliación, el cual será sometido a consideración del tribunal que verificará los extremos de la transacción, y los tomará como fundamento para si las partes llegaran a un acuerdo, impartir mediante auto fundado su aprobación y puesta de fin al proceso.

De no tener lugar la conciliación, el tribunal se ajustará a lo establecido y dispuesto en el artículo 774.

Artículo 774: De no tener lugar la conciliación, o no llegarse a acuerdo en ella, el tribunal, con lo expuesto por las partes y lo deducido de las documentales aportadas, precisará y enumerará los puntos controvertidos y decidirá sobre la admisión de los elementos probatorios propuestos, citando a las partes para el día, la hora y lugar de la práctica de pruebas, dentro de los diez días hábiles siguientes de haberse efectuado la audiencia preliminar.

Con este procedimiento el tribunal quiere conseguir y llegar a evitar el enfrentamiento judicial entre dos empresas.

De este análisis y reflexión se infiere que este proceso judicial tiene por objeto el saneamiento del proceso y la fijación del objeto del litigio, lo que hace con suma elegancia a través de un proceso de conciliación que exige comunicación entre las partes, y que se acerca al estudio de la propuesta que desarrollamos en el presente trabajo, llevando a las partes a realizar una conciliación por solicitud del tribunal, lo que acentúa el concepto de *mediación*, que expresamos a continuación:

Cualquier procedimiento, por iniciativa privada, solicitado por un tribunal o previsto por el Derecho, en el marco del cual dos, o varias partes, están asistidos por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la solución de un litigio.

La mediación empresarial

La mediación empresarial tiene su fundamento en la equidad, privacidad, en la libertad de las entidades para solucionar sus propios asuntos, y en los legítimos intereses de todas las empresas que de un modo u otro se vean afectadas por un conflicto generado de una relación contractual en el tráfico comercial y financiero.

La mediación empresarial pretende por lo tanto:

- Reanudar o facilitar la comunicación
- Conseguir soluciones adaptadas a cada situación concreta

- Atender a las necesidades de cada empresa
- Alcanzar acuerdos duraderos.

La mediación va dirigida a todas las empresas que se encuentren inmersas en una situación de conflicto respecto a los derechos y deberes que emanan de una relación contractual, en el tráfico comercial y financiero, dentro del contexto empresarial cubano.

Entre los asuntos empresariales que pueden resolverse mediante la mediación se encuentran, entre otros, los siguientes:

- Relaciones con clientes y proveedores
- Relaciones con ejecutores y clientes
- Relaciones entre inversionistas y constructores.

Procedimiento metodológico para la ejecución del proceso de mediación empresarial

El proceso de la mediación se desarrolla mediante la combinación de reuniones conjuntas y, en su caso, por separado con objeto de que el mediador llegue a un mejor entendimiento de las diferencias entre las partes para poder ayudarles a resolverlas.

6. El número de sesiones depende generalmente de diversos factores como el número de asuntos que las partes desean resolver o la complejidad de dichos asuntos.
7. Las sesiones se efectuarán de manera conjunta con la presencia de los interesados y del mediador.
8. El mediador podrá reunirse individualmente con cada una de las partes cuando lo considere oportuno.
9. Cualquier asunto tratado en reunión individual será confidencial, y su contenido no será compartido por el mediador salvo permiso expreso.
10. Las partes podrán asesorarse por los profesionales que estimen oportuno.
11. Si las partes alcanzan un acuerdo sobre la totalidad o sobre alguna de sus diferencias, el mediador propondrá que los interesados, si lo consideran conveniente, acudan

a profesionales expertos con el propósito de que se informen sobre las consecuencias de sus acuerdos.

12. Confidencialidad e imparcialidad: Todos los mediadores serán imparciales respecto a las partes. La mediación es absolutamente confidencial. El mediador no divulgará a terceros ningún aspecto relativo a los asuntos tratados por las partes con él.
13. Para iniciar la mediación, es necesario que las partes acuerden por escrito su deseo de participar en dicho proceso.
14. La mediación concluye como resultado del acuerdo que alcancen las partes sobre la totalidad o sobre alguna de sus diferencias.
15. Del mismo modo, las partes de común acuerdo o individualmente pueden dar por finalizada la mediación en el momento que consideren oportuno.
16. También, el mediador podrá concluir la mediación, si considera improbable que sesiones adicionales ayuden a las partes a resolver sus diferencias.

Lo significativo de este procedimiento metodológico es que puede servir de base para lograr que la conciliación, establecida en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 241, se pueda ejecutar sujeto a reglas a seguir por las partes actuantes toda vez que la LPCALE –actualizada a tenor de dicha norma legal– es omisa en las reglas y el procedimiento a seguir en la realización de conciliación por solicitud del tribunal.

Resulta en extremo contraproducente que si bien la doctrina y el Derecho comparado definan la mediación como un proceso, procedimiento gratuito y exijan de la participación de un mediador; en cambio, el Decreto Ley 241 haga alusión a esta gratuidad, pero no se infiere la participación de un mediador, al no ser práctica de nuestro Derecho esta figura en la solución de los conflictos y litigios judiciales, que surgen en el tráfico comercial y financiero.

Es menester señalar que en la Resolución 160, de 28 de julio de 2006, en su resuelto tercero, sobre las tarifas por los servicios que se contratan por asunto determinado, en la pleca 10 se establece el importe de 300.00 pesos en moneda nacional por: “Participar como mediador para la solución de cualquier asunto de la entidad” sin que hasta la fecha se haya reportado en la contratación ingresos por concepto

de este asunto en particular, lo que nos pone en alerta sobre la ausencia de los conocimientos básicos en nuestra normativa jurídica en cuanto a la mediación y conciliación empresarial.

Conclusiones

1. La mediación es una técnica alternativa de resolución de conflictos, que el contexto empresarial cubano no puede seguir ignorando.
2. La mediación puede convertirse en una estrategia puesta al servicio de las entidades cubanas, y obtener a través de ella una mayor satisfacción de sus necesidades y más aún en este nuevo contexto cambiante, en el que tiene que operar actualmente las empresas en el país.
3. El Bufete Especializado en la atención a las personas jurídicas puede convertirse en el centro de mediación y conciliación que preste este servicio, a solicitud de las entidades cubanas y extranjeras.
4. Los abogados son mediadores y conciliadores por excelencia, verdaderos profesionales especialmente capacitados para ayudar a las empresas a resolver sus conflictos a través de la mediación y la conciliación con imparcialidad y honestidad.
5. Los abogados, consultores y asesores jurídicos pueden brindar asesoría legal a sus clientes durante todo el proceso de la mediación y la conciliación, y si las partes en conflicto los autorizan pueden incluso estar presente en las sesiones como mediador conciliador.
6. Beneficios de la mediación y la conciliación.
 - Es un proceso más rápido y sencillo que un juicio
 - Al resolverse el asunto, no hay ganador y perdedor, porque las empresas involucradas en el conflicto trabajan juntas en la construcción de un acuerdo con el que las dos estén conformes, por lo cual, son las personas que tienen el problema, quienes al final deciden su solución
 - El servicio es totalmente voluntario, confidencial y gratuito

- Se puede evitar ir a un proceso judicial que podría ser largo y desgastante.
- Ayuda a que las empresas que tienen un problema, si así lo desean, puedan conservar en buenos términos su relación comercial y financiera futura.

7. La metodología de la mediación puesta al servicio de todo el mundo empresarial puede ser aplicada en nuestro entorno jurídico como alternativa para la solución de los conflictos extrajudiciales, en sentido general, y la solución de litigios judiciales en cualquier estado del proceso mediante la conciliación.
8. La conciliación que establece el Decreto Ley 241 requiere de una metodología complementaria al procedimiento judicial para su ejecución, con el auxilio jurídico de abogados mediadores conciliadores del Bufete responsabilizado con este servicio.
9. La mediación es un procedimiento voluntario, gratuito, confidencial y flexible que requiere de un procedimiento metodológico para su ejecución, y lograr los fines generales y particulares de esta técnica alternativa de solución de conflictos.

Recomendaciones

Para enfrentar la situación práctica de la utilización de la mediación en nuestro contexto empresarial es preciso:

- Instruir, además de los empresarios y dirigentes, a los asesores jurídicos sobre el procedimiento metodológico de la mediación empresarial en la solución de conflictos extrajudiciales y litigios judiciales.
- Solicitar a la UNJC la potenciación, a través de eventos, de las técnicas de mediación que coadyuven a fomentar y difundir la mediación mediante programas de formación y capacitación.
- Solicitar al Ministerio de Justicia que establezca una norma de mediación procesal, que introduzca explícitamente en nuestro contexto jurídico la mediación.
- Solicitar al Tribunal Supremo Popular que, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 241, determine el procedimiento metodológico

complementario para realizar el proceso de conciliación como una alternativa de solución del conflicto judicial en cualquier estado del proceso económico.

- Solicitar al Ministerio de Justicia que derogue lo establecido en la Resolución 160 en su Resuelto Tercero, pleca 10, y se disponga la participación de los abogados como mediador-conciliador de manera gratuita, en los litigios que se soliciten por iniciativa de las partes o decisión del tribunal.

Bibliografía

Andersen, A.: *Diccionario de Economía y Negocios*, Ed. Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1999.

Álvarez Trongé, M.: *Técnicas de negociación para abogados*, 2.^a ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

Ciprián, R.: *El papel del abogado*, 2.^a ed., Ed. Centenario S.A., Santo Domingo, 2001.

Díaz López, L.: *El Derecho en América en el periodo hispánico*, Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1989.

Diez, F. y G. Tapia: *Herramientas para trabajar en mediación*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1999.

Floyer Acland, A.: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos de las Organizaciones*, 1.^a reimpr., Ed. Paidós, España, 1997.

Folberg, J. P. y T. Jones (comps.): *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Ed. Paidós, Argentina, 1997.

Gottheil, J. y A. Schiffrin (comps.): *Mediación: una transformación en la cultura*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1996.

Kolb, D. M. et al.: *Cuando hablar da resultado. Perfiles de mediadores*, [s.d.e.].

Singer, L. R.: *Resolución de conflictos*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1996.

Slaikew, K. A.: *Para que la sangre no llegue al río*, Ed. Granica, Buenos Aires, 1996.

Suárez, M.: *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1996.

Ury, W.: *¡Supere el no! Cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas*, Grupo Ed. Norma, 4.^a reimpr., Colombia, 1995.

Vinyamata Camp, E.: *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1999.

Legislación consultada

Reglamento de Conciliación y Mediación del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá de 1999.

Sitios web consultados

<www.aryme.com>

<www.aryme.com>

<www.bufetgest.com>

<www.carmanet.com.mex>

<www.ces.ceridian.com>

<www.derecho.com>

<www.dicarlolaw.com>

<www.findarticles.com>

<www.fortune.com>

<www.inter-mediacion.com>

<www.legalinfo-panama.com>

<www.longandshortofprofits.com>

<www.mcc.org>

Acciones para la gestión y gerencia de activos de Propiedad Industrial como alternativas para evitar conflictos con terceros

M.Sc. YOANNY YANES MÉNDEZ*

Introducción

Tradicionalmente se ha restringido el análisis de la solución de conflictos en todas las materias, incluida la propiedad industrial, a la situación conflictiva *per se*, es decir cuando ya está creada la situación contradictoria o violatoria que presupone el enfrentamiento entre partes y el quebrantamiento normativo. Sin embargo, considero que no sería desacertado dedicarle tiempo, recursos y espacio para razonar el modo en que pudieran evitarse los litigios que en el comercio actual se originan en esa materia, buscando la participación activa de juristas insertados en grupos multidisciplinarios durante todo el proceso de Investigación y Desarrollo (en lo adelante I+D) pasando por las actividades de interface.

Claro, esa acción preventiva no alcanza el ejercicio arbitrario e intencional del *infractor* de quebrantar efectivamente los derechos de otros. Solamente surtiría efecto, y es una de las prácticas que más se realizan en el mercado, en aras de evitar infracciones de derechos por el actuar inconsciente, ya sea para que organizaciones cubanas no violen los de terceros o de modo que estas tengan una vigilancia tecnológica sobre el actuar de aquellos, independientemente del elemento intencional o negligente.

En cuanto a los litigios –según la doctrina– puede decirse que se resuelven de dos formas: *consensual* (incluye la mediación, la conciliación y la negociación) y *adjudicativa* (incluye la vía judicial, la arbitral y la administrativa).¹ La consensual supone que las partes intervinientes en el conflicto llegan a un acuerdo que supere las discrepancias existentes, sin necesidad de que intervenga un tercero ajeno a ellos,

y en caso de que lo haga, no ofrecerá la solución de la litis ni mucho menos podrá obligar a las partes a su sometimiento, sino más bien sirve para interactuar entre los litigantes. En cuanto a la adjudicativa se trata de aquellos supuestos en los que interviene un tercero para solucionar la litis, imponiendo a las partes a que acaten su decisión, la que resulta, por tanto, de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, a juzgar por los resultados que se obtienen en los procesos anteriores, muchas veces no se logra un pronunciamiento acogedor relacionado con las pretensiones de las partes, o hay que ceder en cuanto a los objetivos que se proponen; además del desgaste financiero, humano, informativo y la repercusión publicitaria que –en ocasiones– alcanza proporciones irreversibles. Visto así, considero aconsejable entender que el mejor litigio es el que no se realiza. Claro, siempre habrá quien tenga que acudir a enfrentar a otros porque son quienes lesionen sus derechos.

La propiedad industrial, en el caso que nos ocupa, no escapa a lo abordado hasta el momento. Si a ello le agregamos el amplio espectro que abarca con la inclusión de aquellos bienes inmateriales, que se traducen en una realidad material en la industria y en el comercio, entre los que se encuentran las invenciones, los modelos de utilidad, los modelos y dibujos industriales, las marcas y otros signos distintivos como lemas comerciales, rótulos de establecimientos, indicaciones geográficas (incluidas las denominaciones de origen e indicaciones de procedencia), Podemos concluir que hablar de un conflicto en esta materia, es algo común en el tráfico comercial y jurídico contemporáneo.

Desde otra óptica, considero que la opción más aconsejable, es tener por conflicto solucionado aquel que logra evitarse, más aún por las peculiaridades de la propiedad industrial. No es un juego de palabras, ni apreciación contradictoria o simplista de cómo resolver lo que nunca se desarrolla.

En todo conflicto o litigio siempre hay un transgresor y una transgredida, pese a que *en ocasiones* las posiciones se superponen, así como quien quebrante los derechos del actuante conforme a ley. En la materia que interesa, ocurre mayormente por una deficiente o insuficiente gestión, gerencia y comercialización de sus activos intangibles, lo que provoca la infracción de derechos de terceros.² Incluso,

* Subdirector del BES. Máster en Propiedad Intelectual, por la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial.

¹ Véase J. Odriozola Guitart: «El sistema empresarial y la propiedad intelectual en Cuba», *Formación Jurídica para Cuadros del Estado*, p. 63.

² Sin negar la existencia de piratas en el mercado, que se dedican habitualmente a esas prácticas violatorias.

ni el supuesto afectado *escapa a* una deficiente estrategia en la I+D porque si hubiera gerenciado y custodiado acertadamente su activo de propiedad industrial, no se hubiera producido la lesión del derecho, o al menos evitado mayores consecuencias, al mantener un nivel de actualización y seguimiento de las acciones realizadas por terceros que pudieran interferir en sus derechos. Digo esto porque hay quienes no cuentan tan siquiera con el respaldo financiero necesario para enfrentar un proceso judicial que a veces sobrepasa el millón de dólares estadounidenses.³

Si esa realidad la llevamos al plano nacional, donde la estrategia de I+D responde a planes estratégicamente concebidos por la dirección del país, sobre todo los del Polo Científico, y por tanto, es reducido el número de organizaciones que cuentan con el capital financiero para hacer frente a un pleito en la arena internacional,⁴ entonces –independientemente de la estrategia seleccionada en cuanto a la protección por patente o su mantenimiento en secreto– habrá que seguir una serie de acciones bien estructuradas y organizadas con el propósito de evitar conflictos con terceros.

De esa forma, con el objetivo de ofrecer una serie de acciones que pudieran tenerse en cuenta en el proceso de gestión, gerencia y comercialización de los activos de propiedad industrial, y coadyuvar a evitar conflictos con otros, y ¿por qué no? aumentar el espectro de intervención y asistencia de los abogados en los procesos descritos en aras de estar capacitados para servir, junto al resto del equipo multidisciplinario que debe formarse, como fuente obligada de consulta para actuar, y no como consuelo para enmendar. De esa forma, se propone este trabajo,

³ Según cifras publicadas en el 2002 por la revista *Innovación & Transferencia de Tecnología* (vol. 1), los costos por honorarios de agentes traducción, tasas de renovación, concesión, examen y archivo, pueden llegar hasta los cincuenta mil euros en la Comunidad Europea, diez mil euros en los Estados Unidos y quince mil euros en Japón. En tanto, el costo promedio de un litigio de patentes en Estados Unidos puede sobrepasar el millón de dólares por partes intervinientes, y si se trata de un proceso complejo, puede llegar hasta los cien millones de dólares gastados por cada demandante y demandado.

⁴ No me extiendo a la nacional porque hasta el momento, no conozco ninguna situación litigiosa entre organizaciones cubanas, que comprenda alguna de las modalidades de la propiedad industrial, al menos con trascendencia ante órganos judiciales o arbitrales.

basado en las Pautas Rectoras, contenidas en el Sistema Nacional de Propiedad Industrial, que persigue ofrecer una serie de acciones que pudieran realizarse en el proceso de Investigación y Desarrollo (I+D) destinadas a no lesionar derechos de terceros en esa materia y custodiar los que se generen por la organización.

Premisas para la gestión de activos intangibles de propiedad industrial como complemento para evitar conflictos con terceros

Para lograr una efectiva seguridad jurídica, traducida en evitar conflictos con terceros que puedan originarse por irresponsabilidad de la organización, nunca debe pensarse que basta con el registro –de ser procedente– ante la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (OCPI) –en el caso de Cuba– o en las Oficinas homólogas de países extranjeros. Desde que se concibe la idea de obtención de un producto o procedimiento, se necesita realizar un conjunto de acciones que faciliten la toma de decisiones durante todo el proceso a recorrer desde la I+D hasta su introducción en el mercado.

Téngase en cuenta que en todo este proceso el conocimiento estará disponible en dos formas fundamentales: codificado o tácito. Ambos devienen Imprescindibles para la concesión de licencias de propiedad industrial (patentes, marcas y *know-how*, entre otras) hacia empresas de países extranjeros y para no lesionar derechos de terceros, que lleven a la organización a un proceso judicial sin límites.

Una inadecuada administración de todo este proceso, desde que se concibe la idea pasando por su gestación técnica y de imagen, hasta su salida productiva –además de no contar con garantía jurídica alguna– impide disponer de una tecnología suficientemente desarrollada con el máximo de garantías en cuanto a su competitividad tecnológica y su capacidad de no infringir derechos de terceros.

Todo este proceso conducirá –asimismo– a conocer sus atributos para satisfacer demandas de mercados, con similares condicionantes a las que caracterizan al mercado cubano en sus diferentes sectores económicos.

Con el propósito de lograr la efectividad de estas etapas y evitar conflictos con terceros, en ellas se deben insertar e integrar una serie de acciones

a ejecutar, que tienen a su vez una integración de forma coherente, armónica y sistémica. Estas son:

1. Consulta de la información de propiedad industrial en general y de patentes en particular
2. Evaluación del estado de la madurez o suficiencia de la investigación.
3. Protección legal en Cuba y en el extranjero, o su mantenimiento en secreto
4. Custodia de la información no divulgada.
5. No infracción de derechos de terceros
6. Protección de la apariencia exterior u ornamental del producto
7. Planificación de gastos
8. No incurrir en actos de competencia desleal
9. Preparación de funcionarios.
10. Valuación de los intangibles de propiedad industrial.
11. Transferencia de los resultados obtenidos
12. Implementar un Sistema Interno de Propiedad Industrial.

Consulta de la información de propiedad industrial en general y de patentes en particular

El adecuado seguimiento a las condiciones en que se encuentra el nivel de la técnica posibilita visualizar las alternativas tecnológicas, que pueden consistir –incluso– en desechar la idea de realizar la investigación. Entiéndase que si ya existe en el mercado la solución que se pretende obtener, valdría la pena cuestionarse si se incurre en gastos de recursos para su obtención, debiendo valorarse la posibilidad de adquirirse mediante una transferencia de tecnología desde el exterior. Para ello valoramos los riesgos que se asumen, al trabajar sobre lo que propiedad de otro.⁵

⁵ Por supuesto que tendrá que analizarse si el producto o procedimiento en cuestión está registrado en Cuba, dado el marcado carácter territorial de los Derechos de Propiedad Industrial.

No obstante, aclaramos que no necesariamente debe interrumpirse la investigación y desarrollo de determinada tecnología por estar patentada por terceros, pues pudiera cambiarse la estrategia de investigación y obtener una tecnología diferente a las que ya existen.

Los principales documentos que se deben consultar, son el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*, las descripciones de patentes (describe resultados de investigaciones aplicadas), revistas técnicas especializadas así como las leyes y otras normas jurídicas específicas de la materia.

El *Boletín Oficial*, emitido por la OCPI, contiene informaciones formalizadas –según normas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual– dentro de las que se pueden destacar el nombre del solicitante y el objeto de la solicitud, además de aquel a quien efectivamente se le concede el derecho exclusivo. Se hace con el objetivo de otorgarle publicidad al *acto* de solicitud y concesión, de manera que los terceros hagan sus observaciones (si carecen de derechos) y sus oposiciones (si tiene justo título, que acredite sus derechos para hacer ver que están siendo interferidos).

El estudio de la literatura de patentes, conocida como «búsqueda del estado del arte», debe efectuarse además de la búsqueda en la literatura técnica, pues constituyen excelentes fuentes de información y no se excluyen. La primera es de consulta forzosa puesto que, por su razón de ser, contiene soluciones conocidas para problemas análogos.

La pesquisa debe realizarse sobre los adelantos que se disponen y la tecnología que haya sido registrada por otros de la misma esfera de la empresa que se encuentra investigando o desarrollando una nueva tecnología, para conocer quiénes son los líderes en el sector y disminuir considerablemente la posibilidad de infringir derechos de terceros, con el peligro conflictivo que representa, así como conocer la evolución en el tiempo de los cambios tecnológicos, sus tendencias de desarrollo y las posibles oportunidades competitivas.

Resulta imprescindible destacar que la consulta e investigación se realice por un personal calificado y especializado en la documentación de patentes, para lograr una electiva y amplia interpretación de las informaciones, elementos técnicos y datos contenidos en los documentos analizados.

Este paso permitirá conocer el estado del arte antes, de realizar las investigaciones aplicadas, en el transcurso de estas y una vez que terminen, así como en el lapso de la preparación de la producción en la etapa de interface.

Evaluación del estado de la madurez o suficiencia de la investigación

Este análisis constituye una garantía para el investigador de que su producto o su procedimiento satisface las exigencias requeridas para la solución del problema planteado con diferentes opciones análogas, que posibilite no descubrir el *know how* y que puede ser protegido mediante alguna de las vías legales, al efecto establecidas por la propiedad industrial (patentes de invenciones, modelos de utilidad o modelos o dibujos industriales).

La evaluación del grado de madurez de la investigación debe realizarse con vistas a determinar también.

- Si la solución que se ofrece es necesaria, o tiene ventajas competitivas respecta a otras ya existentes, o de lo contrario, puede sustituir otra solución que ya concurre en el estado del arte
- Si la investigación debe ser madurada para que permita aumentar los conocimientos sobre sus propiedades y cualidades, de manera que permita ofrecer al público un mayor número de sus propiedades, y fortalecer así la patente mediante la cual será protegido, incorporando, por tanto, mayor valor al producto.
- Si satisface los requisitos de novedad, aplicabilidad industrial y nivel inventivo suficiente exigidos por las legislaciones nacionales vigentes, para ser protegido mediante patente de invención, o a través de un modelo de utilidad.
- Si el resultado obtenido hasta el momento es sustancialmente diferente a los ya existentes en el estado del arte, a constituye una mejora a los ya conocidos. En el primer caso, se pudiera proteger mediante una Patente de Invención, y en el segundo, de ser factible, mediante una Patente de Invención de Adición.

Con esta opción se valora la posibilidad de introducir al mercado un producto fuerte, que otros no puedan copiar con facilidad y, por tanto, disminuya la posibilidad de infracción de derechos de la organización, lo que equivale a minimizar la presentación de reclamaciones contra terceros en calidad de demandados.

Protección legal en Cuba y en el extranjero o su mantenimiento en secreto

Protección en Cuba y en el extranjero

Para la protección de la nueva obtención por patente se necesitan, primeramente, tener bien claro qué es una invención, una patente y cuáles *son* los requisitos que se deben cumplir para proteger mediante esa vía la nueva obtención.

La patente no siempre es concedida al creador de la invención. En el caso de las invenciones laborales, la titularidad sobre la nueva creación se le otorga a la entidad empleadora quien otorga financiamiento para que grupos multidisciplinarios se dediquen a esta actividad, y no a personas aisladas – como se hacía antes – pues el desarrollo tecnológico nace prácticamente imposible que personas físicas independientes desarrollen por sí solos nuevos productos patentables.

En Cuba, según el artículo 22 del Decreto Ley 68/93, se considera una invención patentable a la «solución técnica de un problema de cualquier rama de la economía, la defensa, la ciencia o la técnica que posea novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial».⁶

En la anterior definición se expresan tres requisitos universalmente aceptados, que debe tener una invención para ser protegida.

Según el propio Decreto Ley 68/93 se considera que una invención posee novedad:⁷

«Si antes de la fecha de prioridad de la solicitud esta no ha sido presentada en Cuba y la esencia de la misma no ha sido revelada de forma oral o escrita en la República de Cuba o en el extranjero, para un círculo indeterminado de personas, hasta tal punto que sea posible su realización. No se considera revelada la invención si dentro de los seis meses anteriores a la fecha de prioridad el solicitante exhibe la misma en una exposición internacional oficial u oficialmente reconocida» (artículo 40).

⁶ Decreto Ley 68 de 14 de mayo de 1983, De Invenciones, Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de Origen, pp. 81-86.

⁷ *Idem.*, p. 11.

Seguidamente en su artículo 41 se considera que «una invención posee actividad inventiva si sus características distintivas esenciales superan las soluciones técnicas conocidas y si además dicha invención no se deriva de manera evidente del estado de la técnica».⁸

Por último, el artículo 42 señala que una invención puede ser aplicada industrialmente, «si puede ser fabricada o utilizada ventajosamente en la economía, la producción, la ciencia la cultura la salud la agricultura o la defensa del país».⁹

Realmente, para la protección de las invenciones mediante patentes, no basta con que cumpla los requisitos antes mencionados. Se requieren otras consideraciones técnicas y legales para que no se deniegue la solicitud o se le causen demoras a la concesión de la patente. Las legislaciones nacionales y el Acuerdo sobre los ADPIC establecen la necesidad de que la descripción de la invención sea suficiente y clara para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate, puedan llevar a efecto la invención, facultando a los Estados miembros a exigirle al solicitante que indique la mejor manera que domine, de lleva a efecto la invención, que conozca el *inventor* hasta el momento de presentación de la solicitud, de conformidad con la teoría filosófica que sustenta la concesión de derechos tipo monopólicos.

Otro de los requisitos exigidos es la posibilidad de que la invención pueda ser protegida según la rama de la técnica de que se trate, y el ordenamiento legal interno, pues, aun cuando en el propio Acuerdo sobre los ADPIC se establece en el artículo 27.1 que las patentes podrán obtenerse para todas las invenciones, más adelante, en los apartados 2 y 3 del propio artículo se enumeran ciertas exclusiones generales y específicas—respectivamente—ala patentabilidad (ver anexo 3). La legislación cubana, al pronunciarse al respecto, recoge expresamente cuáles son objetos de invención (artículo 37 del Decreto Ley 68/93) y cuáles no se reconocen como objetos de invención (artículo 38 del Decreto Ley 68/93, ver anexo 4) a pesar de haberse definido de forma general en qué consiste una invención patentable, como se expuso anteriormente.¹⁰

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Desde luego, esta legislación no se ha adaptado al marco normativo del Acuerdo. Téngase presente que el Decreto Ley 68 data de 1983, mientras que el Acuerdo sobre los ADPIC se emite en 1994.

A modo de resumen, puede decirse que para considerar patentable una invención se requiere el cumplimiento de cinco requisitos:

- Novedad
- Actividad inventiva
- Aplicabilidad industrial.
- Suficiencia de la descripción.
- Pertenecer a una rama de la técnica (en sentido amplio) donde se permita la patentabilidad según *lege*.

Concluir si un nuevo producto o procedimiento es considerado una invención, y luego si esta es patentable, resulta una tarea compleja para la cual se requiere la investigación documental del estado del arte con arreglo a conocimientos especializados por eso la importancia que se le otorga al estudio de bibliografía especializada, principalmente la Documentación de Patentes sin lo cual no se pudieran determinar los requisitos de patentabilidad de la nueva obtención.

En caso que no llegue a cumplir los requisitos de una invención, pudiera verse la posibilidad de protegerlo como modelo de utilidad, por ello resulta conveniente expresar algunas consideraciones para que sean tenidas en cuenta dada la similitud que presentan estos con las invenciones y la falta de protección con que cuentan en Cuba lo cual puede provocar la omisión o Imprevisión del registro en aquellos países donde su protección es aceptada y se vayan a comercializar.

Los modelos de utilidad se reconocen en el campo de la mecánica, requiriendo de la novedad para su protección pero generalmente el nivel inventivo exigido es menor que el de las invenciones

En el mundo son pocos los países que protegen los modelos de utilidad (alrededor de veinte). Algunos de ellos otorgan patentes para su protección, mientras que otros lo hacen mediante pequeñas patentes, o los consideran *innovaciones de utilidad*, aunque siempre con las características de otorgar menor periodo de protección y necesitarse un menor desembolso para la adquisición y el mantenimiento de los derechos.

Mantener en secreto la invención (know-how)

Esta etapa de análisis no está dirigida a la situación caracterizada por el hecho de mantener en secreto una invención, sin utilizarse por su poseedor ni ser introducida en el mercado, lo cual puede estar

motivado, entre otras causas, porque tal vez tengan que realizar importantes inversiones, sustituyendo bienes de capital no amortizado, realizar otro tipo de inversión en infraestructuras muy costosas, o abordar una línea de producción que no sabe qué utilidades pueda producir.

Dicha actividad tiene el propósito de determinar si en esa fase del conocimiento de la invención, a tenor de sus características particulares, deba ser mantenida en secreto, debido a que la nueva obtención no es protegible por la propiedad industrial al no cumplir los requisitos exigidos para ello, o, siendo protegible, su titular ha decidido mantenerlas en la esfera de la intimidad, pues considera que le aporta mayores ventajas competitivas. Ello significa custodiar conocimiento, o lo que es lo mismo, a la invención, a través de medidas que impidan a terceros el acceso no autorizado.

Si resultare protegible, y no se registra, entraña un riesgo considerable para su titular, pues un tercero puede apoderarse del método de obtención del producto o del procedimiento y registrarlo a su nombre. No obstante, hay cierta cantidad de productos de diferente índole para los cuales es difícil establecer su método de producción a partir del análisis del producto; es decir, establecer a partir de sus características cuál entre varios procedimientos objetos de patente, fue utilizado. En estos casos la *carga de la prueba* (en situaciones de litis) para uno de estos titulares resulta generalmente impracticable, en consecuencia, la protección por patente no aporta beneficio alguno y resulta mejor mantener el secreto. La misma solución pudiera adoptarse cuando la publicación de la patente que se pretende solicitar, solo contribuya a aportar información a las firmas competidoras.

En el supuesto que se opte por la estrategia del secreto, se debe compartimentar toda la información y guardarla bajo un estricto régimen de confidencialidad, de manera que le asegure a la empresa que es la única poseedora de esa información, quedando proclive a la rúbrica de contratos con aquellos terceros interesados en su obtención. Esto se debe a que el *know-how* no cuenta con una protección de derecho, pero sí de hecho, lo cual garantiza que los competidores no puedan imitar lo que no conocen, de ahí la importancia de su confidencialidad.

Si se le ha dedicado espacio a este acápite es porque de su análisis pueden derivarse decisiones importantes en la I+D de un producto, en aras de evitar conflictos con terceros. Por un lado, conociendo los

requisitos de patentabilidad y vinculándolos con la nueva obtención puede determinarse su resulta protegible por patente, además de conveniente, según la estrategia de mercado que defina la organización, posibilitando entonces obtener derechos oponibles a terceros que intenten quebrantarlos. De otro lado, posibilita que la entidad, en la búsqueda de la novedad que se requiere, domine las invenciones patentadas por otros y cuente así con información técnica valiosa a utilizar en la toma de decisiones sobre la línea de investigación, de modo que pueda reorientarla para no infringir derechos de terceros.

En cuanto al *know how*, casi siempre, y eso es para no ser absoluto, estará presente en las nuevas obtenciones que pueden abarcarla a ella en sí misma o estar anexo a una patente. Su tratamiento y aseguramiento va dirigido fundamentalmente a que terceros no puedan acceder a él mediante actos ilícitos, lo que desencadenaría un litigio¹¹ en potencia, dada la ausencia del reconocimiento de derecho material sobre aquella.

Custodia de la información no divulgada

El conocimiento está considerado uno de los principales activos de la empresa, luego un uso inadecuado, más allá de lo que se debió comunicar, pudiera ocasionar graves perjuicios, como la pérdida del requisito de novedad para patentar determinado producto.

Estos mecanismos deben implementarse independientemente de la estrategia que *haya* seguido el actor en cuanto a la patentabilidad de la obtención o su mantenimiento en secreto,¹² aunque siempre recomendamos que si no se protege por patente la invención obtenida se incrementen las medidas tendientes a asegurar el uso adecuado de la información.

Resulta erróneo pensar que cuando se protegen mediante una patente las invenciones obtenidas, se puede obviar el cumplimiento de lo dispuesto en esta fase por haberse expresado todo lo relativo a la forma de obtención del producto o procedimiento en la patente, lo cual nunca suele ocurrir.

¹¹ Si otra organización accede a una información o conocimiento por su propia investigación, sin actos deshonestos, quien la ostente como un *know how*, no podrá impedirle su utilización.

¹² Véase supra Actividad Consustancial 3.ª.

Pese a que numerosas legislaciones establecen que el contenido de la solicitud de una patente sea descrito de la mejor manera, resulta inútil describir cada uno de los parámetros del procedimiento, debido a su posible dependencia de las condiciones ambientales, como la temperatura y el agua, además de fuentes específicas de suministradores de materia prima, la utilización de una marca determinada de la maquinaria de producción o procesamiento, mencionar algunos.

Además, por mucho que se pueda describir en una patente, nunca podrán plasmarse las habilidades y pericias que poseen los tenedores del conocimiento como parte de su actividad intelectual.

Para mantener en secreto todos los conocimientos que resulten novedosos y útiles, será necesario signar contratos de confidencialidad (no divulgación) entre el empresario y los trabajadores, o personal en general, que de una forma u otra tengan acceso a la investigación, así como entre el empresario y las partes a las cuales se les cede el producto mediante licencia con el propósito de proteger de esa forma la información contenida en dichos productos y que ha sido revelada a la parte adquirente para su utilización.

Resulta necesario destacar que la información sobre la obtención de un nuevo producto, o la mejora de uno ya existente, será entendida como secreta una vez que la entidad haya tomado las medidas necesarias para mantener su confidencialidad, de modo que, aun cuando en el establecimiento se considere de alta secretividad la investigación, si no se realizan las acciones correspondientes, no será tenida por secreta la información, y en consecuencia, no se podrá exigir responsabilidad penal o civil en virtud de su divulgación a terceros.

Esto viene a complementar lo visto en el punto tercero porque es una acción a realizar independientemente de que se mantenga en secreto, o no, la nueva obtención. Con ello, la organización evita el acceso de terceros a su *know how* y la ocurrencia de pleitos a tenor de ese concepto.

No infracción de derechos de terceros

Según lo requiera la investigación (en dependencia de los avances tecnológicos existentes, la frecuencia de las mutaciones en el sector, la fuerza de los principales competidores, novedad de la posible obtención, entre otros) en cada etapa deberá realizarse, como sustento, un análisis de la documentación de

patentes y otras afines para conjugar los nuevos resultados que se vayan obteniendo con los ya existentes en el estado del arte. De esa forma se obtendrá información para determinar en qué línea trabajar, hacia donde proyectarse, y, en caso de que se obtenga primero el resultado esperado por otro centro, se hará más factible la toma de decisiones en cuanto a las posibles mejoras o reivindicaciones futuras.

Algunas de las medidas que deben Tener en cuenta las entidades, para no infringir derechos de terceros y evitar conflictos por ello son las siguientes:

- Cuando se proyecte la obtención de un determinado producto o procedimiento-, debe hacerse un estudio de la información de patentes para determinar en qué situación se encuentra el posible resultado a obtener, y si *ya* está registrado por otro competidor. La consulta de esta documentación debe realizarse independientemente de que se haya consultado el *Boletín Oficial*, pues en este último se publican las solicitudes de protección a los dieciocho meses, como mínimo, después de haberse realizado la solicitud, quedando un margen de tiempo entre la solicitud de la protección (momento a partir del cual ya se le confieren derechos al solicitante) y su publicación, en el cual hay un desconocimiento público sobre esta situación.
- En caso de estar patentado el objeto del proyecto que pretende realizar la entidad, se debe determinar la validez o no de la patente. En caso de invalidez la empresa podría fabricar o comercializar el producto o procedimiento de que se trate.
- Cuando resulta evidente que se infringen derechos de terceros, y no es posible obtener ninguna reivindicación, en la etapa inicial de desarrollo del producto (de ser posible debe hacerse en la etapa de investigación), se puede llegar a un arreglo con el titular para que otorgue una licencia a la entidad. De no llegarse a acuerdo, lo mejor sería abortar la investigación o buscar otra forma de protección del producto o procedimiento que se pretende obtener.
- Cuando la empresa determinó que no infringe derechos de terceros, puede continuar con su investigación sin dejar de consultar periódicamente las descripciones de patentes y otros documentos y *Boletines* sobre la propiedad industrial.

Protección de la apariencia exterior u ornamental del producto

Normalmente, las nuevas obtenciones cuando se lanzan al mercado, lo hacen con signos identificativos que los distinguen de sus similares en el comercio. En la selección y utilización de esos signos también puede concurrir un litigio potencial presentado por quien se crea con mayor derecho, o provocado por quien lesione los derechos que ostenta la organización titular del nuevo producto. Luego, aquí también se precisa de acciones y conocimientos concretos que ayuden a evitar conflictos con terceros.

De esa forma, además de patentar el producto obtenido, se podrán registrar como:

Dibujos y modelos industriales

Se considera, como tal, a toda forma volumétrica o plana, si contando con una apariencia externa especial, puede ser fabricado industrial o artesanalmente, se diferencia de sus similares por su forma y ornamentación, y esta le confiere novedad y progresividad. Nos estamos refiriendo al envase o embalaje del producto.

La mayoría de las legislaciones exigen una novedad mundial, la que se deduce del análisis de modelos conocidos o usados, aplicándose para este examen similares consideraciones a las que rigen el examen de la novedad de invenciones.

La progresividad implica que no exprese una idea banal, y que se diferencie por la forma, configuración u ornamentación de sus similares.

Marcas de fábrica o de comercio

Cualquier nombre no puede ser considerado una marca según el artículo 2 inciso a) del Decreto Ley 203 de 24 de diciembre de 1999, De Marcas y otros Signos Distintivos, solo puede constituir una marca «todo signo o combinación de signos, que sirva para distinguir productos u servicios de sus similares en el mercado». Más adelante, en el artículo 3 establece cuáles son los signos que pueden constituir marcas y en los artículos 16 y 17 las prohibiciones absolutas y relativas, respectivamente, para conceder el registro de las marcas.

Para registrar una marca no se requiere que identifique una tecnología de avanzada, luego puede tratarse de simples productos o servicios.

La utilización de la marca puede generar prestigio para la empresa, además de un determinado valor que ella ostenta, cual bien intangible, así como ofrecerle garantía a los consumidores del prestigio y calidad del bien al que se adhieren.

Con vista a que la marca seleccionada pueda ser registrada y comercializada en Cuba y en el exterior, hay requisitos generales que deben cumplir todos los signos que se pretendan considerar como marcas, que son reconocidos a través de convenios internacionales, amén de que cada legislación nacional es atemperada a los requerimientos de dichos convenios, pero también, según las condiciones internas de cada país. A saber, esos requisitos serían:

- El signo tiene que poseer carácter distintivo. No puede consistir en figuras o elementos en su forma natural; o sea, no se puede encontrar en la naturaleza de esa forma (por ejemplo, no se puede registrar una planta de uvas como marca para un vino de esa fruta).
- No puede denotar solamente cantidad, calidad o el tipo de producto o servicio que se brinde.
- No puede ser un genérico: Está muy ligado al carácter distintivo que se trató anteriormente. Debe tenerse en cuenta cuándo se va a solicitar el registro de la marca y cuándo ya fue concedido. En ambos casos vale la explicación contenida en el párrafo que antecede: cuando se pretende registrar un signo como marca, este no puede distinguir o denominar a todos los de su género.
- No puede causar confusión en el público: Entiéndase en cuanto a su naturaleza, el origen geográfico las características e idoneidad del producto o servicio. No puede parecerse a marcas ya existentes de otros productos similares, de manera que induzca al error al público.
- No pueden emplearse como marcas, salvo autorización expresa de la autoridad competente de cada país las banderas y los escudos, los símbolos nacionales de los Estados, punzones o signos oficiales de control y garantía. Para utilizar el nombre de una personalidad reconocida en el ámbito nacional o internacional, se requiere su consentimiento.
- Debe ser susceptible de protección de acuerdo con la legislación vigente en la materia. Logrando su protección, se disminu-

yen considerablemente los riesgos de que se produzcan violaciones a los derechos de terceros.

Hay otros elementos, de carácter comercial, que deben apreciarse en la selección de la marca, por ejemplo:

- Las características del mercado y de los posibles clientes. Recordemos que hay expresiones que son muy normales en un territorio, pero en otros constituyen frases deplorables.
- La fonética, la combinación de sus elementos, a fin de atraer al mayor número de clientes.
- Posibilidades de inscribir la marca junto con una denominación de origen, lo cual le proporcionaría un valor *per se* al producto, dado por las características del lugar donde se obtiene y que lo hace único en el mercado, la cual propicia, por ende, una mayor distinción entre sus similares.

Protección por el derecho de autor

Permite la protección de las bases de datos, los softwares, así como aquellos modelos o dibujos industriales que lleguen a constituir obras de arte. En este último caso se protegerán como obras de artes aplicadas, y no como modelos o dibujos industriales, pues ello es una materia de la propiedad industrial.

Posibilita también que se puedan proteger los manuales u otros documentos en los que la entidad ofrezca informaciones sobre cómo operar determinada producto o aplicar algún procedimiento, etcétera. En esta materia la protección no es a partir del registro al menos en el Sistema de Derecho Romano, Francés o Latino, sino desde el momento mismo de creación de la obra.

Planificación de gastos

Visto el título de esta actividad pudiera resultar intrascendente con la idea de *evitar conflictos con terceros*; sin embargo, la consideramos una de las más importantes, en virtud del nexo o relación de dependencia que tienen las demás actividades con esta, pues cada una requiere un nivel de erogaciones y financiamientos que necesariamente tienen que presupuestarse; no es solo para hacerle frente a

presunto litigio o conflicto que, como dije en la introducción de este trabajo, pudiera constarle a la organización millones de USD; sino para gestionar, gerenciar y custodiar toda la información y conocimientos, intrínseco y conexo, a la nueva obtención, de manera que permita contar con el financiamiento necesario –ya sea real o al menos previsible en negociaciones– para los rastreos y búsquedas informativas que se requieren antes, durante y después de la I+D.¹³

Este aspecto constituye una obligación para todas las empresas, fundamentalmente para aquellas que se encuentran en perfeccionamiento, si tenemos en consideración que las Bases Generales del Perfeccionamiento Empresarial, anexo del Decreto Ley 187 de 18 de agosto de 1998, exige, como uno de los elementos a cumplir por las entidades que aspiran a esta forma superior de organización, la planificación de los gastos para la protección legal y mantenimiento de los Derechos de Propiedad Industrial, incluyendo también para el abono de las tarifas de los servicios que se requieran.

La cantidad líquida a planificar como gasto, dependerá, entre otros elementos, de:

- Las características propias de la empresa: si se caracteriza por un fuerte desarrollo investigativo, que le permita obtener nuevas invenciones, radicales o incrementales –de forma más o menos estable– la suma disponible debe ser mayor, para proteger, tanto las invenciones, como las marcas por las cuales serán comercializadas.
- Las proyecciones de registro y de mercado: ambas están muy relacionadas, pues no sería idóneo registrar un producto o procedimiento, así como sus marcas, con los gastos que implican, en regiones donde no se van a comercializar. Si solo se pretende el registro nacional, lógicamente sería menor la suma requerida, que si se proyecte su protección en otros países, además de que en este último caso se pueden utilizar las facilidades que brindan algunos Convenios Internacionales, al permitir, con una solicitud internacional, ante una oficina de patentes,

¹³ No basta con obtener y proteger una nueva creación, hay que custodiarla y velar las acciones de terceros en el mercado para alertarlos ante posibles infracciones, lo que precisa de recursos monetarios.

o de marcas, según el caso (o de Propiedad Industrial como en el caso de Cuba), redactada en un solo idioma, desplegar sus efectos a cada uno de los Estados miembros seleccionados, propiciando el pago de una tasa única y de menor cuantía que si se realiza de forma independiente en cada nación.

- La frecuencia con que concurre a la OCPI a solicitar los servicios que allí se brindar, de los cuales algunos son gratuitos, pero otros requieren el pago de tarifas oficiales
- Movilidad y desarrollo de firmas competidoras.

No incurrir en actos de competencia desleal

El seguimiento adecuado de los parámetros analizados disminuirá los riesgos de que la empresa incurra en prácticas de este tipo, máxime si se acude a la Oficina para realizar los trámites correspondientes.

Haciendo la salvedad de lo amplio que pueden resultar los actos de competencia desleal, ya que incluyen, según el artículo 10 *bis* del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, a todo “acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”,¹⁴ consideramos que se puede prever y evitar que la entidad incurra en actos de este tipo, como pueden ser entre otros:

- Utilización de signos capaces de crear confusión o inducir al engaño a los consumidores.
- Publicidad comparativa ocurre cuando se compara un producto con otro, ya sea para exaltar las cualidades del que se pretende comercializar, o denigrar al competidor.
- Aseverar cualidades falsas al producto.
- Indicar erróneamente la procedencia (geográfica o empresarial) del producto.

Cada una de esas conductas constituye un conflicto en potencia, que trasciende las relaciones interorganizacionales, y alcanza a la población como consumidor final.

Preparación de funcionarios

No solo con recursos financieros se evitan conflictos. La capacidad técnica y negociadora que tenga el personal de la organización (generalmente integrada en equipos multidisciplinarios), resulta un elemento importantísimo para evitar conflictos con terceros.

Se necesitan, en consecuencia, funcionarios que posean un nivel de conocimientos básicos sobre Propiedad Industrial para una correcta implementación y estructuración de los Sistemas Internos de esta materia, guiar a la empresa en su actuación ante la Oficina y su asesoramiento ante posibles litigios en esta esfera.

Se requiere, al efecto, una superación constante del personal mencionada, ya sea de manera autodidacta, a través de eventos, conferencias, talleres o cursos.

Valuación de los intangibles de propiedad industrial

Esta actividad tiene una significación indirecta.

La valuación de los Intangibles como activos de la entidad, constituye en la actualidad una oportunidad para valorar más objetivamente a las empresas en cuanto a sus capacidades y fortalezas para hacer frente al entorno hipercompetitivo en muchos sectores de la arena internacional. Estos pueden consistir en «conocimientos, técnicas tecnologías, marcas, patentes licencias, bolsas de clientes y capacidad relacional con estos, acuerdos de no competencia, secretos, franquicias, bases de información, prestigio-imagen-reputación, fuerza de trabajo en el sitio, entre otros».¹⁵ En general comprenden aquellos «activos no comunes y no físicos que posee una empresa».¹⁶

En principio, se valúan teniendo en cuenta los gastos en que se ha incurrido para su obtención, desarrollo y publicidad (formación o capacitación del personal, investigación y desarrollo, recursos materiales adquiridos, protección legal, pre y post defensa de los derechos, promoción, publicidad, entre otros) y el importe que pretende obtener la empresa en los próximos años por concepto de beneficios suplementarios.

¹⁵ E. Lara Díaz: «Comercialización y valuación de los Activos de Propiedad Intelectual», *Academia de la OMPI sobre Propiedad Intelectual*, p. 9.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁴ Véase, a propósito, *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883*, p. 19.

Estas partidas para ser consideradas cual activos, y no como gastos, deben ser capaces, presumiblemente, de generar beneficios a la empresa en cantidad suficiente que permitan que sean absorbidas a través de su amortización. Por tanto aquellas partidas que solo sean capaces de reducir pérdidas o de generar beneficios menores a su propio costo no constituyen activos.

La evaluación de estos activos, si se tiene en cuenta que ofrece un reporte financiero de la entidad, es de vital significado para las fusiones y adquisiciones que aquella realice, los contratos de compraventa (cesión), otorgamiento de licencias, contrato de Sociedad Mercantil (empresas mixtas), de transferencia de tecnología convenios de asociación económica internacional y otros, para los cuales se requiere darle un valor cierto a los intangibles que se cedan o adquieran, con el propósito de evitar la pérdida de capitales.

Transferencia de los resultados obtenidos

Si una vez identificada, protegida (según el caso) y capitalizada la invención y demás obtenciones o producciones, la empresa desea comercializar sus conocimientos al respecto, en calidad de cedente o licenciante, deberá prever que en los contratos cuyo objeto sean derechos de propiedad industrial o información no divulgada (*know how*) se garanticen legítimos derechos a las partes hacia una correcta información brindada por la entidad, y en virtud de un uso racional y adecuado por el adquirente, así como la obligación de las partes de comunicarse las mejoras que se obtengan sobre el producto o procedimiento objeto del acuerdo.

Si se acordara algún convenio de colaboración económica y científico técnico, que incluya aspectos de propiedad industrial, se garantizará una correcta protección a los intereses de las partes y los derechos que le corresponden a cada una, sobre los resultados (seguros o posibles) que se pretendan obtener, y los que ya se hayan aportado de forma individual.

Es cierto que escapa al ingenio humano, prever en un contrato todos los posibles desenlaces que pueda tener una relación contractual, pero mientras más se perfeccione ese instrumento y con más claridad se recoja sus cláusulas las obligaciones y derechos de las partes, menor será el riesgo de litis por su incumplimiento.

Implementar un sistema interno de propiedad industrial

Esta actividad garantiza la correcta ejecución de las pautas mencionadas, en aras de evitar conflictos con terceros y asegurar una mayor productividad inventiva y su adecuada protección.

Cada sistema interno estará en correspondencia con la actividad que desarrolla la empresa, y se basará en los Lineamientos Metodológicos para el diseño de Sistemas Internos de Propiedad Industrial, propuesto por la OCPI.

Conclusiones

1. Muchos de los conflictos que se generan en materia de propiedad industrial, se deben a una insuficiente o deficiente gestión, gerencia y comercialización de los activos en esta materia, que posibilitan infringir derechos de terceros o desentenderse de las infracciones que estos le infieran a la organización.
2. La implementación y el perfeccionamiento de las pautas rectoras, contenidas en el Sistema Nacional de Propiedad Industrial dotarían a las organizaciones de herramientas sólidas para disminuir los negus de conflictos por infracciones de derechos de terceros y permitirían una mejor custodia de los activos que en esa materia genere la organización.

Recomendaciones

A los centros de I+D:

1. Implementar un Sistema Interno de Propiedad Industrial con el auxilio de las Pautas Rectoras del SNPI.
2. Contribuir al perfeccionamiento de las actividades que se proponen en este artículo.

Bibliografía

- Bittan Obadía, D.: «Importaciones paralelas: ¿un problema de marcas o comercial?», <www.producto.com>, 2000.
- Cáceres Barraza, C. A.: «Aspectos legales de la licencia de tecnología», <www.camaralima.org.pe>, [s.f.].

Correa, C. M.: «Políticas institucionales en materia de Propiedad Intelectual y transferencia de tecnología. 1) La elaboración de una política institucional de propiedad industrial y de transferencia de tecnología», *Reunión OMPI-CPAL de expertos sobre el sistema nacional de innovación, propiedad intelectual, universidad y empresa*, OMPI-CPAL/INN/SAN/03/T2, [s.f.].

Hernández Vigaud, R. M.: «La protección de las patentes», *Academia de la OMPI sobre Propiedad Industrial*, OMPI/ACAD/HAV/00/2(ii), La Habana, 2000.

Innovación & Transferencia de Tecnología, vol. 1, Comisión Europea, 2002.

Lara Díaz, E.: «Comercialización y valuación de activos intangibles de Propiedad Industrial», *Academia de la OMPI sobre Propiedad Industrial*, OMPI/ACAD/HAV/00/2(ii), La Habana, 2000.

Sistema de Ciencia e Innovación Tecnológica documentos básicos, Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente de la República de Cuba, CITMA Ed. Academia, La Habana, 1995.

«Todo lo que hay que saber sobre patentes marcas y transferencia de tecnología», <www.nepi.adv.bridocetrina>, Ministerio de Economía de Argentina, 2000.

Odriozola Guitart, J.: «El sistema empresarial y la propiedad intelectual en Cuba», *Formación Jurídica para Cuadros del Estado*, t. 3, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Guía sobre las actividades de materia de Propiedad Industrial que sustentan los sistemas internos de organismos y entidades, Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (OCPI), La Habana, 1996.

Rapa Álvarez, V.: «El contrato», *Manual de Obligaciones y Contratos*, I Parte, Universidad de La Habana, La Habana, 1991, pp. 154-168.

«Transferencia de tecnología», <www.artrade.com>, [s.f.].

Legislación consultada

«Decreto Ley 68 de 14 de mayo de 1983, De Inven-
ciones, Descubrimientos Científicos, Modelos
Industriales, Marcas y Denominaciones de
Origen», *Gaceta Oficial de la República de
Cuba*, ed. extraordinaria, no. 10, de 4 de mayo
de 1983, pp. 81-86,

«Decreto Ley 203 de 24 de diciembre de 1999, De
marcas y otros signos distintivos», *Gaceta Ofi-
cial de la República de Cuba*, ed. extraordina-
ria, no. 3, de 2 de mayo de 2001.

«Reglamento del Decreto Ley de 24 de diciembre
de 1999, De marcas y otros signos distinti-
vos», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*,
ed. ordinaria, no. 48, de 24 de mayo de 2000,
pp. 1011-1019.

La legislación concursal en Cuba. Pasado y ¿futuro?

LIC. MAGALYS ESTHER RODRÍGUEZ FARALDO*

El pasado

Tras las huellas de las normas concursales en Cuba y meditando acerca de los efectos de su existencia a partir del material bibliográfico obtenido, nos sorprendió una interrogante: ¿no será mejor preguntarnos, cuándo hemos tenido un Derecho mercantil?

Sin embargo, como de lo que se trata es de acercarnos al conflicto de la quiebra, a ella dediquémonos. Si anteponemos la data que acompaña a algunas de las reglas que aquí enjuiciaremos, sobre el escenario del siglo XXI que vivimos, simplemente quedamos atónitos. Ha de evocarse la colonia, para arribar a alguna conclusión sobre su manifestación.

Tal y como ha ocurrido en otras ramas jurídicas, la influencia española en materia mercantil estuvo dada primero por obligatoriedad y luego por herencia. Según se conoce, la metrópoli, convertía en extensivas para sus territorios colonizados de ultramar, la regulaciones legales de su interés y, como precisamente el comercio era la razón de ser de la voluntad real, desde fechas tan tempranas como el siglo XVII, comienzan a entrar en vigor reglas para la actividad mercantil de las llamadas Compañías de las Indias Orientales, dedicadas al tráfico marítimo-comercial, concretamente a partir de 1602.

Aunque incipiente el desarrollo económico de Cuba, se hicieron válidos, los supuestos de la quiebra que contenían aquellas *Ordenanzas de Bilbao* de 1737,

así como las reglas posteriores de comercio, que introdujeron los *Códigos* de 1829 y 1885, este último vigente desde el primero de mayo de 1886 a través de un Real Decreto, y que ha sido el último texto que hemos poseído en materia comercial, de una convivencia silenciosa hasta nuestros días, debido a que han sido validados unos artículos y repudiados muchos otros por no poseer sentido práctico en nuestro medio. Obviamente, fue la supresión del medio idóneo, lo que provocó la pérdida de ese sentido.

En efecto, los demás estadios legislativos que hemos apuntado, relativos a la modalidad de suspensión de pagos con sus momentos más importantes de 1897 y 1922, también recibieron aplicación en nuestro territorio, así como los relativos a la quiebra.

Por otro lado, alcanzaron vigencia otras normas como la legislación hipotecaria de 1861, que se aplicó a partir de 1893 y el Código Civil de 1888, extensivo igualmente por Real Decreto de 31 de julio de 1889, y que estuvo en vigor, nada más y nada menos que hasta 1987.

Hay un período, acaso el más interesante, porque marca el más acentuado sufrimiento de las normas relativas a la insolvencia, a pesar de ser esta institución de una naturaleza más que lógica en las relaciones monetario-mercantiles y que, aún no deseada, puede estar presente en el entorno de una sociedad.

En 1974 la Ley 1261, Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, derogó la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (herencia ibérica) sin que fueran rescatadas las regulaciones procesales, relativas a la insolvencia, línea que continuó la Ley 7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977, vigente en la actualidad, configurándose el tiro de gracia definitivo a la institución, puesto que solo quedaban de forma sustantiva, los preceptos que, sobre el tema, aparecían en el Código de Comercio español de 1885.

No es ocioso advertir, que la primera de ellas cargó con la mayor y más penosa responsabilidad, cuando fue encargada de la ruptura con el pasado procedimental que acompañó, desde la colonia, los procesos relativos a los conflictos con los créditos y que abarcaba desde las regulaciones del concurso de acreedores, la quiebra, el embargo, los juicios ejecutivos, hasta las vías de apremio en el comercio, todos agrupados en la Ley española, como trámites contenciosos, según lo previsto en el Libro Segundo y los Títulos XII, XIII, XIV, XV y XVI. El primer texto procesal de 1974, conservó en su Disposición Final Tercera, la validez de la Ley de

* Licenciada en Derecho de la Universidad Central Marta Abreu, de Las Villas, en 1986. Ejerce la abogacía desde entonces. Miembro de la Junta Directiva Nacional en el mandato 1995-2000. En la actualidad, se desempeña como Directora del Bufete 3 de Santa Clara, provincia de Villa Clara, dedicado a la atención a personas jurídicas.

Este artículo forma parte de una voluminosa tesis que constituyó el trabajo para optar por el grado científico de Especialista en Asesoría Jurídica. El texto íntegro de la tesis podrá consultarse en el Boletín Electrónico del CIABO, correspondiente al mes de julio, así como en el Sitio Web de la ONBC.

Enjuiciamiento Civil para algunas cuestiones de comercio, pero solo referidas a la jurisdicción voluntaria; es decir, nada que tuviera vínculo con las materias señaladas en el párrafo anterior, que son las de nuestro interés a las que expresamente derogó en su Disposición Final Cuarta.¹ La posterior Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral de 1977, tres años después hizo idéntica salvedad, trasladando casi textualmente tal excepción a su Disposición Transitoria Única, lo que al parecer motivó, la presencia en aquellos momentos anteriores al Sistema de la economía socialista, de casos a conocer en la vía judicial, todavía vinculados con menesteres mercantiles para los que no había norma alguna. Lo que resulta incuestionable es que, al repetir la letra, ratificaba el criterio legislativo de dejar en el recuerdo el tratamiento a los problemas fundamentales de mercado, que estaban refrendados sustantivamente en el Código de Comercio; razón por la cual no hay lugar a dudas en cuanto a la orfandad en que fueron dejadas tan importantes instituciones legales, desde esa temprana fecha. Su vigencia aparente, resulta tan inútil como su carácter transitorio, habida cuenta la caducidad e inoperancia a que la condenaron después tantos años y transformaciones económicas sobre las cuales el modelo cubano tornó, en dirección diametralmente contraria, y que solo se vio comprometida cuando los eclipses de la historia, afectaron el viento favorable que tenía, como innecesarias, las históricas y clásicas normas del Comercio, que felizmente hoy estamos retomando. En 1978 sale a la luz el Decreto Ley 23 de 3 de julio que estableció el sistema de Arbitraje Estatal, y que se encargó, a través de un procedimiento de corte administrativo, de resolver los litigios propios de la actividad empresarial, basándose en la concepción que se poseía acerca del contrato económico y su cumplimiento, de manera que todo lo concerniente a los incumplimientos, era decidido por el árbitro competente. En 1979, el Decreto Ley 24 de 15 de mayo separó definitivamente las reglas contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio, de toda aplicación a los supuestos que se enmarcaran en el llamado Sistema de la Economía Nacional, terminando aquí, toda posibilidad de contar con un medio regulador de la insolvencia en el mundo del comercio. Moría así la quiebra y quedaba con una

vida más o menos simbólica, el concurso para el deudor civil, porque tal y como lo apreciamos en 1987 la Ley 59, contentiva del nuevo Código Civil, lo mantuvo bajo el fino barniz de las obligaciones en General. Si pasamos la mirada a estos preceptos, parece una ficción leer términos que van desde la subasta pública, prelación de créditos y concurrencias de acreedores sobre el mismo deudor, hasta los créditos con preferencia para los trabajadores en cuanto a los salarios.²

Como quiera que no pretendemos hacer una exploración a fondo del enfoque civil y porque además ya se estudió la correlación entre el matiz civil y el mercantil de la insolvencia, preferimos centrar el análisis en la cuestión puramente mercantil, lo que no obsta, como lo demuestra la tendencia actual del mundo, para que en las normas que necesita el Concurso, estén también las de los no comerciantes. Pudiera ser esta, una de nuestras conclusiones al respecto.

En 1991 se extinguió el sistema del Arbitraje Estatal, a tenor del Decreto Ley 129 de 19 de agosto, por lo que la regulación de los conflictos comerciales por litigios, en materia de contratos, pasó a formar parte de la competencia de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares y ordenó expresamente que el Tribunal Supremo Popular dictara las normas de adecuación que fueren necesarias.

La Instrucción 141 de septiembre de 1991, dispuso, también, la aplicación del procedimiento inmerso en el Decreto 89 de 21 de mayo de 1981 que era propio del arbitraje, lo cual se mantiene hasta hoy en lugar de construirse las reglas necesarias para ello. Quienes operan la materia, deben imaginar al juez como árbitro y hacer una abstracción a la hora de participar en los procedimientos judiciales, en muchos extremos, de gran importancia

² Capítulo VI Prelación de Créditos, Art. 307.1: «De concurrir varios acreedores con créditos exigibles contra el mismo deudor, sin perjuicios de las garantías que graven determinados bienes suyos a favor de algunos acreedores singularmente privilegiados, tendrán preferencia para hacer efectivo sus créditos sobre el resto del patrimonio del deudor, en el orden siguiente:

- »a) Los parientes, para el cobro de alimentos,
- »b) Los trabajadores para el cobro de su salario devengado y no percibido.
- »c) El estado, para el cobro de sus créditos, impuestos, responsabilidad material y civil y sanciones pecuniarias.
- »ch) Los bancos y empresas estatales
- »d) Los demás acreedores no privilegiados».

¹ Disposición Final Cuarta: Se deroga tal como se encuentren vigentes, al tiempo de promulgarse la presente Ley, la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesta en vigor en Cuba a partir del 1 de enero de 1886, salvo lo dispuesto en la tercera de estas Disposiciones finales, respecto a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio.

Mediante el Acuerdo 3619 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, publicado en la *Gaceta Oficial* el 29 de diciembre de 1999, fecha de su vigencia, se autorizó solo experimentalmente, la aplicación de los Títulos X, XI y los artículos 944 y 950, todos del Código de Comercio de 1885, así como la legislación complementaria de estos, iniciándose algo parecido a una resurrección legislativa conveniente, pero solo en lo atinente a Títulos de Créditos.

La Instrucción 160 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 8 de Febrero de 2000, les otorgó competencia a estas Salas para que conocieran también de los Procesos Ejecutivos, en relación con los Títulos de Créditos que generan ejecución, como Letras de Cambio, Pagarés y Cheques; línea de ejercicio individual contra los créditos, no honrados por el deudor, que fue seguida de una formulación más especial mediante el Decreto Ley 223 de agosto de 2001, que facultó al juez para la aplicación de los artículos 460 al 472 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, en lo referente al *embargo de bienes*, así como de los artículos 473 al 526, del propio cuerpo legal, en lo referido al procedimiento.

Es oportuno señalar, que el 8 de enero de 2002 fue dictado el Decreto Ley 227 sobre el Patrimonio Estatal, modificando el ordinal 1 del artículo 463 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, permitiendo el embargo de bienes solo para los recursos financieros de las entidades del Estado. Visto así los hechos, reveladores de la trayectoria economía-insolvencia, se puede afirmar que no hay un procedimiento que regule la *quiebra o concurso de acreedores*. Por tanto, llegado a este criterio, no es desatinado llegar a otro: o bien nadie quiebra por no presentarse la insolvencia mercantil en Cuba, o no se tipifica este fenómeno simplemente por la ausencia real de normas que la definan.

Aceptar la insolvencia es mejor que ignorarla. Primera razón en la inversión extranjera

Planteado el problema, estamos obligados a tratar de demostrar el origen de nuestro criterio que implica la necesidad de normas de *concurso* en nuestro país. Comencemos pues, por una fuente bien clara de esta necesidad y para ello retrocedamos en el tiempo.

Cuba, como sabemos, está lejos de ser el hermético país que, en épocas anteriores, basaba su economía en relaciones comerciales únicas, dada la factura

socialista del intercambio con igualdad mutua, sino que hoy se abre paso en el complejo universo del comercio mundial.

Al hilo del tema, veamos como desde fecha temprana se habían rescatado normas del Código de Comercio de 1885, debido a que era menester afiliarse a regulaciones que aunque de numerosa edad, conferían tutela jurídica a instituciones mercantiles nacidas en las relaciones entre capitales de diferente nacionalidad, produciéndose su asociación económica. En tal caso, Cuba adoptó uno de los presupuestos que para ello el Derecho conoce, que es el de la Aprobación Casuística de los Negocios.³

Así las cosas, el 15 de febrero de 1982 fue promulgado el Decreto Ley 50 sobre el control y régimen jurídico de estas instituciones, en el que se reservó un lugar especial, a la autonomía de la voluntad de las partes, principio jurídico nada extraño en materia mercantil.

En su artículo 6, referido a la modalidad de las *empresas mixtas*, estableció que eran de aplicación, las disposiciones del Código de Comercio y en el artículo 12, en cuanto al régimen de modificación, disolución y liquidación de estas, concedió la validez a sus acuerdos estatutarios, así como para las demás formas de asociación económica, lo que se hubiere previsto en el contrato social, pero en ambos casos, reconoció la aplicación de las normas del Código.

No está de más señalar, que este último contiene entre las causas de disolución y liquidación, precisamente la quiebra de la Compañía. ¿No es una ironía que ni siquiera en ese período existió el procedimiento para declararla?

Diez años después, en 1992, se produce en Cuba, una Reforma Constitucional a través de la Ley de 12 de julio, mediante la cual se reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas internacionales, lo cual influyó en el incremento de los vínculos comerciales con empresas foráneas y en 1995, aparece por vez primera una Ley de la Inversión Extranjera, instrumento mediante el cual se legitimó, como nunca antes, la voluntad de participar en la realidad competitiva del mercado externo.

Es pertinente no continuar sin llamar la atención en un extremo interesante; La Ley 77, de 5 de septiembre de 1995, de la Inversión Extranjera, derogó

³ J. Vega Vega: *Comentarios a la Legislación Cubana sobre Asociaciones Económicas con Empresas Extranjeras*, p. 1.

expresamente el Decreto Ley 50; sin embargo, en su letra nada encontraremos acerca de los preceptos del Código de Comercio que aquel había reinstalado, y dado que no poseemos otras normas que se acerquen siquiera a estas complejas instituciones, lo único que es de admitir, lo disponen los artículos 57 y 58 de la misma, cuando en el tema de la solución de conflictos, retoma el principio del valor de los documentos constitutivos.

Es bueno significar, que en materia de litigios también hace competentes a las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares. Grave omisión, porque para la configuración de la documentación estatutaria siempre han de tenerse presente las reglas del Derecho mercantil, que no son otras que las del Código de Comercio, de manera que continúa el debate; si se ha de prever el fin de la entidad y, por otro lado, la insolvencia siempre ha de estar considerada como causa: ¿bajo cuál procedimiento se lograría?⁴

Es en este marco en el que la legislación cubana abre sus puertas a la posibilidad legal de que bienes de propiedad estatal, puedan transmitirse, también en propiedad a entidades mixtas o totalmente extranjeras, de forma parcial (compartida) o incluso completamente.⁵

Con ello adquiere rango constitucional la protección jurídica de un nuevo concepto patrimonial (artículo 23 de la Constitución), lo que evidencia la seriedad con que Cuba enfrenta estos negocios, pero también el riesgo con que lo hace, dada la ausencia de normas de comercio que la protejan. Téngase en cuenta que son tales las garantías y atractivos que datan de 1995, fecha de su promulgación, que los inversionistas extranjeros pueden extraer capital del país sin obstáculos de ninguna clase, ni siquiera de interés o de tributos, lo que es usual en todas partes del mundo.

Todo esto nos pone ante una necesidad de análisis, pues en este ejercicio de comercio, pueden darse con toda la naturalidad propia del mercado, disímiles situaciones de conflicto en las que dichas institu-

ciones participen, bien como afectadas por la insolvencia de otros, o por caer en esta calamidad, ello sin contar los resultados de sus relaciones con las empresas cubanas, víctimas del impago, convierte en bastante real la necesidad de que también haya una protección jurídica que cubra el asunto de la insolvencia, y la posible pretensión de los acreedores.

No es ocioso añadir, que en los casos en que sea necesario reconocer los resultados de un procedimiento concursal, producido en el extranjero –dadas estas nuevas coyunturas mercantiles–, no estaríamos a la altura de lograrlo, debido a la falta de las normas que hemos apuntado, siendo nosotros o cualquiera de estas empresas, los deudores.

En nuestra opinión, cuando la aplicación del comercio excede de los límites nacionales, debe caracterizarnos la mayor capacidad de tutela jurídica posible.

Así las cosas, cuando las fronteras disminuyen ante el empuje de las relaciones mercantiles versátiles y extranacionales, el Derecho no puede quedar indiferente, so pena de graves costos. Por razones obvias, nos disculpamos de no poder probar, si nos ha costado ya y cuánto.

Por solo citar un ejemplo de nuestra apertura, en reunión celebrada por Cuba-CARICOM, nuestro país anunció que daría acceso libre a productos de países caribeños, así como una disminución arancelaria importante para más de mil doscientos de ellos según acuerdo previo con esa organización regional. También se acordó trabajar por el fomento de inversiones y mayores vínculos económicos.

Como ya fueron objeto de análisis las consecuencias de la inversión extranjera en su relación con los posibles conflictos transfronterizos de la insolvencia, debemos pues solo apuntar, que en el territorio nacional, además de ejemplos como el anterior y de los negocios y tratados de origen gubernamental con más de 150 países, según datos de la Cámara de Comercio,⁶ en la actualidad están reconocidas 342 Asociaciones Económicas Internacionales, 270 Empresas Mixtas, 3 Empresas de Capital 100 % extranjero y un número no determinado de Sociedades Mercantiles, que registran su personalidad jurídica ante las autoridades, con el fin de operar en el

⁴ Este juicio resulta pertinente, a pesar de que en ninguna literatura cubana se ha preferido definirlo, al menos, no lo hemos encontrado. No comprendemos por qué los autores pasan de lado ignorando la reflexión necesaria que permite que, aún hoy, haya cierta confusión en materia de vigencia, sobre el Código de Comercio.

⁵ R. Dávalos Fernández: *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, p. 84.

⁶ La referencia estadística tiene cierre en 2003 y fue obtenida a través del MIMVEC que citó informe de la Cámara de Comercio de ese año, publicada en la revista ministerial *Oportunidades de Negocios*.

territorio, fundamentalmente, mediante Contratos de Compra-Venta Internacional, en carácter de proveedores mercantiles. Funcionan, asimismo, un total de 400 Contratos de Producción Cooperada con entidades foráneas.

En resumen, si se tiene en cuenta, tanto las características como las prerrogativas de las que gozan en su ejercicio todas estas entidades, no está fuera de lugar meditar sobre los trastornos que pueden derivarse del lógico juego competitivo del que forman y somos partes.

No han de ser iguales los conflictos cuando el ámbito de negocios está vinculado con recursos financieros capitalistas, operando en terreno socialista, ni aun cuando el término (*mixto*), de la idea de un matrimonio feliz entre ambos; y aunque no lo consideramos un imposible, es necesario reconocer que dada la cuestión de la autonomía en los negocios, puede ser mayor el riesgo de confrontar situaciones de crisis que no tendrían entonces reglas de solución –digámoslo de algún modo– bajo el mismo criterio con el que conciben sus operaciones y el concepto que le es propio como capital extranjero.

En buen español, no es justo que las finanzas capitalistas y sus consecuencias, carezcan de un trato, al menos semejante, al que están acostumbradas si son objeto de crisis. Regular el posible conflicto sería un modo más precavido de participar en la competitividad a la que, dado nuestro exiguo desarrollo, nos encontramos apostándolo todo.

La posible insolvencia del pequeño y posible comerciante. Razón segunda

Hay otro aspecto sobre el que quisiéramos invitar a análisis, y es el referido a la presencia o no, en Cuba, del comerciante privado.

La aprobación de la modalidad del *trabajo por cuenta propia*, como alternativa a la profunda crisis de antaño, conocida con el sugerente nombre de *periodo especial*, otorgó a los sujetos dedicados a la misma un carácter muy singular. A través de sus propias habilidades y previa licencia, ejercen actividades mercantiles y de servicio, constituyendo este su modo de vida (se les había exigido un vínculo laboral estatal, lo que al menos técnicamente ponía en dudas el concepto vertido antes. Esta medida quedó sin vigor enseguida, dado el criterio oficial de que ellos están dentro de una fuente de empleo y, por ende, incluidos en la estadística que mide ese negativo fenómeno social).

Estas personas, que sostienen económicamente su propia inversión, obtienen lícitamente una ganancia, por ciento de la cual, han de tributar al fisco en concepto de impuesto, quedando así convertidos en contribuyentes de la cuenta fiscal del Estado. Desde este ángulo, es casi imposible negarles el carácter de comerciante o empresario individual que reconoce el Derecho mercantil.

Aunque cierto es, que en la mayoría de las actividades, su fuente fundamental de materia prima es el Estado (se les obliga previo aporte documental), nada asegura que no puedan verse alguna vez ante situaciones de insolvencia, sobre todo, cuando hay casos en que son verdaderamente complejas y muy onerosas, e implican grandes inversiones en reparación y mantenimiento domiciliar (caso de hostales y restaurantes).

Por otra parte, no es un secreto la presencia del crédito fiscal en estos menesteres. Año tras año se producen verdaderas situaciones ante la posibilidad de la determinación tributaria estatal asumida por la ONAT (Oficina Nacional de Administración Tributaria), las que algunas veces son de cuantía tal, que los contribuyentes no son capaces de extinguir, observándose una activa concurrencia a los Bufetes Colectivos para tramitar las vías impugnatorias.

El endeudamiento provoca, algunas veces, la renuncia al ejercicio de la actividad, terminando su vida de comerciante en una situación muy parecida a la insolvencia.

En esos casos ¿debe considerarse esta como de carácter mercantil, o debe ser observada como no comerciante y atenerse a las normas del Código Civil ante los acreedores?

Habida cuenta de que hemos encontrado opiniones divergentes, podemos, al menos, plantear que la complejidad del problema está dada en que a la concurrencia de acreedores se pueda sumar el Estado con su crédito preferente. Con independencia de otorgarle unos y negárselo otros el carácter de comerciante, la presencia de normas de concurso, abarcarían estos presupuestos como ocurre, mayoritariamente, ya en las legislaciones contemporáneas porque ciertamente, su vida está íntimamente relacionada con el comercio y porque, además, la cifra de ellos no es nada despreciable para un pequeño país.⁷

⁷ El comportamiento en los últimos años, según ofrece el *Anuario Estadístico de Cuba* es (en miles):
• 1999=156,6.

Insolvencia e imperfección empresarial. Razón tercera

Para muchos, un lugar esencial en el tema de la insolvencia y su tratamiento, lo tiene el problema de las relaciones interempresariales, teniendo como base la Empresa nacional y sus conflictos contables.

Ya se expuso el tortuoso camino de las normativas sobre la economía en relación al Derecho y las únicas salidas en la actualidad, en el interés del respeto al crédito. No obstante, es una realidad, que el balance financiero interno ha presentado una tendencia negativa en cuanto a los cobros y los pagos y que ha llegado a tal envergadura, que ha pasado a ser interés de gobierno su solución.

Una cadena de impagos como la que se nos presenta, amén de las deficiencias del sistema contable, puede convertirse en insoluble, debido a la ausencia de un procedimiento que armonice el interés de los acreedores sobre el deudor común, ya que este solo ha de temer la acción que, individualmente, logre el favor judicial de ejecución por haberse adelantado uno de ellos a los demás.

Hay criterios, acerca de que ante el asunto de la insolvencia, se cuenta con las herramientas necesarias mediante las que puede determinarse la extinción de la entidad. A estos efectos, la Resolución 103 de 1997, del Ministro de Economía y Planificación, establece el mecanismo para liquidarla, dando por terminada su vida económica y financiera. Posteriormente, mediante la Resolución 100 de 25 de abril de 2000, se amplió y complementó aquella, continuando la misma concepción del asunto.

A esto se oponen quienes opinan que, según lo logrado por el llamado Perfeccionamiento Empresarial, puesto en vigor mediante el Decreto Ley 187 de agosto de 1998, la entidad está afectada por una nueva concepción empresarial que la hace dueña de sus recursos y, en consecuencia, estará obligada sin las justificaciones que alguna vez le fueron posibles, de honrar a tiempo todas sus deudas o responder con su patrimonio, aun cuando para ello deba ser

previamente convertido en líquido.

En esta alternativa, solo las reglas de concurso permitirían anular la acción individual, subordinándola a un principio general de igualdad y equidad. Frente a la concepción moderna, la extinción resulta la clásica expulsión del sofá, por lo que reglar como proponemos la crisis insolvente, conllevaría a asimilar también el principio de reflotamiento que posee el derecho civilizado, en razón de los convenios de negociación (*concordato*) y pagar ordenadamente sin necesidad de eclipsar la entidad, ni poner fin al empleo de los trabajadores.

Resulta obvio que para ampliar los horizontes de las normas jurídicas, primero es necesario ampliar la mentalidad mediante la cual se enjuician las cosas. Esa es también otra de nuestras pequeñas conclusiones.

¿Por qué negar que nuestro sistema de pagos se enfrenta a la insatisfacción de las cuentas debido, fundamentalmente, a que es él mismo el que la genera?

Las características particulares de nuestro marco económico hacen que el fin primero sea la materialización de las estrategias productivas en bien de toda la sociedad y, por ello, se pague o no, es imposible detener el mecanismo comercial dirigido a la provisión de recursos, alegándose muchas veces la afectación a la población como la salvadora justificante.

Con este y otros amparos, se incurre en mora como si fuera un estilo de trabajo, en el cual tiene un lugar importante la negligencia en el cobro de los créditos que posee la entidad, y la indolencia de otros que, a pesar de cualquier nivel de gestión, eluden el pago que podría evitar el número rojo en la cuenta empresarial de aquella.

El fenómeno más triste –por no poner otro calificativo– lo caracteriza la desinformación de que son objeto los acreedores a la hora de conocer la cuenta de su contra-parte, debido a que está de moda la ocultación de aquella o aquellas en las que han hecho depositar su dinero, induciendo a error muchas veces no solo a las partes, sino también a las autoridades judiciales en los Procesos Ejecutivos, que según ya se expuso, son el único remedio hasta hoy, además de otros de muy escasa incidencia, como es el caso de algunos procesos ordinarios.

Entidades con sostenida acumulación de pérdidas y déficit de divisas irrecuperables, cierran este entorno, que lógicamente va a parar al fondo del presupuesto del Estado, el que muchas veces asume el

• 2000=153,3.

• 2001=152,3.

• 2002=153,8.

• 2003=149,9.

Los años 2002 y 2003 han sido actualizados para el presente estudio por el Órgano Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Villa Clara en este propio mes de octubre.

golpe financiero, cuando no toma la decisión liquidatoria de la extinción y muchas veces incluso cuando sí la toma.

El síndrome del impago, llegó a provocar en ocasiones un desbalance de liquidez que, en algunos casos, permitía que con deudas, pero con dinero suficiente, se desviara su destino hacia otros sectores –como el privado– tras la adquisición de recursos o servicios a altísimos precios y por altísimas conveniencias, lo que ha sido objeto de medidas de rigor estricto por parte de la más alta dirección del país. Si alguna razón impone hoy la necesidad vital, de contar con normas que desestimen y disminuyan estos males, la introduce esta amarga realidad económica. El problema estaría en no temer al cambio, sobre todo, porque ni los serios empeños de las autoridades, han logrado modificar el rumbo de este asunto.⁸

El 3 de diciembre de 1999, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros adoptó un Acuerdo en el que responsabiliza a los jefes de los Organismos de la Administración Central del Estado y a los Presidentes de los Órganos de Administración Provincial del Poder Popular con el cumplimiento de los fallos judiciales contra los deudores.

A través de tal disposición de gobierno, estos primeros niveles estarán responsabilizados con la ejecución o vendrán obligados a dar cuenta del conjunto de medidas aprobadas para eliminar el problema de insolvencia, si fuera imposible la misma ante la ausencia real de fondos.

Si nada de esto logra resultados, entonces se establece que por parte de ese nivel superior de la entidad en problemas, sea propuesta la solicitud de extinguirla, lo cual resulta competencia del Ministerio de Economía y Planificación, conjuntamente con la aprobación del extremo relativo al destino de su patrimonio, determinando quién se responsabilizará con los pagos de la misma (recuérdense las normas de extinción de 1997 y del 2000, después.)

El Acuerdo amplió su alcance hasta autorizar la ejecución del fallo judicial contra la cuenta del organismo superior, el que responderá de forma solidaria, cuando no se hubiere propiciado una solución eficaz del asunto en el período previo a la liquidación de la entidad, determinación bien osada, que debió sin dudas arrojar algún resultado.

⁸ Todos los documentos y disposiciones que se mencionan a partir de esta afirmación, están disponibles por la autora.

No hemos encontrado antecedentes de eficacia en la aplicación del texto valorado anteriormente, sino todo lo contrario. Apenas dos años después, sale a la luz, un documento sin igual.

Con el mayor rango de jerarquía posible (aprobación de gobierno), este nos informa con claridad excepcional el estado del problema y así como nos alarma, también nos produce una agradable satisfacción profesional que ya explicaremos, y que pudiera ser el mejor premio a este trabajo, porque revela cierta intención acerca de reglas concursales, si no ha sido solo, un mero alarde de nomenclatura.

Al final del 2002, el 28 de noviembre, se trasladó desde la Dirección del Banco Central de Cuba a todas las provincias del país, esta comunicación acerca de un conjunto de medidas aprobadas por el Consejo de Ministros y que en total de tres, deberían lograr estabilizar las relaciones de cobros y pagos en el sistema empresarial cubano. Anuncia también, que se analizan otras en las que ya se trabaja.

Reconoce este documento, que se encontraban acumuladas en esa fecha, 190 Demandas –debió decir *Sentencias*– pendientes de ejecutar por una suma de 11 millones de dólares y en cuanto a Letras de Cambios vencidas y no pagadas por falta de fondos, 90,5 millones de dólares.

Para los colegas que son habituales en la práctica mercantil, no será difícil someter a juicio, que si el indicador que se ha tenido en cuenta, está determinado solo por los resultados de procesos de ejecución interpuestos, así como por las acciones individuales declarativas de créditos ante la institución bancaria, pues entonces la dimensión real de las deudas en el sistema empresarial, ha de ser considerablemente mayor, habida cuenta sobre todo, la baja predilección de los empresarios por el ejercicio ejecutivo ante los tribunales y la impedimenta que, además, frecuenta a las entidades de un mismo organismo para demandarse entre sí.

De todas maneras, como de millones se trata, con millones seguiremos tratando.

La primera medida pone a disposición de los bancos comerciales, un total de 20 millones de pesos cubanos convertibles (CUC), dirigidos al otorgamiento de créditos a tres años y con una tasa de interés preferencial de 4 % anual.

Estos fondos solo podrán ser utilizados por las empresas seleccionadas para pagar deudas contraídas, siempre que haya sido antes del día 15 del propio mes de la medida, es decir, noviembre del 2002.

Entre las condiciones que establece, está que tales préstamos solo pueden utilizarse en pagos a empresas estatales o de capital 100 % cubano. Estas, a su vez, también podrán emplear este dinero, para pagar sus deudas, siempre que sea esta misma categoría empresarial. También se dispone que el banco dé prioridad al pago de sentencias judiciales pendientes y a las Letras de Cambio vencidas y no pagadas por ausencia de fondos.

La segunda medida sobrecoge, debido a su posible alcance y porque tiene una mayor cuota de la misma protección paternal, que ya adelantamos, y que hace al Estado, muchas veces, reo de la insolvencia de las empresas, sin importar las causas que la motivaron.

Se dispone una selección de empresas a *proteger* (se emplea este término) por el Ministerio de Economía y Planificación, el Banco Central de Cuba y el Ministerio de Finanzas y Precios, y se dictará mediante Resolución, la congelación de las deudas cuando antes de la misma fecha ya mencionada, «hayan sido incapaces de enfrentar sus obligaciones y cuyo funcionamiento resulta esencial para la economía».

Esta medida gubernamental, de origen ejecutivo, interfiere las garantías de los acreedores cuando prohíbe que tales empresas sean demandadas ante los tribunales, debido a sus deudas, y limita la facultad discrecional de las Salas de Justicia al ordenar que «sean retiradas todas las demandas existentes a la fecha que tengan que ver con ella en los tribunales cubanos, cualquiera que sea su situación actual». Lo cierto es que no hacía falta esclarecer la nacionalidad del tribunal. Ahorrando los adjetivos, la realidad es que, así, cualquiera participa en las relaciones mercantiles porque sencillamente resulta un comercio que nada tiene que ver con el mismo y, atención: a veces el fin noble no puede justificar el método, esencialmente porque produce más daños que beneficios al propio sistema monetario-mercantil.

Esta misma medida segunda, define que se reestructurarán las deudas congeladas oportunamente y crea un mecanismo semejante a la clásica «quita y espera» tan conocida por el Derecho de mercado, que transforma el propio carácter del crédito mediante acuerdos que, según dice, deben tener lugar con cada acreedor, pero participando siempre en la creación de los fondos, una entidad financiera del propio Estado.

La tercera medida es simple. Permitir por un período de tres meses, que las empresas pertenecientes a un mismo organismo, compensen sus cuentas por cobrar y pagar, favoreciendo así el balance de deudas que se presenta dentro de una misma rama de actividades.

Lugar preferente, sin embargo, posee a nuestro juicio, el hecho que se ponga de manifiesto otro grupo de medidas de alto nivel, que sí pudieran tener un corte de actualización dentro del Derecho Mercantil. Se trata de la preparación de un Decreto Ley por el cual se regulará el procedimiento legal de instrumentos como la Letra de Cambio, el Pagaré y el Cheque.

Una norma de este carácter, creemos que deberá ratificar, o no, la validez de los artículos del Código de Comercio que hoy se encuentran vigentes por decisión de esa misma autoridad nacional, excepto que, ignorándose el contenido sustantivo necesario de esas reglas, se prefiera apostar a la improvisación que tan malos resultados exhibe para los cubanos, sobre todo, en materia económica.

Como lo anunciamos, el documento se aventura en un tema querido. Entre las medidas acordadas, está la de establecer procedimientos administrativos para declarar en suspensión de pagos a las entidades con problemas de iliquidez y, también, otros para la fusión, creación y disolución de empresas respecto al derecho de los acreedores (véase la persistencia del rumbo.)

En efecto, como de fusiones, creaciones, disoluciones y extinciones, estamos saturados y tenemos experiencia sobrada, permítasenos detener el análisis en la primera que es ya conocida como una institución concursal de tantos años de vida.

Es preferible aclarar, que no escondemos cierto temor al ver esta familiar nomenclatura dentro de un documento que es más amoroso que realista, porque lo cierto es que, aunque respetamos lo suficiente a los profesionales encargados de legislar, como para poner en dudas su capacidad, no está clara la pretensión de usar un clásico dentro de un producto conservador, si el único fin es el de la protección a ultranza. No puede negarse que es una sorpresa preocupante. Incluso a estas alturas, poco importaría ya que el procedimiento sugerido sea administrativo o judicial como lo es en todo el mundo y en todo Derecho; porque ya casi nos conformamos con alguno que, teniendo nuestro propio sello, admita la concurrencia de todos los créditos en igualdad de condiciones, salvo, como es lógico, de los que

siempre y en todas latitudes, tendrán un trato privilegiado o aquellos que necesiten procedimientos extraconcursoales. Ahora bien, ¿a qué suspensión de pagos se refieren?, porque si algo ha quedado probado en el presente trabajo, es que este mecanismo, que una vez surgió para resolver un problema de época, luego resultó un vicio cierto, mediante el que huían de la quiebra, con buena y mala fe, innumerables deudores. Por eso está muriendo dentro de la inclinación modernista del concurso (en el caso de España, ya no existe). Entonces velemos porque la similitud semántica no provoque la confusión de que la suspensión de pagos es lo mismo que una orden *administrativa* de suspender pagos y nada más, porque de eso está lleno este mismo documento y nuestra historia contable. Estamos convencidos –y no solo la autora– de que nos sobran capacidad y condiciones para poner a prueba un procedimiento concursal, que llámese de esta forma o de cualquier otra, logre el cumplimiento de los elementales principios económico-jurídicos que el Derecho histórico no demostró por gusto, y que su solución, aun cuando esté relacionado con filosofías y sistemas políticos, ha de tener que ver también con el comercio y las características particulares que le son propias. Guste o no, esa es una realidad que se manifiesta independientemente de las voluntades humanas. Por último, este importante documento que analizamos, luego de realizar un balance realista y objetivo, invita al lector a una ecuación peligrosa: «Que ni aun cuando la eficiencia del sistema económico financiero esté a un nivel casi del 100 %, habrán terminado los problemas». Esto es cierto, solo que cuando se está ante un nivel crítico, esta no ha de ser la razón que nos haga inclinar al conformismo estéril, que es el responsable, muchas veces, de que no veamos más allá de la nariz. En la actualidad, se han dado algunos pasos que parecen dirigidos a encauzar los objetivos básicos de dichas medidas. En fecha 11 de marzo del 2002 se logró aprobar un procedimiento para el trabajo entre el sistema judicial y el bancario, facilitando el cumplimiento de las sentencias de ejecución, el que se basa en un larguísimo sistema de comunicaciones de un lado y de otro, pasando por el Tribunal Supremo Popular que recibe y transfiere avisos, informaciones, comunicaciones, entre otras. Dada la perfección dispositiva que parece pretenderse, sería de imaginar que el Banco actuará tan eficazmente contra todas las cuentas posibles, que quizás no sea necesario girar contra las de los organismos de primer nivel, que nada tienen que ver con los recursos monetarios de la entidad deudora, según estableció el Acuerdo de 1999 del Consejo de Ministros, pero esta modalidad no aparece reglada entre el Banco y el tribunal. ¿Por qué?

No lo sabemos. Lo que sí está demostrado es que el impago continúa, y que los casos de falta total de fondos, también se siguen produciendo.

Si se tiene presente, que este acuerdo entre el Banco y la institución judicial es posterior a las medidas analizadas, es justo admitir nuestra preocupación acerca de que nada dice sobre el asunto de las demandas que se tendrán que retirar de los tribunales, ni cómo se ejecutarán los casos protegidos por el subsidio de los 20 millones, que según ya explicamos, disponen de entera prioridad, aun cuando esto seguramente es de enorme interés para los jueces que han visto incumplido su mandato.

Por lo visto, este acuerdo de buenos oficios se enmarca, solamente, en el ámbito que una de aquellas medidas prescribió y que habla del establecimiento de procederes precisos en la relaciones entre ambas instituciones para ejecutar las sentencias de manera más ágil y eficaz.

Hemos podido entonces llegar, a un punto irrefutable: es necesario una mayor disciplina financiera, y los empresarios, mediante la eficiencia, deben evitar caer en situaciones de endeudamiento extremo, porque los acreedores que una vez cumplieron su parte en el trato comercial, no tienen por qué sufrir perjuicios en la recuperación del debido dinero que les corresponde. Si aun así, aparece nuestra estudiada institución, pues que entonces se concurse. Al Derecho le sobran posibilidades de respaldo.

Pensar en una prelación de créditos no sería nada difícil en nuestro caso, teniendo en cuenta los elevados y justos principios, inherentes a nuestro sistema político, que abarcan a toda la sociedad cubana, y que siempre tendrían muy en cuenta a quienes, de buena fe, participen en su comercio.

La quiebra muerta del Código Penal. Razón cuarta

Para un especial y último análisis hemos dejado lo referente a que en el Código Penal cubano, concretamente en su artículo 337, se tipifica delictivamente el hecho de la *insolvencia punible* y, dado el caso que nos ocupa, se impone una reflexión, ya que, según este artículo, dado los actos del deudor, procede adecuar el ilícito penal, bajo una *previa declaración de quiebra*, lo cual ya sabemos que no es posible por la tan comentada *ausencia* de las normas de concurso (al menos en materia mercantil), por lo que creemos que no bastaría en esta época, continuar devolviendo vida jurídica a los escasos y arcaicos supuestos

de siglos pasados, aun cuando se les conozca bajo el nombre de Código de Comercio. De más estaría invocar la falta de tutela procesal.

Para hacer más claro el análisis, podemos recurrir a la letra de este precepto, traído al rango cautelar de última fila por obra y gracia del Decreto Ley 175 de 17 de junio de 1997. Aquí se tiene la segunda idea de ficción que aparecerá denunciada en este estudio⁹ (recuérdese que la primera tuvo que ver con el Código Civil y su prelación de créditos del artículo 307.)

Como puede verse, en sus dos primeros ordinales, se habla de *quiebra* y *concurso* como si fuera lo más natural del mundo, reservando la tipicidad para cuando ella sea ¿declarada?, e incluso, se refiere a la *suspensión de pagos*, cual modalidad de la insolvencia, cuando en esta aparezca la acción intencional del deudor, agravándola o falseando el estado financiero que la haya provocado.

Llama la atención que el legislador cubano mencione por su orden: procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos, porque en la propia fecha de 1997 que creó este tipo penal, en Cuba no había ya ni lo uno ni lo otro (recuérdese la trayectoria de las normas de insolvencia ya explicada). Por tanto, concluyamos que no fue el Código de Comercio el tomado, como base legal, en esta aventura preceptiva.

⁹ Sección Cuarta, Insolvencia Punible.

Art. 337.1: «Incurrir en sanción de privación de libertad de dos a cinco años:

El deudor que para sustraerse al pago de sus obligaciones se alce con sus bienes, los oculte, simule enajenaciones o créditos, se traslade al extranjero o se oculte sin dejar representante legal o bienes en cantidades suficientes para responder al pago de sus deudas o realice cualquier otro acto de disposición patrimonial en defraudación de los derechos de sus acreedores.

El que sea declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la insolvencia sea causada o agravada intencionalmente por el deudor o por persona que actúe en su nombre.

El que en procedimiento de quiebra concurso o expediente de suspensión de pagos presente datos falsos relativos al estado financiero con el fin de lograr la declaración de aquellos incurrir en sanción de privación de libertad de uno a tres años.

Para adecuar la sanción el tribunal tendrá en cuenta la cuantía del perjuicio ocasionado a los acreedores, así como el número y condición económica de estos».

Por otra parte, da lugar a conjeturas, puesto que como parece afiliarse a las denominaciones heredadas del Derecho español, entonces ha de tenerse en cuenta que este propio estudio demostró que ya en esa época, era general el criterio de la necesidad de una reforma y que se habían propuesto, incluso, anteproyectos de legislación concursal. Precisamente un año antes, en 1996, por primera vez se había creado en España una Sección Especial para ello, que elaboró el Proyecto Final para presentarlo a las Cortes y que, según conocemos, superó definitivamente los tratamientos retrógrados de dualidad sobre quiebra y suspensión de pagos.

Entonces caben dos posibilidades: o bien los responsables de esta modificación penal se informaron del anteproyecto, que no era el más actualizado, o fueron conocedores de la intención de revalidar las normas mercantiles sobre la quiebra en Cuba, lo cual pasados siete años, no ha ocurrido. De lo que no cabe duda, es que si son esos los requisitos tipificadores que harán punible la insolvencia, entonces no se ha hecho otra cosa, que dictar una norma que ha muerto al nacer, debiendo entonces ser compasivos en la crítica, sobre todo cuando en ello influyó el abandono de la clásica costumbre de publicar y circular los proyectos legislativos entre los juristas, práctica que recordamos con cierta nostalgia porque constituía una manifestación de democracia legislativa, que evitaba los perjuicios propios de los errores humanos individuales.

De todas formas, es útil en este esfuerzo por probar la necesidad de reformas, concluir que el interés penológico, está también huérfano por la ausencia de las reglas que le permitirían sancionar conductas que, ciertamente, son incompatibles con nuestro sistema político, económico y social.

Cierto romanticismo aún pretende en pleno siglo XXI, que la concepción de sociedad de mercado es, por excelencia, aquella regida por la oferta-demanda y la que está, además, engendrada en la oscuridad de las leyes ciegas de comercio.

Con independencia de las desigualdades obvias del sistema capitalista, que sí influyeron en este concepto, en la actualidad, la relación entre el hombre y el comercio es más abarcadora, y tiende a salirse un poco de lo angosto de esta concepción, sostenido a veces a ultranza.

La sociedad constituye tráfico comercial; resulta la manifestación mercantil del ser humano y lo que importa es cuán seamos capaces de imponer que el trato igual y la consideración sobre la equidad, constituyan su esencia y no su negación.

Así como el mundo se globaliza, también se hacen plurales las relaciones de comercio que imponen al Derecho la necesidad de estar a su altura y, eso sí, dejando a un lado el fin primero del consumo, que no es lo que tiene que caracterizar el comercio, hay que ver la sociedad como una agrupación de hombres, unidos por una finalidad común: la de relacionarse y esta relación es fundamentalmente comercial, de manera que el Derecho debe ofrecer las reglas para la justa convivencia de todos sus participantes.

De tal suerte, nos parece razonable, y valiente, que admitamos la existencia de dificultades y fenómenos propios de esa realidad y las regulemos adecuadamente, disminuyendo en lo posible su efecto negativo y, como en el tema en estudio, tratar de evitar todo daño a quienes nada han tenido que ver con ellos.

En conclusión, pensamos que un sistema adecuado de reglas de concurso para la insolvencia, es un medio de influir en las crisis financieras, facilitando salidas ordenadas al endeudamiento excesivo y de alargar la vida de las empresas en dificultades, porque con independencia de filosofías, estas también, son parte de esa vida humana que en las palabras iniciales de este trabajo, se define como lo que es: una obra de arte inconclusa. La cuestión está en corregirle la plana.

Conclusiones

- Cuba, tal y como no está ajena al mundo, sino que admirablemente contrarresta los efectos de su actual dirección, tiene motivos racionales para regular el conflicto de la insolvencia, tanto para con su manifestación doméstica en nuestra atormentada economía, como para el enfrentamiento de sus consecuencias transfronterizas si estas, dada su apertura al capital extranjero, hacen su aparición.

Por otro lado, la certeza de la presencia de problemas con rasgos de crisis en nuestro sistema mercantil-financiero, ha quedado demostrada, admitida por las autoridades y convertida en pública, sobre todo para las esferas empresarial y jurídica. La insolvencia no puede continuar siendo tratada sin las reglas que le son propias, ni escondida tras mecanismos bancarios o judiciales que desprotejan acreedores, subsidien errores o terminen con la vida de las empresas.

- Con excepción de algunos casos, en materia de quiebra, el Derecho mercantil se ha comportado en constante renovación y así lo de-

muestran los abundantes y siempre reformados Códigos de Comercio del Mundo, lo que demuestra la necesidad sustantiva universal de esta actividad.

No hay razón; política, económica, ni social, para que Cuba adolezca de la ausencia de sus normas sustantivas en materia de Comercio. Mucho menos que persista una codificación ajena y colonial, que facilita la cómoda tendencia de no legislar con novedad, cuando más nos hace falta.

Bibliografía

- Albiol, A.: «Conferencia Sobre Derecho Concurzal» [inédito], notas del Curso Impartido en la Maestría de Derecho Mercantil por profesores de la Universidad de Barcelona y auspiciado por la ONBC, Ciudad de La Habana, 2000.
- Boqué, L. M.: «Megaconcursos. Los dinosaurios del Futuro», *Suplemento Fojas Cero*, no. 20, Buenos Aires, 1993 (disponible además en <www.aaba.org.ar>).
- Dávalos Fernández, R.: *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, Consultoría Jurídica Internacional, Ciudad de La Habana, 1993.
- La empresa y el empresario en Cuba*, Ed. ONBC, Ciudad de La Habana, 2000.
- Favier Dubois, E.: *Pequeños concursos. Regla o excepción*, Asociación de Abogados de Buenos Aires, <legalmanía.com>, Fuente Errepar, 2001 (disponible además en <www.aaba.org.ar>).
- G. Mosso, G.: *Los créditos fiscales y su influencia en el Convenio del Concurso*, Asociación de Abogados de Buenos Aires, <legalmanía.com>, Fuente Errepar, 2000 (disponible además en <www.aaba.org.ar>).
- Garrigues, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 3, 1949.
- González Campo: *Aspectos internacionales de la situación concursal. La reforma del derecho de quiebra*, ed. única, Madrid, 1982.
- Macías, C.: «Las últimas modificaciones del Derecho concursal belga, peruano y portugués», *Normas Legales*, Lima, no. 276, mayo, 1999.
- Pérez Veloz, D. M.: *Manual jurídico para empresarios cubanos*, Ed. Academia, Ciudad de La Habana, 2001.
- Prociuk, G.: «Concursos y Quiebras», <www.aaba.org.ar>, 2000-2002.
- Pulgar Ezquerro, J.: «La quiebra transfronteriza y el nuevo enfoque europeo», *Doctrina Societaria de Errepar*, Buenos Aires, t. XII, enero, 2001.
- Salgado de Somoza, F.: *Laberinto del Concurso de Acreedores* [ejemplar fotocopiado], 1646.

Uría, R.: *La Reforma del Derecho de quiebra*, 3.^a ed., Madrid, 1979.

----: *Derecho Mercantil*, 24.^a ed., Madrid, 1997.

Vega Vega, J.: *Comentarios a la legislación cubana sobre Asociaciones Económicas con Empresarios Extranjeros*, Ciudad de La Habana, 1991.

Vicent Chulia, F.: *En vísperas de la Reforma del Derecho concursal español*, [s.n.], 1978.

----: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.^a ed., t. II, tema 39 [s.o.d.e].

Vicente y Gella, A.: «Suspensión de pagos y quiebras», *Introducción al Derecho Mercantil comparado*, [s.n.], 1930.

Publicaciones Periódicas consultadas

«XV Consejo Presidencial Andino», *Granma*, Ciudad de La Habana, 13 de julio, 2004, p. 4.

«La borrachera del petróleo», *Juventud Rebelde*, Ciudad de La Habana, 31 julio-6 agosto, 2004, p. 6.

«Cumbre África, Caribe y Pacífico (ACP)», *Semanario Internacional ORBE*, 3-9 julio, 2004, p. 12.

«Disparidades económicas», *Granma*, Ciudad de La Habana, 7 de julio, 2004, p. 2.

«Gobierno Italiano acepta plan para salvar PAR-MALAT, Octavo Grupo Empresarial Agroalimentario del País», *Semanario Internacional ORBE*, 24-30 julio, 2004, p. 6.

«Integración más allá del estrecho concepto comercial», *Semanario Internacional ORBE*, 10-16 julio, 2004, p. 12.

«La OPEP se queda sin opciones», *Semanario Internacional ORBE*, 7-13 agosto, 2004, p. 6.

«Reunión Ministerial CUBA-CARICOM», *Granma*, Ciudad de La Habana, 16 de julio, 2004, p. 1.

«Riesgos de recalentamiento en economía china por inversión extranjera», *Semanario Internacional ORBE*, 22-28 mayo, 2004, p. 7.

Documentos tomados de internet

Documentos del Congreso de Derechos y Garantías en el Siglo XXI. Los Derechos de los Acreedores en el Proceso Concursal, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Argentina, 2002 (disponible además en: <www.aaba.org.ar>).

Documentos del III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia. Pequeños Concursos y Quiebras. La Administración de Justicia. Mar del Plata 1997, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Argentina, <legalmanía.com> (disponible además en <www.aaba.org.ar>).

Casos Prácticos y Sentencias sobre: Concursos y Extensión de la Quiebra. Confusión Matrimonial, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Argentina, Fuente Errepar, <legalmanía.com>, (disponible además en <www.aaba.org.ar>).

Casos Prácticos y Sentencias sobre: Rodríguez Rafael c/conc.civil liquidatorio s/incidente de extensión de Quiebra. Sala C.1993, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Argentina, Fuente Errepar, <legalmanía.com> (disponible además en <www.aaba.org.ar>).

Casos Prácticos y Sentencias sobre: La Perla Estibajes SRL s/quiebra s/incidente. Sala C. 1994, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Argentina, Fuente Errepar, <legalmanía.com> (disponible además en <www.aaba.org.ar>).

Casos Prácticos y Sentencias sobre: Tucson S.A. s/quiebra c/Artronix s.a s/incidente. Sala C. 1992, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Argentina, Fuente Errepar, <legalmanía.comX> (disponible además en <www.aaba.org.ar>).

Documentos Sobre el Tratamiento Extrajudicial para Casos de Insolvencia en Portugal. Derecho portugués. Análisis del Decreto Ley 316 /98, <www. terravista.pt>.

Legislación consultada

Constitución de la República de Cuba, Ed. Política, Ciudad de La Habana, 1992.

«Ley de 12 de Julio de 1992, Ley de Reforma Constitucional», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 7, 1 de agosto de 1992.

Ley 22 de 9 de julio de 2003. Ley Concursal de España [en vigor a partir del 1 de septiembre de 2004], CIABO, ONBC [obtenido por la autora por remisión del profesor de la especialidad].

Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 [hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 18 de enero de 1886 y vigente desde el 1 de mayo de ese año], Ed. Félix Varela, Ciudad de La Habana, 1998.

Ley Orgánica del Poder Judicial 8 de 9 de julio de 2003, modificativa de la Ley Orgánica 6 de 1985 de España, CIABO, ONBC [obtenido por remisión a la autora del profesor de la especialidad].

Código Civil de España de 1889 [vigente desde el 5 de noviembre de ese año y ratificado en 1899 mediante Proclama Militar del Gobierno de Intervención de Estados Unidos], Ed. MINJUS, Ciudad de La Habana, 1988.

«Ley 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil de Cuba», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 9, 15 de octubre de 1987.

Ley 1261 de 4 de enero de 1974, Ley de Procedimiento Civil y Administrativa [vigente en Cuba hasta 1977], Imprenta del MINJUS, La Habana, 1974.

- Ley 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral* [vigente], Ed. MINJUS, TSP, Fiscalía General y ONBC, Ciudad de La Habana, 2004.
- Ley 62 de 29 de diciembre de 1987, Código Penal. Anotado con Instrucciones del TSP y concordado con sentencias del TSP*, Ed. Ciencias Sociales, Ciudad de La Habana, 1998.
- «Ley 77 de 5 de septiembre de 1995, Ley de la Inversión Extranjera», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 3, 6 de septiembre de 1995.
- Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) sobre la Insolvencia Transfronteriza* [puesta en vigor mediante la Resolución 52/158 de la Asamblea General, el 15 de diciembre de 1997], disponible en Biblioteca del TSP.
- Ley de Enjuiciamiento Civil de 1886* [extendida a Cuba y Puerto Rico por Real Orden 1449 de 27 de octubre de 1885].
- «Decreto Ley 175 de 17 de junio de 1997» [en vigor desde el 25 de agosto de ese mismo año], *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, 26 de junio de 1997.
- «Decreto Ley 187 del 18 de agosto de 1998 sobre el Perfeccionamiento Empresarial», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 45, 25 de agosto de 1998.
- Decreto Ley 227 de 8 de enero de 2002 sobre el Patrimonio Estatal*.
- «Decreto Ley 50 de 15 de febrero de 1982 sobre Asociación Económica entre Empresas Cubanas y Extranjeras», Dávalos Fernández, R.: *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, Consultoría Jurídica Internacional, Ciudad de La Habana, 1993.
- Decreto Ley 223 de 15 de agosto de 2001, sobre la Jurisdicción y Competencia de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares*.
- Decreto Ley 24 de 15 de mayo de 1979, sobre el Sistema de la Economía Nacional*.
- «Decreto Ley 129 de 19 de agosto de 1991, sobre extinción del Sistema de Arbitraje Estatal», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, 19 de agosto de 1991, pp. 37-38.
- «Decreto 206 de 10 de abril de 1996, Reglamento del Registro de Sucursales y Agente de Sociedades Mercantiles Extranjeras», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 17, 24 de mayo de 1996.
- «Reglamento (CE) 1346/2000 del 29 de mayo de 2000 sobre Procedimientos de Insolvencia para la Unión Europea», *Diario Oficial de la Unión*, no. 160, 30 de junio de 2000.
- «Resolución 56 de 7 de agosto de 2000, sobre las Normas Bancarias para los Cobros y Pagos en las Dos Monedas» [deroga las 20 y 151 de ese propio organismo, vigente desde el 1 de noviembre de ese año], *Otros Documentos Sobre Cobros y Pagos*, Banco Central de Cuba, Ciudad de La Habana, 2000.
- «Resolución 64 de 1 de Noviembre de 2000 sobre Normas Bancarias de Cobros y Pagos» [complementa la anterior], *Otros Documentos Sobre Cobros y Pagos* Banco Central de Cuba, Ciudad de La Habana, 2000.
- «Resolución 74 de 4 de septiembre de 2001» [complementa las 56 y 64 del Banco Central de Cuba, ya citadas], *Otros Documentos Sobre Cobros y Pagos*, Banco Central de Cuba, Ciudad de La Habana, 2000.
- «Resolución 42 de 5 de abril de 2001 del Banco Central de Cuba sobre Normas de Pagos a Privados en cuanto a Bienes y Servicios», *Otros Documentos Sobre Cobros y Pagos*, Banco Central de Cuba, Ciudad de La Habana, 2000.
- «Resolución 1 de 21 de enero de 2002 del Banco Central de Cuba sobre Normas de Pagos al Sector Cooperativo», *Otros Documentos Sobre Cobros y Pagos* Banco Central de Cuba, Ciudad de La Habana, 2000.
- Resolución 103 de 13 de marzo de 1997 sobre Normas de Procedimiento para la Creación, Fusión, Traspaso y Extinción de Empresas* [fotocopia obtenida por la autora en 1999].
- «Resolución 100 de 25 de abril de 2000 para adicionar anexos al procedimiento de la Resolución 103 de 1997», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, 28 de abril de 2000.
- Acuerdo 2818 de 25 de noviembre de 1994 del Consejo de Ministros, sobre Creación, Reorganización, Traspaso o Disolución de Uniones y Empresas de Comercio Exterior y del resto de las Empresas y Entidades Económicas del Estado* [fotocopia obtenida por la autora en el 2004].
- Acuerdo s/n de 3 de diciembre de 1999 del Consejo de Ministros sobre la Ejecución del Fallo Judicial en Procesos Ejecutivos* [fotocopia obtenida por la autora en el 2004].
- Acuerdo s/n del Consejo de Ministros de abril de 1988, Normas sobre la Unión y la Empresa Estatal* [fotocopia obtenida por la autora en 2004].
- «Acuerdo 3619 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 1999» [otorga validez experimental a los Títulos X, XI y los artículos 944 y 950 del Código de Comercio], *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 29 de diciembre 1999.

Instrucción 160 del Tribunal Supremo Popular [designando a las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares, para conocer de los Litigios sobre la Ejecución de Letras de Cambio, Pagarés y Cheques, aplicando los artículos del 460 al 472 y 473 al 526, todos de la LPCAL], *Documentos relacionados con el uso de la Letra de Cambio el Pagaré y el Cheque en el territorio nacional*, Banco Central de Cuba, Ciudad de La Habana, 2000.

Procedimientos para las relaciones de trabajo entre el Sistema de Tribunales Populares y el Sistema Bancario (Salas de lo Económico), de 11 de

marzo del 2003 sobre Ejecución de Sentencias en Procesos de Materia Económico [material fotocopiado].

Comunicación de 28 de noviembre de 2002 del Banco Central de Cuba, sobre las Medidas Aprobadas por el Consejo de Ministros en fecha 19 de noviembre del propio año para tratar la iliquidez en el Sistema de Cobros y Pagos; en documento dirigido a todos los Directores Provinciales de los BPA [ejemplar obtenido vía Fax 223811, Ciudad de La Habana, Dirección Banca Empresa, Oficina Central].

Determinación de la ley aplicable a los ilícitos civiles en materia de Derecho de autor

M.SC. YANET SOUTO FERNÁNDEZ*

La ley aplicable a las obligaciones contractuales. Autonomía de la voluntad conflictual [sic]

He de analizar las soluciones presentes en el Sistema de Derecho Internacional Privado de Cuba sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales en materia de Derecho de autor. Al respecto, expresa Pérez Vera:¹

«Las cláusulas de elección del Derecho aplicable proporcionan uno de los “instrumentos de prevención” de conflictos de leyes más valiosos, en cuanto aseguran que la cuestión sobre el derecho aplicable al contrato será resuelto de un modo uniforme y predecible, asegurando una estabilidad jurídica indudable a cualquier relación contractual a pesar del cambio de circunstancias que a lo largo de la vida del contrato puedan operare».

Hay uniformidad de criterios en la doctrina en cuanto a la distinción –en el orden técnico-jurídico– entre la denominada autonomía conflictual y la autonomía material.

* Abogada de reconocido prestigio, quien se desempeña en el Bufete de Servicios Especializados de la ONBC. Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana. Máster en Derecho Privado por la Universidad de Valencia, España. Especialista en Derecho Societario por la Universidad de Barcelona. Máster en Derecho Mercantil y Financiero por esta universidad en el 2000. Profesora Adjunta Asistente de la disciplina de Derecho Civil y Familia, en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Este trabajo mereció Premio en la modalidad de artículo en Otras materias del Derecho, en el Concurso Anual de la ONBC, en su edición de 2005.

Análisis de las normas de conflictos sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales en materia de Derecho de Autor, a la luz de las normas de Derecho Internacional Privado cubano.

¹ Véase E. Pérez Vera: *Derecho internacional privado*, p. 147.

La autonomía material consistente en la expresión del principio de la libertad contractual regulada en el marco de una determinada legislación nacional. *A contrario sensu*, la autonomía conflictual solo tiene virtualidad en sede de Derecho Internacional Privado.

De lo antes consignado, se colige que es menester determinar el Derecho aplicable al negocio jurídico en cuestión para, *a posteriori*, precisar los límites de la libertad contractual en el marco del ordenamiento jurídico elegido.

A juicio de Virgos:² «Mientras que la autonomía conflictual [sic] encuentra sus límites en el foro, los de la autonomía material se hallan dentro del ámbito del ordenamiento designado y concretamente de lo que dispongan las disposiciones imperativas de aquella ley».

En relación con la autonomía de la voluntad, como principio general del Derecho, argumenta Pérez Gallardo:³

El valor de la autonomía de la voluntad (...) tiene su más firme punto de apoyo en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad de la persona cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone (...) la autonomía solo es tal en el campo de las leyes dispositivas, en el terreno de las prohibitivas e imperativas solo cabrá heteronimia».

Es menester precisar que, al referirse a la ley elegida por las partes, se requiere conectarla con un ordenamiento estatal vigente, de manera que se excluyen los denominados contratos sin ley, con independencia de que la ley designada se vincule con el contrato en cuestión.

El acuerdo de elección, como expresión de la autonomía conflictual se considera un negocio jurídico independiente; a través de la referida fórmula jurídica, se garantiza la aplicación de la autonomía conflictual, a los fines de prever y eliminar las futuras discrepancias que pudieran suscitarse.

Al analizar la autonomía de la voluntad conflictual, a la luz del sistema de normas de Derecho Internacional Privado cubano, es menester remitirse al artículo 17 del Código Civil vigente.⁴ El citado precepto regula el Derecho –objetivamente aplicable– en defecto de elección de las partes; pero de su texto

² Se expone los criterios sobre los límites de la autonomía conflictual y material de Virgos Soriano, en J. González Campos *et al.*: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, p. 273 y ss.

³ Véase L. Pérez Gallardo *et al.*: *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, p. 254 y ss.

⁴ Véase art. 17 del Código Civil cubano: «A falta de sumisión expresa o tácita de las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato».

se colige que, en materia de obligaciones contractuales, prevalece el principio de la autonomía de la voluntad conflictual. Siendo consecuente con el mismo no exige, de forma atinada, la vinculación entre el derecho elegido y el contrato en cuestión.

No se pronuncia el legislador cubano respecto la conveniencia de que el acuerdo de elección de la ley aplicable, podrá referirse a la totalidad del contrato o solo a una parte del mismo. Es omiso, también, en lo concerniente a la determinación del momento en que los contratantes deberán elegir el ordenamiento aplicable.

Como explicita Echemendía,⁵ la doctrina de la Escuela de La Habana, al definir las normas voluntarias precisaba: «Las normas de orden privado son las que expresan en cada país las formas jurídicas que adopta con más frecuencia la autarquía personal, en materias que no afectan a los intereses colectivos del Estado ni a sus deberes sustanciales de protección individual».

En el tema que nos ocupa, es menester traer a colación a Bustamante y Sirven,⁶ que expresaba al respecto: «La autarquía personal no es todo el Derecho Internacional Privado, sino una de sus tres reglas fundamentales. Combatirlas diciendo que puede invadir el terreno de las otras, es olvidar que se complementan y limitan».

El *Código de Bustamante* establece en sede de contratos, en su artículo 166: «Que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos», mientras que en cuanto a la propiedad intelectual formula en su artículo 115 que: «La propiedad intelectual se regirá por lo establecido en los convenios internacionales especiales ahora existentes y que en lo sucesivo se acuerden».

En la materia que aquí interesa, resultan aplicables los Tratados internacionales en los que Cuba sea parte, en particular, el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, adoptado en 1886, y revisado en etapas sucesivas; texto internacional que establece normas convencionales –uniformes– en torno a la protección de los derechos patrimoniales y morales de los autores sobre sus creaciones intelectuales.

El principio del trato nacional –informa el citado Convenio de Berna– estipula que las obras pertenecientes a uno de los países unionistas serán asimiladas a las nacionales, de lo que se colige que tendrán igual protección, conforme a lo establecido en el artículo 2 del referido acuerdo internacional.

En cuanto a los criterios de aplicación del convenio objeto de estudio, vale destacar que establece en su artículo 3, determinados puntos de conexión personales como la nacionalidad, o residencia habitual, del autor en alguno de los países pertenecientes a la Unión.

De igual forma, resulta aplicable –atendiendo al lugar de la primera publicación de la obra– según el criterio de vinculación de carácter real, consignado en el referido precepto legal.

El Convenio de Berna no establece en torno a la responsabilidad civil en materia de Derecho de autor, luego resulta válido remitirse al sistema de normas del Derecho Internacional Privado cubano, en sede contractual y extra contractual.

El principio de la autonomía de la voluntad conflictual tiene virtualidad en materia de Derecho de autor, de manera que permite a los contratantes determinar el ordenamiento jurídico que va a regir su relación jurídica contractual, según sus necesidades e intereses.

Después del análisis anteriormente consignado, cabe preguntarse si es posible, a la luz del sistema de Derecho Internacional Privado cubano, que las partes puedan modificar la designación de la ley aplicable al contrato, que hubieran determinado con anterioridad.

En mi opinión, a tenor del papel fundamental del principio de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho Internacional Privado, es dable que las partes puedan modificar el acuerdo anteriormente adoptado, así como designar la ley aplicable, tanto al momento de celebrar el contrato, como en fecha anterior o posterior al mismo.

Criterios de conexión en ausencia de elección por las partes

Por otra parte, al analizar los criterios de elección a falta de designación por las partes de la ley aplicable al contrato, en virtud de la legislación cubana, es menester retomar el artículo 17 del Código Civil

⁵ J. M. Echemendía: *Derecho Internacional Privado*, p. 348.

⁶ En este sentido, se exponen los criterios de Bustamante, en J. M. Echemendía: *Op. cit.*, pp. 353-354.

vigente en el que se establece como ordenamiento jurídico, aplicable la ley del lugar de ejecución del contrato, «*lex fori executionis*».⁷

El lugar de ejecución como criterio de conexión vincula la determinación de la ley aplicable con el lugar del cumplimiento de las obligaciones derivadas del nexo contractual, de manera que este determinará la *lex contractus*.

Por supuesto, cuando las partes han designado el lugar o lugares de la ejecución de las obligaciones no se presenta ninguna dificultad, pero los inconvenientes se pueden plantear al no precisarlo con exactitud, ante estos supuestos cabe preguntarse: ¿cómo determinar el lugar de ejecución?

En este tema, Virgos Soriano⁸ señala que los criterios de conexión, que utilizan en su formulación conceptos compartidos con el Derecho material, cuando precisan ser definidos, se integran –por el contenido propio que los mismos tienen– en el Derecho al que pertenece la norma de Derecho Internacional Privado que lo emplea.

Si las partes en el contrato no determinaron el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales –en virtud de la designación del legislador cubano del punto de conexión (*lugar de ejecución*) de la supracitada norma de conflicto–, el mismo se determinará conforme al Derecho material cubano, que remite al artículo 236 del Código Civil, que establece las reglas, a tenor de las cuales se definen los lugares de ejecución, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones contraídas.⁹

⁷ Véase el mencionado art. 17 del Código Civil cubano que establece, como ordenamiento aplicable, a falta de elección de las partes la *lex fori executionis*.

⁸ M. Virgos Soriano: *Lugar de celebración y ejecución en la contratación internacional*, p. 38 y ss.

⁹ A falta de designación, por las partes, del lugar de ejecución de las obligaciones contractuales, se establecen en el art. 236 las siguientes reglas: «El lugar de cumplimiento de las obligaciones es el fiado por las partes o, en su defecto, el señalado por la ley. En el apartado segundo se formula que, a falta de designación, se observan las siguientes reglas: »a) respecto a las obligaciones monetarias, el pago se realiza en el domicilio que tiene el acreedor en el momento de efectuarlo; »b) si se trata de un bien mueble determinado, la entrega se efectúa en el lugar en que se encontraba en el momento de constituirse la obligación, salvo que atendida la índole de esta, deba realizarse en lugar distinto;

Es menester significar que la *lex fori* solo nos determinará la ley que va a regir el contrato, por lo que las cuestiones referentes a la ejecución de las obligaciones generadas por el nexo contractual se regirán por la *lex contractu*.

Determinación de la ley aplicable a las obligaciones extra contractuales

Disquisiciones en torno a la localización del locus delict

Al adentrarnos en el tema de las violaciones ilícitas de los derechos de propiedad intelectual en el Convenio de Berna debemos determinar la *lex loci protectionis* en la materia.

En el citado artículo 6 del Convenio en el que se reconocen los derechos morales de los autores, se establece en el tercer párrafo: «Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección». Del texto del artículo se colige que las normas en el orden procesal se rigen por lo establecido en la *lex fori*, dado el principio de territorialidad que las informan, resultando aplicable la regla general *lex fori regit processum*.

Al respecto, Fernández Rozas considera:¹⁰ «El principio de territorialidad y el carácter cuasi-público de las normas procesales implica que los distintos actos procesales y, en general todo el desarrollo del proceso quedan regidos por la ley del foro».

Después de determinar la ley aplicable al proceso en cuestión, corresponde precisar qué ley resulta ajustable al fondo del asunto.

Como se comentó anteriormente, este convenio no establece disposiciones sustantivas en torno a la responsabilidad civil en materia de Derecho de autor. *Sensu contrario*, la Convención sobre Propiedad Literaria y Artística, suscrita en La IV Conferencia Internacional Americana establece la regla general

»c) si el objeto de la prestación es un bien inmueble o una construcción la entrega se ejecuta en el lugar en que se encuentre; y

»ch) las obligaciones de hacer se cumplen en el lugar donde debe prestarse la actividad o el servicio».

¹⁰ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho Internacional Privado*, p. 371.

lex loci delicti, aplicable a los ilícitos civiles en sede de propiedad intelectual y formula, en el artículo 13, los actos que comprenden reproducciones ilegales. Al respecto, dispone:

- «Se consideran reproducciones ilícitas, para los efectos de la responsabilidad civil, las apropiaciones indirectas, no autorizadas, de una obra literaria o artística y que no representen el carácter de obra original».
- «Será también considerada ilícita la reproducción, en cualquier forma de una obra íntegra, o de mayor parte de ella, acompañada de notas o comentarios a pretexto de crítica literaria, de ampliación o complemento de la obra original».

En cuanto a la ley aplicable a los ilícitos civiles, que vulneran los derechos de los autores, refrenda el artículo 14: «Toda obra falsificada podrá ser secuestrada en los países signatarios, en que la obra original tenga derecho a ser protegida legalmente, sin perjuicio de las indemnizaciones o las penas en que incurran los falsificadores, según las leyes del país en que el fraude se haya cometido».

De igual forma, el sistema de normas del Derecho Internacional Privado cubano, formula la norma de conflicto, relativa a las obligaciones no contractuales en el artículo 16 del Código Civil vigente,¹¹ estableciendo el tradicional punto de conexión *lex loci delicti commissi*.

Cabe citar el comentario al respecto de González Campos,¹² en cuanto a que la *lex loci* responde, tanto a los intereses propios del Derecho Internacional Privado (entre estos, la certeza y previsibilidad de qué ley va a ser aplicada, como a los intereses del Estado de aplicar la misma ley a todos los hechos que acontezcan en su territorio), como de los particulares, pues responde a las expectativas de las partes, que deben actuar conforme a la ley donde se encuentren, y tener, asimismo, la protección ofrecida por ella.

Ha sido también criticada por este autor la aplicación de la norma de conflicto –objeto de comentario– la conexión *lex loci*, cual relación rígida, y aplicable a todos los supuestos de obligaciones no contractuales.¹³

He de resaltar que para flexibilizar el criterio territorial del punto de conexión *lex loci delicti commissi*, tanto en la doctrina, en la jurisprudencia, como en el Derecho Comparado, se han adoptado diferentes soluciones, entre las que se encuentran las denominadas *cláusulas de reserva*, frente al criterio *lex loci*, en cuanto regla general.¹⁴

La problemática de la determinación del «lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven» –según Pérez Vera– «a medida que nos alejamos del modelo de la responsabilidad por culpa y nos adentramos en la responsabilidad objetiva, gana relevancia el lugar en que se manifiesta el daño, que muchas veces habrá de ser aprehendido en función del desequilibrio que hay que compensar».¹⁵ «Puede afirmarse –continúa la autora– que en los países de tradición jurídica, similar a la española, rara vez se discute la virtualidad de la regla *lex loci delicti*, pero sí su aplicación rígida e indiferenciada a todo tipo de situaciones».¹⁶

De lo anteriormente expuesto, se infiere la necesidad de flexibilizar la norma de conflicto, que se estudia, a los fines de ajustarla a las particularidades de cada caso concreto.

Al respecto, aboga la citada autora,¹⁷ por el empleo de la regla de la alternatividad, precisando que toda norma de conflicto, que posee criterios de conexión alternativos (lugar de acción-resultado) es sustancialmente favorecedora de quién posee la facultad de optar.

Ante esta disociación, se adoptan variadas soluciones –en los distintos sistemas de Derecho Internacional Privado– para determinar el sentido y alcance del lugar donde hubiere ocurrido el hecho; vale traer a

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ En la Ley Federal suiza sobre el Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, se establece en el art. 14 una cláusula de salvaguarda, que fundamenta la no utilización de la norma general, en principio aplicable.

¹⁵ En este sentido, se exponen los criterios de E. Pérez Vera, en J. D. González Campos *et al.*: *Op.cit.*, p. 309.

¹⁶ E. Pérez Vera: *Op. cit.*, p. 226.

¹⁷ *Idem*, p. 227.

¹¹ El legislador cubano establece como punto de conexión, la *lex loci delicti commissi* para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales formulando en su art. 16: «Las obligaciones extracontractuales se rigen por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que se derivan».

¹² J. D. González Campos *et al.*: *Op. cit.*, p. 307.

colación los que se decantan por el lugar del acontecimiento causal, consagrado en la Ley de Derecho Internacional Privado austriaca¹⁸ de 1978, en la que, al igual que en la legislación suiza, prima el principio de la *lex loci actus*, estableciendo como excepción, que el autor «debiera prever» que los resultados se manifestarían en el territorio de un Estado diferente.¹⁹

A *contrario sensu*, otros optan por el lugar donde se manifiesta el resultado lesivo. En este orden, Palao Moreno²⁰ expone el caso *Nagel c. Mowlen* ilustrativo de la solución en cuestión.

La doctrina y jurisprudencia alemana se inclinan por la teoría de la alternatividad,²¹ en virtud de la cual podrán ser considerados, indistintamente, uno u otro lugar donde ocurrió el hecho del que deriva la obligación, siempre a favor de la víctima.

A mi juicio, las referidas teorías no son factibles para determinar el *locus delicti*, toda vez que suelen ser superficiales, al no tener en consideración, de manera integral, los elementos constitutivos de estos supuestos de responsabilidad civil no contractual.

Al respecto, coincido con Palao Moreno²² quien comenta la propuesta de Konning Feil, en cuanto a su localización a través de su regulación material.

Por otra parte, consigné anteriormente la necesidad de soluciones factibles en aquellos supuestos que el criterio objeto de comentario sea fortuito, o no resulte apropiado al caso concreto, a esos efectos es atinente la solución especializada, para el sector en cuestión, que adoptan distintos sistemas de Derecho Internacional Privado, consistentes en la denominada *Proper Law Approach*.²³

De lo que se colige, que sería dable aplicar la legislación que presente la vinculación, más significativa, con el supuesto de responsabilidad civil en cuestión.

Asimismo, el *Código de Bustamante* formula en su artículo 168 el punto de conexión objeto de comentario: «Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o la culpa que las origine».

De los comentarios anteriormente consignados, en cuanto a lo insatisfactorio que resulta la presente formulación –en términos tan generales– y a la necesidad de propuestas que permitan la flexibilización de la misma, son válidos para la legislación cubana en esta materia.

Armonización en el tratamiento conflictual [sic] de ambos regímenes de responsabilidad

Las corrientes doctrinales modernas abogan por la unificación de ambos regímenes de responsabilidad.

Al respecto, Yzquierdo Tolsada señala:²⁴ «Son muchas las razones que llevan a gran parte de la doctrina más moderna a sugerir el acercamiento entre las dos esferas de la responsabilidad civil, y como *desideratum*, la unificación de los regímenes del resarcimiento».

A mi juicio, el Código Civil cubano de 1987 es avanzado en la materia que aquí ocupa, toda vez que, a tenor del artículo 294 –comprendido en el Libro de Obligaciones y Contratos– refrenda la unificación o conciliación de las normas que regulan los regímenes de responsabilidad contractual y extra contractual, siendo dable aplicar lo establecido en los artículos 81 al 99 del citado texto legal, en cuanto a la responsabilidad civil por actos ilícitos.²⁵ En este sentido, señala Yzquierdo Tolsada:²⁶

«Es ejemplar lo que dispone el artículo 294 que unifica las reglas sobre responsabilidad civil aquiliana y contractual que se convierten en dos campos del Derecho cada uno con sus problemas particulares, pero sometidos a las mismas reglas, siguiendo así los movimientos más recientes en el orden doctrinal, jurisprudencial y legislativo».

¹⁸ G. Palao Moreno: *Op. cit.*, p. 1810.

¹⁹ En este sentido, consulte una exposición de los sistemas de Derecho Internacional Privado, que acogen la opción de la *lex loci actus*, en E. Pérez Vera: *Op. cit.*, p. 227 y G. Palao Moreno: *Op. cit.*, p. 1810.

²⁰ G. Palao Moreno: *Op. cit.*, p. 1810.

²¹ E. Pérez Vera: *Op. cit.*, p. 227 y ss.

²² G. Palao Moreno: *Op. cit.*, p. 1811 y ss.

²³ *Idem*, p. 1812 y ss.

²⁴ M. Yzquierdo Tolsada: *Op. cit.*, p. 87 y ss.

²⁵ El art. 294 del Código Civil cubano establece: «Las normas relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos se aplican, en lo pertinente, en los casos de incumplimiento de obligaciones».

²⁶ M. Yzquierdo Tolsada: *Op. cit.*, pp. 122-123.

De igual forma, resalta la ejemplaridad de lo formulado en el artículo 99 (apartado tercero) del Código suizo de las Obligaciones:²⁷ «Las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual». Continúa el citado autor exponiendo los cambios legislativos en el Derecho comparado en este orden, como el Código Polaco y la experiencia argentina.²⁸

En este sentido, el Proyecto del Código Civil argentino de 1998, adoptó el criterio de unificación de las obligaciones contractuales y extra contractuales, formulando en su artículo 1581 que:²⁹ «Las normas atinentes a la responsabilidad civil son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño».

En la doctrina patria, se ha objetado la omisión del legislador cubano, al no establecer que el incumplimiento contractual constituye un ilícito civil, resaltando solo la similitud de ambos regímenes en cuanto a los efectos.³⁰

Siendo consecuentes con la formulación del legislador cubano, consignada anteriormente, consideramos atinente proponer, desde un plano internacional-privado, un tratamiento conflictual único a ambos regímenes de responsabilidad, de lo que se colige que sería dable, a la luz de nuestro Derecho Positivo, reformular las normas de conflictos relativas a las obligaciones contractuales, y no contractuales, establecidas en el Código Civil vigente, de esta forma se evitaría la concurrencia de ambas obligaciones.

Como señala de Ángel Yaguez:³¹ «Son muy abundantes los casos puros, en los que basta con comprobar la existencia o no de un vínculo contractual entre el dañador y la víctima para calificar la responsabilidad. Pero no son pocos los supuestos en los que puede discutirse ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos. Y si de dar una respuesta, u otra, va a depender la aplicación por parte de los tribunales de soluciones absolutamente distintas (con base legal o sin ella, esa es ahora otra cuestión), salta a la vista la importancia práctica del problema».

Al respecto, apunta Yzquierdo Tolsada,³² comentando la intervención de Guido Calabresi, en la conferencia celebrada en la Universidad de Buenos Aires, el 11 de mayo de 1988: «Que también en Estados Unidos se viene produciendo últimamente una fuerte corriente doctrinal a favor de la unificación, hasta el punto de que hay quien ya ha acuñado una curiosa palabra, “*con tort*”, que viene a ser una contracción de *contract* y *tort*».

Al armonizar ambos tipos de responsabilidad, se eliminarían los inconvenientes que se suscitan, dada la presencia de un sistema doble de responsabilidad, propuesta que podría adoptarse en el ordenamiento jurídico español.

Conclusiones

Estudiado el tratamiento conflictual de las obligaciones contractuales y extra contractuales en sede de Derecho de autor, a la luz del sistema de Derecho Internacional Privado cubano, es dable ultimar que:

1. El principio de la autonomía conflictual ha sido reconocido en el sistema de Derecho Internacional Privado cubano.
2. La parquedad con la que ha sido reconocido el acuerdo de elección sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales por el Código Civil cubano impone el reclamo de una reformulación normativa que regule la posibilidad de elegir la ley aplicable a la totalidad o solo a una parte del contrato, así como la atinente modificación de la elección de la ley aplicable a la relación contractual en cuestión, como manifestación del principio de la autonomía conflictual.
3. El Convenio de Berna, sobre protección de obras literarias y artísticas, no establece normas de Derecho uniforme en torno al régimen jurídico de la responsabilidad civil, en los diversos contratos internacionales típicos de Derecho de autor.
4. El lugar de ejecución del contrato, como criterio de conexión, utilizado por el legislador cubano, en la comentada norma de conflicto –formulada en el artículo 17 del Código Civil cubano–, a falta de sumisión –expresa o tácita– de las partes a un determinado ordenamiento jurídico, requiere ser definido

²⁷ *Idem*, p. 123.

²⁸ M. Yzquierdo Tolsada: *Op. cit.*, pp. 123-124.

²⁹ A. Aníbal Alterini: «Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto argentino del Código Civil argentino», p. 860.

³⁰ C. Valdés Díaz *et al.*: *Derecho Civil. Parte General*, p. 247.

³¹ R. de Ángel Yaguez: *Op. cit.*, p. 23.

³² M. Yzquierdo Tolsada: *Op. cit.*, p. 89.

o especificado, pues no se precisa el *locus executionis* y se aprecian ambigüedades en su designación, amén de las dificultades que se generan en los supuestos en que se impugne el perfeccionamiento del negocio jurídico en cuestión; de manera que, a mi juicio, el tipo legal que aquí interesa, impone reformular la citada norma de conflicto, estableciendo una regla general y un sistema de presunciones, que se ajusten a cada modalidad contractual, permitiendo localizar el contrato, de modo eficaz, en el medio socio-económico en el que se inserta, siendo consecuentes con la seguridad y previsibilidad que rigen las relaciones jurídicas contractuales internacionales.

5. En materia responsabilidad civil extracontractual se aprecia una significativa dispersión normativa, estableciéndose reglas especiales en los disímiles Convenios Internacionales sobre la materia que se aborda, ajustados a las particularidades de cada uno de los supuestos que generan responsabilidad civil no contractual. El criterio territorial del *locus delicti* formulado en el sistema de normas de Derecho Internacional Privado cubano, dado su carácter general, no contempla la problemática que puede suscitarse en torno a la determinación del «lugar donde hubiera ocurrido el hecho del que se deriva la obligación» cuando no coinciden el lugar de acción y el de resultado, por lo que es menester que el órgano jurisdiccional precise el sentido, y alcance, de este término. Amén que puede resultar inadecuado en disímiles casos, en los cuales, el referido punto de conexión resulta fortuito, de modo que es factible la aplicación de técnicas vigentes que flexibilicen los más avezados sistemas de DIPRI sobre la responsabilidad civil extracontractual.
6. No hay uniformidad de criterios en la doctrina científica, desde un plano internacional privatista, en torno al tratamiento conflictual de la problemática de la concurrencia de las obligaciones, contractuales y no contractuales. Los partidarios de *ex lex fori* pretenden proponer soluciones a partir de un plano procesal, desvirtuando la esencia de la institución objeto de estudio. La mayoría de la doctrina científica se ha decantado por la aplicación de la ley que rige el fondo del asunto (*lex causae*), posición que considero atinada, dada su naturaleza material.
7. Considero válido, a la luz de nuestro Derecho Positivo, la armonización en el tratamiento conflictual de la responsabilidad civil, sien-

do consecuentes con la avezada unificación de las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual, formulado en el artículo 294 de nuestra ley civil sustantiva y con las tendencias más modernas, en torno al tema, en el orden doctrinal, jurisprudencial y legislativo.

8. En los sistemas de Derecho Internacional Privado cubano no se establecen normas de conflictos específicas, aplicables a la responsabilidad civil en materia de Derecho de autor, como amerita la especialidad de la institución en cuestión; siendo menester remitirse al comentado criterio general del *locus delicti*. Este concepto resulta insatisfactorio, en determinados supuestos, para dar solución a situaciones fácticas que pueden presentarse cuando el resultado ilícito del actuar del editor se manifiesta en lugar diferente a aquel donde ocurrió la acción, o cuando tenga carácter accidental. Son diversas la teorías, al respecto, en los sistemas de Derecho Internacional Privado, que suelen ser superficiales, al no efectuar un análisis integral de todos los elementos constitutivos de estos supuestos de responsabilidad civil no contractual.
9. Resulta acertada la aplicación del *Proper Law Approach* cual técnica flexibilizadora cuando el citado criterio territorial de conexión presente carácter fortuito. Estimo que la solución no radica en la aplicación de la *conexión accesoria*, que aunque considera el concepto de *conexión*, previsto en sede contractual, no deja de concebir la institución como un ilícito civil, de naturaleza no contractual. A mi juicio, en los casos que se tratan, el incumplimiento derivado del nexo contractual entre el autor y el editor constituye un ilícito civil; de modo que, lejos de aplicar la referida conexión accesoria, se impone una reformulación –a la luz de las normas de conflictos de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado– que confiera un tratamiento conflictual, especial y uniforme, para los supuestos de responsabilidad civil en materia de propiedad intelectual.

Bibliografía

- Aníbal Alterini, A.: «Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto argentino del Código Civil argentino», *La Ley*, t. C, 1999, p. 860.
- Bustamante, A. S. de: *Código de Derecho Internacional Privado*, Instituto Superior del MININT, Ciudad de La Habana, [s.f.].

- Blanco Gómez, J. J.: *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extra contractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en el Derecho sustantivo español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- Carrillo Salcedo, J. A.: *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 2.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1976.
- Cavanillas Mujica, S. e I. Tapia Fernández: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extra contractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1995.
- Concepción Rodríguez, J. L.: «Responsabilidad contractual–responsabilidad extra contractual: distinción y consecuencias», *Actualidad Civil*, no. 3, 17-23 de enero, 2000.
- Dávalos Fernández, R.: *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Primera Parte, Ed. Ciencias Sociales, Ciudad de La Habana, 1992.
- Ángel Yaguez, R. de: *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1993.
- Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1996.
- : *Derecho de daños*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999.
- Echemendía, J. M.: *Derecho Internacional Privado. Parte preliminar, Parte general y Parte Técnica*, t. I, Imprenta André Voisin, Ciudad de La Habana, 1980.
- Fernández Rozas, J. C. y S. Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2.^a ed., Ed. Civitas S.A., Madrid, 1993.
- Font I. Segura, A.: *La responsabilidad del porteador efectivo en el Convenio de Bruselas de 1968*, RDCE, 1999.
- García de Enterría, E. et al.: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, t. III, Ed. Civitas S.A., Madrid, [s.a.].
- Giuliano, M. y P. Lagarde: *Informe Relativo al Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*, DOCE C 327, 11 de diciembre, 1992.
- González Campos, J. D. et al.: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 6.^a ed., Eurolex S.L., Madrid, 1995.
- Lipszyc, D.: *Derecho de autor y derechos conexos*, Ed. Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993.
- North, P. M.: «Contract as a tort defense in the conflict of laws», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 26, octubre, 1977.
- Palao Moreno, G.: *Aspectos Internacionales de la responsabilidad civil por servicios*, Ed. Comares, Granada, 1995.
- : «La responsabilidad civil por servicios: Estudio de Derecho comparado en Europa con especial referencia a España», *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XXX, no. 2, 1996.
- : «La Ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en Derecho Internacional Privado español», *Anuario de Derecho Civil*, t. L, fasc. IV, octubre -diciembre, 1998.
- Pérez Gallardo, L. B. et al.: *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Ed. Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2000.
- Pérez Vera, E. et al.: *Derecho Internacional Privado. Derecho civil Internacional*, 7.^a ed., vol. II, Imprenta de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1996.
- Valdés Díaz, C. et al.: *Derecho Civil*, Parte General, Ed. Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2000.
- Virgós Soriano, M.: *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1989.
- Yzquierdo Tolsada, M.: *Responsabilidad civil contractual y extra contractual*, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1993.

Legislación consultada

- Código Civil de la República de Cuba*, Ley 59 de 6 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, Ed. Ciencias Sociales, Ciudad de La Habana, 1989.
- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas adoptado en 1886*, [s.n.], Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, 1997.
- Acuerdo entre la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio adoptado en 1995*, [s. n.], Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, 1997.
- Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, adoptado en 1994, [s.n.], Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, 1997.

Protección y tratamiento en el contexto legal cubano a los derechos conexos de los artistas intérpretes y ejecutantes

M.Sc. NANCY GARCÍA ALONSO*

Introducción

A través de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas, se comunican al público, las obras dramáticas, musicales, teatrales o escénicas, así como las de carácter lírico y musical, reflejándose en ellas su propia creación interpretativa. Este aporte personalísimo e intelectual del artista intérprete o ejecutante, al interpretar o ejecutar la obra, es objeto de protección por el Derecho.

En la doctrina, la protección que se dispensó a las prestaciones artísticas fue otorgada en el ámbito estrictamente del derecho patrimonial, mediante la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radio-difusión, más conocida por la Convención de Roma (1961), así como los Acuerdos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual, relacionados con el Comercio (1994), para posteriormente reivindicarle una protección justa y merecida en el ámbito de los derechos morales, en virtud del Tratado de la OMPI

* Licenciada en Derecho por la Universidad Central Marta Abreu, de Las Villas. Diplomada en Derecho Civil y Asesoría Jurídica. Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia por la Universidad Central Marta Abreu, de Las Villas. En el ejercicio de su profesión. Actualmente Supervisora Provincial de Bufetes Colectivos en Villa Clara. Este artículo constituye una parte del estudio: Los Derechos Conexos de los Artistas Intérpretes y Ejecutantes, que sirviera para obtener el Título de Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia en el 2004. Asimismo, resultó premio en la Comisión de Materias no Tradicionales del Derecho en la Conferencia Jurídica Provincial de Villa Clara, en el 2005, y Premio en la propia Comisión durante el Concurso Anual de la ONBC en ese mismo año. Podrá consultarlo íntegramente en la edición del Boletín Electrónico y en el Sitio Web de la ONBC.

(Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), sobre Interpretación o Ejecución y Fonograma, conocido como el WPPT (1996).

El tratamiento de los Derechos Conexos en la legislación cubana sobre Derecho de Autor y, específicamente, el de los artistas intérpretes o ejecutantes es la motivación de este estudio, tema al que no le obran antecedentes investigativos de envergadura, a pesar de presentarse hoy como una necesidad real y objetiva, luego del desarrollo alcanzado en las relaciones socioculturales de la nación.

Es propósito de la autora dar respuesta a la pregunta: ¿Es suficiente la protección brindada por la legislación cubana a los Derechos Conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes?

Tratamiento y análisis de los derechos conexos de los artistas intérpretes y ejecutantes en la legislación cubana

Entre los especialistas de Derecho de Autor en Cuba se promueven discusiones acerca del reconocimiento, o no, de los Derechos Conexos en la legislación nacional. En la presente investigación analizo la situación, valorando en qué medida están adecuadamente protegidos, para dar respuesta a las necesidades, cada vez más crecientes, del arte. En este sentido, se precisa un repaso de la legislación vigente.

Ley 14 de 28 de diciembre de 1977, Ley de Derecho de Autor de Cuba

La Ley 14 de 28 de diciembre de 1977 es la Ley de Derecho de Autor que se encuentra vigente en el territorio cubano. En el momento en que se promulgó, no se manifestaban las mismas condiciones económicas y sociales actuales, ni en el ámbito internacional ni en el nacional; no había un panorama que exigiera una protección específica y detallada de los Derechos Conexos. A raíz de los cambios que se sucedieron en la economía nacional, y ante un mundo, cada vez más globalizado, han surgido factores o condiciones que han propiciado las urgencias de una adecuada protección para nuestros artistas intérpretes o ejecutantes. Por lo que esta legislación no recoge en su articulado protección alguna para los Derechos Conexos.

Resoluciones del Ministerio de Cultura de Cuba

El Ministerio de Cultura de Cuba es el Organismo de la Administración del Estado encargado de rectorar la política en materia de Derecho de Autor. El mismo ha tenido entre sus preocupacio-

nes el estatus jurídico de los artistas intérpretes o ejecutantes y, aun cuando no haya regulación expresa a los Derechos Conexos en la Ley 14, ha recogido ciertos derechos o intereses de aquellos en resoluciones que regulan diversos aspectos como: la representación artística, situación laboral, relaciones contractuales entre las instituciones culturales y los artistas e intérpretes. De ahí que se plantee por los estudiosos del Derecho de Autor, que aun cuando no hay una regulación formal de los Derechos Conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, aparecen determinados aspectos que hacen pensar que se han reconocidos ciertos derechos morales y patrimoniales, equivalentes a los conocidos Derechos Conexos de este tipo de titulares.

Al respecto, se encuentran una serie de Resoluciones, que analizaré a continuación.

Resolución 61 del Ministerio de Cultura,¹ de 7 de octubre de 1993

La Resolución 61 dispone las bases sobre las cuales se aplicarían las medidas aprobadas para llevar a cabo los cambios en las relaciones económicas entre las instituciones y los artistas y creadores, como resultado de la especialización de la tenencia de divisas. Sobre estas bases se hace referencia manifiesta a la comercialización de grabaciones musicales y, en ese sentido, la Resolución asume de forma expresa, que constituye «práctica internacional el pago de *royalties* a una interpretación por la comercialización de sus fonogramas», pronunciándose sobre los ingresos por *royalties* provenientes del exterior, y que el artista recibirá la promoción pactada en el contrato; de manera que se aprecia aquí un reconocimiento a la remuneración que deben percibir los artistas intérpretes o ejecutantes, lo que podría entenderse, a su vez, como un reconocimiento a ciertos derechos patrimoniales, entre los que se encuentran, el derecho de reproducción y de comunicación pública en materia de Derechos Conexos.

La misma Resolución hace referencia a las prestaciones artísticas en el exterior y, en este sentido, también se le reconoce al artista la posibilidad de recibir ingresos a partir del contrato.

¹ Véase *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 12, de 4 de noviembre de 1993.

Resolución 76 del Ministerio de Cultura,² de 16 de noviembre de 1993

Esta Resolución pone en vigor el sistema de contratación mediante el cual se garantizan las relaciones económicas entre las instituciones y los artistas y creadores a partir de la Resolución 61/93. Establece, entre otras, las proformas de contratación como: el contrato de grabaciones musicales, fonogramas y artistas e intérpretes por la comercialización de conciertos en el exterior (Anexo 3) y el contrato de exclusividad y a tiempo definido entre las instituciones comercializadoras de presentaciones artísticas en vivo y los artistas por el cumplimiento de las acciones comerciales en el exterior (Anexo 6).

Resolución 42 del Ministerio de Cultura,³ de 2 de junio de 1997

Esta Resolución dispone el pago moneda libremente convertible por los conceptos de Derecho de Autor, literario y musical, a los autores cuyas obras se comercialicen en esa moneda en el Mercado Nacional, así como el pago de las regalías a los intérpretes y ejecutantes de las obras fijadas en los fonogramas.

Esta Resolución como aspecto de singular importancia, utiliza el término intérpretes y ejecutantes por lo cual denota un cierto conocimiento del legislador de la materia en cuestión, establece por lo tanto la cuantía a recibir para estos titulares, recibiendo estos 10 % a partir de 20 % del precio mayorista de cada disco *casete* o soporte musical vendido.

Junto con esta Resolución se encuentra en vigor la Instrucción 1/97, relativa al alcance e interpretación de lo dispuesto en la Resolución 42/97.

Resolución 72 del Ministerio de Cultura,⁴ de 28 de septiembre de 1998

La Resolución 72 dispone, entre otros aspectos, la retribución en moneda libremente convertible por las presentaciones artísticas musicales y de las artes

² Véase *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 14, de 29 de noviembre de 1993.

³ Véase *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 2, de 2 de julio de 1997, p. 354.

⁴ Véase *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 51, de 9 de octubre de 1998, p. 860.

escénicas cuando estas se producen en el mercado interno en esta moneda, la que se recibirá por sus beneficiarios en concepto de ingresos personales.

Resulta de particular interés que esta Resolución establece, también, que las instituciones culturales cubanas, implicadas en este tipo de relación, quedan encargadas de elaborar Reglamentos que forman parte de la Resolución, que deberán precisar los aspectos concurrentes a la forma de distribución de los por cientos de retribución, las bases contractuales que ampararán las nuevas relaciones y los sujetos beneficiados de la distribución.

Estos elementos básicos, según el Resuelvo Tercero de la Resolución 72/93, deberán incluirse «en lo que resulte pertinente, en los convenios colectivos de trabajo suscritos o que se suscriban a partir de su aprobación», lo cual evidencia el marcado carácter laboralista que tiene la legislación cubana cuando hablamos de artistas intérpretes o ejecutantes, lo cual –a mi criterio, si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de los Derechos Conexos de estos titulares–, resulta desacertado, con independencia de que también haya analizado la legislación de Derechos Conexos de España, Venezuela y Argentina.

Los referidos Reglamentos, recogidos en la propia Resolución, establecen que serán elaborados por instituciones como: el Consejo Nacional de las Artes Plásticas, el Instituto Cubano de Radio y Televisión (ICRT) y el Instituto Cubano de la Música, siendo previamente conciliados con el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Cultura y la UNEAC.

Cuando se analizan dos de estos Reglamentos: el Reglamento para la Comercialización de las Presentaciones Artístico Musicales –retribuidos en moneda libremente convertible en el Mercado Interno–, así como el Reglamento para la Comercialización de las Presentaciones Artísticas de las Artes Escénicas –retribuidas en moneda libremente convertible en el Mercado Interno–; siendo del Instituto de la Música y del Consejo Nacional de las Artes Escénicas, se aprecia que, en ambos casos, aparecen las bases de los contratos entre la Institución y el artista o colectivo artístico. En este sentido, resulta de suma importancia que la Entidad de representación artística, tiene entre sus obligaciones «defender la imagen del artista de cualquier trato injusto o lesivo a sus intereses, lo cual evidencia un intento de aproximación a los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes».

Por otro lado, en las bases de este contrato, también se hace referencia a ciertos aspectos de carácter patrimonial, como:

«Informar al artista, sobre el monto de la transacción y los términos pactados entre la entidad contratante que realiza las gestiones que garanticen el cobro que corresponda por las presentaciones o servicios prestados, de acuerdo a lo pactado con el usuario que paga al artista en un término que no deberá exceder los 10 días hábiles contados a partir de la fecha en que haya efectuado dicho cobro».

Resolución Conjunta 1 del Ministerio de Cultura, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Finanzas y Precios, de 8 de junio de 2001

Esta Resolución establece el Reglamento para el tratamiento laboral de remuneración y de Seguridad Social aplicable a los artistas y colectivos artísticos y el personal de apoyo vinculado a las instituciones de la música y los espectáculos.

El Reglamento de la Resolución Conjunta 1 fija las bases de los contratos de representación artística que se celebran entre la institución y el artista o colectivo artístico, formalizando como un contrato de trabajo por tiempo determinado. Este Reglamento hace referencia expresa a la remuneración, que en este caso se aplica a los ingresos en moneda nacional. En relación con la distribución de los ingresos, cada centro elabora las reglas y procedimientos a tener en cuenta para la distribución de los ingresos de los artistas, acción esta que realiza no sin antes haberla coordinado con la Organización Sindical del Centro y que formarán parte del Convenio Colectivo de Trabajo del mismo.

El Anexo 2, de la referida Resolución Conjunta, hace referencia a las bases para el Contrato de Representación Artística y, respecto a las obligaciones de las partes, establece que la Entidad representante deberá obligarse a prestar –libre de costos– servicios al artista entre los cuales destaca nuevamente, en igual sentido que lo valorado en la Resolución 76 de 1993, «defender la imagen del artista de cualquier trato injusto o lesivo a sus intereses» y consigna el momento en que se hará efectivo el pago.

Teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad, referente a la imagen del artista, no se puede pensar en un grado de protección en el ámbito moral ni siquiera afiliándose al criterio de los autores, que asemejan los derechos de estos titulares a los derechos inherentes a la personalidad (teoría con la que discrepo), en tanto al buscar amparo, se estaría obligado a remitirse al artículo 38 del Código Civil cubano en lo referente a los Derechos inherentes a la perso-

nalidad que, a su vez, remite a lo preceptuado en la Constitución de la República sobre estos derechos; regulación que resulta omisa en la Carta Magna, en el caso del Derecho a la Propia Imagen en cuanto uno de los derechos de la personalidad; de manera que resulta imposible la tramitación de una violación por esta vía.

Este Reglamento establece otros aspectos de interés para el artista, como el régimen de seguridad social, muy particular del ámbito laboral y que, a nivel internacional, es preocupación de las Sociedades de Gestión.

Necesidad de un tratamiento legal efectivo, para una protección adecuada de los derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes en Cuba

Para una mejor comprensión de la aplicación práctica del cúmulo de resoluciones ya analizadas, acudí al Centro de la Música de mi provincia donde comprobé que las mismas se aplicaban, pero de forma combinatoria en dos proformas de contratos que mediaban la relación jurídica entre la institución y los artistas intérpretes o ejecutantes, como Contrato de representación Artística y, por otro lado, entre el Centro de la Música y los usuarios de sus servicios, en cuanto un Contrato de Servicios Artísticos, resultando interesante destacar que la Especialista encargada de estos temas, mostró desconocimiento acerca del tema de los Derechos Conexos; sin embargo, realizó todo un proceso de elaboración de proformas a partir de las resoluciones –ya analizadas– para resolver la contratación de los servicios artísticos. Ello permitió corroborar que este desconocimiento de la materia a nivel institucional, y en el caso específico de los artistas, sobre esta temática, atenta contra el mejor desenvolvimiento de un régimen adecuado de protección.

De manera general, y teniendo en cuenta la doctrina y el análisis comparado de la legislación de España, Venezuela y Argentina, en materia de Derechos Conexos, se puede afirmar que, en el caso de Cuba, la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes tiene un fuerte contenido laboralista, que difiere de los países latinoamericanos analizados, en los cuales se cuenta con una legislación específica de Derechos Conexos y un régimen jurídico bien acabado (España y Venezuela), o acorde –en determinados aspectos– (Argentina) con los Tratados Internacionales del sector.

Cuba no forma parte de la Convención de Roma; sin embargo, ha ratificado los ADPIC, lo cual entra en contradicción con su legislación interna. Si bien no ofrece una protección formal por Derechos

Conexos a los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, si reconoce algunas prerrogativas a estos desde el punto de vista contractual regulándose aspectos, en los que se aprecia la intención de establecer prerrogativas en correspondencia con las facultades morales y patrimoniales para estos titulares.

No obstante a este reconocimiento, el régimen ofrecido por la legislación cubana es incompleto, limitado e inoperante en determinados aspectos y presenta cierto silencio en preocupaciones de estos sujetos que el Derecho Laboral no puede responder. Uno de ellos es la necesidad de reconocimiento moral que requiere cada Artista Intérprete o Ejecutante, así como el respeto a la integridad de su interpretación o ejecución desde el punto de vista de que su nombre esté unido al producto de su trabajo y que la interpretación no sufra alteraciones ni deformaciones que puedan desmerecerla ante el público. El artista puede ver variar el valor económico de su trabajo, según el grado de notoriedad que alcance y el favor que le dispensa el público, no siendo así en el caso de un trabajador corriente al cual no le interesa ser conocido por el público consumidor del producto en cuya fabricación interviene, pudiendo ser este alterado sin que disminuya el valor económico de su trabajo.

Respecto a los derechos, también el régimen laboral es incompleto, pues solo reconoce la remuneración como una actividad laboral más, y no es el caso, ya que aquí hay otros intereses que reconocen los convenios internacionales como los derechos de fijación; reproducción; distribución; alquiler, comunicación pública y no el mero hecho de la remuneración, que no es otra cosa que el pago por la realización de ciertas actividades como las descritas anteriormente. En el caso de Cuba, el derecho al trabajo no ofrece sustento que justifique el derecho del intérprete a un pago adicional por la utilización pública de grabaciones realizadas con su concurso, pues no hay relación laboral entre el artista y el propietario y la entidad o el radiodifusor que utiliza esas grabaciones.

Cabe señalar que, al no estar reconocidos como Derechos, los de los artistas intérpretes o ejecutantes en la legislación cubana, se dan múltiples situaciones en las relaciones entre estos y los usuarios donde los primeros quedan totalmente desprotegidos. Ese es el caso cuando se efectúa un contrato entre una Entidad cubana comercializadora del servicio artístico nacional, como el Centro de la Música, y un usuario extranjero, donde el artista nacional se encuentra en desventaja pues no cuenta con una Entidad nacional, con convenios de colaboración internacional, que gestione la utilización de sus derechos en el

exterior; es decir, una entidad de Gestión Colectiva⁵ de Derechos Conexos y solo tiene que conformarse con la presunción de buena fe que haga quien utilice las interpretaciones, si es que este aspecto se tuvo en cuenta en el contrato.

En estos supuestos, se cita para la solución de conflictos por incumplimientos de contratos a la Corte Internacional de Arbitraje con sede en La Habana. La realidad actual ha llevado a que los artistas cubanos hayan encontrado “cierta” gestión de sus derechos en una entidad internacional, que tiene su representación en la Habana, la Sociedad General de Autores de España (SGAE), que realiza la gestión por las utilidades en el exterior, pero que no opera en el territorio nacional.

Sin embargo, debo decir que el Ministerio de Cultura ha establecido una serie de Agencias de Representación Artísticas, que se encargan de viabilizar los contratos entre estos titulares y los utilizadores. Cabe mencionar, también, que aun cuando he tomado para análisis las proformas de los Contratos de Representación establecidos en las Resoluciones del Ministerio de Cultura, conozco que en estos momentos la óptica de dicho Ministerio, y del Centro Nacional de Derecho de Autor –en materia de contratación es la de no regirse tanto por las condiciones que las partes acuerden en el contrato, respecto al tratamiento de sus intereses.

Todo lo anterior refuerza la idea de que, realmente, el tratamiento jurídico a los artistas intérpretes o ejecutantes conlleva a la promulgación de una legislación especial en la materia, como la legislación de Derecho de Autor y Derechos Conexos, y no dejarlo a la *protección* del Derecho Laboral. Es de entender que, en el caso específico de Cuba, y dadas las circunstancias de nuestra economía, se haya optado por esta protección; la realidad actual ha demostrado que aun cuando los Derechos Conexos no aparecen recogidos de forma expresa, los artistas intérpretes o ejecutantes en materia económica devengan una gran cantidad de recursos monetarios –por encima incluso de los propios autores.

Sin embargo, considero desacertado el tratamiento laboral, al dejarse fuera determinados factores, y considero que bien pudiera resolverse, según nuestras condiciones y necesidades, una legislación de Derechos Conexos que trate específicamente a los artistas intérpretes o ejecutantes, pero que, a su vez, establezca determinado tipo de limitaciones;⁶ como una especie de institución jurídica, similar a la del Derecho de Autor –e incluida en esa misma legislación– y que permita un equilibrio entre las necesidades sociales, y los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes.

La propia evolución del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos, que se enriquece cada día con novedades de expresión creativa, de reproducción y de comunicación, exige la necesidad constante de actualización legislativa de la disciplina; luego una insuficiente protección a estos derechos podría colocar al país en una situación de desventaja en cuanto a la tutela de las producciones nacionales en el extranjero, en el marco de las negociaciones comerciales, a no ser que se cuente con una legislación actualizada y conforme a los principios universales.

Cuba, aun cuando no se ha adherido todavía a la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, precisa dispensarle a los mismos una adecuada tutela en cuanto a sus derechos derivados de sus interpretaciones y ejecuciones, y de reclamar una protección análoga en el extranjero, máxime si se trata de derechos de mayoritario reconocimiento en las legislaciones nacionales, incluso de países que no forman parte de la mentada Convención.

En estos momentos, el Centro Nacional de Derecho de Autor junto con la Dirección Jurídica del Ministerio de Cultura se encuentra analizando un proyecto de nueva Ley de Derecho de Autor que, hasta donde conocí, incluye los Derechos Conexos y la figura de los artistas intérpretes o ejecutantes con un tratamiento similar al de los tratados internacio-

⁵ Es el sistema de administración de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, por el cual sus titulares delegan en organizaciones creadas al efecto, la negociación de las condiciones en que sus obras, sus prestaciones artísticas o sus aportaciones industriales, según el caso, serán utilizadas por los difusores y otros usuarios primarios, el otorgamiento de las respectivas autorizaciones, el control de las utilidades, la recaudación de las remuneraciones devengadas y su distribución o reparto entre los beneficiarios.

⁶ En materia de Derecho de Autor es reconocida a nivel internacional y por los tratados y legislaciones nacionales la institución jurídica de la limitación que consiste en determinadas utilidades que se pueden hacer de las obras, sin consentimiento del titular, justificadas por el interés que se persiga, tal es caso de las utilidades realizadas por interés social como la investigación, la docencia, para dar cobertura a determinados sucesos de la actualidad, el uso y la copia privada, entre otras.

nales, muestra de la preocupación que tiene nuestro Estado por ofrecer un régimen jurídico acabado y especial para dichos titulares.

Por lo que concluimos que la normativa jurídica vigente, no brinda garantías seguras para su protección al Artista Intérprete o Ejecutante, en caso de violación de sus derechos.

Conclusiones

El Derecho de Autor y los Derechos Conexos, son derechos independientes uno del otro, cada cual tiene, objeto, sujetos y características propias, son autónomos y convergen en varios aspectos, sin entrar en contradicción el uno con el otro.

La promulgación de la Ley 14 de 28 de diciembre de 1977, de Derecho de Autor en Cuba, responde a la necesidad objetiva, presente en los momentos que se redacta, oportunidad en que las manifestaciones artísticas no habían alcanzado desarrollo suficiente, ni el entorno exigía una protección específica y detallada de los Derechos Conexos.

Las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Cultura, están dirigidas a suplir la ausencia de normas específicas de la materia; muestran un carácter laboralista en tanto tratan de regular las relaciones laborales entre los artistas y las Entidades que los representan, lo cual está en contradicción con los principios internacionales del sector y la legislación, ya analizada en el estudio comparado.

En las prácticas contractuales cubanas y, a juzgar por las proformas de los contratos, se mencionan aspectos como el derecho a la imagen y la remuneración, en cuanto una forma de reconocerle ciertos derechos, dejando fuera Derechos Conexos morales, entre los que se encuentran: el derecho a la paternidad y la integridad de la interpretación o derechos patrimoniales, como la reproducción y la comunicación pública, lo que evidencia la desprotección al efecto.

En la práctica jurídica cubana se aprecia gran desconocimiento sobre los derechos de estos titulares, tanto por los propios artistas, como por las Entidades que deben representarlos.

Recomendaciones

Se recomienda a la Asamblea Nacional del Poder Popular la promulgación de una legislación en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos en

un solo cuerpo legal, que brinde una adecuada protección a los Derechos Conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, conforme los compromisos internacionales asumidos por Cuba en la materia, y en correspondencia con sus intereses y con los de nuestra sociedad.

Los Derechos Conexos deben ser tratados por la legislación como derechos autónomos de sus titulares y regulados por una legislación al efecto, no bajo un tratamiento laboralista que deja fuera el reconocimiento y la protección de los mismos, al valorar las interpretaciones en cuanto simples prestaciones de servicios.

El equilibrio entre el reconocimiento de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los derechos de libre acceso a la cultura, podría ser tratado por la legislación cubana mediante la instauración de la institución jurídica de las limitaciones, típica del Derecho de Autor, pero en nuestras condiciones, asumida también en el marco de los Derechos Conexos.

Se recomienda al Ministerio de Cultura, al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Educación Superior, fortalecer la instrumentación de cursos especializados dirigidos a los propios artistas y al personal encargado de la representación artística.

Bibliografía

- Antequera Parilli, R.: «El Derecho de Autor y el Derecho a la Cultura», en *Memorias del III Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Lima, 1988.
- : *El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela*, Ed. Autoralex. Caracas, 1994.
- : *Legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, col. Textos Legislativos 16, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1999.
- Baylos Corraza, H.: *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, 2.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- Bercovitz, Rodrigo et al.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- Boytha, G.: «Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos», *Voz* 9, OMPI, Ginebra, 1980, p. 9.
- Delgado Porras, A.: *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1989.

«Los derechos intelectuales del artista del medio audiovisual», *Boletín Rayda Artes Gráficas*, S. L., Sociedad de Gestión de Artistas e Intérpretes (AISGE) Departamento Legal, Madrid, [s.f.].

Espín Casanovas, D.: *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

Larrea Richerand, G.: *El autor y el artista intérprete en la gestión colectiva de sus derechos. Aspectos comunes y diferencias*, [s.n.], México, 1991.

Lipszyc, D.: *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ediciones UNESCO-CERLALC ZAVALIA, Ed. Félix Varela, Ciudad de La Habana, Cuba, 1998.

Protección Internacional de Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1998.

Pachón, M.: *Propiedad Industrial y Derecho Comunitario Andino*, Ed. Legales, Bogotá, 1990.

Rengel Romberg, A.: «Medidas cautelares en la ley venezolana sobre el Derecho de Autor», *Memorias del Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales*, Universidad Católica Andrés Bello y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Caracas, 1986.

Rengifo García, E.: *Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2.^a ed., Bogotá, 1997.

Ricardo y Gómez Muci, G.: *Legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ed. Jurídica Venezolana, col. Textos Legislativos 16, Caracas, 1999.

Selección de Lecturas de Derecho de Autor, Ed. Félix Varela, Ciudad de La Habana, col. Ciencias Jurídicas, 2000.

Strong, W.: *El libro de los Derechos de Autor*, Ed. He- liasta, Buenos Aires, 1995.

Valdés Díaz, C. y M. Fernández Martínez: «Patrimonio y Derecho de Autor», *Revista Cubana de Derecho*, no. 12, 1998.

Artículos consultados en internet

«Duración de los Derechos Conexos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes», <www.bibliojuridica.org.es>.

«Régimen patrimonial en el Derecho español», <www.uib.es>.

«Medidas cautelares en la Ley de Propiedad Intelectual española», <www.uib.es>.

«Derecho de Autor y los Derechos Conexos», <www.acym.cl>.

«Los derechos morales y patrimoniales en los Derechos Conexos», <www.ucentral.cl>.

«Protección Internacional de los Derechos Conexos», <www.bcn.cl>.

«El Derecho moral del artista», <www.georgetown.edu>.

Legislación consultada

Nacional

Ley de la Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879, hecha extensiva a Cuba por Real Orden de 14 de enero de 1879. Su Reglamento y Disposiciones Complementarias, Departamento de Divulgación del Ministerio de Justicia, MINJUS, Ciudad de La Habana, 1976.

Ley 14 de 28 de diciembre 1977, Ley de Derecho de Autor de Cuba Departamento de Divulgación del Ministerio de Justicia, MINJUS, Ciudad de La Habana, 1988.

Ley 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1979.

Ley 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil de la República de Cuba, vigente desde el 12 de abril de 1988, Departamento de Divulgación del Ministerio de Justicia, MINJUS, Ciudad de La Habana, 1988.

«Resolución 61 del Ministerio de Cultura, de 7 de octubre de 1993», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 4, 4 de noviembre de 1993, p. 206.

Resolución 76 del Ministerio de Cultura, de 16 de noviembre de 1993, en *Compendio Legislativo de la Dirección Jurídica del Ministerio de Cultura*.

«Resolución 42 del Ministerio de Cultura del 2 de junio de 1997», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 23, 2 de julio de 1997, p. 354.

«Resolución 72 del Ministerio de Cultura, de 28 de septiembre de 1998», *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 51, 9 de octubre de 1998, p. 860.

Resolución Conjunta 1 del Ministerio de Cultura, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Finanzas y Precios, de 8 de junio de 2001, en *Compendio Legislativo de la Dirección Jurídica del Ministerio de Cultura*.

Extranjera

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, ADPIC de la Organización Mundial del Comercio, de 1995, Documento 223 (S)/1999, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, Suiza.

«Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971 y enmendada el 28 de septiembre de 1979)», *Elementos de la Propiedad Intelectual*, Academia de la OMPI, Publicación 469/2000 [CD], Ginebra, Suiza.

«Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radio Difusión, suscrita en Roma el 26 de octubre de 1961», Antequera Parilli: *Legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, col. Textos Legislativos 16, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1999.

Ley de Propiedad Intelectual aprobada por el Real Decreto Legislativo 1 de 12 de abril de 1996, Base de Datos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Las Villas Marta Abreu.

«Ley de Reforma Parcial de la Ley Sobre el Derecho de Autor», *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, ed. extraordinaria, no. 4.638, 1 de octubre de 1993.

Ley 11723 Sobre Propiedad Literaria y Artística de Argentina, Base de Datos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Las Villas Marta Abreu.

«Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor [adoptado por la Conferencia Diplomática sobre Ciertas cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ginebra, 20 de diciembre de 1996]», Antequera Parilli: *Legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, col. Textos Legislativos 16, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1999.

«Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas [adoptado por la Conferencia Diplomática sobre Ciertas cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ginebra, 20 de diciembre de 1996]», Antequera Parilli: *Legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, col. Textos Legislativos 16, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1999.

La modernización del procedimiento agrario y su posible incidencia en Cuba

DRA. MIRIAM VELAZCO MUGARRA*

Introducción

Este trabajo destaca la concepción puramente administrativa del Derecho agrario que sostiene nuestro sistema de Derecho, lo que motiva oposición en cuanto a su carácter autónomo,¹ pues no precisa la norma positiva su verdadera dimensión.²

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Camagüey, en 1977. Diplomada en Derecho Agrario por la Universidad de La Habana en 1999. Doctora en Derecho desde 2005 por la Universidad de Valencia, España. Miembro del Consejo Editorial de la JDN/ONBC. Profesora auxiliar a tiempo parcial de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Recibió el sello conmemorativo del XXX Aniversario de la UNJC. Por su destacada trayectoria profesional y su dedicación como abogada de la ONBC, fue candidata en el 2008 al premio por la *Obra de Toda la Vida* al servicio de la actividad jurídica.

¹ «Comienzan a escucharse con cierta fuerza, algunas tesis pesimistas. Anuncian la desaparición del Derecho agrario. La discusión en torno al GATT o la OMC divide a los agraristas. A juicio de unos, resulta la única alternativa válida para la agricultura; en opinión de otros, es su destrucción». R. Zeledón Zeledón: *Las nuevas dimensiones del Derecho Agrario*, p. 23.

² A juicio del Excmo. Sr. Bernadirno Osio, Embajador de Italia en Costa Rica y Secretario General del Instituto Ítalo-Latinoamericano:

«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 (...) 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».

Véase B. Osio: «Prólogo», *El Renacimiento del Derecho Agrario*.

En nuestra doctrina jurídica no se encuentra una acabada construcción teórica del proceso agrario, su naturaleza, caracteres y principios que lo informan, quizás motivado por la carencia de procedimiento judicial adecuado 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.

El señalado problema ha determinado la selección de este tema, relacionado con la modernización del proceso 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, salvo 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.

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.

Por las señaladas razones, es objetivo de este artículo; el análisis crítico de la *administrativización* [sic] de los derechos agrarios en Cuba, con la finalidad de demostrar la necesidad de su reordenamiento, según las tendencias más actuales en la materia, que descansa en el principio de la oralidad como práctica reconocida por los sistemas judiciales más avanzados, tanto del *civil law* como del *common law*.

Este estudio se fundamenta en el método analítico descriptivo, vinculado con conceptos teóricos, basados en el estudio del *ius* agrario cubano, sin dejar de considerar nuestra realidad económico-social y su posible relación con los textos consultados. También he considerado criterios de expertos del Derecho agrario cubano, así como mi práctica profesional, realizada al abogar por los productores agrarios ante las instancias correspondientes, y que me ha permitido constatar las diversas dificultades que se presentan, debido a la carencia de un ordenamiento procesal consecuente con el desarrollo alcanzado en esa esfera.

No pretendo agotar el tema abordado, sino intentar exponer de modo sintético y objetivo los aspectos puntuales que, en el orden procesal, requieren de una profunda transformación para la caracterización del Derecho agrario cubano.

La reforma procesal agraria

En la actualidad, los ordenamientos más avanzados se encuentran enfrascados en la modernización procesal, con el propósito de eliminar las deficiencias de los procesos burocráticos vigentes y procurar una justicia sencilla, rápida y más cercana al ciudadano.

En el ámbito del Derecho latino, se encuentran grandes reformas en el procedimiento civil, como puede apreciarse de 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:³ «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».

Las opciones del Código Tipo, que fuera 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.⁴

Respecto al proceso civil por audiencias, con acierto se plantea que:⁵

«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».

La oralidad no quiere decir 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:⁶ «1. La definición del contenido del proceso o el objeto mismo de la audiencia específica; 2. La conciliación; 3. El saneamiento; 4. La recepción de pruebas; 5. Las conclusiones de los abogados o las partes; y 6. El dictado de la parte dispositiva de la sentencia».

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 nos ofrecen 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, luego 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 agrario sustancial y, de esa forma, evitar un fallo ineficaz».⁷

³ J. Montero Aroca: *Los principios políticos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil...*, p. 13.

⁴ Véase E. Vescovi: *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica*.

⁵ S. Artavia Barrantes: «La Gran Reforma Procesal», *Justicia agraria y ambiental*, p. 31.

⁶ Véase R. Zeledón Zeledón: «El proceso por audiencia y oralidad en el Código Procesal General», *Justicia agraria y ambiental*, p. 21.

⁷ Véase E. Ulate Chacón: *Tratado de Derecho Procesal agrario*, p. 55.

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.⁸ También pueden introducirse otras soluciones, entre las que se encuentran la mediación y el arbitraje, como mecanismos para resolver de forma ágil los conflictos agrarios.

La influencia del Derecho ambiental en el agrario trastrueca el objeto del Derecho agrario, que se dirige cada vez más a una producción sostenible, produciéndose una estrecha del Derecho agrario moderno, Antonio Carrozza, considera que:⁹

«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».

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.¹⁰

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, y 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».¹¹

Aunque hay cierta tendencia a la unificación procesal, se estima necesaria la especialización de jueces, dedicados a conocer exclusivamente lo agrario.¹²

El Profesor Figallo,¹³ ante la unificación procesal seguida por Perú, coincide en la necesidad de cuidar los principios propios de la especialidad agraria, entre los que considera: la itinerancia del juez agrario, el principio de universalidad, el principio de trascendencia y el principio de la *extrapetition*, alguno de los cuales analizaré más adelante.

De acuerdo con el profesor Zeledón:¹⁴

«Un Código General del Proceso no tiene como misión destruir las jurisdicciones especializadas. Por el contrario busca modernizar el sistema procesal dotándole 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».

Por su parte, Ulate Chacón considera otras particularidades propias, como:¹⁵

«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 agro-ambiental, de preservación del ambiente rural y de los recursos naturales renovables, tal y como se contempla en la jurisdicción agraria de Colombia».

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

⁸ Véase 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.

⁹ Véase A. Carrozza: *Lexiconi di Diritto Agrario*, p. 321.

¹⁰ Véase E. Ulate Chacón: *Op. cit.*, p. 56.

¹¹ Véase A. Gelsi Bidart: «Justicia agraria y ambiental», *Justicia agraria y ambiental*, p. 285.

¹² Véase Enrique Guerra Daneri: «Proceso y materia agraria», *Justicia agraria y ambiental*, pp. 290-291.

¹³ Véase G. Figallo Adrianzen: «Justicia agraria y ambiental en Perú», *Justicia agraria y ambiental*, pp. 259-260.

¹⁴ Véase R. Zeledón Zeledón: *Salvemos la justicia*, pp. 181-183.

¹⁵ Véase E. Ulate Chacón: *Op. cit.*, p. 60.

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:¹⁶

«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.

»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 hay una tendencia universal a la unificación del proceso, se mantiene su distinción con el proceso civil».¹⁷

Coincidiendo con la doctrina procesal agraria de Costa Rica, que es de la más avanzadas en el 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:¹⁸

«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».

La falta del proceso judicial para la solución de los conflictos agrarios en Cuba no puede desalentar en la idea de valorar la posible modernización de la actuación procesal administrativa con intervención judicial acorde con 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.

Basados en el Tratado de Derecho Procesal Agrario, del destacado agrarista Ulate Chacón, considero de interés asumir los principios que relaciono seguidamente.

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 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 esos 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 advierte de la Resolución 24/91 del Ministro de la Agricultura, Reglamento del Decreto Ley 125/91 que regula la aplicación del Régimen de posesión propiedad y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios, matizado en cuanto consagra el derecho de petición, que reserva a las partes la solicitud de derechos e interposición de recursos administrativos.

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 agricultor pequeño y de la producción.

¹⁶ Véase de Sentis Melendo, su prólogo a la obra de Cappelletti: *El proceso civil en el Derecho Comparado*.

¹⁷ Véase R. Zeledón Zeledón: «Proceso agrario comparado», *Justicia agraria y ambiental*, pp. 24-25; *Derecho procesal agrario*, pp. 267 y 276. Por su parte, Ulate 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», véase E. Ulate Chacón: *Op. cit.*, p. 308. Véase asimismo, Campos Rivera: *Derecho procesal agrario*, p. 46; R. Duque Corredor: *Justicia agraria y ambiental*, p. 297.

¹⁸ Véase S. Artavia Barrantes: *Derecho Procesal civil*, p. 46.

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 125/91 a favor del heredero que trabaja la tierra.

Principio de oralidad

Resulta 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, las establece, aunque serían el medio más eficaz para acercar la justicia del agro al campesino.

Respecto a la diferencia entre el sistema escrito y el procesal oral, Chiovenda señala:¹⁹ «Dependiendo que aplique o no, o aplique en diversa medida, los principios (conexos entre sí), de la oralidad (...) domina y tiene importancia fundamental la audiencia, o vista oral que, por el contrario, tiene poca o ninguna en el proceso de tipo escrito».

En cuanto a la concentración procesal, ello 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 dicta 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 intermediación no son principios distintos, sino que se presentan formando parte de un conjunto inescindible».²⁰

La doctrina procesal agraria acoge la oralidad que también implica publicidad. La publicidad 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.²¹

En el Primer 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.²²

Por su parte, el profesor brasileño Borges, considera que «la oralidad ocurre solo cuando la ley es aplicada por Juzgados Especiales».²³ En nuestro sistema de Derecho, esta afirmación 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.

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 poder-deber de dirección y control sobre el proceso, otorgándole amplias facultades para lograr alcanzar el fin de una justicia agraria pronta y cumplida».²⁴

¹⁹ Véase G. Chiovenda: *Curso de Derecho Procesal Civil*, pp. 28-29.

²⁰ Véase J. Montero Aroca: *Op. cit.*, p. 182.

²¹ Cfr. R. Zeledón Zeledón: *Derecho procesal agrario*, p. 173; G. Figallo: «La oralidad en el proceso agrario y ambiental peruano», *Memorias del Primer Congreso...*, p. 347.

²² Véase en *Memorias del I Congreso del CADA*, los arts. de los autores que a continuación se referencian: M. A. Borges: pp. 304-307 (Brasil); G. Benavides Melo: p. 316 (Colombia); A. Meza Lazarus: p. 325 (Costa Rica); G. Figallo: p. 347 (Perú); A. Germano: pp. 331-345 (Italia).

²³ Véase Marcos Alfonso Borges: *Memorias del Primer Congreso*, pp. 307-314.

²⁴ Véase E. Ulate Chacón: *Tratado de Derecho*, p. 346.

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».²⁵

Estima el profesor Zeledón que:²⁶

«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».

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 Rivera²⁷ estima 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».

Principios específicos del procedimiento agrario

En los apartados anteriores he analizado el principio dispositivo y de oficiosidad, el de oralidad con sus características de concentración, intermediación 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 puede ignorarse los principios propios y exclusivos del Derecho Procesal agrario que intentaré matizar en nuestro sistema de Derecho, pues como se sabe, no se cuenta con juez agrario, ya que los conflictos en esta materia se resuelven en sede gubernativa.

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 intermediación. «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».²⁸

Los distintos países de América Latina, que han acogido la creación de la jurisdicción agraria especializada, consagran el juez itinerante, obligado a 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».²⁹

El artículo 48 de la Ley de Jurisdicción Agraria de Costa Rica, en el sentido analizado, establece:³⁰ «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.

²⁵ Véase S. García Ramírez: *Justicia agraria*, p. 91.

²⁶ R. Zeledón Zeledón: «La modernización de la justicia agraria y ambiental», *Memorias del Primer Congreso*, p. 60.

²⁷ Véase D. Campos Rivera: *Derecho Procesal agrario*, p. 51.

²⁸ Véase E. Ulate Chacón: *Tratado de Derecho*, p. 371.

²⁹ Véase G. Figallo Andrianzen: «Justicia agraria y ambiental en Perú», p. 260.

³⁰ Véase E. Ulate Chacón: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 372.

En Cuba no hay juez o tribunal itinerante en lo agrario, puesto que solo interviene la Administración del Estado en la resolución de las controversias; no obstante, el funcionario de la Dirección de Cooperativas y Campesinos 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.³¹

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».³²

Se afirma, por Campos Rivera,³³ que «los jueces agrarios tienen, pues, facultades para fallar extra y *ultrapetita*, 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».

El argumento señalado significa que el juez agrario podrá reconocer derechos más allá de lo pedido, o 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.

Marco constitucional y criterio legal vigente en Cuba

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, de manera que la limitación que establece el artículo 41 del Decreto Ley 125/91, sobre la imposibilidad de impugnación judicial contra lo resuelto por el Ministro de la Agricultura, contraviene el citado precepto constitucional.

El Decreto Ley 125/91 también violenta el principio de jerarquía normativa, si se considera que el artículo 663 de la Ley 7 de 19 de agosto de 1997, 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 formulen contra las disposiciones de carácter general, y las resoluciones emanadas de los órganos superiores de los Organismos de la Administración Central, lo que sin duda permite el control judicial contra las decisiones del Ministro de la Agricultura en materia agraria, aunque a esta afirmación se puede oponer el principio de especialidad del Decreto Ley 125/91, que conduce a su aplicación preferente a cualquier otra norma, pero no en cuanto a las normas de rango constitucional que, como se ha dicho anteriormente, 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, excepto las del Ministerio de la Agricultura; ello conduciría a un proceso judicial administrativo, al que también sería imposible acomodar los principios procesales del agrario que se han 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, como lo concibió la Primera Ley de Reforma Agraria. Esta idea puede encontrar apoyo en la

³¹ Arts. 179 y 29 de la Resolución 24 de 19 de marzo de 1991, Reglamento para la aplicación del régimen agrario en Cuba.

³² Véase E. ULATE CHACÓN: *Tratado de Derecho*, op. cit., p. 373.

³³ Véase D. Campos Rivera: *Derecho procesal agrario*, p. 182.

Ley 82/98, 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.

Conclusiones

En el desarrollo del presente trabajo se han concretado ideas para llegar a una sana crítica del proceso administrativo agrario cubano; además, se han sugerido posibles soluciones que permitirán formular oportunamente recomendaciones sobre este tema que, en modo alguno, se pretende agotar en este estudio.

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

La modernización procesal facilitaría enriquecer la doctrina, al introducir 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 se encontrará 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 se aplica 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.

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

Recomendaciones

1. Teniendo en cuenta 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 oportuno que el legislador restablezca el control judicial sobre las resoluciones del Ministro de la Agricultura a los fines de conseguir la equidad e imparcialidad que la solución de los conflictos de derechos agrarios exige, hasta tanto no se adopte una sala especializada agraria en el fuero común.
2. El legislador deberá valorar la adopción de un sistema de normas generales de procedimiento, para modernizar el procedimiento civil con la introducción de los principios comunes y propios del proceso agrario, acorde con la funcionalidad que este requiere.
3. Una vez que nuestro sistema de Derecho asuma la modernización del enjuiciamiento civil, incluyendo los principios propios del agrario, se propone que la administración de justicia disponga la creación de salas y secciones especializadas en materia agraria.
4. 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.
5. En la modernización del procedimiento, se deben establecer sencillos trámites para resolver los asuntos agrarios, regulándose su campo de aplicación, los principios procesales, las medidas cautelares, la 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.

Bibliografía

- Artavia Barrantes, S.: *Derecho Procesal civil*, t. I, Ed. Jurídica Dupas, San José, 1997.
- Campos Rivera, D.: *Derecho procesal agrario*, 3.^a ed., Ed. Depalma, Caracas, 1978.
- : *Derecho Procesal agrario*, Universidad Nacional de Colombia, Escuela Judicial, Santa Fe de Bogotá, 1991.
- Cappelletti: *El proceso civil en el Derecho Comparado* [S. Sentís Melendo, trad.], Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.

- Carrozza, A.: *Lexioni di Diritto Agrario*, Editores Giuffré, Milano, 1987.
- Chiovenda, G.: *Curso de Derecho Procesal Civil*, Biblioteca Clásicos del Derecho, t. 6, 1ra ed., Ed. Harla, México, 1997.
- Justicia agraria y ambiental*, 1.^a ed., Ed. Guayacán, San José, 1998.
- García Ramírez, S.: *Justicia agraria*, Ed. Tribunal Superior Agrario, México, 1995.
- Memorias del Primer Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario*, CADA, [s.n.], 1997.
- Montero Aroca, J.: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Los poderes del juez y la oralidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- La oralidad y las pruebas en el proceso civil* [S. Sentís Melendo, trad.], Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.
- Osio, B.: «Prólogo», *El Renacimiento del Derecho Agrario*, Ed. Guayacán Centroamericana, S.A., San José, 1998.
- Ulate Chacón, E.: *Tratado de Derecho Procesal agrario*, 1.^a ed., Ed. Guayacán Centroamérica S.A., San José, 1999.
- Vescovi, E.: *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica*, 2.^a ed., Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.
- Zeledón Zeledón, R.: *Derecho procesal agrario*, t. II, vol. 1, Ed. Guayacán, San José, [s.f.].
- : *Las nuevas dimensiones del Derecho agrario*, Ed. Guayacán Centroamericana, S.A., San José, Costa Rica, 1998.
- : *Salvemos la justicia*, Ed. Guayacán, San José, 1998.

Normas editoriales Revista de la Abogacía

Ejemplo:

«El juez puede considerar los cargos oficiales del testigo como “justo motivo” para dispensarlo de declarar».

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:

² 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 (« “ ” »).

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.^a 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.

