

# REVISTA DE LA ABOGACÍA

## CONSEJO EDITORIAL

### Presidente de honor

Prof. Danilo Rivero García

### Miembros

María Teresa Benito Menéndez - **Presidenta**

Gabriel Pérez de Agreda

Yanet Souto Fernández

Gladys de los Ángeles Castro Rodríguez

Ana Isabel Zamora Sorí

Maritza de la Caridad McCormack Bequer

Miriam Velazco Mugarra

Vicente Alejandro Entrialgo León

René Alfara Leyva

Fermín Romero Alfau

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

### Revisión

Fermín Romero Alfau

### Emplane y diseño de cubierta

René Alfara Leyva

### Obra editada e impresa en:

Ediciones ONBC

Vicepresidencia JDN/ONBC

Calle 41 no. 7208 entre 72 y 74, Playa, La Habana  
72144208

jsuperacion@onbc.cu

RNPS 0491

ISSN 2308-2240

Organización Nacional de Bufetes Colectivos

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

- 3 La globalización de la Abogacía y su impacto  
en la ONBC. Retos y propuestas para enfrentarla

**YULITZA NURIS SARMIENTO GONZÁLEZ**

**ZAIMÍ GUERRA VELÁZQUEZ**

- 13 Apuntes sobre la Deontología jurídica,  
importancia de su estudio para el desempeño  
profesional de la Abogacía

**LIC. MAYLING ALONSO RONDUELA**

**LIC. ISLEYMIS FERRO ALMAGUER**

- 18 Dilema entre conflicto agrario y el límite  
a la supletoriedad del Derecho Civil

**MSC. MIRELIS ESCALONA SERRANO**

- 24 Las medidas cautelares en el procedimiento civil  
cubano. Valoración sobre la efectividad  
de su regulación normativa actual

**LIC. IDAEL BORNOT SÁNCHEZ**

- 37 Las relaciones laborales. Los nuevos actores  
en el modelo económico cubano

**ANEIDA MORGADO ANDRÉS**

**YUDISLEIDIS MESTRIL DÍAZ**

**LISNET MORALES FERNÁNDEZ**

- 44 Responsabilidad contractual del contrato de viaje.  
Las agencias de viajes como intermediadores turísticos

**LIC. HEYVIS MARTÍNEZ NIÑO**

**LIC. LIANET BUSTILLO CALOTO**

- 55 El procedimiento administrativo interno  
en el ordenamiento jurídico cubano y los recursos previstos

**LIC. YUSIMÍ TORRES LÓPEZ**

**LIC. MARLENYS MOLLINEDO BOFFILL**

- 59 La actividad probatoria en el proceso penal y sus límites  
frente a los derechos fundamentales

**JAVIER NÚÑEZ GONZÁLEZ**

**CARLOS ALBERTO VILLATE ACOSTA**

- 68 Normas editoriales  
Revista de la Abogacía



# Sumario



# ***La globalización de la Abogacía y su impacto en la ONBC. Retos y propuestas para enfrentarla***

YULITZA NURIS SARMIENTO GONZÁLEZ  
ZAIMÍ GUERRA VELÁZQUEZ

## **Introducción**

La globalización es un fenómeno mundial innegable y multifacético, que se ha consolidado en el mundo principalmente a partir de la década de los '80. En la temporalidad de una nueva era, es necesario reflexionar acerca de los alcances de la globalización como fenómeno económico y su conexión con el mundo jurídico; relación que se presenta en muchos de sus despliegues, como un nuevo modo de revivir la antigua disputa entre la Economía y el Derecho por el protagonismo de las Ciencias Sociales.

Para que el proceso cumpla su ciclo, también se deben modificar los campos de formación de los juristas con el fin de que puedan dar respuesta a los nuevos desafíos a la vista de las tendencias y características actuales de esta profesión.

Con este objetivo el presente artículo enuncia los soportes teóricos del concepto de globalización y las respuestas del Derecho, así como la repercusión que tiene sobre la Abogacía y la responsabilidad social de los abogados, lo que amerita una mayor preparación, educación y superación profesional para su mejor desempeño. De igual manera, contiene las consideraciones de las autoras acerca de las principales acciones que debe acometer la ONBC para enfrentar la globalización del ejercicio de la abogacía que se evidencia en la actualidad, pues la misma no está alejada de la realidad cubana.

*La Abogacía y la globalización son figuras que van de la mano. Es por ello que el Derecho tiene que continuar evolucionado con el fenómeno de la globalización.<sup>1</sup>*

## **1. Globalización y Derecho**

La globalización es uno de los temas transversales, quizás el más importante que está llamado a afrontar el Derecho Público en el nuevo milenio. El Dere-

cho ha de servir para guiar el proceso globalizador, de modo que las reglas jurídicas aplicables a las distintas situaciones de hecho, como las nuevas relaciones jurídicas en el marco de las diferentes materias del Derecho,<sup>2</sup> han de ser capaces de adaptarse a los cambios que en la economía, las finanzas y las nuevas tecnologías se imponen con el fin de que, lejos de resultar consecuencia, constituya una causa orientadora en este nuevo escenario jurídico.<sup>3</sup>

Las distintas situaciones jurídicas en las cuales el abogado puede intervenir, como abogado litigante en procesos civiles, penales, fiscales, económicos, laborales, contractuales, de asesoramiento legal a los sujetos económicos, entre otros, se analizan teniendo en cuenta que en el ejercicio de sus funciones, el mismo interpone reclamaciones de derecho y representa a las partes en cada una de estas materias que mencionamos con anterioridad. A su vez, puede gestionar intereses concurrentes de sus clientes con los de la administración u otros actores sociales, así también puede asesorar y participar en el ámbito preventivo de evaluar los riesgos y las consecuencias durante la negociación contractual, ya sea a escala nacional o internacional.

Es el objetivo de estas líneas de investigación, contribuir a promover el desarrollo de capacidades institucionales e individuales para la investigación, formación y capacitación de los abogados miembros de la ONBC en estos temas recurrentes, donde hoy comienza a verse la necesidad de contar con abogados especializados en la *transversalización* del Derecho

<sup>2</sup> «Los desafíos de la globalización en relación con el Derecho», en <https://www.revistas.pucp.edu.pe>. Consultado el 23 de mayo de 2018.

<sup>3</sup> *Ídem*. Los cambios que la globalización produce se movilizan e influyen en forma recíproca, pero además se trata de un proceso que lleva consigo un sistema de valores y las normas necesarias para hacerlos legítimos y hegemónicos en la vida social. En este punto el Derecho busca representar los intereses que la globalización implica y, al mismo tiempo, es un instrumento para garantizar los cambios que esta involucra. La fuerza de la globalización y los imperativos transnacionales que le son propios, van a tener una incidencia inevitable sobre las condiciones locales, incluyendo las del sistema legal, que serán desestructuradas y reestructuradas con el interés de responder a tales imperativos. Por esa razón, es tan importante el Derecho y el papel de los abogados al respecto. En los hechos, los abogados van a tener una responsabilidad crucial sobre el significado que la globalización adquiera en cada espacio del orden jurídico y social.

<sup>1</sup> «Globalización y Derecho», en <http://www.derecho.uba.ar>. Consultado el 23 de mayo de 2018.

con sus diferentes materias, en un mundo globalizado, con una preparación, educación y superación profesional para su mejor desempeño en esos temas.

El dinamismo, la transnacionalización de los servicios y el entorno económico actual en el cual nos estamos desarrollando, demandan una visión cosmopolita e internacionalizada del ejercicio profesional.<sup>4</sup> El futuro de nuestra profesión mira hacia un crecimiento exterior y dado que la globalización incide directamente en las estrategias empresariales, nosotros no podemos permanecer de espaldas a esta realidad que afecta nuestro entorno, la decisión de la especialización de nuestra profesión y la internacionalización de nuestros servicios tiene el mismo objetivo que cuando se crearon los Bufetes Colectivos.

Si bien el abogado ejerce múltiples funciones, un denominador común caracteriza su fundamental misión, la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. La Abogacía desempeña una función esencial en la sociedad moderna y en la integración social. El Derecho y los abogados siempre van a la zaga del desarrollo social y luego el legislador lo regula,<sup>5</sup> el mundo jurídico cada vez experimenta mayores cambios como consecuencia de las nuevas tecnologías, de mayor acceso a la información y de la intensificación de las relaciones transnacionales.

Finalmente, los abogados se encuentran en una posición inmejorable para la promoción y la protección de los derechos humanos<sup>6</sup> y la contribución a la lucha contra la corrupción que corroe los cimientos de la sociedad.

Se observa cómo se internacionalizan los asuntos, los clientes, los conflictos, los tribunales, los conocimientos, la vida institucional y la actividad profesional, lo que trae consigo que los abogados deben conocer y manejar el derecho internacional, los procesos de integración y de ordenamientos jurídicos nacionales distintos del suyo propio, por un lado se han internacionalizado la práctica y los conocimientos jurídicos, por otro, se asiste a un aumento de los

abogados en instituciones internacionales. Siendo así, podemos decir que la internacionalización de la Abogacía es la adaptación de nuestra profesión al proceso de globalización, donde es esencial el papel de los abogados.

Los cambios sociales afectan la manera en que vivimos y trabajamos, y ese cambio social al cual hacemos referencia es lo que hoy se ha conocido como la *globalización de la Abogacía*.<sup>7</sup> Sin embargo, quizás nos parezca imposible que estos cambios sociales nos afecten a nosotros como abogados,<sup>8</sup> los que en ocasiones nos consideramos inmunes a lo que pasa a nuestro alrededor, siendo todo lo contrario. Aunque el saber de cada uno de nosotros es diferente, y la diferencia está dada por el *sistema de Derecho* al cual pertenecemos, los cambios tecnológicos y económicos, y el proceso de la migración hacen que la profesión jurídica cambie a una velocidad extraordinaria y que se incrementen en nuestro ejercicio jurídico los intercambios entre culturas, ordenamientos jurídicos internos y en el orden internacional en todas las materias del Derecho.<sup>9</sup>

Desde fines del siglo XX, la internacionalización de la economía y de la política ha provocado una evolución de la práctica del Derecho. En un ambiente globalizado, la Abogacía se enfrenta a muchos retos.

Las premisas indicadas dejan abierta la necesidad de preguntarse sobre la forma en la cual la globalización incide en el Derecho. La cuestión de fondo implica delimitar los rasgos más relevantes de este proceso y el carácter de las condiciones que surgen del mismo e impactan en el ámbito de la formación legal, así como identificar los factores que pueden influir en la estrategia para enfrentar las desventajas que la globalización produce respecto al Derecho.

La globalización es capaz de desencadenar un proceso abierto de transformaciones que compromete el ámbito de la información, del conocimiento, de la comunicación y de las reglas que definen las relaciones sociales, culturales y políticas más diversas, incluyendo, por cierto, la posición del ciudadano en esta nueva realidad.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> «Desafíos del abogado ante un mundo globalizado», en <https://www.derecho.uba.ar>. Consultado el 23 de mayo de 2018.

<sup>5</sup> «Los desafíos de la globalización en relación con el Derecho», en <https://www.revistas.pucp.edu.pe>. Consultado el 23 de mayo de 2018.

<sup>6</sup> *Ídem*.

<sup>7</sup> «Globalización y Derecho», *op. cit.* Consultado el 9 de junio de 2018.

<sup>8</sup> *Ídem*.

<sup>9</sup> *Ídem*.

<sup>10</sup> «Impacto de la globalización», en <http://www.revistas.udem.edu.co>. Consultado el 9 de junio de 2018. A un proceso de características tan complejas, en consecuencia, no

Está demás decir que dicho escenario acrecienta sus efectos e intensidad en un contexto globalizado. Por esa razón, los retos de la profesión legal no se circunscriben a la adquisición de destrezas, para posicionarse y hacer frente a las exigencias de un mercado legal cada vez más dinámico,<sup>11</sup> sin que ello implique asumir el sentido de la globalización.<sup>12</sup>

La responsabilidad que implica el ejercicio de la Abogacía en este nuevo contexto no puede ser valorada sin considerar su carácter social. Más complejo aún por el sentido de la globalización, el ambiente en el que los abogados operan reclama de estos una actitud de lealtad con los intereses de sus clientes.

### 1.1. Impacto de la globalización en la Abogacía del siglo XXI

Las oportunidades o retos que el impacto de la globalización plantea para el ejercicio de la profesión deben leerse como fines asociados a esta nueva realidad. En consonancia, la globalización se origina en la aparición de las comunicaciones, el papel del Derecho se vincula necesariamente con esas realidades técnicas y sus consecuencias se observan en los distintos campos que hemos analizado.

Si bien no parece que el Derecho sea el generador de esas primeras realidades, tampoco su papel es puramente instrumental o secundario. Los valores que necesariamente encierra todo sistema jurídico llevan a concluir que el Derecho recoge ese contexto,

---

se le pueden atribuir efectos positivos *per se*, el carácter pluridimensional y contradictorio que la globalización exhibe, la convierten en una fuente creadora de profundos desequilibrios en el orden internacional y también en el ámbito local. Y en esa misma línea, la globalización propicia un contexto de ganadores y perdedores, en el cual, son las poblaciones más pobres de los países en vías de desarrollo las que hasta ahora corresponden al segmento de los que más pierden.

<sup>11</sup> Ramírez Santibanez: «La formación de abogados para un mundo globalizado», en <http://repositorio.iberopuebla.mx>, 2007. Consultado el 9 de junio de 2018.

<sup>12</sup> *Ídem*. Los cambios que la globalización produce, cabe recordarlo, corresponden a un enfoque ideológico, no se trata por tanto de un fenómeno aséptico desde el punto de vista político. Son políticas las definiciones sobre los rasgos que adquieren los Estados, sobre el punto de referencia de la economía en las políticas nacionales, sobre las políticas públicas o la ausencia de ellas para hacer frente a la creciente complejidad de las problemáticas sociales, ambientales y de redistribución.

lo modula y, finalmente construye, como una obra de ingeniería social, la norma que regulará las conductas futuras.<sup>13</sup>

Consecuentemente, estamos en el momento de estudiar los impactos de la globalización en los sistemas jurídicos, advirtiendo que se trata de un proceso de gran velocidad no solo por los adelantos tecnológicos que se expanden con rapidez por el mundo,<sup>14</sup> sino por acontecimientos de gran resonancia, debido a los cuales estamos en curso de una nueva crisis económica global.

Al ser las relaciones humanas cada vez más internacionales y complejas, el Derecho precisa ser más global mediante un proceso de armonización e incluso de unificación.<sup>15</sup> El fenómeno de la *globalización* ejerce gran presión sobre muchos campos del sistema jurídico mundial, tales como la privatización, la insolvencia, la propiedad industrial, el comercio electrónico, la protección de datos, la lucha contra el terrorismo y la corrupción, etcétera. La codificación del Derecho internacional va igualmente eliminando muchos de los riesgos que comportan las operaciones internacionales.<sup>16</sup>

Los acontecimientos históricos que marcan la evolución de la profesión de la Abogacía tienen sus inicios en el imperio Romano con el desarrollo de la *ius commune*, es cuando aparecen las primeras formas de figuras jurídicas: abogados, jueces y oradores. No fue entonces hasta la Edad Media<sup>17</sup> cuando reapareció de nuevo la imagen del abogado. Fue en esta época cuando se escribió el libro *Las Siete Partidas*, elaborado durante el reinado de Alfonso X El Sabio.<sup>18</sup>

El desarrollo de la sociedad post-industrial y de servicios, lleva aparejados cambios en las profesiones en general, y en especial de los profesionales del

<sup>13</sup> «El impacto de la globalización», en <http://revistas.udem.edu.co>. Consultado el 9 de junio de 2018.

<sup>14</sup> *Ídem*.

<sup>15</sup> «El futuro de la abogacía», en <http://afduam.es>. Consultado el 20 de mayo de 2018.

<sup>16</sup> *Ídem*. Por ejemplo en el comercio electrónico. Si bien la Directiva del Parlamento Europeo (2000/31/EC) sobre comercio electrónico es de aplicación solamente a los prestadores de servicio establecidos en la Unión Europea, fue redactada con especial cuidado para evitar contradicciones con tendencias jurídicas en otras partes del mundo.

<sup>17</sup> «Los abogados ante el siglo XXI», en <https://www.tdx.cat>. Consultado el 16 de mayo de 2018.

<sup>18</sup> *Ídem*.



Derecho haciéndose palpable en las últimas décadas el número de abogados en ejercicio, el rejuvenecimiento de la profesión y el aumento del número de mujeres profesionales, lo que se ha evidenciado no solo en Latinoamérica sino también, en España, Gran Bretaña, Francia, Alemania, Estados Unidos, Venezuela, Japón, entre otros.<sup>19</sup>

En América Latina desde 1950 hasta la década del '80, se encontraban bajo las políticas de desarrollo, el propósito era el crecimiento económico y para ello el Estado asumía un papel de promotor y motor impulsor de ese desarrollo, es la etapa conocida como el *Estado intervencionista*,<sup>20</sup> en el cual asumió muchas tareas, ese Estado necesitó de una gran cantidad de funcionarios, y allí estuvieron los abogados para responder a esa necesidad.<sup>21</sup>

De hecho, en esa etapa en Latinoamérica, la profesión floreció, hubo cada vez más gestiones que hacer con la administración o los organismos regulatorios del Estado, y los abogados<sup>22</sup> eran los intermediarios más apropiados para esas gestiones.

En nuestro país con el triunfo de la Revolución Cubana en 1959, comenzó a gestarse de manera paulatina todo un proceso de cambio, en el orden político, social y económico. A su interior se fue desarrollando progresivamente la radicalización de nuestro ordenamiento jurídico, la figura del *abogado*<sup>23</sup> es vista a través de los colegios que existían y que comenzaban a ser reestructurados, los que actuaban de manera diferente al ser la suma de intereses individuales, muchas veces en desventaja entre la acción de los grandes bufetes.<sup>24</sup> En 1962 se

aprobó un nuevo “Estatuto del Colegio de Abogados”, quedando derogado el de 1949. El 21 de diciembre de 1964 la Junta del Gobierno del Colegio de Abogados de La Habana, propone al ministro de Justicia la creación de una agrupación de abogados que se denominaría *Bufetes Colectivos*, y funcionaría acorde con las bases propuestas, creándose así el primer Bufete Colectivo en Ciudad de La Habana en 1965, consagrándose como modelo colectivo en 1973, significando Blas Roca en el año siguiente: «El trabajo del abogado tiene siempre, inevitablemente, importante trascendencia social».<sup>25</sup>

De esta manera fue reorganizada la Abogacía, con el propósito de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de su ejercicio y atendiendo a las normas de la ética profesional en el ámbito de la sociedad, quedando regulado el libre ejercicio de esta en el Decreto Ley 81 de 1984 “Sobre el Ejercicio de la Abogacía”.<sup>26</sup>

Hoy podemos decir que la abogacía cubana ha crecido en prestigio, representatividad, autoridad y respeto, debido a la elevada profesionalidad de los miembros que la integran.

Según la “Planificación estratégica para el trabajo de la ONBC 2015-2019”, el objetivo estratégico 6 es lograr la progresión profesional de abogados y especialistas, del personal técnico y de trabajadores en general en correspondencia con las necesidades del servicio (superación profesional). Dentro de las direcciones principales de trabajo por áreas de impacto se encuentran:

- Integrar el 90 % de los abogados a acciones de superación tendentes a su especialización e impulsar la de los trabajadores en general.
- Alcanzar el 90 % de vinculación de los especialistas y técnicos a acciones de superación en temáticas afines a su perfil ocupacional.
- Fortalecer el criterio de postgrado en la superación profesional.
- Perfeccionar la superación, priorizando las materias con mayor incidencia en los nuevos escenarios económicos.

<sup>19</sup> *Ídem*.

<sup>20</sup> «Los abogados ante el siglo XXI», *op. cit.* Los abogados intelectualmente exigentes, no estaban demasiado felices con lo que veían, es cierto que el Estado requería de un gran número de abogados, pero no estaban lo suficientemente preparados para esas posiciones que requerían conocimientos de planificación, estadística y disciplina, entonces los economistas y otros profesionales comenzaron a cobrar importancia, surgiendo una crisis en la profesión, siendo el motivo por el cual se llevó a cabo la *interdisciplina* en la educación jurídica, cuya expresión más importante fue el movimiento de Derecho en los años '70.

<sup>21</sup> *Ídem*.

<sup>22</sup> *Ídem*.

<sup>23</sup> María Teresa Benito Menéndez: *De la Abogacía, su ejercicio: pasión y vida*, Ed. ONBC, La Habana, 2015, pp. 5 y 6.

<sup>24</sup> *Ídem*., p. 7. Por lo mismo de su actuación ante los tribunales está relacionado con la realización de la justicia socialista y

el imperio de la legalidad socialista, con la represión de las conductas antisociales, con el debate sobre sus derechos y sobre infracciones de normas establecidas, con la interpretación y la aplicación de las leyes.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Decreto Ley 81 de 1984 “Sobre el Ejercicio de la Abogacía”.

- Continuar potenciando los congresos de Abogacía.
- Dimensionar técnica y materialmente la actividad editorial, ganando nuevos espacios en la comunidad jurídica cubana.
- Mantener y perfeccionar el Boletín de la Organización.

Como se ha expuesto, la práctica de la Abogacía en Cuba está limitada a aquellos que atendiendo a la normativa cubana tienen la cualidad de *abogados*, por ser miembros de la ONBC y estar integrados en un bufete colectivo o sociedad civil de servicios de consultoría jurídica internacional en Cuba. Por tanto, el ejercicio de la profesión está prohibido para todas aquellas personas, sean juristas en terceros países o no, que no cumplan con dichos requisitos. También se ha de señalar que igualmente no está permitida la práctica del abogado extranjero ante la Corte Cubana de Arbitraje Comercial e Internacional.

Así, la práctica en el ejercicio de la abogacía en Cuba por despachos y abogados internacionales se realiza a través de contratos de corresponsalia con bufetes locales, previa autorización del Ministerio de Justicia del Gobierno de Cuba. Sus operaciones están prácticamente limitadas a la consultoría legal de operaciones de inversión extranjera, contratación, arbitraje internacional o bien en asuntos que afecten a extranjeros en el territorio de Cuba, por lo que en la gran mayoría de los casos, son las sociedades civiles de servicios jurídicos las principales aliadas de los despachos internacionales que aspiran a tener presencia en Cuba. Igualmente, este tipo de alianzas permitirá al abogado local cubano contar con un despacho asociado en un tercer país y en absoluto es infrecuente la derivación de asuntos cubanos en el plano internacional.

Cuando observamos la práctica de la Abogacía de los negocios en los países de América Latina, en los últimos tiempos notamos que los negocios son crecientemente internacionales, ponen en contacto proveedores y clientes de distintos continentes y culturas, naturalmente abogados de distintas naciones. El asunto va más allá del Derecho, se requiere conocer culturas jurídicas de otros países para poder entenderse con sus abogados, pero igualmente manejarse en esos distintos idiomas para que las relaciones se lleven sin demasiados tropiezos. Al propio tiempo, los abogados necesitan adaptarse a este mundo con más relaciones transfronterizas que agrupan distintas materias jurídicas y más contactos

entre Derechos y culturas jurídicas, en aquellos casos en los cuales debemos decidir sobre el derecho aplicable a un caso en cuestión.

La función de los abogados de hoy, por ejemplo, es muy distinta a la de los abogados de antaño.<sup>27</sup> No se les contrata cuando la empresa se ha metido en una dificultad y hay que sacarla de ella, pues acompañan a la negociación desde el inicio, y deben entender bien el negocio desde el inicio, en aras de evitar que una cláusula o parte del acuerdo dé origen a un conflicto o a una posible sanción por parte de la autoridad pública.<sup>28</sup>

La pregunta más importante es si el mundo globalizado en que estamos viviendo requerirá de menos abogados, o nos exigirá mayor especialización y superación técnica-profesional.

En términos prácticos esto implica que la profesión de la abogacía será cada vez más especializada y transversalizada. Hay abogados de negocios que representan a clientes que generan un flujo grande de asuntos y que tienen enormes ingresos;<sup>29</sup> hay otros con gran prestigio pues son muy buenos litigantes, también los hay reconocidos en su carrera académica, y otros que tienen que arreglárselas para sobrevivir.<sup>30</sup>

La formación de profesionales preparados, para asumir las transformaciones en la sociedad, está su-peditada a la efectividad en la implementación de los procesos sustantivos universitarios.

<sup>27</sup> «El abogado del siglo XXI», *op. cit.*

<sup>28</sup> *Ídem.*

<sup>29</sup> *Ídem.*

<sup>30</sup> *Ídem.* El mundo cambió. La clientela del abogado se ha diversificado. Por una parte están las empresas. Lo más frecuente no es buscar al abogado para salir de un embrollo, el abogado interviene en la planificación de los negocios y se ocupa de preparar los contratos y tomar las precauciones para que la relación de negocios esté libre de conflictos. Los negocios pueden ser complejos, puede que intervenga más de un abogado en la asesoría. Por ejemplo, hay un abogado de la empresa, que usualmente trabaja en los locales de la misma empresa, que llama a su auxilio a abogados más especializados y con experiencia para ese tipo de negocio. O si ya existe un conflicto, en el tipo de conflicto que se ha presentado. Lo nuevo es que no se trata de un abogado que atiende a un cliente sino de un equipo de abogados, que trabajan en equipo con el cliente, quienes en realidad también es un equipo de gerencia. Las opiniones o acciones de un abogado son consideradas por los otros. Naturalmente las empresas y organizaciones no son los únicos clientes.

## 1.2. La formación de los abogados cubanos para un mundo globalizado

La formación del nuevo profesional del Derecho, pertinente y capacitado para la solución de problemas socio-jurídicos, parte de las necesidades individuales, colectivas y sociales que le dan origen. Esto se encuentra refrendado en los “Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución”, al respaldar, en el postulado 122, la necesidad de actualizar los programas de formación e investigación de las universidades, en correspondencia con el desarrollo del modelo económico y social cubano y las nuevas tecnologías.

Es por ello que se enmarca en la necesidad de un jurista de formación básica, científica e integral, capaz de desempeñarse profesionalmente en todos los campos de la acción jurídica, con una irreprochable expresión oral y escrita, manejo adecuado de las tecnologías de la información y las comunicaciones, con habilidades en la búsqueda de información científico-técnica actualizada, con apoyo en herramientas de la metodología de la investigación científica jurídica y con un dominio suficiente de lenguas extranjeras que le permitan, tomando como referencia la impartición de justicia, solucionar problemas socio-jurídicos con un alto sentido de responsabilidad y proyección social conforme a los parámetros éticos del proyecto político cubano.

La carrera de Derecho a partir del “Plan E” que convive con su antecesor (el D), implementado a partir de 2007, que comenzará a partir del 2019-2020,<sup>31</sup> está diseñado para potenciar la sistematización individual y que cada educando llegue a ser gestor de su conocimiento, ahí radica un reto para los niveles precedentes, que el perfeccionamiento de la enseñanza general debe vencer, a la vez que le otorgue al preuniversitario su función elemental como eslabón base ante el ingreso a la Educación Superior.

El nuevo modelo de estudio no solo debe priorizar la formación de un profesional más competente. Se precisa afianzar en los futuros trabajadores conceptos y valores éticos, crear sentido de pertenencia y responsabilidad ante la labor encomendada. La combinación de los conocimientos y la educación para aplicarlos, serán también las herramientas que garanticen a la sociedad un profesional más íntegro,

entre los retos que con el nuevo programa docente educativo “Plan E”, se pretenden alcanzar se encuentran:

1. Lograr una integración adecuada entre las actividades académicas, laborales e investigativas.
2. El fortalecimiento de la formación humanista en todas las carreras.
3. Potenciar el protagonismo del estudiante en su proceso de formación.
4. Lograr transformaciones cualitativas en el proceso de formación como consecuencia de un amplio y generalizado empleo de las TIC.
5. Priorizar el uso correcto de la lengua materna.
6. Potenciar el aprendizaje del idioma inglés.

Este modelo diseñado resulta de gran importancia en la formación de los futuros abogados, por lo que el trabajo de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos debe estar dirigido a capacitar a sus miembros en correspondencia con el nuevo modelo, pues solo así podremos enfrentar los retos que supone la globalización jurídica en el desempeño de nuestra profesión.

## 2. Retos de la Abogacía cubana ante la globalización del Derecho

Comenzado el siglo XXI, la Abogacía se enfrenta a muchos retos importantes y tiene planteados ante sí profundos dilemas en todas las materias jurídicas. En nuestro país la profesión está en un proceso de adaptación a un mundo globalizado, que cada vez se internacionaliza mucho más, donde el desarrollo y la creciente complejidad en las relaciones monetarias-mercantiles en el mundo contemporáneo han generado un incremento de la conflictividad entre los sujetos económicos.<sup>32</sup>

Constituyendo así uno de los retos para los abogados que se desempeñan en brindar asesoramiento jurídico a los sujetos económicos, no solamente aceptar

<sup>31</sup> «Transformaciones en la educación superior. Resultado de su implementación», en <https://www.granma.cu>. Consultado el 9 de junio de 2018.

<sup>32</sup> «Retos de la Abogacía ante la sociedad global», en <http://dialnet.unrioja.es>. Consultado el 28 de mayo de 2018.



la existencia de los conflictos económicos, derivados de los incumplimientos contractuales o malas prácticas de negociación, sino lograr el conocimiento y la especialización en las técnicas adecuadas para resolver litigios económicos, en pos de lograr una cultura de litigio más constructiva, de modo que se favorezcan a todas las partes implicadas, viéndose la tradicional vía judicial sobrecargada en su función de dirimir dichos conflictos.

¿Cómo pretender lograr resultados en una negociación, ya sea en materia comercial o de inversiones si no tenemos información suficiente, o mejor dicho si no hemos logrado tener la información necesaria? No se trata de un problema menor, estamos en presencia de lo que algunos economistas llaman los *costos de información*. Tendremos que pensar en asumirlos para lograr una mejor capacidad negociadora. Podríamos lamentarnos y expresar, no sin cierta razón: no tengo, no sé, no puedo, no lo logré, no se me ocurrió. Pero es hora de poner fin a las lamentaciones y hacer las cosas de otro modo.

¿Cómo asesorar correctamente si nunca hemos visto un contrato similar al que nos presentan? ¿Cómo distinguir entre los legítimos intereses de *los otros* y la perversidad del que quiere maximizar su beneficio a costa de dañar los nuestros?

A diferencia de otros campos en los cuales se desempeñan los profesionales del Derecho, los abogados que prestan asesoría legal, requieren de un amplio conocimiento de una diversidad de ramas y materias más allá del campo de las ciencias jurídicas, con un grado importante de *transversalidad*, exigencia que no se expresa de la misma forma en jueces y fiscales.

Así mismo, podemos decir que la crisis global en el orden laboral, y dependiendo de ella la globalización, ha generado para el Derecho Laboral a nivel mundial una crisis, porque su incidencia nefasta deteriora cada día más sus instituciones, reduce la cuantía de los subsidios al perderse el empleo, disminuye los salarios de forma irracional, incrementa los niveles de desempleo.<sup>33</sup>

Sin embargo en Cuba, el derecho del trabajo se ha ido atemperando a los cambios económicos derivados del nuevo modelo que se está adoptando, pues no nos encontramos exentos de sufrir los impactos

de la crisis global, debe coexistir para evitar las discrepancias sobre la desigualdad de género y temas como la maternidad.

Las transformaciones que en el orden social se han suscitado, influyen en las relaciones familiares. Con urgencia se deben atemperar en el ámbito jurídico las instituciones que han regido el ordenamiento sustantivo y procesal, y resulten suficientes en la solución de los conflictos de carácter familiar. Todos ellos surgidos a consecuencia fundamentalmente de los procesos migratorios, de las relaciones propias de la familia en que se involucra un elemento extranjero; del secuestro de menores y de los tratados internacionales que protegen diversas esferas de lo familiar y ante los retos que debemos enfrentar en el área de las relaciones jurídico-familiares, los que han provocado la separación de la familia y de las parejas, pretendiendo que prevalezca el espíritu humano altruista y justo.

Pero ante todos estos nuevos cambios vale la pena preguntarnos:

*¿Nuestra Organización Nacional de Bufetes Colectivos se encuentra lista para enfrentar estos desafíos?*

La Organización Nacional de Bufetes Colectivos, lleva muchos años formando profesionales con grandes potencialidades científicas, lo que tiene su base en los procesos de superación profesional de nuestros abogados en las diferentes materias. Ello no significa que los retos sean pocos, pero sí que son perfectamente sorteables. Y de lo que se trata es de que podamos, con mayor participación, consenso y unión de todos los abogados de las distintas especialidades, sortear los desafíos jurídicos y lograr, ciertamente, que la actualización del modelo económico y social cubano se dé tal como está previsto en los documentos aprobados.

Entre los requisitos más importantes del abogado cubano actual podemos señalar, de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes:

- Destrezas especiales para negociar.
- Destrezas para la investigación jurídica.
- Sólidas cualidades éticas.
- Variedad e interdisciplinariedad en el conocimiento.
- Entender negocios complejos.

<sup>33</sup> «Los abogados globales del siglo XXI», en <http://blogs.el-pais.com>, 2013. Consultado el 28 de mayo de 2018.

- Redactar diversos documentos y contratos complejos.
- Formular argumentaciones hábiles y rigurosas.
- Destrezas afinadas de análisis y síntesis.
- Razonamiento crítico.
- Creatividad.
- Experiencia.
- Criterio jurídico.

Un nuevo escenario despunta para el ejercicio de la Abogacía cubana, donde la *autoformación*, que supone la tarea de investigación, pasa a jugar un papel fundamental. La sociedad, especialmente el mundo urbano, genera nuevas complejidades e interacciones que reclaman el asesoramiento técnico de abogados competentes en lo profesional, en lo social y en lo humano tanto para prevenir conflictos como para resolverlos.

El abogado no puede estar ajeno a la realidad, se habla hoy de otro método extrajudicial, el denominado *mini-juicio*, en el cual los abogados de la era actual pretenden implicar a los directivos de las empresas en la solución negociada de su disputa. Por tanto, las soluciones que puedan ser alcanzadas mediante la técnica del *mini-juicio* son solo vinculantes en la medida que así lo deseen ambas partes. En este los directivos de ambas empresas escuchan a sus propios abogados exponer sus argumentos de hecho y de derecho como si de un juicio se tratase. Dichos directivos se constituyen en un panel con un tercero neutral e independiente, libre y previamente elegido por ambos, que coordina el proceso y cuyo cometido es el de asistir a las partes en su propio proceso de negociación para resolver sus desavenencias.

La profesión de los abogados miembros de la ONBC, está gobernada en primer lugar por una serie de cánones que la sociedad espera y exige como *conducta mínima* de operadores de la justicia, la ética de los abogados. Deben converger con rectitud, honradez, honestidad, nobleza, respeto y fraternidad con todos los partícipes del Derecho, y a su vez la responsabilidad ética, moral que se deposita en nuestras manos.

Para los abogados, resulta imprescindible alcanzar una preparación integral, lo que permitiría y garantizaría prestar un servicio con calidad, eficiencia y

eficacia, para ello tanto la enseñanza de pregrado como la de postgrado deben ser diseñadas en función del nivel de especialización y transversalización que requiere el ejercicio de esta actividad. También debemos estar avocados a dominar las técnicas esenciales de comercio, marketing y publicidad, interesados en el aprendizaje de un idioma extranjero principalmente el inglés, al constituir este el idioma universal en el mundo.

Consideramos que para lograr una excelencia en nuestro servicio, debemos conocer no solo el Derecho y las ramas que conforman las ciencias jurídicas, sino otras que también rigen el mundo, la sociología, la psicología, las finanzas, la economía, etcétera.

La preparación constante debe ser una meta de cualquier miembro de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, en aras de lograr un buen desempeño profesional. El nivel de especialización que requiere esta actividad presupone de un número mayor de normativas a manejar, al tratar de abarcar transversalmente varias ramas del Derecho, con una mayor susceptibilidad al cambio, lo que nos obliga a una constante actualización, y nos posibilitará adaptarnos mejor a los cambios, ofreciéndoles a nuestros clientes confianza en nuestro servicio, seguridad, profesionalidad, y dominio de los conocimientos jurídicos.

### 3. Propuestas para enfrentar la globalización de la Abogacía desde la ONBC

Nuestra organización no se encuentra ajena a la situación que nos rodea y en particular a la globalización de la Abogacía, una muestra de ello son las acciones de superación que ha convocado para enfrentar esta realidad.

Desde el 2012 se convocó un grupo de abogados para lograr que se prepararan en técnicas de mediación. De igual manera se han realizado acciones de capacitación en litigación.

A partir de 2016, se lanzó la convocatoria del diplomado de Derecho Mercantil, con el coauspicio de la IBA, que incluye materias no tradicionales que los abogados cubanos deben conocer, tales como la *compraventa internacional*, el *Derecho Corporativo*, la *propiedad intelectual e industrial* y el *arbitraje*. Igualmente se ha realizado el Seminario de Gestores Administrativos. Por otra parte se han organizado cursos de idioma inglés.

Consideramos que el momento más importante para la Abogacía cubana en este sentido son los Congresos Internacionales que se desarrollan desde 2012, donde confluyen todos esos conocimientos y experiencias que los miembros de la ONBC deben apprehender para lograr la excelencia que necesita nuestra organización y ser reconocida no solo por sus clientes y la sociedad, sino por su misión, visión y valores compartidos.

No obstante los esfuerzos realizados y los resultados alcanzados, debemos alcanzar metas superiores. Es por ello que cabe la siguiente interrogante:

¿Qué debe conocer un abogado cubano hoy para enfrentar la globalización jurídica?

- Derecho Procesal Penal Estratégico.
- Argumentación jurídica.
- Oratoria jurídica civil.
- Las cuatro tendencias digitales que todo abogado debe conocer (economía de plataformas, supercontenidos, el BOOM del comercio social y móvil e inteligencia artificial entre nosotros).
- Metodología a la investigación acción participativa.
- Digitales y en inglés, así serán los cursos del futuro.
- Técnicas efectivas para redacciones jurídicas de carácter penal.
- Reconocimiento y valoración jurídicos de las actas policiales.
- *Compliance* penal y velo corporativo (El *compliance* penal constituye el conjunto de herramientas de carácter preventivo con el objeto de prevenir la infracción de normas de carácter penal y evitar eventuales sanciones que generen responsabilidad a la empresa.<sup>34</sup> Por su parte, uno de los propósitos de una corporación es la de separar a una persona de la responsabilidad legal de una empresa. El velo corporativo garantiza que una empresa

es una entidad legal separada de sus directores y accionistas, protegiendo así los bienes personales de los propietarios e inversores de las demandas).<sup>35</sup>

- El abogado en la mediación.
- Comunicación jurídica.
- El proceso de la investigación jurídica.
- Derecho Internacional Privado.
- Rol del abogado defensor en la fase preparatoria penal.
- Litigación estratégica en la audiencia de juicio penal.
- El precedente judicial en el *common law*.
- Deontología forense (es el conjunto de normas deontológicas que rigen la profesión, los deberes éticos mínimamente exigibles a los profesionales forenses en el ejercicio de su actividad profesional).<sup>36</sup>
- El *trust* (conjunto de compañías que deciden unirse para dominar un mercado. La intención de las empresas que se asocian es crear un monopolio y poder fijar el precio de los productos y/o servicios según su conveniencia. Lo habitual es que se forme un equipo directivo común que tome en conjunto las principales decisiones vinculadas a los integrantes del trust).<sup>37</sup>
- Derecho Informático.
- Derecho Ambiental.
- Informática.
- Idiomas.
- Rol del abogado en la investigación penal y criminalística.

<sup>34</sup> «¿Qué es el *compliance* penal?», en <http://www.garberipeanal.com>. Consultado el 9 de junio de 2018.

<sup>35</sup> «¿Qué es el velo corporativo?», en <http://www.ehowenespanol.com>. Consultado el 9 de junio de 2018.

<sup>36</sup> «Deontología forense», en <https://prezi.com>. Consultado el 9 de junio de 2018.

<sup>37</sup> «Definición de Trust», en <https://definicion.de>. Consultado el 9 de junio de 2018.

- Economía
- En cuanto a los servicios (gestión de despachos, marketing jurídico, estrategia competitiva, gestión del cambio, innovación).
- Métodos alternativos de solución de conflictos (negociación, conciliación, mediación y arbitraje).
- *Ombudsman* (El Defensor del Pueblo como también se le conoce, es el responsable de controlar que los derechos de los ciudadanos no sean avasallados por el Estado. La misión de este funcionario es garantizar el respeto de los derechos de cada individuo en el marco de cualquier tipo de acción judicial, administrativa, burocrática o de otra índole).<sup>38</sup>
- *Minitrial* o mini-juicio.
- Gestores administrativos (son profesionales que están legalmente facultados para solicitar, promover y gestionar todo tipo de trámites ante cualquier órgano de las administraciones públicas –Estado, comunidades y ayuntamientos– por complejos que estos sean).<sup>39</sup>
- Lograr el nivel de especialización de sus miembros en materias como el Derecho Mercantil, Internacional, Informático y Ambiental.
- Lograr que el 50 % de sus miembros acredite tener conocimientos básicos al menos de un idioma extranjero.
- Fortalecer la preparación de los abogados que atienden personas jurídicas en cuanto a incluir en sus planes de capacitación nociones de economía.
- Incorporar al 50 % de la membresía en acciones de superación profesional de litigación en todas las materias, argumentación jurídica, deontología forense y métodos alternativos de solución de conflictos.
- Fortalecer la preparación general de los abogados en temas como el uso correcto de la lengua materna, nociones de informática, redacción de instrumentos jurídicos y metodología de la investigación jurídica.

Y luego nos preguntaríamos:

*¿Cuál sería la solución ante este reto para la Abogacía cubana?*

Nuestra organización debe continuar planificando acciones de capacitación para sus miembros en todas las materias con incidencia en la globalización del ejercicio de nuestra profesión, es por ello que realizamos la siguiente propuesta:

Teniendo en cuenta el contexto globalizado al que se enfrentan los abogados cubanos, consideramos que la organización en su planificación estratégica para el trabajo 2020-2025, en el objetivo estratégico dirigido a elevar la superación técnico profesional de los abogados, debe mantener las direcciones de trabajo establecidas para el 2015-2019 e incluir las siguientes:

<sup>38</sup> «Definición de *ombudsman*», en <https://definicion.de>. Consultado el 9 de junio de 2018.

<sup>39</sup> «¿Qué es un Gestor Administrativo?», en <http://www.gestoriachico.com>. Consultado el 9 de junio de 2018.

## Conclusiones

PRIMERA: El fenómeno de la *globalización* ha extendido sus efectos sobre el Derecho, durante todo el siglo XX y lo que transcurre del XXI, provocando así que se vea como un gran receptor de los grandes cambios, convirtiéndose a su vez en uno de ellos. El Derecho en sentido global, tiende a alejarse de una concepción positivista, en el sentido de que ya no es visto como un sistema cerrado, lineal, como conjunto de normas preexistentes sino como una práctica, como un procedimiento o un método para conciliar intereses, o resolver conflictos.

SEGUNDA: La expansión del mercado jurídico internacional demanda abogados especializados que sepan trabajar en entornos y equipos multidisciplinarios y *multijurisdiccionales*, lo que trae consigo la necesidad de rediseñar un proceso de formación de los nuevos profesionales, basado no solo en conocimientos académicos sino vinculado a actividades investigativas, apoyado en la informatización y nuevas tecnologías e idiomas, en aras de lograr la transversalización del conocimiento jurídico, por lo que los abogados deben prepararse para enfrentar los retos que impone el contexto globalizado que los rodea.



TERCERA: La Organización Nacional de Bufetes Colectivos se preocupa por la superación de sus miembros y ha encaminado los planes de capacitación en función de las necesidades del servicio y de las tendencias actuales en el desempeño de nuestra profesión, por lo que la planificación estratégica para el trabajo de nuestra organización (2020-2025), deben estar dirigidas a enfrentar los desafíos actuales de la globalización del ejercicio de la Abogacía.

## ***Apuntes sobre la Deontología jurídica, importancia de su estudio para el desempeño profesional de la Abogacía***

LIC. MAYLING ALONSO RONDUELA  
LIC. ISLEYMIS FERRO ALMAGUER\*

### **1. Proyección ética y estudio de la Deontología**

Conocemos que la *ética* es la parte de la Filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre, y la *Deontología Jurídica* es la parte de la ética profesional que se ocupa de los deberes morales de los abogados, de los de los servidores del Derecho. Nuestra organización arribó a su 50 aniversario el pasado 22 de enero y cuenta con el “Código de Ética de la Abogacía cubana” que atribuye entre otras la actividad profesional de los abogados, velando por la ética y la dignidad profesional, así como por el respeto debido a los derechos de los particulares, la discrecionalidad en los asuntos que tramita, la independencia de las funciones del Estado y el ejercicio de la facultad disciplinaria en el orden profesional y personal.

La Organización Nacional de Bufetes Colectivos, tiene como objeto social de forma casi exclusiva, conforme al Decreto Ley 81,<sup>1</sup> el ejercicio profesional de la dirección y defensa de las partes en todos los procesos, así como el asesoramiento y consejo jurídico.

Son *abogados*, los admitidos por la ONBC mediante el proceso de selección y acuerdo de la Junta Directiva Nacional, incorporados, donde se dedican con profesionalidad, a la defensa de intereses jurídicos ajenos, sean estos de personas naturales o jurídicas.

Ahora bien, el estudio de la *Deontología jurídica* no está presente como asignatura en nuestras universidades, tampoco se ubica entre los temas de

\* Abogadas de la Unidad de Bufetes Colectivos, Cárdenas.

<sup>1</sup> Decreto Ley 81 Sobre el ejercicio de la abogacía y la Organización Nacional de Bufetes colectivos, de fecha 8 de Junio de 1984. Documentos Básicos ONBC. 2013

los cursos que con frecuencia asistimos. Sobre la definición, importancia y necesidad de su estudio versará el presente trabajo, pues es la base fundamental para la práctica de la profesión de abogado en todas sus modalidades. Nadie que ostente el título de *Licenciado en Derecho* debe ignorar los deberes específicos del ejercicio profesional. De ahí la importancia de que los abogados miembros de la ONBC seamos conscientes del rol que debemos desempeñar en la sociedad cubana actual, de la importancia de contribuir en nuestra práctica profesional de manera responsable a lograr el fin superior de la Deontología jurídica, que no es otro que la justicia, que logremos que la actividad a la que dedicamos nuestras vidas sea vista como algo más que un recurso para nuestro sostenimiento económico, lo que se traduce en sentir orgullo del trabajo bien realizado y comportarnos en nuestro medio cotidiano como hombres de bien.

### 1.2. Ética y moral. Diferencias

La *ética* es una disciplina que forma parte de la Filosofía y tiene como una de sus tareas la reflexión sobre la particularidad del ser humano de autolimitarse, a pesar de la libertad absoluta de decisión para actuar de acuerdo a lo que nuestra propia conciencia nos indica, dando origen a la *moral*. Por lo tanto, se define como la parte de la Filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.

La *ética* estudia los actos humanos libres, voluntarios e imputables al hombre, trata de aclarar ante todo qué es la moral, también se propone saber para qué se produce el acto moral.

Por su parte, la *moral* es el conjunto de normas creadas por el hombre como el medio para la realización del bien. La intención de diferenciar la *moral* de la *ética* no es por razones etimológicas, ni por el uso indiferenciado de ambos términos, sino por imperativos lógicos, es decir, porque configuran dos niveles distintos de pensamiento: uno, la moral es parte de la conducta humana y la otra es la disciplina que reflexiona sobre esa conducta. En el lenguaje común, el uso de esos vocablos es indistinto, se utilizan inclusive como sinónimos ya que etimológicamente provienen de palabras con el mismo significado, en latín *mor mores* que significa *costumbre* y en griego *ethos*, cuyo significado también es *costumbre*.<sup>2</sup>

Aristóteles, el creador de la disciplina y de la palabra *ética*, no se refirió a la *moral*, pero actualmente, desde un punto de vista riguroso, debemos distinguirlos conceptualmente, una es la moral que consiste en la conducta humana en relación con el bien y otra la ética o filosofía moral.

### 1.3. Deontología

El término *Deontología* es introducido por Jeremy Bentham en su *Deontology or the Science of Morality*,<sup>3</sup> hace referencia a la rama de la ética cuyo objeto de estudio son aquellos fundamentos del deber y las normas morales. Se refiere a un conjunto ordenado de deberes y obligaciones morales que tienen los profesionales de una determinada materia. La *Deontología* es conocida también bajo el nombre de “teoría del deber” y, al lado de la Axiología, es una de las dos ramas principales de la ética normativa.

Se trata pues, del espacio de la libertad del hombre solo sujeto a la responsabilidad que le impone su conciencia. Asimismo, Bentham considera que la base de la Deontología se debe sustentar en los principios filosóficos de la libertad y el utilitarismo, lo cual significa que los actos buenos o malos de los hombres solo se explican en función de la felicidad o bienestar que puedan proporcionar, asuntos estos muy humanistas.

Para Bentham, la Deontología se entiende a partir de sus fines –el mayor bienestar posible para la mayoría, y de la mejor forma posible–, La definición de Bentham indica que *ética profesional* equivale a *moral profesional*, a la Deontología: ciencia normativa que estudia los deberes, los derechos de los profesionales en cuanto tales; ya no solo el problema de la *ética*, que estudia en forma general las obligaciones de la persona. Define la Deontología como «disciplina que se ocupa de determinar y regular el conjunto de responsabilidades éticas y morales que surgen en relación con el ejercicio de la profesión, especialmente aquellas de dimensiones que tienen repercusión social».

Las exigencias deontológicas se interpretan de manera limitada y quedan a criterio del que las interpreta; suelen formularse negativamente o mediante prohibiciones. Al hablar de la profesión se está pen-

<sup>2</sup> L. Fernández y Luis R. López Bombino: *El saber ético de ayer y hoy*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

<sup>3</sup> Jeremy Bentham: *Deontología o la ciencia de la moralidad*, 1889 (biografía y obras destacadas), en <http://www.frases-y-pensamientos.com.ar>.

sando en el Derecho, la sociedad, la tradición y la manera que tienen los individuos para relacionarse, lo que equivale a la *cortesía*.

## 2. Deontología jurídica

La *Deontología jurídica* es aquella parte de la ética profesional que se ocupa de los deberes morales de los abogados y de los servidores del Derecho.

La Deontología en el caso de los abogados, se trata de una multiplicidad de deberes como son: consigo mismo, con la sociedad, con la profesión, con los clientes, con los colegas, con los jueces.

Como se puede apreciar la Deontología es el estudio de los deberes, referidos principalmente a la actividad profesional, por lo que existe la Deontología del médico, del ingeniero, del abogado. En este caso nos concretaremos a mencionar algunos puntos sobre la Deontología jurídica, en virtud de que la moral profesional es una aplicación de la moral general a la profesión, o dicho más correctamente, al profesional.

Consideramos oportuno, antes de entrar al tema de la Deontología jurídica, referirnos a la profesión que representa un servicio para los demás, consiste en el empleo de las propias facultades, de las aptitudes congénitas o adquiridas en provecho del prójimo. La profesión sirve al individuo y al mismo tiempo beneficia a la sociedad.<sup>4</sup>

El concepto de profesión nos conduce al de profesional, considerándose como la exigencia de la profesión en el orden de las realidades humanas y jurídicas. En este sentido hablamos de derechos y deberes profesionales, de actitudes profesionales, de relaciones, en una palabra, de vida profesional, lo profesional es el hombre ejerciendo una profesión.

La moral profesional implica hablar de los deberes profesionales, los cuales podemos dividir en deberes generales de toda profesión y los deberes particulares o específicos de cada actividad profesional, asimismo podemos clasificarlos también en deberes impuestos por la ciencia y deberes impuestos por la conciencia. El profesionista tiene dos clases de deberes, los de su cualidad como ser humano y los propios de su actividad profesional, por lo que se encuentra doblemente comprometido con el bien,

siendo común, encontrar personas que son escrupulosos en el cumplimiento de sus deberes familiares y al mismo tiempo son totalmente negativos en lo relativo a su profesión. Esta última no debe ser un área neutral para la conciencia, por el contrario, la potencia e intensifica.

Desde épocas remotas las culturas hablan de la figura del *abogado* ubicándolo como un personaje importante. El profesional del Derecho es el encargado de administrar justicia, defiende con pasión sus derechos cuando le son negados y busca que la justicia se aplique con prontitud. Si se habla de las virtudes, se espera que el abogado sea prudente y diligente; el abogado sabe lo que debe hacer y lo que debe evitar para lograr los resultados a favor del que representa y debe aconsejar a su cliente de la misma manera.

La Deontología jurídica exige que el abogado actúe con su cliente de la manera más recta posible, comportándose siempre en forma veraz y oportuna, velando por los intereses de este. Entre las más comunes exigencias éticas para el abogado están: la honestidad y el secreto profesional, el cual exige no revelar las confidencias que se le cuentan.

Por lo tanto, se considera como la principal obligación moral del jurista, en cualquiera de sus facetas, tener el conocimiento y la capacidad para ejercerla, para ello es indispensable tener un buen conocimiento de la ley, de la jurisprudencia y de la práctica de los tribunales, a lo cual añadiríamos, el deber de actualizarse constantemente en los aspectos doctrinales.

En cuanto a los deberes específicos del jurista, estos varían de acuerdo a la actividad que se realiza, por ejemplo una de las más importantes es la función de juzgar. A pesar del tiempo y de los avances teóricos que han acontecido en la ciencia del Derecho, sigue funcionando de forma primitiva. Es verdad, que la vida social en sí misma es conflictiva, cada vez más violenta, con manifestaciones de poder en todos los ámbitos, en los que cada quien pretende obtener el mayor beneficio para sus fines lícitos o ilícitos. En un ambiente de esa naturaleza, es más complicado definir cuáles son los deberes de los que ejercen la profesión, en un mundo que clama por la realización de la justicia.

Del análisis deontológico de la conducta debida en los diferentes aspectos en que puede realizarse la profesión, es primordial la del juez. Su principal deber es la imparcialidad en la administración de justicia. Esta se consigue con determinados factores, por ejemplo es incompatible con el desempeño de cargos políticos, o estar inmerso en una serie de

<sup>4</sup> Marta S. Moreno Luce: *La Deontología Jurídica*. Consultado marzo, 15, 2015 de <http://www.monografias.com>.

intereses económicos o comerciales que afecten su función. Legalmente cuenta con los medios para defender su imparcialidad, por ejemplo, la abstención o la recusación, para aquellos casos en que el juez está unido por relaciones de parentesco, amistad o enemistad manifiesta con alguna de las partes, en estos casos surge el deber moral y la obligación jurídica de abstenerse de juzgar. En cuanto a su resolución ante un problema que lo pone en un dilema moral, las opciones son fallar en contra de la propia conciencia o a favor de ella, pero sin argumentos o valiéndose de argumentos falaces.

La gravedad y la importancia de la función judicial se advierten de un modo gráfico en la fuerza que adquiere una sentencia firme. Sobre la cosa juzgada no se puede volver. El juez tiene por tanto la capacidad de transformar lo ambiguo en jurídicamente definitivo.

El notario tiene sus deberes específicos como es el de proceder con absoluto apego a la verdad, sin certificar datos falsos y guardando el secreto profesional. Cuando se habla de la verdad en la profesión notarial, se quiere decir que el notario no puede mentir, que no puede autorizar la mentira presentada por el cliente, si sabe que es efectivamente una mentira. El deber moral de no mentir es parte de la Deontología del notario, aún cuando la verdad interesa más al cliente porque de ella depende la firmeza del acto jurídico.

El Ministerio Público, tiene como principal deber, el de la investigación imparcial con absoluto apego a la verdad, moralmente no debe acentuarse su actuación como figura eminentemente punitiva, sino como colaborador estricto de la justicia a través de una investigación seria de los hechos, respetando primordialmente el principio de inocencia. El Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción penal apenas llegue a conocimiento de que existen indicios de delito. El Ministerio Público se encuentra frecuentemente ante dilemas morales, cuando por determinados tipos de delitos se ve presionado por la opinión pública. También es frecuente que se presenten casos con repercusiones políticas. Al fiscal se le presentan situaciones especiales en las cuales está exento de seguir cierto comportamiento deontológico, como cuando sufre amenazas para él o su familia.

El litigante es quien presenta mayores complicaciones morales en el desempeño de la profesión, sus deberes morales específicos hace la distinción entre el abogado designado *de oficio* y el elegido por el cliente, en este caso se acude a él buscando seguridad, competencia y honradez profesional. Quiere decir

esto que, además de los elementos contractuales, cuentan las dimensiones éticas. Entre los principales deberes generales del abogado en relación a sus clientes está el deber de conocimiento, refiriéndose a la relación cliente-abogado. Asimismo, al aceptar un caso surge el deber de fidelidad con el cliente, guardando absolutamente el secreto profesional, negándose a proporcionar cualquier tipo de información que pueda perjudicarlo. Ello porque se debe proteger el bien jurídico correspondiente a la intimidad de la vida privada de las personas, protegidas por la normatividad jurídica.

El sacerdote, el médico y el abogado son aquellas personas que por las especiales características de su ministerio o profesión, se encuentran muy cerca del ser humano y sus más delicados problemas. Ellos son depositarios de asuntos y actividades vinculados con el mundo referido a la intimidad de la persona. La confianza y la lealtad son valores que signan y presiden dichas relaciones interpersonales.

### **2.1. Deontología jurídica: necesidad de su estudio**

Atendiendo a los elementos expuestos con anterioridad y a la labor que debe desempeñar el abogado en la sociedad cubana actual, consideramos que es muy importante el estudio de la Deontología jurídica, fundamentalmente por los colegas que se inician en el ejercicio de la profesión. A partir del 22 de enero de 1965, fecha en que se dicta la Resolución 18 del Ministerio de Justicia, que aprueba la creación del primer *bufete colectivo* en la capital, se fueron haciendo extensivos a todo el país y cuenta nuestra organización con 50 años de experiencia, destacándose en la preparación profesional de los abogados miembros y en el cumplimiento del Código de Ética. Pero es necesario profundizar en el estudio de temas tan sensibles e importantes para el desarrollo de nuestra actividad como el que nos ocupa, teniendo en cuenta que cada vez las decisiones se vuelven más complicadas para los juristas, a raíz de los cambios acelerados que experimenta el mundo post-moderno como resultado de los avances de la ciencia y la tecnología, la crisis de valores aumenta a la par del desarrollo y no estamos ajenos a todos estos fenómenos que tienen sus especificidades en la Cuba de hoy.

En vista de las responsabilidades que adquiere, al profesional deberá inculcársele desde los primeros años de estudio universitario, el sentido de la responsabilidad y la honorabilidad que la profesión le confiere al estudiante para abogado. En la Deonto-



logía es relevante lo relacionado con el secreto y la confidencia; todo ser humano tiene secretos, nos interesa el respeto por la acción consciente del ser humano que busca privacidad, seguridad y siente temor, vergüenza o respeto a los demás, lo que implica ser discreto; en cuanto al secreto profesional, toda su relevancia gira en torno al respeto de la intimidad del cliente, en guardar las confidencias sobre su vida privada tal como lo haría un sacerdote católico que guarda el secreto de la confesión. No menos importante es promover el respeto a los derechos y dignidad de las personas –a la confidencialidad, a la autodeterminación y la autonomía–; debemos hacer énfasis en que la persona es un sujeto con derechos, un sujeto autónomo, consciente de lo que desea o quiere y que, además, es dueño de sus acciones lo cual se refrenda en el primer artículo de la “Declaración de los Derechos Humanos” donde se plantea que: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos».

Cuando un cliente llega al bufete y percibe que un abogado es virtuoso, busca sus servicios con plena confianza; lo que la persona busca es un profesional competente y humano, puesto que la desconfianza en general existe en todas las profesiones y en los mismos usuarios, de ahí la necesidad de coadyuvar a fomentar comportamientos deseables y una educación ética que le recuerde, tanto al profesional como al cliente, la importancia de su profesión y que le hagan sentir satisfacción personal por sus buenas acciones.

Consideramos oportuno señalar además, que no debemos olvidar el respeto y la cortesía con la cual merece ser atendido; el identificarnos auténticamente con el problema de ese cliente de forma humana y solidaria, lo que implica algo más que brindarle una solución legal al asunto que somete a nuestra consideración; darle una explicación detallada acerca del asunto que nos consulta porque debe salir convencido de nuestra oficina; sabemos que la vorágine de trabajo y las condiciones materiales atentan contra ello, es por eso que hacemos énfasis en estos aspectos, que sin lugar a dudas elevan el prestigio profesional de la Abogacía cubana y muchas veces no somos conscientes de ello.

## 2.2. Valoraciones finales

No pueden seguir igualándose los términos *Deontología*, *ética*, *moral* y *Axiología*, porque si bien tienen relación dialéctica, cada uno tiene autonomía propia. Aunque cada persona debe seguir los dictámenes de su conciencia moral, también tiene la

responsabilidad de educar su propia conciencia. La Deontología es una disciplina que ayuda en su educación.

El fin de la Deontología jurídica es el servicio de la justicia y el prestigio de la profesión de abogados. Con ella se plantea y se trata de dar respuesta a los problemas morales a los que se puede enfrentar el abogado y su enseñanza constituye un arma importante en la práctica profesional del jurista.

No basta con que en pregrado el estudiante de Derecho tenga una asignatura optativa o no, relacionada con la ética o la Deontología jurídica, sino que es necesario profundizar o abordar directamente los comportamientos profesionales y éticos de cada una de las profesiones que puede ejercer un licenciado en Derecho. Por ello considero y propongo que nuestra Organización Nacional de Bufetes Colectivos se preocupe en preparar a los que van a ejercer la Abogacía en relación con sus deberes, impartiendo cursos preparatorios muy específicos sobre el tema.

# Dilema entre conflicto agrario y el límite a la supletoriedad del Derecho Civil

MSc. MIRELIS ESCALONA SERRANO\*

## Introducción

A pesar de la independencia del Derecho Agrario como rama del Derecho, la vinculación con otras ramas resulta inevitable, sin embargo la inexistencia de un Derecho Procesal oportuno y las contradicciones con la norma sustantiva civil, impiden la aplicación eficaz de las normas jurídicas que distinguen su especialidad.

El Derecho Agrario cubano no solo reflejará las relaciones de propiedad o posesión de la tierra para ejercicio de los derechos reales, si no que se impone con carácter social, perseguido de un contenido económico, para garantizar a cada cual la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales y en especial la alimentación, en virtud del carácter de nuestro sistema social.

A su vez, durante la fluctuación de las relaciones agrarias entre propietarios, copropietarios, coherederos, condueños o usufructuarios, se producen conflictos que aunque parecen tener solución, no la encuentran.

Por lo que merece trazarse el objetivo de caracterizar los conflictos agrarios y la colisión entre regulaciones especiales y el Derecho Civil, frente al límite que impone el carácter supletorio de este último.

## La propiedad en torno al Derecho Civil cubano

La *relación jurídica civil* es el centro del Código Civil cubano, que expresa la relación jurídica sobre bienes o derecho sobre bienes, aplicable a los derechos reales, cuyo contenido se muestra en el dominio, la posesión, uso, disfrute y disposición, a partir de los elementos que la constituyen, dígame: los sujetos que intervienen en ella, el objeto y la causa que la genera.

La *posesión* es el hecho de tener consigno, poseerlo.

El uso es, tal como fuera citado por Orlando Rivero Valdés en su texto "Tema de Derechos Reales, según Carbonnier", «una suerte de goce que consiste en retirar personalmente [...] la utilidad (o la satisfacción) que puede procurar por sí misma una cosa no productiva o no explotada (habitar joyas, esto es usar)»<sup>1</sup> por lo que debe entenderse como disfrutar los bienes conforme a su destino, función conforme a su naturaleza.

*Disfrute*: está integrado por los frutos que propicia el bien, en tal caso el incremento del valor que el mismo produce, con la intervención de la voluntad humana, que en su momento son generadores de derecho de propiedad.

*Disposición*: algunos lo limitan a la distribución social, creados para explotarlos y sin la posibilidad de disponer de ellos, sin embargo para la autora, debe constituir el elemento de cierre para el ejercicio pleno del derecho de propiedad, y que conforme al criterio de Rivero Valdés incluye cuatro facultades: destrucción, abandono, transformación y enajenación.<sup>2</sup>

## Protección en los derechos reales

1. *Las presunciones del dominio y derechos reales* (lo que se incorpore a la cosa principal y sus frutos pertenecen al dueño).
2. *La acción reivindicatoria* (le permite al propietario ejercitar sus derechos frente a terceros, de ahí que el Código Civil cubano en su artículo 192.2 refiera: «El propietario tiene acción contra el tenedor y poseedor del bien para reivindicarlo»).
3. *La acción exhibitoria* persigue hacerlo público, ya sea por un acto preparatorio o a través de los actos notariales; el reconocimiento al derecho de propiedad, puede entenderse como el medio procesal idóneo para obtener una prueba documental pública declarativa de un derecho adquirido, en cuyo caso necesita probar la condición de *propietario*, la identificación de la cosa y un título causal de adquisición, todo lo que le facilitaría ejercitar a su vez la acción reivindicatoria.

\* Abogada, Holguín.

<sup>1</sup> Orlando Rivero Valdés: *Temas de derechos reales*, p. 122.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

4. *La acción confesoria y acción negatoria:* «ambas tienen fines declarativos sin pronunciarse acerca de la inexistencia de la servidumbre, pues resultaría difícil generar la condena a abstenerse o a permitir determinados actos».<sup>3</sup>

5. *La acción de deslinde:* su origen lo encuentra en el Derecho romano, sin embargo nuestro Código Civil en su artículo 177.1 establece:

- «a) Si es necesario precisar los límites de un inmueble, su propietario y los propietarios colindantes podrán fijarlos mediante acuerdo, pero para ser válidos requiere la autorización de la autoridad competente.
- »b) De no existir acuerdo, la autoridad competente fija los límites a través del correspondiente procedimiento.
- »c) Los gastos de delimitación, así como los necesarios para el establecimiento y mantenimiento de los límites fijados, han de satisfacerse proporcionalmente por los interesados.

»Como requisitos personales, reales y formales, para proceder con el deslinde son:

- »a) Solo el propietario puede solicitarlo.
- »b) Solo tiene por objeto los bienes inmuebles.
- »c) Se requiere la intervención de todos los propietarios, aportar los títulos de propiedad, dejar constancia del deslinde, y por último requiere la autorización del órgano jurisdiccional, así por ejemplo en el caso de las fincas rústicas deberá ser siempre el Ministerio de la Agricultura, quien aprobará el acuerdo o resolverá el conflicto».

Es importante señalar que no es lo mismo proceder al deslinde que fijar los límites, como nada impide que el dueño establezca cercas o muros de protección al inmueble, lo que no siempre tiene que coincidir con la medida exacta pues lo que documental-

mente tiene reconocido significa que por el hecho de haber delimitado no ha renunciado a su derecho legalmente reconocido.

## La copropiedad. Su reconocimiento en el Código Civil

El Código Civil reconoce dos formas de copropiedad, la *común* y *por cuotas*.

Conforme al artículo 162.1.2 dice: «cada copropietario tiene derecho sobre la cuota que corresponde y puede disponer de ella sin el consentimiento del otro copropietario, con las limitaciones que la ley establezca»; sin embargo, el artículo 163 advierte que «antes de enajenar a un tercero su parte, debe ofrecerla en tanteo al otro copropietario». A la vez que ningún copropietario estaría obligado a permanecer en la comunidad.<sup>4</sup>

La *cuota* es una unidad de valor económico estimable, sin embargo puede reflejarse en valores porcentuales o en sumas de dinero. Cuando la propiedad se adquiere por derecho hereditario, resulta de aplicación el artículo 523 de la Ley Civil Sustantiva conforme a la cual rigen las reglas de la copropiedad por cuotas previstas desde el artículo 162 hasta el 168 del propio Código, así como el artículo 167 a su vez advierte que las reglas de partición y adjudicación de la herencia son de aplicación, a la división del bien común entre sus copropietarios.

La *propiedad en común* es comprendida en el ordenamiento civil cubano como la derivada de la comunidad matrimonial de bienes, donde no hay cuotas sino que de manera conjunta han de ejercitar ambos todos los derechos inherentes a la propiedad, y conforme a la legislación vigente de familia, se distinguen los bienes *comunes* de los *propios* de los cónyuges, y considera entre los *comunes*: aquellos cuya intervención onerosa corrió a cuenta de la economía familiar, aunque solo haya sido aportada por uno de ellos; para sus actos de disposición es obligatorio el consentimiento del otro y cualquiera puede ejercitar los actos de administración, sin embargo se considerará nulo cualquier acto que implique disposición cuando no conste el consentimiento de ambos. Al disolverse el matrimonio, podrá liquidarse la misma, ya sea por la propia ley al expirar el término del año posterior a la firmeza de la sentencia, por acuerdo

<sup>3</sup> Orlando Rivero Valdés: *Op. cit.*

<sup>4</sup> Ley 59 Código Civil Cubano, Ministerio de Justicia, La Habana, 2003.

extrajudicial voluntario o por liquidación judicial que se determina mediante procedimiento familiar, y se pone fin con la resolución judicial que una vez firme constituirá título de dominio.

### ***El conflicto entre norma sustantiva general y norma especial agraria***

La Constitución cubana protege la propiedad de los agricultores pequeños, y a su vez el Código Civil (Ley 59/87) dedica la sección cuarta a esta forma de propiedad, integrada por los bienes destinados a la explotación agropecuaria a la que se dedican, las tierras, instalaciones, medios e instrumentos que resulten necesarios para la explotación a la que se dedican, los animales y sus crías y las plantaciones, siembras, frutos y demás productos agropecuarios.

A su vez, determina las formas de transmitir la tierra de los agricultores pequeños; solo pueden incorporar sus tierras a las cooperativas de producción agropecuaria o a empresas estatales, venderlas, permutarlas o transmitir las por cualquier título a otros agricultores pequeños. En todos los casos es necesaria la previa autorización del organismo estatal competente y el cumplimiento de los demás requisitos legales. En caso de venta, el Estado tiene derecho preferente para la adquisición mediante el pago del precio legal. La transmisión de tierras al Estado solo puede realizarse a través del organismo estatal competente.<sup>5</sup>

Como *norma de carácter general* regula la “Trasmisión de bienes que requieren autorización especial”, estableciendo que «la transmisión de inmuebles rústicos o urbanos, de ganado mayor y de aquellos otros bienes en que se requiere autorización previa de la autoridad competente o el cumplimiento de formalidades particulares, se rige por disposiciones especiales. A su vez es nula la transmisión que se realice sin la autorización o las formalidades a que se refiere el apartado anterior»,<sup>6</sup> de esta manera deja expeditas a las autoridades administrativas, en tales casos no obedece a su carácter supletorio.

El propio Código en su disposición final *Primera*, establece: «Se rigen por la legislación especial las relaciones jurídicas relativas a (...) todo lo concer-

niente al régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios destinados a la producción agraria y forestal».

Como *normas de carácter especial* para regular el régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios, se encuentran vigentes el Decreto Ley 125 de 30 de enero de 1991, y la Resolución 24 de 19 de marzo de 1991 del Ministro de la Agricultura que constituye su Reglamento.

Estas disposiciones, con el fin de proteger el orden social y los principios que rigen el uso de la tierra, obstaculizan la aplicación de la propia *norma especial* e impide la supletoriedad del Derecho al concretarlo solamente la primera. Ello conlleva a mantener conflictos hasta hoy imposibles de solucionar, pues la autoridad administrativa investida de facultades no ha impuesto en el ordenamiento jurídico un procedimiento eficiente, ni ha hecho un adecuado uso de la interpretación de la norma jurídica, ni contribuido a la búsqueda de alternativas para su solución. Los litigios agrarios transitan por la jurisdicción agraria a través de las autoridades administrativas, concebido con su estructura en las distintas demarcaciones territoriales por sus niveles de jerarquía, acogiéndose por tanto al Régimen Especial en el *uso* de la *tierra*.

El Decreto Ley 125/1991 “Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la Tierra y Bienes Agropecuarios”, en su disposición transitoria *Segunda*, a partir de su vigencia, dispone remitir «cualquier procedimiento, reclamación o conflicto sobre propiedad o posesión de tierra que esté siendo conocido por los tribunales o aún aquellos en los que se hubiere dictado sentencia si ellos no fueren firmes, a la competencia del Ministerio de la Agricultura». Así como define el objeto y los conceptos básicos para la interpretación del decreto ley en sus artículos 1 y 2, por lo que de la propia *interpretación declarativa de la norma*, no puede sustraer de ello el uso y disfrute que además de la disposición encierra la propiedad, es así que a su vez extrae de la jurisdicción civil de los tribunales *cualquier procedimiento*, vinculado con esta y se lo carga al Ministerio de la Agricultura, por lo que los conflictos sobre tierra y bienes agropecuarios le imponen naturaleza puramente agraria excluyéndolos de la naturaleza civil.

Conforme se regula en el artículo 165 del Código Civil cubano, no solo para los actos de disposición sino para aquellos que excedan de los propios de la administración, se requiere el consentimiento de todos los copropietarios, y en defecto de este consentimiento, la autoridad competente puede, a

<sup>5</sup> *Ídem*.

<sup>6</sup> *Ley 59 Código Civil Cubano* (Libro segundo, cap. V, sección Cuarta, art. 191.1.2).



solicitud de los que representen la mitad o más del valor del bien, disponer la realización de tales actos cuando ello redunde en beneficio de todos, pues los copropietarios están en igualdad de condiciones para la totalidad de las acciones vinculantes con su propiedad.

Así como el artículo 164 del propio cuerpo legal dispone que al enajenar su parte a un tercero, el copropietario debe ofrecerle en tanteo a los demás coparticipes; sin embargo, el Decreto Ley 125/91 aun cuando en el artículo 13 regula que la tierra de un agricultor pequeño solo se podrá transmitir a una cooperativa o agricultor pequeño, a cualquier entidad estatal o cooperativa, con autorización previa del Ministerio de la Agricultura –e incluso deberá hacerse de la totalidad de la tierra y excepcionalmente cuando por ello convenga se hará solamente de una parte de esta–, en la práctica ocurre que *nunca* el Ministerio de la Agricultura va a renunciar a su derecho preferente, aun cuando se conozca que se trata de una copropiedad y que de la integridad de dicha finca ha dependido su eficiente producción y rendimiento, a pesar de haber sido atendida por uno de los propietarios y no siempre el que ha decidido la transmisión al Estado, lo que significa que a pesar de estar prevista la transmisión a un agricultor pequeño, tal parece que ese no fue el sentido y alcance de la norma jurídica.

Ligera solución al problema acordó el Tribunal Supremo mediante el Dictamen 440 de 2014 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, con respecto a Bienes de la Comunidad Matrimonial de los ex cónyuges, por la cual se facultó el conocimiento de los litigios de tierra y bienes agropecuarios a los tribunales.

El estudio amerita atención a las copropiedades constituidas en virtud de las leyes de Reforma Agraria, o posterior a ella, por las disposiciones legales vigentes y anteriormente mencionadas con relación a la transmisión de la tierra, que en su artículo 7 faculta al Ministerio de la Agricultura, oído el parecer de la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP), para decidir la designación del *administrador*, condición reconocida con carácter provisional que carece de objetividad. En tanto la norma no describe sus funciones, lo que tampoco es fijado por el Derecho Civil, toda vez que el artículo 164.1 solo dispone que debe ser designado por mayoría de los copropietarios, y a falta de acuerdo lo determina la autoridad competente, sin embargo deja determinado que para exceder los actos propios de la administración se requiere el consentimiento de todos,

hecho que al no establecerse en la norma especial, debe acogerse con carácter supletorio en la norma sustantiva civil.

No ocurre lo mismo con respecto a las relaciones de vecindad, entre propietarios colindantes, pues además de dejarse expresamente determinado en el Código Civil, las reglas de su aplicación, ya se ha hecho pronunciamiento por el Ministerio de la Agricultura en aras de resolver los litigios de esta naturaleza por la vía judicial, y en el artículo 171.1 del mencionado Código regula: 1) el derecho al paso cuando el propietario lo es de un inmueble enclavado en otros ajenos sin acceso a la vía pública; el apartado 2), si la necesidad de constituir el paso resulta de la transmisión del inmueble, aquel ha de establecer, de ser posible, por el inmueble que ha sido objeto de dicho acto; y el apartado 3), el paso de ser obligado debe constituirse por el lugar menos perjudicial al inmueble por el que ha de permitirse, en tal sentido para que tengan lugar las reglas para las *relaciones de vecindad*, es requisito esencial que ambas unidades, no solo deben concebirse como independientes física y legalmente, que el marco de la agricultura ha encontrado solución solo cuando se trata de propietarios individuales, vecinos, lo que puede ser impulsado a través de las salas de lo civil, sin embargo cuando se refiere a *copropietarios* –obtenida por la sucesión hereditaria–, no es posible al no estar comprendida dentro de los requisitos establecidos en la norma civil sustantiva, e impedir tales actos la norma especial, de modo que no puede funcionar el carácter supletorio, y en tal sentido debe encontrarse la solución en la vía jurisdiccional agraria, para darle continuidad a los derechos intrínsecos de la propiedad previstos en el Derecho Civil.

### ***Liquidación de copropiedad común, derivada de los derechos de familia y los conflictos de orden práctico-legal***

Cuando de los bienes inmuebles se han obtenido frutos como parte de la comunidad matrimonial no formalizada, y por falta de requisitos legales resulta imposible reconocer legalmente esta unión, trae por consecuencia que los bienes que ostentan *titularidad individual*, debido al requisito especial que impone la norma agraria de ser a la vez el titular de la tierra y que han sido reconocidos como implementos agrícolas o industriales necesarios para la explotación de la misma (tractores y ganado mayor), cuyo registro es obligatorio e incluso aquellos que sin requerir del título han sido incorporados como sus frutos, impide liquidarlos al amparo del Acuerdo 440/14 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que sí protege a los

ex cónyuges. Sin embargo, al no poder efectuarse el reconocimiento de la unión matrimonial, cambia la condición del demandante y no puede someterse a la vía judicial al amparo de este Acuerdo del Tribunal Supremo Popular, lo que impide el ejercicio por esta jurisdicción debido al carácter de estos bienes, lo que hubiera sido posible, entonces incide negativamente el carácter de bienes agropecuarios, y no le permite ir al reconocimiento directo de la copropiedad por cuotas para su liquidación posterior, ni por la vía jurisdiccional agraria, ni por la jurisdiccional administrativa.

### ***La colisión entre orden de suceder y derecho a heredar la tierra***

Se ha avanzado en cuanto a la adjudicación de bienes muebles o semovientes por herencia, cuando los bienes a heredar sean ganado y tractor, y en tal caso el propietario fallecido no era propietario de tierra, mediante su adjudicación por la notaría cuando hay acuerdo, por el proceso sucesorio común, posterior a lo cual procederá a su inscripción en los respectivos registros, o en caso de conflictos a través del tribunal, siempre que esté debidamente acreditado que dichos bienes no están directamente vinculados a la explotación de la tierra, lo que indica que el causante no era dueño de esta.

### ***El deslinde, delimitación o administración de la copropiedad agraria constituida por la comunidad hereditaria***

#### ***Orden de suceder***

En la actualidad encontramos colisión entre el Derecho Civil y el Derecho Agrario: 1°. En cuanto al orden de suceder para adjudicarse la comunidad de bienes hereditarios cuyo bien es la tierra y junto a ella concurren los bienes muebles, que forman parte de la unidad agropecuaria, pues en tal caso la definición de carácter general concebida en los artículos comprendidos desde el 514 al 521 de la Ley 59 "Orden de Suceder", no resulta de aplicación supletoria. La norma especial, en este caso el Decreto Ley 125/91, determina quiénes dentro de los llamados a suceder pueden heredar al causante, y adiciona incluso requisitos esenciales que no pierden de vista principios generales del Derecho Agrario, que se relacionan con la condición de encontrarse trabajando la tierra cinco años antes del fallecimiento del propietario y estar comprendido dentro vínculos filiales expresamente determinados por este propio cuerpo legal, el que a su vez exceptúa

en su artículo 32, aquellos casos en que sin cumplir todos los requisitos pudiera ser autorizado por el ministro, y para lo cual no definió el legislador cuáles pudieran ser de ellos los que pudieran no cumplir, para aun así reconocerles el derecho.

En la práctica se ha utilizado más la cuestión del *término de permanencia* y excluyéndolo cuando no cumple el vínculo filial preestablecido en la norma especial y no los establecidos en la norma sustantiva civil. Ello indica que en tal caso ha ignorado la posibilidad de utilizar por lo menos el carácter supletorio del Derecho Civil, si quien reclama la herencia no está comprendido en los requisitos del artículo 18 del Decreto Ley 125/91, cuando por lo menos tenga el tiempo de permanencia, y no el vínculo filial que dicho decreto ley especifica. Esto pudiera ser considerado dentro de los llamados a suceder por la norma general, hecho que hoy resulta omiso tanto en la norma como en su aplicación, y es una de las cuestiones que llama a la posibilidad de evolucionar en torno a la modificación legislativa especial.

### ***Obstáculos para el deslinde, delimitación y/o administración***

Obedece esencialmente a la imposibilidad de fraccionar la tierra bajo el principio de *indivisibilidad* de la misma, cuando afecte el destino socio-económico. Si bien resulta evidente que no se puede ignorar dicho principio, este es adaptable, en virtud de que ya que en el orden registral se constituye solo en un documento conforme al por ciento adjudicado a cada coheredero, bien pudiera resolverse el conflicto por el órgano administrativo con menos rigor auxiliado de especialistas, sin afectar la integridad de la finca y evitar conflictos entre los copropietarios. El hecho de cercar o delimitar lo que físicamente se trabaja por cada uno no implica un deslinde de la copropiedad, ello es posible a sabiendas de que no coincida exactamente con lo reconocido expresamente en el título, pero en la práctica ayuda a la explotación de la tierra, lo que se hace pero de manera excepcional y bajo trámites engorrosos y en extremo morosos.

### ***El dilema entre derecho de tanteo del Estado y la persona natural como sujeto del Derecho Agrario***

Cuestión de conflicto en la actualidad es el acto de enajenación de la tierra y bienes agropecuarios del copropietario que desea integrar su patrimonio al Estado y acogerse a un beneficio. Cuando ello ocurre, no se tiene en cuenta el interés de otro copropietario

que recibió el bien por herencia o en virtud de la Ley de Reforma Agraria. No existiendo la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo, es el Estado quien único lo aprovecha, sin embargo no previó la norma una forma de otorgarle nueva titularidad a quien interesa se le entregue y asuma la obligación del beneficio que pudiera otorgar el Estado al copropietario enajenador de la unidad agropecuaria. Por ejemplo: al acogerse a una pensión y estar en disposición el otro partícipe de asumirla en lugar del Estado, no se acepta, a sabiendas que sería un cargo menor para este último, e incluso la posibilidad de darle continuidad a la explotación de la finca sin afectar su destino socio-económico. Aun cuando pudiera ofrecerle la posibilidad del usufructo no tiene garantía alguna para garantizar el reconocimiento de ese derecho, no obstante se conozca de la contribución eficiente en la producción agropecuaria –principio básico fundamental que se ignora y es precisamente el de explotar la tierra conforme a su destino, y ofrecer la garantía de entregar sus producciones al Estado cubano para el consumo social.

## A modo de conclusiones

1. Los derechos de los copropietarios en cuanto al ejercicio de disposición afecta a los restantes copropietarios a ejercer el derecho de tanteo, por el carácter preferente del Estado, que no siempre resulta factible. Esto pudiera valorarse cuando su ejercicio posibilite al propio Estado liberarse de una carga económica que pudiera ser asumida por los restantes copropietarios.
2. El deslinde de las propiedades de los inmuebles rústicos debe encontrar un camino a la simplificación, pudiendo resolver sus conflictos la autoridad competente sin que se afecten los fines socio-económicos de la unidad agropecuaria, y las proporciones correspondientes a cada copropietario.
3. El Decreto Ley 125/ 91 no establece una excepción que expresamente facilite la aplicación del carácter supletorio del Derecho Civil a los fines de garantizar la sucesión hereditaria.
4. El Acuerdo 440/14 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular no alcanza al reconocimiento de copropiedad de bienes muebles de origen agropecuario no destinados a la explotación de

la tierra, cuando los mismos no hayan podido reconocerse como parte de la comunidad matrimonial de bienes.

5. El derecho al reconocimiento de la copropiedad agropecuaria entre personas naturales se ve obstaculizado por la norma especial, dejando en desventaja a aquellos que también han contribuido a la explotación de la tierra aunque no sean los dueños de la finca pero sí de los medios, implemento e instalaciones, así como de los frutos producidos a través de ella.

## Referencias bibliográficas

- Escalona, Masjuán y Sánchez: *Enfoque socio jurídico de la tierra y bienes agropecuarios en la nueva dimensión del Conflicto Familiar*, Congreso ONBC, La Habana, 2014.
- Pavó Acosta, Rolando: *Instituciones Procesales Agrarias en Cuba. Recopilación de las normas vigentes sobre los procedimientos agrarios*, Facultad de Derecho, Santiago de Cuba, 1995.
- : *La jurisdicción agraria en Cuba: Fundamentos históricos y problemática actual*, Ed. Revista Barco de Papel, Mayagüez, Puerto Rico, 1997.
- Pérez Escalona, Yaidelín: «La Trasmisión de la Tierra y Bienes Agropecuarios», Tesis de Pregrado, Holguín, 2011.
- Rey Santos, Orlando: «La jurisdicción del Derecho Agrario», en *Memorias I Evento Científico sobre Derecho Agrario*, Ed. Centro de Información y Documentación Agropecuario, La Habana, 1988, pp. 51-62.
- Rivero Valdés, Orlando: *Temas de derechos reales*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.

## Legislación

- Constitución de la República de Cuba.*
- Código de Familia.*
- Decreto Ley 125/91* “Régimen de Posesión Propiedad y herencia de la Tierra y Bienes Agropecuarios”.
- Ley 59/1987* “Código Civil Cubano”.
- Resolución 24/91*, “Reglamento del Decreto Ley 125/91”.



# ***Las medidas cautelares en el procedimiento civil cubano. Valoración sobre la efectividad de su regulación normativa actual***

LIC. IDAEL BORNOT SÁNCHEZ\*

## **Introducción**

Derecho sin garantía es un mero ideal. La verdadera justicia es aquella que no se queda en el simple reconocimiento de un derecho o la condena a cumplir una obligación, sino que implica además que lo dispuesto pueda ser ejecutado de manera eficaz y con la presteza necesaria. Sin embargo ello se ve en no pocas ocasiones comprometido por la propia naturaleza del proceso judicial en materia civil que no es inmediato sino que está integrado por una sucesión de actos y términos judiciales que en la mayoría de los casos extienden su tramitación a varios meses.

Ante esta necesidad de garantizar la efectividad del proceso judicial en materia civil, juristas y legisladores han configurado desde la doctrina y del derecho positivo remedios procesales tales como los actos preparatorios, las diligencias preventivas del proceso sucesorio y las llamadas *medidas cautelares*. A estas últimas, su caracterización teórica y su regulación normativa actual en el procedimiento civil cubano, se dedica el presente.

## **Las medidas cautelares civiles desde la óptica teórico-doctrinal**

Las *medidas cautelares civiles* constituyen «aque- llos medios, mecanismos o instrumentos procesales cuya adopción garantiza la eficacia del proceso civil y su resultado». Resultan acepciones de esta expresión usadas en otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo las siguientes: medidas precautorias, asegu- rativas o preventivas.<sup>1</sup>

\* Abogado del Bufete Colectivo de Jesús Menéndez, Las Tunas.

<sup>1</sup> P. Calamandrei: *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Buenos Aires, 1945.

Partiendo de ello concebimos el *régimen cautelar* como aquel que hace referencia a la regulación legal y normativa de las medidas cautelares, o sea, al tratamiento positivo que se da en el ordenamiento jurídico al tema de las medidas cautelares.

Hacemos la salvedad de que cuando hablamos de medidas cautelares *civiles*, excluimos las relativas a los procesos de familia pues en nuestro país tienen tratamiento diferenciado a través de la Instrucción 216 de 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Para arribar a una comprensión más o menos acabada acerca de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares conviene hacer referencia a lo que se ha dado en llamar en la doctrina como *tutela cautelar* o *régimen cautelar*.<sup>2</sup> Se entiende como tal al conjunto armónico de disposiciones, de naturaleza precautoria, comprendidas en la ley procesal con presupuestos y procedimientos propios, destinadas a prevenir o evitar el agravamiento de un daño irreparable que potencialmente pudiera generarse por la dilatación del proceso, así como, en caso de que llegara a producirse, a garantizar su resarcimiento o satisfacción oportuna.

De esta manera, las medidas cautelares generalmente son vistas dentro del marco de un verdadero *proceso cautelar* con autonomía y unidad normativa, aunque no con un fin propio sino como medio de otro proceso principal; entendiéndose como tal aquel proceso civil de naturaleza incidental mediante el cual se tramitan, resuelven y ejecutan las solicitudes de medidas cautelares efectuadas como parte de otro proceso principal.<sup>3</sup>

Según la doctrina generalmente aceptada, para que el tribunal adopte alguna de las medidas cautelares previstas en ley debe darse una situación fáctico-jurídica cautelable en la que estén presentes al menos los siguientes presupuestos, según la doctrina generalmente aceptada:

– Peligro en la demora: Del latín *periculum in mora*, constituye el fundamento mismo de esta institución jurídico-procesal y alude a la estricta necesidad de que por la demora

<sup>2</sup> J. García Morillo: «El derecho a la tutela judicial», en *Derecho constitucional*, vol. I, (El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos), 8ª. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

<sup>3</sup> «Jurisdicción asegurativa», en *Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Procesal* (soporte digital, CD-ROM), UNJC, La Habana, 2009.



en la tramitación del asunto en cuestión, exista el peligro real o potencial para la satisfacción de la pretensión del solicitante.

- **Apariencia del buen derecho:** Parte del apotegma romano *fumus boni iuris* que implica la necesidad de que exista un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor.
- **Sospecha del deudor:** Se refiere a que para la adopción de la medida cautelar propuesta deben existir indicios, o por lo menos alegarse, que hagan suponer racionalmente que el contrario intentará frustrar la eficacia del proceso o su resultado.
- **Contracautela:** Se refiere a la garantía de la contraparte al practicarse una medida cautelar cuando ello pudiera generar daños o perjuicios en caso de eventualmente desestimarse la demanda principal, supuesto en el cual el solicitante debe prestar una fianza o caución que garantice la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

La institución jurídico-procesal de las medidas cautelares se caracteriza esencialmente por los siguientes rasgos:<sup>4</sup>

- **Instrumentalidad:** Son instrumentos de garantía. Alude a su función mediática, o sea, no son un fin en sí mismas sino que garantizan y proveen a un proceso principal. Dependen del proceso principal y a este tributan.
- **Provisionalidad:** Sus efectos son provisionales. Desaparecerán cuando en el proceso principal se haya logrado una situación tal que haga verdaderamente inútil el mantenimiento de las medidas adoptadas, ya sea porque se haya desistido del proceso principal, la pretensión sea desestimada, la sentencia principal sea cumplida o sencillamente desaparezca el riesgo o peligro que motivó su adopción.
- **Temporalidad:** Por su propia naturaleza, su duración y efectos se enmarcan en los del proceso principal. Generalmente la ley

concede un término para sus efectos, luego de ser firme el fallo del proceso de conocimiento, durante el cual si no se interpone el ejecutivo correspondiente, cesan.

- **Variabilidad:** Pueden ser variadas en cualquier momento del proceso principal. Es decir no son definitivas ni causan efectos de cosa juzgada. Si varían los elementos fácticos que motivaron su adopción, las mismas pueden ser variadas.
- **Ejecutabilidad:** Su propósito fundamental es garantizar la ejecución final del resultado del proceso. De esta manera desde que nacen lo hacen con vocación ejecutiva. Permiten finalmente la ejecución del fallo principal.
- **Sumariedad:** Brevedad y celeridad del procedimiento previsto para su solicitud, adopción y ejecución, sobre la base de su propia naturaleza y la urgencia e inmediatez que las caracteriza.
- **Jurisdiccionalidad:** Solo pueden adoptarse por el tribunal competente que será necesariamente aquel que se encuentre tramitando el proceso principal.
- **Proporcionalidad:** Se refiere a la necesaria correlación entre la pretensión deducida o a deducir en la demanda y el objetivo de la medida cautelar, a la coherencia que ha de concurrir entre la medida que se otorgue y la pretensión principal que se quiere asegurar.
- **Inmediatez:** Alude a la necesidad de que sean adoptadas como regla de manera directa para que se logre su fin, sin previa audiencia de la contraparte, evitando con ello que este pueda adoptar precauciones que impidan su ejecución o aminoren sus efectos.
- **Dispositividad:** Generalmente no son adoptadas de oficio sino a instancia de parte interesada, partiendo del principio dispositivo que caracteriza el sistema de Derecho generalmente imperante en la actualidad.

Existen diversos criterios teóricos de clasificación de las medidas cautelares, siendo a nuestro juicio los principales los que a continuación exponemos:<sup>5</sup>

<sup>4</sup> I. Pérez Gutiérrez: *Las medidas cautelares civiles. Una valiosa herramienta procesal*, Ed. ONBC, La Habana, 2012.

<sup>5</sup> *Ídem*.

- Por su regulación legal:
  - Nominadas: Aparecen taxativamente enunciadas en la ley con una denominación que las identifica.
  - Innominadas: No aparecen expresamente reguladas en ley bajo una denominación específica pero sí previstas bajo fórmulas como «cualquier otra que...»
- Por sus efectos:
  - Conservativas: Tienden a conservar el estado de cosas imperante, una situación fáctica ya existente e impedir su posterior modificación durante el proceso principal.
  - Innovativas: Modifican el estado de hecho, la situación fáctica existente al momento de su solicitud. Generalmente tienden a restablecer la situación a su estado original por haber sido esta variada al surgir el conflicto en debate o en momento posterior.
- Por la naturaleza de su objeto:
  - Reales: Aseguran bienes. V. G.: “embargo preventivo de bienes”.
  - Personales: Recaen en la propia persona de la contraparte o un tercero en su caso. V. G.: “abstención de conducta o actividad”.
- Por la acreditación del supuesto de adopción:
  - De peligro abstracto: No es necesario acreditar el riesgo pues mediante la acreditación de determinado supuesto fáctico-legal se presume la existencia del peligro. V.G.: “la sentencia firme en un proceso ejecutivo”.
  - De peligro concreto: Debe demostrarse la existencia cierta y concreta del riesgo que se alega, sin que sea suficiente la acreditación de un posible derecho.
- Por sus fines:
  - Asegurativas del objeto del proceso: El fin es asegurar su objeto mismo, como lo sería en un proceso reivindicatorio de bienes muebles las adoptadas para asegurar el bien que se pretende reivindicar.
  - Asegurativas de medios de prueba: Persiguen asegurar medios probatorios, como las encaminadas a preservar documentos, reproducciones, etcétera.
  - Asegurativas del resultado del proceso: Su fin es garantizar la ejecución eficaz del fallo definitivo. Tributan al futuro proceso ejecutivo, como lo sería el embargo de bienes del deudor en un cobro de pesos.
  - Asegurativas de la equidad procesal: Su fin es mantener o restaurar la igualdad de las partes en el debate, evitar o prevenir el estado de indefensión de alguna de ellas, etcétera. Tal es el caso de aquellas que imponen la abstención de realizar determinada conducta o actividad durante el proceso.
- Por el momento de su solicitud:
  - Previas: Se solicitan antes de la promoción de la demanda principal.
  - Simultáneas: Se solicitan conjuntamente con la demanda principal.
  - Posteriores: Se solicitan posterior a la promoción de la demanda principal.
- Por la forma de su adopción:
  - Directas: Se adoptan de manera directa sin previa audiencia del contrario.
  - Indirectas: Se da cuenta primero al contrario y se le escucha al respecto.

### Aspectos históricos en torno a las medidas cautelares civiles

Las raíces de lo que hoy denominamos *medidas cautelares*, o mejor aún, *tutela cautelar*, se encuentran, como en casi todas aquellas instituciones importantes del Derecho moderno, en el viejo Derecho Romano.

En aquel ordenamiento jurídico, propio del sistema esclavista imperante entonces, si bien no se llegó a definir –no lo tenían por costumbre en sede jurídica– lo relacionado con nuestro tema objeto de análisis, como tampoco se configuró su régimen propio y menos aún un catálogo de ellas. Es preciso decir que en realidad nunca se habló de cautela o medidas cautelares, sí encontramos en las prevenciones del

*edictum carbonianum* con respecto a los derechos hereditarios de los hijos impúberes, las primeras regulaciones normativas de providencias procesales encaminadas a garantizar pretensiones en debate y asegurar el probable resultado de un proceso, que como hemos visto, constituyen en definitiva el *fine ratio* de esta institución.

Se atribuye a las escuelas jurídicas alemana e italiana de la época medieval la institución del *embargo* como la primera y primigenia medida cautelar como tal.<sup>6</sup>

En lo adelante, bajo los impulsos y el enfoque garantista de los intereses privados, que traería la revolución burguesa y el avance del capitalismo, se configuraría la doctrina actual de esta materia procesal y el catálogo diverso que de ellas existe ahora.

En cuanto a las medidas cautelares en el ordenamiento procesal cubano, hay que remitirse inicialmente a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, que rigió en Cuba desde el 1 de enero de 1886 hasta el 4 de enero de 1974, en la cual se regulaba el «embargo preventivo, el aseguramiento de bienes litigiosos, las medidas innominadas, la exhibición y depósito de la cosa mueble».<sup>7</sup>

En 1974 se promulgó la Ley 1261, Ley de Procedimiento Civil y Administrativo que introdujo modificaciones importantes al sistema procesal, regulando en el Libro Segundo “Del Proceso de Conocimiento”, Título Séptimo: “Del Embargo de Bienes” en los artículos del 470 al 482, limitando las medidas cautelares al *embargo preventivo*, aunque en otros preceptos se hace referencia al *depósito y secuestro de la cosa exhibida* que se recoge en los actos preparatorios, así como las medidas asegurativas en el proceso ejecutivo de los títulos de crédito (Artículo 502).

El 19 de agosto de 1977 se aprobó la Ley 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, que es la que se encuentra vigente en la actualidad, manteniendo en cuanto al objeto de estudio del presente, idéntica estructura y contenido que la anterior. De esta manera regula el *embargo de bienes* en los artículos del 460 al 472.

<sup>6</sup> I. Pérez Gutiérrez: *Las medidas cautelares civiles. Una valiosa herramienta procesal*, Ed. ONBC, La Habana, 2012.

<sup>7</sup> A. Carrasco Perera: *Código civil y leyes civiles cubanas*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

El 26 de septiembre de 2006 se dicta el Decreto Ley 241, el cual añade lo relativo al proceso económico en la Ley 7/77 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, que en lo adelante pasó a denominarse Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE). Precisamente como parte del procedimiento de lo económico, el mencionado decreto ley insertó en la LPCALE el capítulo X de la Cuarta Parte que comprende los artículos del 799 hasta el 810, bajo el título “Del embargo y otras medidas cautelares”. Este constituye actualmente el régimen legal de la tutela cautelar en el ordenamiento jurídico cubano, al establecer las medidas cautelares que pueden ser adoptadas, los sujetos procesales legitimados para solicitarlas, el procedimiento para su adopción, así como sus efectos legales. Y aunque su configuración dista de lo más avanzado vigente en la actualidad de nuestro continente, lo cierto es que constituye un importante intento al definir por vez primera entre nosotros un verdadero catálogo de medidas cautelares y las normas de lo que pudiera entenderse como un *embrionario proceso cautelar*.<sup>8</sup>

Ahora bien, el mencionado régimen cautelar fue legislado específicamente en sede procesal económica, por lo que ante el vacío de un régimen similar en sede civil y la innegable necesidad del mismo, el máximo órgano de la judicatura cubana dictó el 14 de abril de 2009 la Instrucción 191 mediante la cual –en su apartado Tercero– extiende la aplicación de dicho régimen cautelar al procedimiento de lo civil.<sup>9</sup>

No siendo suficiente lo regulado en esta instrucción, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular dictó la Instrucción 217 el 17 de julio del 2012, mediante la cual deroga aquella y hace nuevamente extensivo a través de su apartado Quinto el régimen cautelar previsto en la LPCALE para el procedimiento económico al civil. Siendo este el régimen legal vigente en Cuba actualmente en materia de medidas cautelares en los procesos civiles.

<sup>8</sup> «Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano», en *Boletín ONBC*, La Habana, no. 29, oct.-dic., 2010.

<sup>9</sup> L. Hernández Díaz: «En el camino a la reforma del proceso civil cubano: la Instrucción 191 del año 2009 del Tribunal Supremo Popular», en *Memorias del V Encuentro Internacional Justicia y Derecho* [soporte digital, CD-ROM], UNJC, La Habana, 2010.

## Las medidas cautelares civiles en el Derecho foráneo actual

Respecto al régimen cautelar en los procesos civiles en los ordenamientos jurídicos foráneos, sobre todo en nuestro continente, pudimos verificar lo siguiente:

Vale comenzar por lo regulado al respecto en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, propuesto por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el cual dedica su Título II al que llama *proceso cautelar*.<sup>10</sup>

El mismo establece como *medidas cautelares* específicas las siguientes: la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor a cualquiera otra idónea que tienda a cumplir la finalidad cautelar. Dispone que pueden ser solicitadas en cualquier proceso y en cualquier estado de este y siempre a petición de parte, sin especificar o limitar al respecto alguna de ellas. Establece 20 días a partir de cumplimentada la medida como término de caducidad de estas si no se acciona la ejecución correspondiente. Faculta al tribunal para exigir o no contra cautela, otorgándole amplias facultades para decidir sobre la necesidad de la medida propuesta así como el tipo de medida finalmente a ejecutar y –muy importante– manda que: «La medida se decretará sin conocimiento ni intervención de la contraparte. Ningún incidente o petición planteada por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento».

En el caso de Venezuela, México, Argentina y España, en materia de tutela cautelar y medidas cautelares pudimos precisar la configuración, en la mayoría de los casos, de un verdadero proceso cautelar, dedicándose en la ley rituarial civil un título o capítulo específico para regular esta materia, definiendo todo un catálogo de medidas, en unos casos más abundantes que en otros, pero en ninguno faltan el *embargo*, el *secuestro*, el *depósito* y la *anotación en registro público*. Es destacable además que en la mayoría de los casos se define el contenido y alcance de cada medida prevista de manera taxativa en la ley, regulándose las particularidades para su ejecución, independientemente de que se dedica una sección o capítulo a las disposiciones comunes a todas. Se prevé además la adopción de manera directa de las

medidas cautelares, o sea, sin audiencia ni notificación alguna a la contraparte y también en todos se exige la prestación por el solicitante de una *contra cautela* (fianza o caución) que garantice la indemnización por los daños o perjuicios que pudiera causar la adopción de la medida cautelar.<sup>11</sup>

## Régimen legal actual de las medidas cautelares civiles en Cuba

La LPCALE cubana, en la parte referente al procedimiento civil, no contiene ningún capítulo ni sección dedicado especialmente al asunto de las medidas cautelares. En dicha parte solo contiene el Título VII “Del embargo de bienes” como clásica medida cautelar.

Fuera de ello solo contiene referencias indirectas a la tutela cautelar en los artículos 154, 217, 481, 492, 493 y 511. Veamos cada uno de ellos.

El artículo 217 establece, en el contexto de los actos preparatorios del proceso de conocimiento que «la cosa mueble exhibida, si el actor manifestase ser la misma que se propone demandar, se reseñará por el actuario, dejándose en poder del que la tenga, con prevención de conservarla en su actual estado, *excepto que se haya dispuesto su depósito o secuestro como medida cautelar*» en franca alusión al depósito y el secuestro como medidas cautelares sin llegar a regular las mismas en ninguna otra parte de la ley.

El artículo 463 de la LPCALE define taxativamente los bienes que en nuestro caso pueden ser objeto de embargo o *medida cautelar*.

El artículo 481 regula en cuanto al proceso ejecutivo de resoluciones judiciales o transacciones aprobadas judicialmente, el término de los efectos de las medidas cautelares.

Los artículos 492 y 493 regulan lo concerniente a la solicitud y adopción de medidas cautelares en los procesos ejecutivos referentes a títulos de crédito que generen ejecución, sin llegar tampoco a definir ni regular estas –solo mencionan el embargo y otras medidas.

<sup>10</sup> Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

<sup>11</sup> Código de Procedimiento Civil de la República Bolivariana de Venezuela; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina; Código Federal de Procedimientos Civiles de México y Ley de Enjuiciamiento Civil de España.



Mientras que el artículo 511 de la invocada ley ritual civil cubana, solo hace referencia a la cancelación del embargo y demás medidas cautelares en trámites de la vía de apremio, cuando no existiendo ofertas sobre los bienes objeto de las mismas el acreedor no solicitase su adjudicación.

Por otro lado es preciso abordar que en la institución procesal de los «actos preparatorios del proceso de conocimiento» que regula nuestra ley adjetiva civil en sus artículos del 216 al 222, se encuentran previstas, aunque no con este carácter, verdaderas medidas cautelares. Tal es el caso de la «exhibición de la cosa mueble objeto de la demanda» prevista en el artículo 216-2, equiparable al embargo preventivo.

Con relación a las «diligencias preventivas del proceso sucesorio» reguladas en los artículos del 527 al 534 de la LPCALE sucede cosa similar, pues las diligencias previstas revisten caracteres semejantes al embargo y al depósito, que son clásicas medidas cautelares.

Nuestra ley procesal civil regula también procesos concretos donde se manifiesta la tutela cautelar como es el caso de los procesos de amparo (Artículos 393-424 LPCALE).

De lo anterior se colige que, en realidad, en materia de procedimiento civil en nuestro país no existe un proceso cautelar, ni siquiera un régimen cautelar propio y específico para esta rama, solo las regulaciones dispersas anteriormente citadas.

Ahora bien, como ya se dijo, por extensión, en Cuba se aplica en sede civil el régimen cautelar previsto en los artículos del 799 al 810 de la LPCALE para el procedimiento económico, por mandato del apartado Quinto de la Instrucción 217 del 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que es del tenor siguiente:

«Los tribunales de la jurisdicción civil aplicarán en lo pertinente, además de las normas que en tal sentido específicamente les conciernen, las regulaciones contenidas en la Cuarta Parte, capítulo X, artículos 799 al 810, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo referido al embargo de bienes y otras medidas cautelares, a los efectos de asegurar de manera eficaz el ulterior cumplimiento de las obligaciones de índole civil decretadas por sentencia firme. También podrán ser adoptadas medidas que garanticen la ejecución de resoluciones judiciales que deben ser dictadas en procesos posteriores, y, en el propio auto

que las acuerde, se instruirá a las partes de que sus efectos solo se extenderán por 30 días, contados a partir de la firmeza de la resolución que pone fin al proceso en el que fue dispuesta. En los casos en los que la adopción de medidas cautelares se produzca de forma directa, el tribunal posteriormente oír a las partes, conforme a lo previsto en el artículo 805 de la mencionada norma, y dictará auto que las ratifique, modifique o deje sin efecto lo dispuesto».

Analicemos pues las particularidades esenciales del régimen cautelar previsto en los artículos 799 al 810 de la LPCALE para los procesos económicos, aplicables también en materia civil:

Catálogo de Medidas (Artículo 803): Se prevé un sistema *numerus apertus* pues se identifican de manera específica seis:

- Embargo preventivo de bienes: Constituye la clásica medida cautelar que consiste en inmovilizar, incautar o congelar bienes del deudor para evitar su futura insolvencia. Debe precisarse que por mandato del artículo 460 de la LPCALE su fin es asegurar responsabilidades pecuniarias, por lo que no resulta apropiada cuando la naturaleza del proceso no es de tal clase. V. G: el embargo es apropiado en casos de cobros de pesos, indemnizaciones, enriquecimiento indebido, etcétera, no así en reivindicatorios, reconocimiento de propiedad o perfección de contratos. No implica necesariamente la desposesión del bien. Cabe decir que existen ciertas contradicciones procedimentales entre la regulación prevista para el embargo en los artículos 460 y siguientes de la LPCALE y lo establecido en los artículos 799 al 810 de la misma ley, ante las cuales, por supuesto, priman las segundas por ser las pertinentes en materia civil a tenor de lo preceptuado en el apartado Quinto de la Instrucción 217 comentada cuando dice: «Los tribunales de la jurisdicción civil aplicarán en lo pertinente, además de las normas que en tal sentido específicamente les conciernen, las regulaciones contenidas en la Cuarta Parte, capítulo X, artículos 799 al 810».
- Secuestro de bienes en litigio: Consiste en la sustracción del bien objeto directo de la litis de la esfera de actuación de quien la posea, ya sean las partes o el titular del bien; o sea implica la desposesión a la contraparte del bien litigado y su entrega a un tercero que le custodie hasta la culminación del proceso,

previsto para conservar la cosa específica que resulta objeto de la pretensión. Ideal para un proceso reivindicatorio o litigios en torno a la titularidad de un bien. Ideal para casos que versen sobre la obligación de entregar un bien.

- Anotación preventiva en registro público: Consiste en consignar la pendencia de litigio que versa sobre determinado bien en el asiento del registro público donde se encuentre inscrito, solo con efecto de publicidad, o sea, para que los terceros que pretendan adquirirlo, no puedan alegar en su favor el desconocimiento sobre el estado litigioso en que se encontraban dichos bienes en caso de una futura evicción. Ideal para casos de inmuebles, vehículos y embarcaciones.
- Depósito temporal de bienes: Consiste en disponer que determinados bienes queden en poder de quien los posea mientras dure el proceso, con la imposición a este de la obligación de conservarlos a fin de evitar su indebida utilización y mantener su integridad y localización acertada. La diferencia del embargo estriba en que puede estar referido a la cosa misma objeto de la litis, siendo aplicable por tanto en procesos que no versen sobre responsabilidad pecuniaria.
- Aseguramiento de medios probatorios: Consiste en disponer la conservación de medios de prueba para su posterior práctica en el momento procesal oportuno y no su práctica anticipada, por lo que nos parece más apropiada en el caso de documentales, reconocimiento judicial y pericial –en este caso para conservar el objeto de las mismas– y no en el caso de testifical para la cual se puede utilizar los actos preparatorios que sí prevén la prueba anticipada al respecto.
- Suspensión o abstención de actividad o conducta determinada: Consiste en prohibir que se modifique o cambie un estado de hecho existente, hasta tanto concluya el proceso. Es una medida personal, no real, pues va dirigida no directamente hacia bienes sino al estado de estos y la situación de las personas. Conocida en doctrina como *prohibición de innovar*, ideal para casos de obligaciones de hacer o no hacer.

No obstante se franquea la posibilidad de proponer y adoptar otras innominadas a tenor del último inciso del artículo 803 que reza «cualquier otra medida orientada a garantizar la eficacia del proceso». Se prevén medidas personales y reales, con fines asegurativos no solo del objeto del proceso y su resultado sino además de medios probatorios y de la equidad procesal.

Aunque el régimen cautelar cubano prevé las medidas más comunes e importantes presentes en el Derecho foráneo, de hecho se especifican más medidas nominadas en muchos otros casos, consideramos que sería útil y conveniente incluir taxativamente las siguientes que sí están previstas en otros ordenamientos: la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles; el mantenimiento de la situación de hecho existente; suspensión de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato; la intervención o administración judiciales; la protección de personas o cosas; la reposición de un bien a su anterior poseedor o de una situación a su estado anterior; inhibición general de bienes; inventario y reseña de bienes; y la intervención y depósito de ingresos, incluida la congelación de cuentas bancarias.

Sujetos legitimados para solicitarlas (Artículo 799): Solo la parte actora, ya sea principal o reconvenicional, a diferencia de otros ordenamientos que otorgan esta posibilidad a cualquiera de las partes en litigio.

Momento de solicitud (Artículo 801): Puede ser previa, simultánea a la demanda o posterior, como en el resto de los países cuyos ordenamientos procesales fueron consultados.

Prestación de contra cautela por el solicitante (Artículo 802): Es facultativo del tribunal, el que «podrá condicionar su otorgamiento a la prestación de fianza o caución, cuyo monto se fijará en relación con el efecto de la medida solicitada», o sea, no es un requisito obligado como en otros países.

Presupuestos de adopción de la medida y requisito de probanza (Artículo 804): Se exige probanza al preverse que «procederá la adopción de medida cautelar cuando concurren circunstancias, debidamente acreditadas». Y en el caso de obligaciones de pago deberá presentarse además «prueba documental de la que pueda inferirse la existencia cierta y actual de la deuda». En cuanto a presupuesto solo se prevé el referente al peligro en la demora (*periculum in mora*) al exigirse evidencia de «riesgo cierto de daño irreparable para la parte actora de no adoptarse la medida»; además se prevé que el tribunal tenga en cuenta los «eventuales perjuicios que pudiera

causar la medida al demandado o tercero» y la «conducta previa de las partes», pudiendo derivarse de esto último el presupuesto doctrinal conocido como *sospecha del deudor*.

Forma de adopción (artículo 805): En nuestro caso está establecida como forma ordinaria de adopción de las medidas cautelares la directa, o sea, con previa notificación y traslado a la contraparte y celebración de vista. Solo «cuando concurren razones de urgencia u otra que así lo justifique la parte actora podrá solicitar del tribunal la adopción directa de la medida cautelar con antelación a la vista».

Término de caducidad (Artículo 801, 806 y apartado Quinto de la Instrucción 217): 30 días a partir de la solicitud en el caso de que sea practicada previo a la presentación de la demanda, para presentar esta. En todo caso sus efectos perduran por igual término una vez firme la resolución judicial que ponga fin al proceso.

Partiendo de las consideraciones hasta aquí vertidas, podemos hacer las siguientes valoraciones acerca de la efectividad del régimen cautelar cubano en materia de procedimiento civil.

#### **Valoraciones positivas:**

- Se prevé un catálogo de medidas cautelares específicas (nominadas) que pueden ser adoptadas y que cubren prácticamente todas las posibles situaciones que ameritan su adopción.
- El catálogo de medidas previstas es de tipo *numerus apertus* pues deja abierta la posibilidad de adoptarse otras no previstas taxativamente en la ley.
- Pueden ser solicitadas en cualquier tipo de proceso, al no prescribirse lo contrario.
- Pueden ser solicitadas y adoptadas en cualquier estado del proceso, inclusive de manera previa, antes de la presentación de la demanda.
- No es obligatoria la prestación de fianza o caución por el solicitante como en otros ordenamientos jurídicos, sino que es facultativo del tribunal en casos que lo ameriten.
- No se exige especial probanza en todos los casos, sino solo cuando se trata de obligaciones de pago.

– Celeridad de su tramitación, previéndose términos breves, tal como demanda su naturaleza y fin.

– Adecuado término de caducidad de 30 días.

#### **Valoraciones negativas:**

- Dispersión normativa en relación a esta materia.
- No se puede considerar la existencia de un verdadero proceso cautelar en el procedimiento civil cubano, al no estar configurado uno como tal en la legislación vigente al respecto, pudiendo hablar solo de un régimen cautelar o régimen legal sobre las medidas cautelares, que se caracteriza sobre todo por no ser un régimen cautelar propio para los procesos civiles ya que el existente se aplica en sede civil solo por extensión y fue previsto inicialmente para el procedimiento económico, por lo que resulta conveniente regularse uno específicamente para el civil, con sus particularidades, amén de que la regulación resulta ser muy escueta, breve y dispersa.
- La aplicación del régimen cautelar económico al procedimiento civil no tiene rango de *ley*, siendo cuestionable la facultad que al respecto se ha tomado el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular desde la óptica de la técnica jurídica y la jerarquía normativa.
- No se define el alcance y contenido de cada una de las medidas cautelares previstas de manera específica en ley ni se regulan las particularidades de cada una en cuanto a su ejecución, a no ser en el caso del embargo de bienes.
- Solo se legitima a la parte actora, ya sea principal o reconvenzional, para su solicitud, cuando debería legitimarse a todas las partes, incluido el demandado y el tercero interviniente, tal como lo hacen otras legislaciones, sobre todo en relación a aquellos procesos donde ello sea conveniente.
- La forma ordinaria prevista para la adopción y ejecución de las medidas cautelares es indirecta, o sea, con previa notificación y audiencia de la contraparte, mientras que

la forma directa solo se prevé en circunstancias especiales y de manera facultativa al normarse que «la parte actora podrá solicitar» sin establecer obligación alguna al tribunal al respecto. Ello máxime, cuando en la práctica la mayoría de las veces el tribunal rechaza la práctica directa de las medidas cautelares solicitadas, a pesar de que resultan lógicos y comprensibles los efectos negativos que ello supone finalmente para la ejecución de la medida, sobre todo cuando tienen por objeto bienes que se encuentran en poder de la contraparte, ya que la notificación previa le brinda la posibilidad de cambiarlos o simplemente sustraerlos del proceso, bien ocultándolos o enajenándolos, con las terribles consecuencias que ello implica para el solicitante, que se ve así impedido de probar la existencia del bien litigioso o de ejecutar la sentencia a su favor.

- Existen lagunas en torno a situaciones concretas que pueden darse al adoptarse una medida y proceder a su ejecución, como pudiera ser el no ser habidos los bienes o personas objeto de la medida cautelar, a lo cual se añade el hecho de no preverse específicamente las facultades del tribunal al momento de ejecutarse la medida cautelar, lo que provoca en la práctica que solo se aseguren, por ejemplo, los bienes que el tribunal encuentre a la vista en el domicilio de la contraparte, sin posibilidad de que se revise este a fondo, especialmente en lugares probables donde pueden ser ocultados los bienes en cuestión, como sí se encuentra previsto en otros ordenamientos.

## Conclusiones

Las *medidas cautelares* constituyen aquellos medios, mecanismos o instrumentos procesales cuya adopción garantiza la eficacia del proceso judicial y su resultado.

Se caracterizan especialmente por su instrumentalidad y su provisionalidad, y deben entenderse en el marco de un verdadero proceso cautelar que garantice a su vez la tutela cautelar.

En nuestro ordenamiento jurídico no siempre se ha hecho provisión legal a la tutela cautelar, ello solo ocurrió al establecerse un régimen de medidas cautelares aplicables a los procesos civiles con la pro-

mulgación del Decreto Ley 241 de 2006 y las Instrucciones 191 primero y luego la 217, ambas del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

En los ordenamientos jurídicos foráneos se brinda especial atención al tema de la tutela cautelar, configurando en la mayoría de los casos todo un proceso cautelar en materia civil con un amplio catálogo de medidas cautelares cuya adopción en la mayoría de los casos se hace de manera directa.

En Cuba aún no podemos hablar en sede civil de un verdadero proceso cautelar sino solo de un régimen cautelar, que por demás no es propio de esta jurisdicción, más bien se aplica por extensión el previsto para los procesos económicos, existiendo dispersión normativa al respecto.

El régimen cautelar cubano en materia civil vigente en la actualidad, si bien presenta elementos positivos a tono con el Derecho procesal foráneo, aún no resulta del todo efectivo ya que presenta vulnerabilidades que pueden y deben ser superadas al afectar el cumplimiento satisfactorio de sus fines, al no existir un régimen cautelar propio en sede civil, solo estar legitimada la parte actora para solicitar medidas cautelares, preverse la adopción indirecta como regla ordinaria de proceder en estos casos y existir lagunas legales al respecto.

## ANEXO

### Propuesta legislativa sobre el proceso cautelar en materia civil

#### TÍTULO

#### DEL PROCESO CAUTELAR

#### Capítulo I

#### DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO\_. *Del proceso cautelar*: El proceso cautelar es aquel que se llevará a cabo como proceso incidental para conocer, resolver y ejecutar sobre la adopción de medidas cautelares dentro de otros procesos civiles principales de cualquier naturaleza, excepto en procesos de familia que tendrán su regulación especial, y se tramitará conforme a lo dispuesto en el presente Título.

ARTÍCULO\_. *De la legitimación*: 1. Cualquiera de las partes del proceso civil, ya sea el actor principal, el actor reconvenicional, el demandado o el tercero interviniente, en su caso, puede solicitar la adopción de medida cautelar.



2. Las medidas cautelares serán siempre adoptadas por el tribunal a instancia de parte.

**ARTÍCULO\_. De la competencia:** El tribunal competente para conocer de la solicitud de medida cautelar, para resolver sobre su adopción y para ejecutarla, será el que lo sea para conocer del asunto principal de que se trate o el que se encuentre conociendo de este ya.

**ARTÍCULO\_. Del momento para la solicitud:** 1. La medida cautelar podrá ser solicitada antes de promoverse el asunto principal de que se trate, haciendo referencia al mismo en el escrito de solicitud, al promoverse el asunto principal o en cualquier momento posterior durante su tramitación mientras no recaiga Sentencia.

2. En el caso del demandado, este podrá personarse en el proceso y solicitar medida cautelar incluso antes de contestar la demanda, lo que no interrumpirá el término para contestación.

3. El tercero interviniente solo podrá solicitar medida cautelar una vez que su intervención haya sido admitida por el tribunal.

4. Las medidas cautelares podrán ser solicitadas y adoptadas además al interponerse el recurso que proceda contra la Sentencia, o al ser emplazado de este de tratarse del no recurrente. En este caso el tribunal que haya dictado la Sentencia recurrida procederá conforme se establece en este Título antes de llevar el expediente al tribunal superior.

**ARTÍCULO\_. De la promoción del asunto principal en caso de solicitud previa:** 1. En caso de solicitarse la medida cautelar antes de promoverse el asunto principal, el solicitante vendrá obligado a promover este dentro de los 20 días siguientes, contados estos a partir de:

- a. La fecha en que tuviese lugar la ejecución de la medida cautelar, en caso de adoptarse esta.
- b. La fecha en que se hiciese firme la resolución del tribunal sobre la solicitud de medida cautelar, en caso de no adoptarse esta.

2. En cualquiera de estos casos, ya sea que se adopte o no la medida cautelar, el asunto principal, de ser promovido, será tramitado en el mismo expediente que se hubiere radicado para conocer de la solicitud de medida cautelar previa.

3. De no promoverse el asunto principal en el término anteriormente referido, se archivarán las actuaciones dejando sin valor ni efecto alguno la medida cautelar que se hubiese adoptado, en su caso, quedando a salvo el derecho del solicitante para promoverlo con posterioridad si procediera.

**Pluralidad de medidas:** En un mismo proceso podrán ser solicitadas y adoptadas tantas medidas cautelares como sean necesarias para cumplimentar sus fines.

**ARTÍCULO\_. Del objeto de la medida cautelar:** Podrán ser objeto de medida cautelar toda clase de bienes y derechos de las partes así como su conducta o actividad, con excepción de lo siguiente:

- a. Los bienes de propiedad estatal.
- b. El inmueble que constituya residencia permanente.
- c. Los bienes de propiedad personal destinados al uso imprescindible.
- d. Los instrumentos o medios de trabajo de uso necesario para el ejercicio de la profesión, arte u oficio.
- e. Los vehículos que constituyan instrumentos o medio de trabajo personal.
- f. Las pensiones alimenticias.
- g. Las tierras integrantes del mínimo vital y el área de autoconsumo del pequeño agricultor y los demás bienes inherentes a ella, incluyendo los aperos de labranza, los animales y crías de estos.
- h. La mitad de los sueldos, salarios y prestaciones de seguridad social.

**ARTÍCULO\_. De los efectos de la medida cautelar:** 1. La medida cautelar dispuesta y ejecutada mantendrá su validez y efectos durante toda la tramitación del proceso principal y hasta la firmeza de la resolución judicial que ponga fin a este.

2. Las medidas cautelares adoptadas y ejecutadas a instancia de la parte que obtuviese a su favor la decisión final del asunto en litigio, mantendrán su validez y efectos hasta 30 días posteriores a la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al proceso principal, y de ser requerida la ejecución de dicha resolución en ese término, la medida cautelar se mantendrá como parte del proceso ejecutivo a que dé lugar.

ARTÍCULO\_. *De los daños y perjuicios por la ejecución de la medida cautelar:* En todo caso la parte a cuya instancia se haya dispuesto y ejecutado una medida cautelar, deberá responder por los daños y perjuicios que a consecuencia de ello sufre la contraparte o un tercero.

## Capítulo II DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

ARTÍCULO\_. *De los fines de las medidas cautelares:* Las medidas cautelares tendrán como fin los siguientes:

- a. Asegurar el objeto del proceso o medios de prueba.
- b. Garantizar la eficacia del proceso y sus resultados.
- c. Mantener la equidad procesal.

ARTÍCULO\_. *De las medidas cautelares específicas:* Las medidas cautelares que podrán ser solicitadas y adoptadas en los procesos civiles serán las siguientes:

- a. El embargo preventivo de bienes.
- b. El secuestro de bienes en litigio.
- c. El depósito temporal de bienes.
- d. El aseguramiento de medios probatorios.
- e. La anotación preventiva en registro público.
- f. La suspensión o abstención de actividad o conducta determinada.
- g. La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.
- h. La intervención y administración judicial.
- i. La protección de personas o cosas.
- j. La intervención y depósito de ingresos.
- k. La congelación de cuenta bancaria.
- l. La reposición de un bien a su anterior poseedor o de una situación a su estado anterior.
- m. El mantenimiento de la situación de hecho existente.

- n. La suspensión de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato.
- o. Cualquier otra medida orientada a cumplir los fines antes previstos.

## Capítulo III DEL PROCEDIMIENTO

ARTÍCULO\_. *Del escrito de solicitud:* 1. Las medidas cautelares serán solicitadas mediante escrito y tantas copias como partes sean, que contendrá los siguientes particulares:

- a. Generales de las partes.
- b. Medida que se solicita.
- c. Referencia del expediente en que se encuentra tramitando el asunto principal, en su caso.
- d. Asunto principal que se pretende promover, en caso de solicitud previa.
- e. Descripción, lo más detallada posible de los bienes objeto de la medida solicitada, en su caso.
- f. Lugar exacto donde se encuentren los bienes objeto de la medida solicitada, en su caso.
- g. Personas relacionadas con la ejecución de la medida cautelar solicitada o en cuyo poder se encuentren los bienes objeto de la medida solicitada, según sea el caso.
- h. Causas que motivan y ameriten la adopción de la medida cautelar.
- i. Propósito que se persigue con la adopción de la medida solicitada.
- j. Cualquier otra circunstancia de interés o en relación con la solicitud.

2. De existir en la solicitud defectos de forma, así como omisión o descripción deficiente de los particulares que este debe contener, se concederá término de tres días al solicitante para su subsanación, advirtiéndole que de no hacerse se tendrá por no solicitada y se archivarán las actuaciones. No obstante, con respecto al particular del inciso e) del artículo anterior, si el solicitante alegase no conocer más de lo consignado en la solicitud, se dará curso a la misma.

ARTÍCULO\_. *De la adopción de la medida*: 1. El tribunal, una vez admitida la solicitud y radicado el expediente correspondiente, a más tardar dentro del tercer día adoptará mediante auto la medida cautelar solicitada, excepto en los casos siguientes:

- a. Cuando el solicitante no se encuentra legitimado para ello.
- b. Cuando el tribunal no es el competente para conocer de la solicitud.
- c. Cuando la medida solicitada no se corresponda con la naturaleza del asunto principal o exceda a la cuantía de su objeto.
- d. Cuando la medida solicitada no sea la idónea para el fin que se persigue.
- e. Cuando la misma sea solicitada con fines distintos a los previstos en el presente Título.

2. Contra el auto que refiere el apartado anterior, que no acoja la medida solicitada se concede el recurso de súplica que franquea la ley. Contra el que la acoja no se concede ni procede recurso alguno. En todo caso quedará a salvo el derecho del solicitante de interesar la medida oportuna.

ARTÍCULO\_. *De la ejecución directa de la medida cautelar*: 1. Adoptada cual sea la medida cautelar el tribunal procederá dentro de los cinco días siguientes a ejecutar la misma, siempre de manera directa, para lo cual citará a la contraparte o al tercero en cuyo poder se encontrasen los bienes objeto de la misma o que tuviese relación con el objeto de esta, según sea el caso, sin darle traslado ni conocimiento previo sobre la medida en sí.

2. El tribunal, para la ejecución de la medida cautelar conforme a su tipo y naturaleza, efectuará las coordinaciones correspondientes y de ser preciso se auxiliará de la fuerza pública. Así mismo el tribunal tendrá todas las facultades necesarias para la ejecución de la medida, inclusive podrá ordenar la apertura de puertas y de cualesquiera depósitos o recipientes así como la revisión de casas, cosas y personas.

3. De no ser habidas las personas o bienes objeto de la medida o relacionados con esta, el tribunal en el propio acto concederá al solicitante la oportunidad de indicar otros lugares o formas para localizar estos o vías alternativas de ejecución de la medida, y de no poder hacer efectivo esto el solicitante, en el acto el tribunal le concederá un término de 10 días al efecto.

4. En el transcurso del término antes mencionado el tribunal realizará de oficio cuantas gestiones resulten pertinentes y posibles para lograr la ejecución satisfactoria de la medida cautelar.

5. Evacuado el término concedido el tribunal llevará a cabo las gestiones propuestas o vías alternativas de ejecución siempre que resultasen pertinentes.

6. En caso de no ser evacuado el término concedido y no habiendo gestiones de oficio que hacer por parte del tribunal o resultando estas inútiles, el tribunal procederá conforme establece el artículo siguiente.

ARTÍCULO\_. *De la imposibilidad para ejecutar la medida cautelar*: 1. Resultando imposible la ejecución de la medida adoptada por no ser habidas las personas o bienes objeto de la misma, a pesar de las gestiones realizadas al efecto por el tribunal de oficio o a instancia de parte, o por otras circunstancias de fuerza mayor, el tribunal dictará auto dejando sin efecto dicha adopción.

2. En todo caso el tribunal deducirá los testimonios pertinentes por las conductas constitutivas de delito en que hubiese incurrido cualquier persona para impedir la ejecución de la medida cautelar adoptada.

3. No obstante lo dispuesto anteriormente, si en cualquier momento posterior, durante la tramitación del proceso, el interesado acreditara que han variado las circunstancias que impidieron la ejecución, resultando posible esta, el tribunal sin más trámites dictará auto adoptando la medida nuevamente y procediendo a su ejecución en la forma dispuesta en el artículo anterior.

ARTÍCULO\_. *Del traslado a la contraparte*: 1. Una vez ejecutada la medida cautelar, el tribunal dará traslado a la contraparte, y demás interesados en su caso, del escrito de solicitud concediéndole un término de cinco días para que alegue al respecto lo que estimase conveniente a su derecho.

Artículo\_. *De la vista*: 1. Vencido el término antes mencionado y habiendo sido evacuado por la contraparte o demás interesados en su caso, oponiéndose a la medida cautelar ejecutada, el tribunal mandará citar a las partes y demás interesados a los efectos de celebrar vista en la que serán oídas, la que se señalará dentro de los cinco días siguientes.

2. En la vista las partes y demás interesados comparecerán por sí mismos o bajo representación letrada

y en ella alegarán lo que estimasen pertinente sobre la medida cautelar, lo que se consignará en el acta que al efecto será levantada.

**ARTÍCULO\_. De la prueba:** 1. En el propio acto de la vista las partes y demás interesados podrán proponer las pruebas que resulten imprescindibles para la comprobación de lo que aleguen sobre la medida cautelar en sí, caso en el cual el tribunal se retirará de los estrados y después de deliberar al respecto decidirá de plano sobre la admisión o el rechazo de las mismas.

2. Contra la decisión del tribunal admitiendo o rechazando las pruebas propuestas no procede recurso alguno.

3. La prueba documental y de reproducciones será siempre admitida por el tribunal, disponiendo su adveración en el caso de los documentos privados solo si en el propio acto es impugnada por los demás comparecientes.

4. La prueba testifical será admitida y practicada solo si, resultando totalmente necesaria a juicio del tribunal, el proponente hubiese comparecido con los testigos al acto de la vista; a menos que los mismos se encontrasen imposibilitados de hacerlo, caso en el que serán escuchados en el lugar donde se encuentren, en presencia de las partes y demás interesados y sus representantes, excepto que ello no sea posible o conveniente por el estado del testigo, caso en que el proponente y los contrarios comunicarán al tribunal los extremos sobre los cuales interesan que este declare y el testigo será interrogado por el ponente solamente.

5. Las pruebas admitidas se practicarán de forma sumarisíma en el propio acto de la vista, después de ser escuchadas las partes y demás interesados y de no ser posible esto, en el improrrogable término de cinco días a partir de la celebración de la vista.

**Artículo\_. De la ratificación, modificación o revocación de la medida cautelar:** 1. Vencido el término de traslado a la contraparte y demás interesados sin que fuera evacuado o siendo este evacuado sin oposición a la medida ejecutada, el tribunal ratificará de inmediato mediante providencia la medida.

2. Celebrada la vista y practicadas las pruebas admitidas, en su caso, el tribunal con vista de lo alegado por las partes y demás interesados y del resultado de las pruebas practicadas en su caso, dictará dentro de tercer día auto ratificando la medida ejecutada, mo-

dificando esta o revocándola según proceda, contra el cual procederá el recurso de súplica que franquea la ley.

3. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior el tribunal tendrá en cuenta la necesidad objetiva o conveniencia de la adopción de la medida, dadas por la existencia de riesgo cierto o peligro sobre el objeto de la misma, ya sea por la normal demora del proceso, la naturaleza del bien o acto de que se trate, o la conducta de las partes o personas involucradas así como que su adopción no cause a la contraparte, a un tercero o al propio objeto de la medida, mayores daños o perjuicios que los que se causarían al solicitante de no mantenerse la medida.

**ARTÍCULO\_. De la fianza o caución del solicitante:**

1. En el caso del apartado 2 del artículo anterior el tribunal podrá condicionar la ratificación de la medida cautelar a la prestación de fianza o caución por parte del solicitante, cuyo monto se fijará en relación con el efecto de la medida solicitada, cuando exista riesgo cierto y evidente de daño o peligro a la contraparte, a un tercero o a los bienes objeto de la medida de mantenerse esta.

2. De exigirse la fianza el tribunal concederá al solicitante un término de cinco días para que deposite esta, con advertencia de que en caso de no hacerlo se archivarán las actuaciones del proceso cautelar. No obstante el solicitante podrá solicitar al tribunal una prórroga de dicho término, antes de vencerse el mismo, justificando la causa, la que acordará el tribunal previa audiencia por tres días a las demás partes.

3. Prestada cual sea la fianza el tribunal ratificará la medida. En caso contrario se archivarán las actuaciones del proceso cautelar.

**ARTÍCULO\_. De la modificación o revocación posterior de la medida cautelar:** 1. La medida cautelar, una vez dispuesta y ejecutada, podrá ser sustituida, modificada o revocada, a instancia de cualquiera de las partes, en cualquier momento posterior del proceso, cuando hayan variado o cesado las circunstancias que determinaron su adopción, con sujeción al mismo procedimiento a que se contraen los artículos anteriores.

2. Si en cualquier momento la parte en cuyo perjuicio se haya dispuesto la medida cautelar, pagara, consignara o constituyera fianza bastante para responder de la suma pretendida o para cubrir, en su caso, el objeto de aseguramiento de la medida, se dejará sin efecto esta.



ARTÍCULO\_. *Del procedimiento especial con vista previa*: No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, y sin perjuicio de su carácter supletorio con respecto a lo que en el presente se establece en todo lo no previsto expresamente, en aquellos casos en los cuales por la naturaleza del asunto en litigio, el tipo de medida solicitada o las circunstancias alegadas o evidentes, no exista riesgo inminente de daño o peligro, o no se pueda tramitar la solicitud sin darle conocimiento previo a la contraparte, el proceso cautelar se tramitará conforme a las siguientes particularidades:

1. Efectuada la solicitud se dará traslado de la misma con entrega de su copia a la contraparte, por el término de tres días para que alegue lo que tenga conveniente a su derecho.
2. Evacuada la contestación o decursado dicho término sin efectuarse esta, se citará a las partes a los efectos de celebrar vista en la que serán oídas a los efectos de la medida solicitada, la que se señalará dentro de los cinco días siguientes y en la que se practicarán de manera sumarísima las pruebas que propuestas por las partes sean admitidas por el tribunal.
3. Celebrada la vista y practicadas las pruebas en su caso, el tribunal dictará dentro de tercer día auto disponiendo haber lugar o no, según proceda, a la adopción de la medida solicitada.
4. Adoptada cual sea la medida, y firme el auto que la dispone, el tribunal procederá a su ejecución dentro de los cinco días siguientes.

## **Las relaciones laborales. Los nuevos actores en el modelo económico cubano**

ANEIDA MORGADO ANDRÉS\*

YUDISLEIDIS MESTRIL DÍAZ\*\*

LISNET MORALES FERNÁNDEZ\*\*

En la actualidad, tanto en Cuba como en otros países se buscan otras formas empresariales alternativas a la empresa estatal y a la capitalista, que sean más participativas, más solidarias, más justas, en fin, más efectivas para el desarrollo socio-económico de nuestros pueblos. No significa que esas nuevas formas sean la única opción, ni que deban suplantar a las otras formas empresariales, son solo nuevas opciones con sus ventajas y limitaciones.

Los “Lineamientos de la Política económica y social del Partido y de la Revolución”, aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, tras un amplio proceso de análisis con la población, introducen importantes modificaciones en el escenario económico, que impactan directamente en el entorno laboral. Es necesario recordar que dieciocho de los citados lineamientos están vinculados directamente con la política sobre las relaciones de trabajo, su organización y retribución, por lo que las transformaciones que su implementación introducen o han de introducir, también determinaron la necesidad de modificar el anterior Código, o más bien de aprobar uno nuevo.

En consonancia con ello, nuestro Estado se ha empeñado siempre en la construcción de una sociedad socialista próspera y sostenible, cuyo modelo de gestión reconoce y promueve además de la empresa estatal socialista, como forma principal de la economía nacional, otras formas de gestión no estatal y que tiene como fundamento esencial, elevar la eficiencia del trabajo.

La economía cubana transita hoy por un *proceso de actualización*, como ha sido denominado por la máxima dirección del país. Muchas han sido las medidas que se han puesto en práctica en la búsqueda de niveles de eficiencia y eficacia que conduzcan a

\* Jefa de Equipo del Bufete No. 2.

\*\* Abogada del Bufete No. 2.

la consolidación de nuestro modelo social socialista y a la elevación del nivel y calidad de vida de la población. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados en los diferentes sectores de la economía, aún no se revelan significativos avances. En particular, se destaca el hecho de que en esferas como los *servicios* se invierten cuantiosos recursos sin que ello se haya traducido en los resultados esperados.

El escenario actual impone la necesidad de nuevas formas organizativas y de gestión que contribuyan a contrarrestar el efecto de factores presentes en la empresa estatal como: el bajo sentido de pertenencia, inestabilidad e insuficiencia de recursos, plantilla sobredimensionada, manifestación de ilegalidades y otras. Ellas en su conjunto, representan serios obstáculos a la satisfacción de la demanda social y demuestran un bajo nivel de aprovechamiento de las capacidades y recursos que el Estado destina a tales fines.

En nuestra sociedad, a partir de 1993, hizo presencia como una necesidad social, el trabajador por cuenta propia. Desde el inicio estuvo autorizado bajo licencia administrativa y con la imposición tributaria correspondiente sobre los ingresos personales, a los efectos de facilitar la posibilidad de canalizar la iniciativa personal en la prestación de servicios particulares a los miembros de la población, no posibles de ofrecer por el Estado, dada la existencia de situaciones económicas no favorables para poder garantizar mediante gestión estatal dichos servicios.

Las causas de la presencia del nuevo tipo de trabajador obedeció inicialmente a condiciones económicas desfavorables en el país, derivadas específica y directamente del bloqueo económico sostenido que a partir de 1962 viene manteniendo sobre nuestro país el gobierno de Estados Unidos. Este último, agravado en ese entonces con la caída del campo socialista y la desintegración de la Unión Soviética, y recientemente, por la crisis global de consumo del sistema capitalista, que por razones obvias, también nos afecta sensiblemente, unido al arreciamiento del mantenido bloqueo económico. Todo ello explica y justifica que se mantenga el reconocimiento, así como la adopción de nuevas regulaciones sobre esa forma de trabajo y de trabajador.

El trabajador por cuenta propia obedece a razones y condiciones económicas y sociales que nada tienen que ver con una forma de propiedad que no nos pertenece, y sí con exigencias propias de circunstancias de nuestro constantemente obstaculizado desarrollo económico como consecuencia del bloqueo y de los efectos agregados de la crisis global del sistema capitalista, que como a todos los países, también nos afecta.

El proceso de actualización de nuestro sistema económico y social dio lugar a que la alta dirección de la Revolución elaborara, diera a conocer y pusiera a discusión democrática un conjunto de lineamientos dirigidos a enfrentar las consecuencias de la referida crisis y a que finalmente, el VI Congreso del Partido Comunista a finales de 2011 los aprobara mediante *acuerdos* para el perfeccionamiento de nuestro socialismo. Ello generó una nueva regulación legal del trabajo por cuenta propia, que amplió los tipos de actividad, extendió a los trabajadores dedicados totalmente a esa labor los beneficios de la seguridad social, y les permitió contratar fuerza de trabajo para desarrollar sus actividades autorizadas, dictando así nuevas disposiciones tributarias correspondientes a las modificaciones referidas.<sup>1</sup>

En realidad, a partir de 2010, como parte sustancial del objetivo trazado por el Estado y el Gobierno de actualizar el modelo económico cubano,<sup>2</sup> se *reconceptualizó* la figura del cuentapropista, la que si bien no era desconocida en Cuba, adquirió a partir de ese momento un nuevo enfoque. A la luz de la Resolución 32 de 7 de octubre de 2010 (MTSS), se les delineó como persona natural, residente permanente, en edad laboral, que ha sido expresamente autorizada por la Dirección Municipal de Trabajo correspondiente para realizar una determinada actividad económica, que se encuentra inscrito en el Registro de Contribuyentes y si no es jubilado o en edad de jubilación, debe afiliarse a alguno de los regímenes de la seguridad social que establece la ley.<sup>3</sup>

En correspondencia con tales aspectos, se establece un régimen regulatorio más flexible para estas personas que el anterior. Una de sus más significativas novedades fue abarcar la seguridad social, al prever que estas personas contribuyan y se beneficien del sistema de seguridad social vigente en el país, lo que si bien se vislumbró en la Ley 105 de 2008,<sup>4</sup> no adquirió verdadera fuerza jurídica hasta la promulgación de la mentada Resolución 32. Se promulgó además el Decreto Ley 278, de 2 de septiembre de 2010, del “Régimen de Seguridad Social para los trabajadores

<sup>1</sup> «Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución», VI Congreso del PCC, 2011.

<sup>2</sup> O. Pérez Villanueva: «La actualización del modelo económico cubano», conferencia, Centros de estudio de la Economía Cubana, 2014.

<sup>3</sup> Resolución 32 de 7 de octubre de 2010 (MTSS), relativo a la regulación el trabajo por cuenta propia.

<sup>4</sup> Ley 105 de la Seguridad Social de 27 de diciembre de 2008 (MTSS).

por Cuenta Propia”, el cual desarrolla y perfila a un nivel mayor esos postulados, dotado de un profundo carácter protectorio, al establecer un régimen especial de la seguridad social para los trabajadores por cuenta propia. Estas regulaciones bloquean toda posibilidad de que puedan considerarse y clasificarse como *trabajadores informales*.<sup>5</sup>

No obstante, en el terreno de la regulación jurídica del *cuentapropismo* dentro del ordenamiento jurídico cubano, ha quedado un tema no resuelto. Es el caso de la determinación de la naturaleza jurídica del contrato entre el cuentapropista, titular de una licencia específica para el desarrollo de una actividad económica autorizada y los trabajadores que este puede contratar en calidad de *subordinados*, por lo que se discute si la naturaleza jurídica del contrato verbal o escrito que al efecto se suscriba será de carácter civil o laboral. Al parecer, la posición oficial es que se trata de una relación jurídica de naturaleza civil, pero para no pocos especialistas se trata de una verdadera relación laboral, porque existe subordinación y otros elementos típicos en las relaciones entre empleado y empleador y no una simple relación civil entre dos particulares.<sup>6</sup>

A saber, la relación jurídico laboral es el vínculo que se establece entre un trabajador y el empleador, según la cual una parte (el trabajador) se obliga a realizar determinado tipo de trabajo, subordinándose al orden laboral interno del empleador, en tanto este último se obliga a retribuirle su trabajo en correspondencia con su calidad y cantidad, a crear las condiciones de trabajo favorables para su salud y para lograr una alta productividad del trabajo, así como interesarse por sus necesidades materiales y culturales.<sup>7</sup>

El Código de trabajo vigente reconoce en su artículo 9 como *sujetos de la relación de trabajo* al trabajador y al empleador, definiéndolos como tal:

«a) *Trabajador*: persona natural cubana o extranjera residente permanente en el territorio nacional con capacidad jurídica, que labora con subordinación a una persona jurídica o natural

y percibe por ello una remuneración, que disfruta los derechos de trabajo y de seguridad social y cumple los deberes y obligaciones que por la legislación le corresponden.

»b) *Empleador*: entidad o persona natural dotada de capacidad legal para concertar relaciones de trabajo, que emplea uno o más trabajadores, ejerce las atribuciones y cumple las obligaciones y deberes establecidos en la legislación».<sup>8</sup>

De solo realizar lectura literal de dicho artículo, denota la inclusión en el concepto de *empleador* tanto de las entidades como a la persona natural, de manera que se realza el concepto de incluir como forma de empleador a una persona natural con capacidad jurídica para asumir las normativas que regulan el empleo no estatal.

El Estado cubano puede lograr, como ocurre en otros países, que las empresas o las formas no estatales vean las relaciones con él como ventajosas, por ello las instituciones estatales no deberían exigir que las no estatales brinden servicios a precios que no generen los márgenes de utilidades necesarios para reproducir su ciclo productivo; sino implementar políticas que contribuyan a que ellas disminuyan sus costos y puedan ofrecer así precios más bajos. Tampoco se les debe cobrar impuestos excesivos, pues además de aumentar sus costos y por tanto sus precios, las personas preferirán realizar actividades más simples o ilegales, y que por ende contribuyan menos al desarrollo socio-económico que necesitamos.

En lugar de reducir la responsabilidad social de las nuevas formas no estatales a sus obligaciones tributarias, se debe priorizar la implementación de políticas que les guíen a orientar sus propias actividades hacia la satisfacción de necesidades sociales como el empleo digno, consumo saludable, diseminación de tecnologías limpias, el cuidado del medio ambiente, etcétera. Asimismo, para evitar la concentración de riquezas que explica los altos impuestos aplicados a los cuentapropistas, debería sobre todo promoverse que el nuevo sector no estatal adopte preferentemente el modelo de gestión cooperativa, donde los beneficios son distribuidos de forma equitativa entre sus miembros.

<sup>5</sup> Decreto Ley 278 de 2 de septiembre de 2010 (MTSS), relativo al “Régimen de Seguridad Social para los trabajadores por Cuenta Propia”.

<sup>6</sup> Diego Cañizares Abeledo: *Derecho Laboral*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2015, p. 154.

<sup>7</sup> Eulalia Viamontes Guilbeaux: *Derecho Laboral cubano. Teoría y Legislación*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, p. 9.

<sup>8</sup> «Ley 116, “Código de Trabajo”», en *Gaceta Oficial Extraordinaria*, de 17 de junio de 2014.

El *cooperativismo cubano*, como forma de organización de la producción agropecuaria en sus distintas formas, así como la experiencia acumulada, los resultados alcanzados y los estudios realizados, abalan la factibilidad de su implementación en diferentes sectores de la economía. Ello entrañará grandes retos que se enfrentan y deberán enfrentarse en los próximos años.

Al mismo tiempo la creación de cooperativas en la economía cubana, como parte de la actualización del modelo económico, ocupa un real espacio en el proyecto de “Lineamientos de la Política económica y social del Partido y de la Revolución”, esto exige un profundo estudio de la teoría y la práctica del cooperativismo, así como de su implementación.<sup>9</sup>

Los nuevos actores del modelo económico cubano representan un fenómeno de enorme trascendencia que puede contribuir a superar la situación por la que atraviesa el país en el orden económico, sobre todo a partir de que las nuevas formas de gestión se expandan a otras ramas y sectores de la economía, lo que se reafirmaría como una real vía del desarrollo económico, productivo y social, complemento de la propiedad estatal socialista. En tal sentido, pueden destacarse como *ventajas y fundamentos* para su implementación en las condiciones actuales en nuestra economía:

- Existe hoy en el mundo una amplia experiencia de la práctica del cooperativismo, este se expande por todas las ramas de la producción y los servicios, la mitad de la población mundial se vincula a formas asociativas, lo que contribuye a paliar las profundas diferencias en esta aldea global.
- La propiedad cooperativa en Cuba forma parte indisoluble de la propiedad social, es una de sus dos formas, junto a la propiedad estatal socialista, lo que permite no solo el control estatal sino también el despliegue y la acción de las organizaciones políticas y de masas.
- En el artículo 20 de la Constitución se señala que esta *propiedad cooperativa* es reconocida por el Estado y constituye una forma avanzada y eficiente de la producción socialista.

Bajo dicho precepto se reconoce la presencia y papel de esta forma de propiedad y su factibilidad en nuestra economía, sin embargo, solo se limita a la agricultura, por lo que resulta necesario perfeccionar y ampliar el marco legal del cooperativismo.

- La práctica de estas nuevas formas de gestión, básicamente en el sector agropecuario, a pesar de los factores que en el orden subjetivo y objetivo limitan su desarrollo, ha puesto en evidencia el lugar y papel de este sector y las potencialidades para su pleno desarrollo.
- La implementación del cooperativismo en otros sectores de la economía permitirá al Estado socialista cubano elevar el nivel y calidad de vida de la población, a partir del incremento sostenido de los niveles de eficiencia y eficacia, aumentando los ingresos al presupuesto y al mismo tiempo descargarse de una gran cantidad de gastos que hoy enfrenta. El surgimiento de estas nuevas formas organizativas puede contribuir al aumento y calidad de los servicios que se presten y/o de la actividad productiva que se realice, a partir de un control más efectivo de los recursos y contribuyendo a desarrollar el sentido de pertenencia.
- Es importante destacar que la constitución de cooperativas en otros sectores puede contribuir de manera decisiva a:
  - La elevación de los niveles de eficiencia y eficacia de la actividad que se trate.
  - Propiciar la disminución de los gastos del presupuesto del Estado.
  - Aumentar los ingresos al presupuesto.
  - Desarrollar el sentido de pertenencia.
  - Crear nuevas fuentes de empleo.
  - Coadyuvar la elevación del nivel y calidad de vida de la población.
  - Fortalecer la base socio-económica del modelo económico socialista.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> C. Piñero Harnecker: *Cooperativas y Socialismo: una mirada desde Cuba*, Ed. Caminos, La Habana, 2012, p. 412.

<sup>10</sup> *Idem.*, p. 413.



La creación de cooperativas en otros sectores de la economía cubana permitirá ampliar sus potencialidades, y proveerá altos niveles de eficiencia económica, productiva y social.

El incremento del peso relativo de la propiedad no estatal en la economía, deja claro que a esta altura hay una promoción de estos nuevos emprendimientos, ya sea en formas de trabajo individual o en cooperativas, o sea en formas privadas.

Aquí en este tema hay muchos conceptos que aunque se nos van haciendo comunes son realmente muy connotados, porque están marcando rupturas con paradigmas que anteriormente eran inamovibles.

Sobre este mismo aspecto resalta una cuestión muy significativa en la reforma actual, y es el reconocimiento tácito a la *propiedad privada capitalista* –aunque sea a nivel de la micro o pequeña empresa– desde el mismo momento en que se autorizó la contratación de fuerza de trabajo. Este, sin dudas, es uno de los cambios conceptuales más trascendentales de los últimos años –la autorización a la contratación privada de fuerza de trabajo–, y prácticamente ha pasado sin mucho revuelo. Subsiste el debate en la academia y en otros medios, sobre si esto significa o no una contradicción con el artículo 14 de la Constitución, relacionado con la explotación de trabajo ajeno. Está claro que aunque nuestro sistema social imprime matices sustantivos que marcan la diferencia, la autorización a contratar fuerza de trabajo en cantidades ilimitadas supone el reconocimiento de empresas privadas capitalistas y en estas, mientras no se demuestre otra cosa, tienden a aflorar expresiones de explotación.<sup>11</sup>

Por otra parte, otro concepto “nuevo” está en el impulso a la creación de *cooperativas en el sector no agrícola*, lo cual era también un tema tabú hace algunos años.

Ineludiblemente, la transformación del ineficaz modelo de gestión de la empresa estatal, significa también un tema conceptual que muchas veces suele tergiversarse, sobre todo en medios foráneos: no se trata de privatizar las empresas estatales, no hay un proceso de privatización; lo realmente cierto es que el Estado se está descargando de la gestión de actividades que están a nivel de la producción

mercantil simple, generadoras de muy poco valor agregado en términos relativos, sin enajenar activos relevantes. Se está planteando el debate en torno a la solución que se está implementando, en cuanto a los modelos de gestión experimentados, pero lo que casi nadie discute es que la gestión estatal centralizada que había caracterizado hasta ahora estas actividades era completamente ineficaz. No se puede confundir esto con la apertura a nuevos emprendimientos, pues no hay en este plano un proceso de privatización. Son procesos diferentes: la modificación de los modelos de gestión de las empresas estatales y la apertura a los nuevos emprendimientos no estatales.

La referencia es necesaria hacia la aparición de nuevos actores, tales como trabajadores independientes, dueños de negocios, empleados en negocios privados, cooperativistas, inversores foráneos en negocios privados en Cuba, banqueros privados, importadores mayoristas privados, empresarios estatales con autonomía y poder de mercado, gobernantes locales con la posibilidad de decisión sobre recursos, trabajadores estatales calificados con la posibilidad y los incentivos para contratarse en el exterior, todos ellos entre una larguísima lista que pudiera elaborarse.

Aunque en realidad no todos son necesariamente nuevos en este momento en nuestra sociedad, sí es cierto que dado el nuevo escenario económico y político están emergiendo con una dinámica propia, con una fuerza en ascenso, que se entretajan en redes cada vez más organizadas y muchas veces construyendo espacios extralegales, y que pueden estar empujando procesos sociales en cualquier dirección, en ocasiones no precisamente en el sentido que demanda un socialismo cada vez más democrático y auténtico. Este fenómeno, descrito por algunos académicos cubanos como «la existencia de transiciones simultáneas», hay que tenerlo en cuenta, tiene que ser objeto de estudios permanentes. No todos tenemos la idea completa de lo que se potencia ante el nuevo contexto.

Están ocurriendo muchas cosas en nuestro país, en ámbitos muy diversos. Este nuevo modelo, con las nuevas reglas de funcionamiento, está generando o promoviendo determinados comportamientos que pueden ir más allá de lo esperado. Habitualmente nuestros marcos regulatorios pretenden ser muy precisos y estrictos, pero la creatividad e iniciativa que nace de la realidad social siempre estará varios pasos más adelantada, y ante esto no podemos actuar –como solemos hacer– de manera reactiva, definiendo nuevas regulaciones.

<sup>11</sup> «Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial Extraordinaria*, Partido Comunista de Cuba, La Habana, no. 7, 1992. La Habana: Partido Comunista de Cuba.

La noción de *trabajador por cuenta propia*, es entenderlo como empleado para referir a una gama de actores de naturaleza muy diversa, cuyo denominador común es que no son empleados del sector estatal. Esto puede tener alguna explicación lógica, pero también tiene consecuencias no despreciables. Estamos en medio de un proceso de transformaciones conceptuales donde llamar a las cosas por su nombre, con el rigor que lleva, tiene connotaciones psicológicas en una gran masa de la población que quizás no está preparada para comprender en toda su magnitud el significado de esa categoría.

Tendremos que ser capaces de reconocer la diferencia entre los trabajadores individuales, los cooperativistas, los empleados de negocios privados, y los propietarios de estos negocios. Habrá que distinguir también en algún momento a los portadores legales de las licencias de los verdaderos dueños del negocio, muchas veces radicados en el exterior. No hacerlo hoy tiene connotaciones. Por ejemplo, en la sindicalización de los cuentapropistas, al no reconocer legalmente la diferencia entre empleados y empleadores, se ignora la naturaleza contradictoria de las relaciones que se establecen entre ellos, y se anulan las potencialidades de protección y contrapartida que desde el sindicato pudiera ejercerse.

Otro caso similar ocurre cuando tenemos un individuo que es dueño real de varios establecimientos – digamos restaurantes, cafeterías, casas de alquiler – y en cada uno de ellos contrata a otra persona para que figure como portador legal de cada licencia. El no reconocimiento de la diferencia entre el portador y el verdadero dueño, posibilita, entre otras cosas, la presentación fragmentada en varias unidades económicas de lo que debería ser la declaración jurada de un solo dueño, y por tanto esto le permite clasificarse en una escala de menores ingresos, a los efectos de su contribución tributaria.

Entonces, existen ejemplos suficientes de las consecuencias que derivan de una interpretación eufemística que necesariamente hay que ir corrigiendo.

En toda esta ardua tarea que significa acondicionar la realidad cubana a los nuevos sujetos o actores en las relaciones económicas, políticas, sociales, culturales, laborales, entre otras, destaca la imperiosa necesidad de comentar el sector cooperativo. En este sentido, puede entenderse, como *cooperativa* a un grupo de personas que se han unido voluntariamente para satisfacer necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, por medio de una empresa de propiedad conjunta, democráticamente controlada, autónoma y abierta. Constituye

una asociación y una empresa a la vez, donde lo asociativo y lo social es lo que guía el funcionamiento de lo empresarial. Las cooperativas se dice que forman parte del tercer sector, porque no son estatales ni privadas, sino colectivas. Lo importante no es la propiedad legal de sus medios de producción, sino que su gestión está en manos de un colectivo y no de representantes del Estado, ni en personas o instituciones privadas.<sup>12</sup>

En Cuba, como en otros países, el Estado ha fomentado la creación de cooperativas, pero en los primeros años del triunfo de la Revolución su creación se concibió solo en el sector agropecuario y no fue hasta el 2012, que se aprobaron los Decretos Leyes 305 y 306, y el Decreto 309, “Sobre las Cooperativas no Agropecuarias”, el “Régimen de Seguridad Social de los socios” y el “Reglamento de este tipo de Cooperativas”; tomándose como una necesidad la creación de estas con carácter experimental atendiendo al proceso de actualización del modelo económico cubano, en el cual se mencionan a las cooperativas como una de las formas empresariales no estatales, que tendrán cabida en el nuevo modelo económico. Los lineamientos, del 25 al 29, enuncian claramente que se permitirá la creación de cooperativas más allá del sector agropecuario, así como cooperativas de segundo grado, permitiendo la posibilidad para ofrecer nuevas formas de empleo a un gran número de la población cubana que se encuentra desempleada.

En las *cooperativas no agropecuarias* los socios además de esta condición, se erigen también en trabajadores, dualidad esta que consideramos no ha sido reconocida de forma sustancial en la legislación, al no concedérsele la debida tutela a la parte que conforma al trabajador en este binomio cooperativa-cooperativista, siendo la primera una persona jurídica independiente y el segundo una persona natural igualmente independiente, y distinta a la primera.

El socio trabajador de una cooperativa no agropecuaria, es socio y es trabajador, es decir, ambas cualidades jurídicas concurren en la misma persona; siendo por un lado parte de la persona jurídica que es la cooperativa, en la que tiene voz y voto, participando activamente en la toma de decisiones de esta, y por otra parte, el individuo como persona natural con sus obligaciones y derechos ante esta persona jurídica y el resto de la sociedad, resultando así iden-

<sup>12</sup> «Constitución de la República de Cuba», *op. cit.*, p. 34.

tificables una de otra, pues al constituirse una cooperativa nace una persona jurídica distinta e independiente de quienes la han constituido.<sup>13</sup>

Ello presupone el hecho de que a la vez que se han de atender los intereses sociales de esta persona jurídica que ha nacido, se ha de velar igualmente por lo de los trabajadores que la conforman. Nos encontramos así ante dos relaciones jurídicas distintas, reconocidas tácitamente por la norma legal imperante, una de carácter asociativo, constituida esta por la persona jurídica –la cooperativa–, y otra laboral, la que conforma el trabajador en su relación con la cooperativa, las que concurren en la persona del trabajador.

La relación jurídico-laboral en la cooperativa no agropecuaria carece de una tutela efectiva por parte de las normas que la regulan. Por un lado tenemos la figura del *socio trabajador*, que no es considerado en tanto como *trabajador* por cuenta de otro, sino tan solo en su figura asociativa, como ente cooperativo, cuestión esta que menoscaba los posibles derechos que pudiera disfrutar si fuera considerado *trabajador*. Es por ello prudente, primeramente, la consideración del *socio trabajador* como un ente distinto de la persona jurídica que es la cooperativa, facilitando así que este disfrute de las garantías que ello conlleva.

El proceso de gestión integral de las cooperativas, con énfasis en lo social, constituye un elemento esencial para rescatar la esencia y naturaleza cooperativa. La formación de los recursos humanos en las cooperativas presenta serios problemas y deben emprenderse las acciones para que la educación cooperativa se consolide como la verdadera regla de oro del cooperativismo. En nuestro país, el desarrollo del cooperativismo en otros sectores, como parte de la actualización del modelo económico cubano, constituye un factor importante para elevar la eficiencia del Estado socialista y la satisfacción de las necesidades sociales de la población.

Podemos afirmar que el desarrollo tanto del cooperativismo como del trabajo por cuenta propia en Cuba es bastante joven, y con ello las relaciones jurídico-laborales que se desarrollan en su interior; pero hay que confiar en que el camino se va a ir despejando, y nos iremos acondicionando poco a poco, como país, a las interpretaciones teóricas más rigurosas y

apropiadas. Las leyes tendrán que reescribirse –más temprano que tarde– reconociendo las diferencias entre actores, porque de lo contrario se eternizan y se agigantan sus impactos negativos.

Somos del criterio que el incremento y diversificación, en nuevos sectores de la economía de los nuevos actores en el modelo económico cubano, permitirá ampliar sus potencialidades y promoverá altos niveles de eficiencia económica, productiva y social, aunque para lograrlo deba adecuarse el marco legal imperante a estas nuevas condiciones, lo que garantizaría un adecuado vínculo entre el Estado, la cooperativa y el trabajo por cuenta propia.

<sup>13</sup> Karen Martínez García y Manuel Iglesias Feijóo: *La relación jurídica laboral en la cooperativa no agropecuaria*, Ed. ONBC, La Habana, 2014, p. 492.

# Responsabilidad contractual del contrato de viaje. Las agencias de viajes como *intermediadores turísticos*

LIC. HEYVIS MARTÍNEZ NIÑO  
LIC. LIANET BUSTILLO CALOTO\*

## I. Necesaria introducción. La administración turística en Cuba. Antecedentes

A lo largo de la historia el viaje estuvo ligado a la guerra, a la búsqueda de nuevos territorios o de nuevos mercados, a la *necesidad* en definitiva. Más tarde el *tour* por países, sobre todo aquel de civilizaciones antiguas formó parte de las prácticas de las élites y, por fin, con el decursar de los tiempos acabó siendo el turismo, una práctica general encaminada al logro de satisfacciones personales o colectivas.<sup>1</sup>

La palabra *turista* etimológicamente proviene de la voz inglesa *tourist*, y la Real Academia lo define como: «Viajero que recorre un país por distracción y recreo».

El *turismo* considerado como actividad social, como fenómeno de masas, generalizado sin distinción de clases sociales, es una manifestación relativamente reciente, que los investigadores sitúan a mediados del siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial. Para Díaz Álvarez,<sup>2</sup> «la modificación profunda del carácter elitista del turismo decimonónico no se alcanzará hasta las primeras décadas del siglo XX, cuando comienza la socialización del fenómeno, pero el despegue inicial solo se produce después de que entre en vigor la legislación social de las vacaciones pagadas, acordadas como principio en una Convención de la Organización Internacional del Trabajo».

En el mismo sentido, Álvarez Sousa,<sup>3</sup> tras comentar los orígenes del turismo, afirma que «hay que esperar a la segunda mitad del siglo XX para que las repercusiones del desarrollo técnico y las consecuencias sociales de los trabajadores posibiliten la aparición del fenómeno “turismo de masas”». Según Fernández Fuster,<sup>4</sup> «la II Guerra Mundial dio origen a un mundo distinto en el que la motorización, la aviación, la seguridad social y las vacaciones retribuidas lanzan a la humanidad industrializada por los caminos del turismo».

Igualmente, Tenia Piazuolo,<sup>5</sup> tras referirse a los viajes en épocas remotas afirma que «en su calidad de fenómeno masivo, ligado a un determinado sistema de organización del trabajo en las sociedades industriales y, por consiguiente, a la aparición y consolidación de la llamada *cultura del ocio*, con indudables repercusiones económicas, es una realidad estrictamente contemporánea».

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Turismo y los Viajes Internacionales (Roma, 1963), cambiando el término *turista* por el de *visitante*, lo definió como: «Persona que visita un país diferente de aquel en el cual tiene de ordinario su residencia, con fines distintos del de ejercer una ocupación remunerada en el país que visita». Este concepto de *visitante* incluía, por una parte al turista, como visitante temporal que permanece al menos veinticuatro horas en el país que visita, pudiendo ser la finalidad del viaje: placer, distracción, vacaciones, salud, instrucción, religión, deporte, negocios, familia, misiones y reuniones; y por otra, al excursionista, como visitante que permanece menos de veinticuatro horas en el país que visita, incluidos los viajeros que realizan cruceros.<sup>6</sup>

Según la Organización Mundial del Turismo (Conferencia Internacional de Estadísticas de Turismo y Viajes, Ottawa 1991), se puede definir el *turismo* como las actividades que realizan las personas durante sus viajes y estancias, en lugares distintos al de su entorno habitual, por un período de tiempo

\* Abogadas del Bufete Colectivo de Cárdenas-Jovellanos, Matanzas.

<sup>1</sup> C. Sanz Domínguez: *Régimen jurídico-administrativo de la intermediación turística*; 1ª. ed., Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2005, p. 5.

<sup>2</sup> J. R. Díaz Álvarez: *Geografía del Turismo*, Síntesis, Madrid, 1988, p. 19.

<sup>3</sup> A. Álvarez Sousa: *El ocio turístico en las sociedades industriales avanzadas*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 30.

<sup>4</sup> L. Fernández Fuster: *Teoría y técnica del turismo*, t. I, Ed. Nacional, Madrid, 1974, p. 15.

<sup>5</sup> V. Tenia Piazuolo: «El turismo», en J. Bermejo Vera (Dir.): *Derecho Administrativo, Parte especial*, Civitas, Madrid, 2001, p. 1028.

<sup>6</sup> J. M. Pérez Fernández: *Régimen jurídico del turismo rural*, Feria Internacional de Turismo, Madrid, 2001, p. 25.



consecutivo inferior a un año con fines de ocio, por negocios, y otros motivos. Ciertamente, no obstante, que los distintos países exigen un plazo de tiempo inferior para considerar a una persona como turista o residente.

La actividad de cientos de millones de turistas ponen continuamente en relación territorios y sectores que hasta la llegada de la posmodernidad habían permanecido aislados unos de otros, el turismo se convierte en una de las mayores industrias del mundo llevada hacia adelante por ejércitos de intermediarios.

La actividad turística fundamentada en torno al viaje y estancia de las personas fuera de sus lugares habituales de residencia, es una de las principales fuentes de creación de riqueza y de generación de empleo en el mundo, además de producir no menos relevantes consecuencias de carácter social, educacional, cultural e incluso político en las zonas del planeta donde más se desarrolla su práctica.<sup>7</sup>

El turismo es un fenómeno económico y social complejo, en el que interactúan variables de muy diverso origen que adecuadamente ordenados facilitan su desarrollo, pero en ocasiones imponen límites, fronteras a su natural expansión. Factores geográficos, climatológicos, políticos, religiosos, económicos, sociales y jurídicos, entre otros, confluyen en intrincada imbricación conformando un conjunto de condicionantes que permiten la configuración de espacios y circunstancias favorecedores del desarrollo turístico. El marco jurídico representa, en este sentido, un medio fundamental para alcanzar un armónico y sostenible crecimiento de la actividad turística.<sup>8</sup>

El sector turístico es uno de los más dinámicos de nuestra economía que necesita poner en marcha nuevas estrategias para mantener sus niveles de participación en el desarrollo económico. Es un sector heterogéneo y altamente fragmentado, no obstante, a lo largo de estos últimos años ha ido reestructurándose y transformando su oferta de actividades lo que le hace presentarse como uno de los sectores más dinámicos de la economía, núcleo competitivo básico para hacer frente al actual perfeccionamiento del sistema económico.

El turismo, sin dudas, ha venido durante varios años siendo un elemento de peso en el desarrollo económico del país. Los polos turísticos existentes a lo largo de la isla se caracterizan por ser generadores de recursos a la economía nacional. Debido a la posición geográfica, somos beneficiados con gran afluencia de foráneos que eligen como destino turístico la bella isla de Cuba, rica en su cultura e historia, ello justifica la necesidad de estudiar el fenómeno turístico desde las más diversas perspectivas.

La propia naturaleza transversal del hecho turístico, implica que la acción de intervención pública se explique –entre otros factores– a partir de la estructuración estatal, la organización administrativa, el sistema sociopolítico-económico vigente, los recursos disponibles, el grado de desarrollo turístico del país y la significación concedida al turismo en los fines del Estado. Este es quien debe asegurar la sostenibilidad económica, ambiental y social del turismo, por medio de cauces legales e institucionales.<sup>9</sup>

El *turismo*, a decir de Martín Fernández<sup>10</sup> es un fenómeno transversal y por tanto las disímiles actividades que lo conforman son reguladas por diferentes ramas del Derecho.

Este propio autor alude que el carácter multidimensional del turismo lo convierte en un sector donde se utilizan varias instituciones jurídicas, a saber:

- Derecho Civil y el Derecho Mercantil: regulan las relaciones entre el turista (usuario individual) y el *tour*-operador con el que contrata un viaje combinado, o las relaciones entre el *tour*-operador y el hotelero; o las que surjan entre el viajero turístico y los diferentes establecimientos, sea cual sea a su modalidad o clase. Dentro de estas ramas del Derecho, la institución del *contrato* cobra una especial importancia, pues no existe actividad en la contemporaneidad que no utilice la contratación como herramienta. En el ámbito del turismo se pueden señalar el contrato de hospedaje, el de administración hotelera, el de compraventa mercantil, el de reservas de plazas en régimen contingente o de cupos y el de viajes combinados, entre otros.

<sup>7</sup> Vid. R Bosch Camprubí, J. A. Casanovas Pla y L. de Borja Solé: *El consumidor turístico*, Esic Ed., Madrid, 2002, pp. 19-23.

<sup>8</sup> C. Sanz Domínguez: *Régimen jurídico-administrativo...*, op. cit., p. 25.

<sup>9</sup> R. Martín Fernández: *Principios, organización y práctica del turismo, Segunda Parte*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2014, p. 14.

<sup>10</sup> *Ídem.*, pp. 30 y 31.

- Derecho Laboral: la regulación del trabajo asalariado en este ámbito.
- Derecho Tributario: la fiscalidad y tributación de las empresas y actividades turísticas, o sea, los elementos sobre impuestos, tasas y contribuciones.
- Derecho Administrativo: es la rama del Derecho que se relaciona más con el turismo. Se encarga de regular la intervención administrativa en los servicios, actividades y establecimientos turísticos, o sea, abarca desde las normas de clasificación de hoteles hasta las sanciones por incumplimiento de las normativas. Establece lo relacionado con los organismos del Estado que dirigen la política turística en un país. Con las herramientas que brinda se pueden conocer las competencias que tienen los diferentes actores que operan dentro del sistema turístico.

La *administración turística* en Cuba tiene sus orígenes en la primera mitad del siglo XX. La “Ley de Turismo”, de 8 de agosto de 1919,<sup>11</sup> desde el punto de vista administrativo, creó una estructura de alcance nacional para fomentar la actividad turística en la Isla.

Esta norma que constituye el origen jurídico del fenómeno turístico en Cuba, regulaba los espectáculos de habilidad, fuerza, destreza; así como ruleta, pelota, carreras de caballos, y otros ejercicios recreativos; formó para tal data una mezcla irresistible para los turistas que provenían esencialmente de Estados Unidos.

La segunda normativa surgida en Cuba en la materia que nos ocupa fue el “Reglamento para la Ejecución de la Ley de Turismo”, puesto en vigor mediante el Decreto 272 de 9 de junio de 1931,<sup>12</sup> que reguló en esencia el actuar de la Comisión Nacional para el Fomento del Turismo, a la que en los años sucesivos la sobrevino la Corporación Nacional del Turismo (1934-1952), caracterizada por un despliegue de su actividad en diferentes municipios del país, y a partir de ello se implementaron los Comités Locales de Turismo, lo que fomentó la iniciativa en las administraciones locales.

Es dable además destacar el Decreto 1198 de 1934,<sup>13</sup> mediante el cual se designa un *comité gestor* para estudiar la creación de un órgano nacional para el fomento del turismo, surgiendo luego el Instituto Cubano del Turismo (1952-1959) que llegó para solucionar las incoherencias que presentó la Corporación Nacional del Turismo.

El posterior despliegue de la normativa y la administración turística en el país debemos enmarcarlo en el período comprendido entre 1959 (con el triunfo revolucionario) y 1994, que sienta pautas en profundos cambios del orden legal y social, visto así a partir del '59 se inició una ruptura con las anteriores bases imperantes durante la dictadura, tales transformaciones en el ámbito del turismo hacen emerger la Junta de Fomento Turístico, la que surge con el fin de desarrollar todas las actividades del gobierno y de los organismos estatales en relación con la industria turística en el país, y sentó además las bases de la intervención pública en este sector durante esta nueva etapa.

Con apenas cinco meses de diferencia fue creado el Instituto Nacional de la Industria Turística (INIT).<sup>14</sup> Dicha institución aparece en el subsistema de órganos administrativos con la función de ordenar y fomentar el turismo y los bienes que intervienen en su concreción.

La promulgación de la Constitución Cubana de 1976 implicó una nueva organización de la administración pública, al estructurarse un nuevo sistema político. Este hecho jurídico, con trascendencia en lo social y lo económico influyó en las funciones del Estado en materia turística.

A partir de los principios de organización y funcionamiento de los órganos estatales y los postulados constitucionales, se estableció la estructura general de la administración pública en Cuba, lo que se consolidó, mediante el Decreto Ley 67 de 19 de abril de 1983, el que tuvo como objeto principal regular el ejercicio de la función administrativa.

Sobre este escenario surge en 1983, como organismo de la administración central del Estado, el Instituto Nacional de Turismo<sup>15</sup> (Intur) encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política

<sup>11</sup> Cfr. «Ley de Turismo» de 8 de agosto de 1919, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 12 de agosto de 1919.

<sup>12</sup> Cfr. «Reglamento para la Ejecución de la Ley» de 8 de agosto de 1919, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, miércoles 10 de junio de 1931.

<sup>13</sup> Cfr. «Decreto 1198» de 5 de mayo de 1934, en *Gaceta Oficial*, ed. ordinaria, miércoles 9 de mayo de 1934.

<sup>14</sup> Cfr. «Ley 636» de 20 de noviembre de 1959, en *Gaceta Oficial*, ed. ordinaria, 23 de noviembre de 1959.

<sup>15</sup> Vid. Art. 87 del Decreto Ley 67 sobre la “Organización de la Administración Central del Estado” de 19 de abril de 1983.

estatal en cuanto a la promoción del turismo y la prestación de servicios turísticos. Este organismo rigió la política turística por 11 años.

La necesidad de fomentar el crecimiento del turismo, para el desarrollo del país, indicaba la conveniencia de institucionalizar al sector turístico con una mejor organización y nivel dentro de los organismos de administración central del Estado, ello acontecía al unísono de la crisis económica de los '90 que impuso la reorganización de los organismos de la administración central del Estado, con el fin de aclimatar su estructuras a las condiciones socio-económicas del país.

Sobre este contexto se aprobó el Decreto Ley 147 de 21 de abril de 1994, a través del cual se extingue el Instituto Nacional de Turismo y se crea el Ministerio de Turismo –organismo rector en la actualidad de la actividad turística en Cuba.

El Ministerio del Turismo (Mintur), emerge entonces como el organismo encargado de dirigir, evaluar, controlar y ejecutar, en el ámbito de su competencia, la aplicación de la política del Estado en materia de turismo, unido ello a las funciones comunes a todos los organismos que componen la administración central del Estado.<sup>16</sup> Asimismo, constituye en términos de organización administrativa, la máxima instancia en la esfera turística, con excepción de lo referente a la declaración de zonas de alta significación para el turismo donde el Consejo de Ministros se configura como órgano decisor dado que este órgano dirige la administración del Estado y unifica, coordina y fiscaliza la actividad de los órganos administrativos centrales y de las administraciones locales.<sup>17</sup>

De todo lo dicho y de la realidad cubana, se puede concluir que la administración turística en Cuba tiene una intervención administrativa directa con gestión centralizada, aunque en la concreción del hecho turístico concurren otros sujetos, pero con menor influencia (empresas mixtas y administraciones extranjeras; sociedades mercantiles estatales; cooperativas y trabajadores por cuenta propia). Las futuras normas turísticas deberán contemplar estas nuevas realidades, Cuba no tiene una normativa de nivel superior en materia de turismo (ley o decreto ley). Los órganos legislativos se encuentran preparando un proyecto al efecto que de llevarse a vías de hecho, beneficiará el desarrollo turístico de la nación.

## II. Las *agencias de viajes*: surgimiento, definición, clasificación y funciones

Previo a la Revolución Industrial del siglo XIX, la gente apenas se movía de su residencia habitual y cuando ello acontecía era el resultado de acciones muy concretas: religión, comercio o causas similares. Las personas se trasladaban de un sitio a otro por necesidad y no por placer. Pero el desarrollo de las innovaciones de la época con la aparición del ferrocarril y del barco a vapor cambió el concepto de viajar.

Como expusimos *supra*, hasta el siglo XX el viaje del placer era solo privilegiado para la clase alta de la sociedad. Para el pueblo común, viajar no entraba en sus planes y proyecciones de vida, en tanto la economía familiar y las condiciones laborales eran precarias. El surgimiento de las *agencias de viajes* está muy relacionado con las compañías de transportes y los establecimientos hoteleros, nacen como una actividad ligada al transporte y los alojamientos.

A partir de la industrialización se produjeron grandes cambios como: el aumento de la producción de bienes a menor costo, el desarrollo de una importante red de transporte (terrestre, marítimo, aéreo), unido a logros del movimiento obrero como la reducción de la jornada laboral y las vacaciones anuales retribuidas, los medios de comunicación son mejores y más rápidos, se desarrolla la navegación aérea, todo esto genera un fenómeno social y económico denominado *turismo de masas*.

Con la llegada de las líneas aéreas regulares, el negocio de las agencias de viajes empezó a cambiar, al finalizar la Segunda Guerra Mundial se desató el deseo de viajar y mucha gente se inició en los negocios como agentes de viajes profesionales; oficinistas y amas de casas trabajaron fuera de sus hogares dedicando parte de su tiempo a ser agentes de viajes. La idea de iniciar una agencia de viajes posee un atractivo natural para mucha gente, quienes probablemente piensan que para empezar con este negocio solamente necesita de un capital limitado y una mínima información sobre viaje.

Dentro de Estados Unidos y Canadá más de treinta mil agencias de viaje minorista están en funcionamiento, en España son más de ocho mil.<sup>18</sup> Lógicamente

<sup>16</sup> Vid Art. 52 del Decreto Ley 67.

<sup>17</sup> Vid. Art. 95 en relación con el art. 98 inciso i) de la Constitución de la República de Cuba.

<sup>18</sup> Tomada de datos estadísticos consignados por Manuel J. de la Rosa: «Agencias de viajes españolas, el milagro de seguir creciendo pese a una limitada productividad», en *Revista Hosteltur*, España, no. 154, jul., 2004, pp. 6-27.



los Estados con más agencias pueden esperarse que sean los que generen más viajes. Cabría preguntarse ¿por qué las personas que desean viajar contratan una agencia para que diseñe su viaje? La respuesta más clara sería que los profesionales de la industria turística poseen un saber experto que les permite diseñar un viaje, que ocasiona que el turista se sienta confiado en que su paseo cumplirá con sus expectativas, pero a saber de los estudiosos del tema, el punto clave es el *riesgo*.

Si bien es cierto que los profesionales del turismo poseen un saber experto, este no se circunscribe solamente a la información que poseen sobre los destinos, pues no es tan difícil de obtener –ello puede ser remediado con la simple consulta de internet, lo que permitiría armar un viaje de modo independiente, sin los servicios tradicionales de la agencia–, pero una gran cantidad de personas sigue concurriendo a agencias para armar viajes a destinos poco conocidos, y muestra de ello es su existencia y crecimiento. Para conocedores del tema la recurrencia a las agencias de viajes no se relaciona tanto con el conocimiento objetivo de los destinos, sino más bien con su capacidad de armar *tours* que reduzcan el riesgo que entraña el visitar un destino desconocido. Eso implica la reducción del riesgo al colocar al turista en un ambiente “protegido”, lo que en la práctica diaria significa aislarlo de la interacción con los nativos no integrantes de la industria del viaje, en áreas reservadas para turistas, y donde la mayor parte de las salidas hacia el mundo del recreo se realiza con la compañía de guías especializados.

Las disímiles maneras bajo las que se pueden llevar a cabo actividades de intermediación turística –agencias de viajes, centrales de reservas, organizadores profesionales de congresos, empresas de servicios, representantes de agencias de viajes, agencias virtuales, entidades organizadoras sin fin lucrativo, etcétera– presentan una característica común: llevan a cabo una actuación imprescindible para hacer posible la actividad turística en todo el mundo. Estos sujetos se dedican a mediar entre el usuario turístico (consumidor final) y las empresas que prestarán los diferentes servicios.

A criterio de Albert Piñole,<sup>19</sup> «el papel actual de las agencias de viajes supera con creces la función distribuidora que le asignan y convierte a estas empresas en elementos esenciales de la actividad turística»

<sup>19</sup> I. Albert Piñole: *Gestión, productos y servicios de las agencias de viajes*, Ed. Ceura, Madrid, 1999, p. 21.

puesto que la actividad de intermediación incluye un variado conjunto de servicios: información y asesoramiento de destinos, servicios y viajes; diseño, organización, comercialización y distribución de paquetes turísticos; venta directa de servicios turísticos; etcétera.

El turista que viaja hacia lugares lejanos necesita actuar a través de intermediarios que conozcan a las empresas que prestan sus servicios en el destino. Pero debe destacarse, sobre todo, que el *producto turístico* hoy no puede ser ya contemplado como algo aislado; constituye un todo unitario que se ofrece en el mercado abarcando las más diversas prestaciones.

A la luz de los nuevos tiempos podría entenderse que las actividades de intermediación que realizan estas empresas, como acción mediadora al fin, no resulta imprescindible, si tomamos en cuenta la actual sociedad fuertemente tecnificada a través de los diferentes medios de comunicación y el desarrollo implacable de internet como instrumento de contratación de servicios turísticos. Sin embargo, la organización de actividades turísticas complejas resulta minimizada si se hace uso de una empresa de intermediación, que además, puede facilitar asesoramiento personalizado. Este fenómeno de las nuevas tecnologías de la información ha provocado la aparición de un tipo emergente de actividad de intermediación: las agencias de viajes virtuales.

El subsector de la intermediación turística y su crecimiento está íntimamente unido al desarrollo constante de la actividad turística, y ofrece importantes repercusiones en la economía mundial y nacional, atendiendo a la incidencia de tales intermediadores en la afluencia del turismo a determinado destino.

Podemos concluir estas ideas destacando como concepto de la *intermediación turística*, su carácter de actividad turística empresarial libre y reglamentada, sometida a previa autorización, ejercida de forma profesional y habitual, consistente en la mediación, comercialización y organización de servicios turísticos.

Las *agencias de viajes* son por tanto intermediarios del sector turístico, que ofrecen servicios y actividades de valor añadido a compradores y vendedores, a cambio de una comisión. Serán entonces empresas que se dedican al ejercicio de actividades de mediación u organización de servicios turísticos, las mismas no tienen limitado su ámbito territorial de actuación y pueden extender su actividad a un gran número de servicios turísticos. En la cadena de comercialización están presentes tanto en *emisión*



como en *destino* y constituye el elemento de mayor contacto, con el cliente intermedio (turoperadores), y con el consumidor.

A nivel de *destino turístico*, las agencias de viajes constituyen un eslabón esencial dentro de esta cadena, operan como un centro de mediación y coordinación decisivo entre los elementos que conforman un destino y manteniendo un contacto directo y constante tanto con los clientes finales como con los comercializadores.

Las actividades que realizan las agencias de viajes son numerosas, pero hay una serie de actividades de tipo turístico que se pueden considerar propias de ellas:

- La actividad de mediación en la venta de reserva de plazas en toda clase de medio de transporte, así como la reserva de habitaciones y servicios en instalaciones hoteleras u otros alojamientos de tono turísticos.
- Venta y coordinación de paquetes turísticos: conjunto de servicios turísticos (transporte, alojamiento, etcétera, ofrecidos a un precio total preestablecido), han sido denominados como *viajes organizados*.
- Desempeño como representantes o mandatarios de otras agencias (nacionales o extranjeras) para la prestación del nombre y la clientela de estas, de los servicios anteriormente citados.

Además de las actividades especificadas, que son propias de las agencias de viajes, estas pueden coexistir con otras que son realizadas por otras empresas, entre las que podemos destacar: información turística y difusión de material de propaganda, así como la venta de guías turísticas, de transporte, etcétera; expedición y transferencias de equipajes por cualquier medio de transporte; formalización de pólizas de seguros turísticos, de pérdida o deterioro de equipaje, u otros relacionados con los riesgos derivados de los viajes; renta de vehículos; adquisición y venta de entradas de todo tipo de espectáculos, así como cualquier tipo de producción o comercialización turística.

En relación a las agencias de viajes, existen varios criterios de *clasificación*:

#### *I. Según su magnitud y operación:*

- Agencia minorista: Empresa pequeña con pocos empleados, vende directamente al público servicios turísticos que operan o gene-

ran otros prestatarios de servicios ajenos a ella. Generalmente comercializan el producto de las mayoristas vendiendo directamente al cliente que demanda de estos servicios turísticos.

- Agencia mayorista: Maniobra con una organización más especializada. Integra y opera sus servicios turísticos para venderlos a través de otras agencias. Son aquellas que proyectan, elaboran y ofrecen toda clase de servicios y viajes combinados para su afianzamiento. Generalmente no ofrecen su producto al usuario directamente, sino a través de su red de agencias minoristas.
- Agencias mayoristas-minoristas: Pueden simultanear las actividades de los dos grupos.
- Agencia operadora: Puede ser mayorista o minorista-mayorista. Operan sus propios viajes preparados para grupos numerosos o personas individuales, o los da en preparación a las agencias grandes o pequeñas.
- Agencia de prestadoras de servicios: Se limita a ofertar alquiler de automóviles con o sin chofer, guías de turismo o bien solo actúa como representante de hoteles y transportistas.

#### *II. Según el tipo de corriente turística que maneje:*

- Agencia de turismo receptivo: Son las encargadas de organizar y manejar viajes y/o proporcionar ciertos servicios aislados al turista que proviene de un lugar distinto al de localización de la agencia.
- Agencia de turismo de exportación o emisora: Son las que venden tanto servicios aislados como viajes organizados generalmente por otras agencias, a turistas nacionales que viajen al extranjero.
- Agencia de turismo receptivo y de exportación: Son las que manejan simultáneamente viajes para turistas dentro y fuera del país.

#### *III. Según el canal de distribución:*

- Agencias *in-plant*: Conocidas estas como aquellas formadas en pequeñas oficinas que las agencias de viajes instalan en empresas clientes con el fin de que operen eficientemente los servicios que estas solicitan.

- Agencias de viajes virtuales: Surgidas como consecuencias de la proliferación moderna de la tecnología, y de estas surgen los sistemas rápidos de reservas basados en páginas web. Consideradas como una amenaza por las agencias tradicionales por lo que estas se han visto obligadas a incorporar esta modalidad, ofreciendo además de los servicios directos habituales, servicios a través de internet.

Como referimos antes, las empresas de intermediación turística son empresas mercantiles que se dedican a la prestación de una serie de servicios de carácter turístico, principalmente de intermediación entre empresas turísticas y/o entre empresas y usuarios finales de los servicios, realizando, además, funciones de organización y comercialización de productos turísticos, visto de este modo las agencias de viajes tendrán dentro del sector turístico, varias funciones:

- Asesora: Se desglosa en la actividad de asesorar e informar al turista de las características de los destinos, servicios, y viajes existentes, y a su vez en caso de ser necesario ayudarlo en la selección de lo más adecuado.

Para ello la agencia de viaje deberá estar provista de amplias fuentes de información. Existen en el tráfico comercial de esta naturaleza varios sistemas computarizados de reservas o sistemas globales de reservas, debiendo la agencia disponer de conexión con los mismos a fin de garantizar la función mentada supra con la precisión requerida por el cliente. Unido a ello será necesario para el correcto desarrollo de tal función la conexión vía internet, lo que garantiza el contacto con sus clientes, y con los proveedores de servicios turísticos. Para lograr un adecuado asesoramiento la agencia deberá contar con profesionales cualificados que sean especialistas en destinos y viajes.

- Mediadora: Lleva implícito gestionar e intermediar la reserva, distribución y venta de productos turísticos, aunque no sea imprescindible es importante, pues permite acercar el producto al cliente y multiplica los puntos de venta, esta función de manera general es ejercitada por las agencias minoristas, que materializan la reserva, el alquiler o venta de grupos de servicios.

Dicha función es la más vulnerable a partir de la proliferación de las nuevas tecnologías de la información, que permiten la venta directa al cliente por

parte de los proveedores y los productos turísticos, no obstante las agencias de viajes tienen sus ventajas, pues además de ofrecer al cliente un asesoramiento personalizado, pueden disminuir el costo de los productos turísticos debido al poder negociador que tienen al realizar compras a mayor escala.

En el orden práctico, el proveedor del producto turístico se compromete a suministrar a la agencia la información necesaria sobre sus servicios y a aportar los documentos o billetes que formalizan la venta. A su vez la agencia queda obligada a conocer y promover los servicios de sus proveedores vendiéndolos al precio fijado por los mismos. La agencia estará obligada a depositar el dinero recibido y liquidarlo con el proveedor, y este último estará en la obligación de abonar la comisión acordada con la agencia por la venta, función vendedora que lleva implícita la formalización del contrato.

- Productora: tiene como fin diseñar, organizar, comercializar y operar viajes y productos turísticos generados por la combinación de distintos servicios y que se ofertan a un precio global establecido, que es lo que se suele conocer por *viajes combinados* o *paquetes* – viajes estándar programados a la oferta –, o también podemos encontrarnos con *forfaits* – viajes programados a la demanda, que están adaptados a cada cliente o customizados –. Esta función está gestionada por turoperadores y agencias mayoristas.

La función productora imbrica varios requerimientos, entre ellos: la investigación permanente de los mercados para conocer las tendencias y necesidades de los clientes y las ofertas de la competencia; la actividad creativa para elaborar nuevos productos turísticos que le permitan tener supremacías con la competencia así como una adecuada gestión de los costos.

Con el fin de fomentar su función productora, una agencia no puede limitarse a organizar viajes, debe ampliar constantemente sus actividades, para ello puede pasar a organizar congresos, ferias, cruceros, prácticas deportivas, y otros, manteniéndose en una constante vitalización del producto turístico que ofrece.

La función productora culmina con la comercialización y venta del producto turístico, lo que lleva intrínseco una función comercializadora con el fin de dar a conocer los productos al consumidor final; lo que se materializa mediante labores de marketing, que requerirán elevados costos.

Las *agencias de viaje* son entonces sociedades mercantiles que se dedican de manera habitual y profesional a asesorar, vender y/o organizar viajes u otros servicios turísticos. Su papel por lo tanto es de *intermediario* entre la persona que demanda turismo y la persona que ofrece esa demanda, que a su vez es productor de bienes o servicios turísticos.

### III. Régimen jurídico de las agencias de viajes en Cuba

El Derecho es parte importante de la superestructura que se levanta y se mueve alrededor de la base económica de la sociedad. El turismo es sector fundamental en las economías de diversas naciones. Por ello, el Derecho como ordenador de sistemas, debe crear una plataforma jurídica alrededor de este importante sector económico que permita no solo la ordenación de la actividad propiciando el desarrollo, sino además su necesario control y fiscalización.<sup>20</sup>

En el ordenamiento patrio, las agencias de viaje cuentan con una regulación jurídica común: la “Resolución Conjunta 1”, de 7 de diciembre de 1998 del Ministerio de Turismo y Ministerio de Comercio Exterior,<sup>21</sup> normativa que resulta obsoleta, si valoramos el momento en que fue concebida en relación al escenario actual, a la luz de las transformaciones económicas y sociales en las que se encuentra inmerso el modelo cubano.

En Cuba, las agencias de viajes nacionales<sup>22</sup> son *personas jurídicas*, inscritas en el Registro Nacional de Agencias de Viajes<sup>23</sup> y que tienen como objeto social la realización de actividades de mediación entre los viajeros y aquellas personas jurídicas autorizadas a prestar servicios a estos de diferente naturaleza a las actividades propias de agencias de viajes.

Para la creación de una agencia de viaje nacional la norma especial exige como requerimiento la aprobación previa del Ministerio del Turismo, y exige que toda persona física o jurídica, cubana o extranjera, entidad u organismo, que oferte la venta u organización de cualquier actividad turística la realizará a través de las agencias de viajes nacionales, salvo los casos de las capacidades de alojamiento, los que podrán ser contratados mediante las sucursales extranjeras o directamente por agencias desde el exterior, sin la mediación de tales agencias nacionales.<sup>24</sup>

Flanquea esta norma la posibilidad de que las agencias de viajes mayoristas o turoperadores extranjeros realicen en Cuba la apertura de sucursales, con el único objetivo de velar por la adecuada prestación de los servicios que contraten a través de las agencias nacionales, previo cumplimiento del requisito de inscripción en el registro enunciado. Se exige además, que su representante sea un ciudadano extranjero y en materia de contratación de personal se ajustará a las normativas internas del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Las agencias de viajes extranjeras, con independencia de la clasificación que adopten, podrán hacerse representar en Cuba mediante una agencia nacional para lo que será meritorio la concertación de un contrato de representación turística, el que surte efectos a partir del acto registral en el propio Registro Nacional de Agencias de Viaje<sup>25</sup> y mediante el cual la agencia nacional se hace responsable de la profesionalidad, prestigio y solvencia económica de la agencia que representa.

La solitud de inscripción de las agencias nacionales y de sucursales de agencias de viajes extranjeras se presenta ante el Registro Nacional de Agencias de Viajes, acompañado de la documentación que exige la Cámara de Comercio, el encargado del registro dará cuenta al Mintur, quien mostrará su conformidad o no con la autorización, en el caso de contratos de representación turística estos son presentados por la agencia que ejercerá la representación ante este propio registro e inscritos de oficio por el registrador.

<sup>20</sup> Rodolfo Dávalos Fernández: «Encuentro Internacional sobre Derecho del Turismo. Palabras de Bienvenida», en *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, no. 14, jul.-dic., 1999, p. 83.

<sup>21</sup> Cfr. «Resolución Conjunta 1», de 7 de diciembre de 1998, en *Gaceta Oficial*, no. 62, ed. ordinaria, 17 de diciembre de 1998.

<sup>22</sup> Cfr. Art. 1 a) «Resolución Conjunta 1», *op. cit.*

<sup>23</sup> Registro adscrito a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, al que tienen la obligación de inscribirse las agencias nacionales y extranjeras que operan desde el territorio nacional.

<sup>24</sup> Cfr. Art. 39 sobre disposiciones generales en «Resolución Conjunta 1», *op. cit.*

<sup>25</sup> Tanto esta inscripción como las otras aludidas constituyen la autorización para el inicio de operaciones en el territorio nacional y la certificación expedida funge como licencia que acredita la autorización recibida.

Se dispone además en la normativa cubana que las agencias de viajes nacionales podrán contratar los «servicios de asistencia turística»<sup>26</sup> a las agencias de viajes extranjeras y a otras nacionales, independientemente del contrato de representación o como parte de este. Esta asistencia puede acometerse con uno o varios guías, asistentes exclusivos o compartidos, y esta tipología de contrato de asistencia no requiere la inscripción registral para su ejecución.

El desarrollo turístico nacional y su constante auge provocan que aumenten constantemente las relaciones entre entidades cubanas y agencias de viajes extranjeras, por lo cual el país ha de intentar reordenar y adoptar las normativas necesarias con el fin de lograr un orden jurídico coherente, y así permitir a los interesados establecer una representación en Cuba y con ello contribuir al desenvolvimiento de las operaciones que contrató a favor de sus clientes.

De ahí que en los últimos años y por las particularidades de Cuba, se halla desarrollado un amplio concepto de asistencia y representación turística entre las agencias receptoras nacionales, que tiene como objetivo principal cumplir con este papel de mediador entre los turoperadores extranjeros y el cliente final y común para ambos, que es el turista, atemperado a esta dinámica deberemos actualizar el régimen jurídico de las agencias de viajes como intermediadores turísticos en el país.

### **III.1. Responsabilidad contractual de las agencias de viajes como intermediadores turísticos. El contrato de viaje. Una mirada al Derecho patrio**

Dentro de la amplia gama de contratos surgidos a partir de la implementación del fenómeno turístico, centramos nuestra atención en uno de los contratos de consumo que goza de mayor uso social, el *contrato de viaje combinado o paquete turístico*. La esencia de esta investigación viene dada por la responsabilidad de las agencias de viajes frente al consumidor por el incumplimiento de las prestaciones contractuales.

El antecedente más remoto de regulación de este contrato en el ámbito internacional surge a partir de los trabajos del Instituto Internacional para la Unificación

del Derecho (UNIDROIT) de Roma, en 1966. El instituto comenzó a elaborar reglas uniformes para las relaciones jurídicas entre las agencias de viajes y sus clientes, lo que revirtió en la redacción de un Convenio Internacional relativo al contrato de viaje, finalmente firmado en Bruselas el 23 de abril de 1970. Pese a su poca utilidad práctica, tiene el mérito de haber sacado de las sombras al contrato de viaje, y ser el primero en haber establecido un sistema de responsabilidad de los organizadores e intermediadores de viajes.

En tal instrumento las agencias de viajes se tipifican como el *arquitecto del viaje*, y se establece un complicado sistema de responsabilidad de la agencia, desglosado en *responsabilidad de la agencia por su propia actividad* (la organización del viaje) y la *responsabilidad por hechos cometidos por otros*, a decir en las prestaciones directas de los servicios. En ese sentido, en relación a tal fórmula el organizador responde de todo perjuicio causado al viajero en razón de la inejecución total o parcial de sus obligaciones de organización, salvo que pudiera demostrar que actuó como un agente de viaje diligente.

Se intentaba evitar los abusos contra el cliente que se venían suscitando, como resultado de la utilización por parte de las agencias de viajes de la *cláusula de intermediación* en sus contratos. Mediante ella el agente excluía su responsabilidad al introducir una fórmula, a tenor de la cual solo actuaba como simple intermediario entre el cliente y el prestador del servicio.

La indefensión del consumidor es notoria, si partimos del hecho de que este tipo de cláusulas figuran en la mayoría de los casos en prospectos y programas a los que el contrato firmado por el consumidor hace simple remisión. Se dispuso en tal convenio internacional la *responsabilidad por culpa* en la realización de sus propias funciones, limitada a un determinado montante, y se excluyó toda responsabilidad en relación a los incumplimientos de quienes realizaban los servicios.

Este instrumento internacional, pese a que en relación a la determinación de la responsabilidad no fuera totalmente satisfactoria, constituyó el punto de partida para la redacción de textos nacionales de los países signatarios, los que fueron más exigentes con los organizadores del viaje.

Con posterioridad a tal convenio la comunidad europea emitió una *directiva* hacia sus Estados miembro el 13 de junio de 1990, relativa al viaje combinado, la que proyectó una tendencia a proteger los

<sup>26</sup> Contrato mediante el cual una agencia de viaje nacional se obliga a prestar servicios receptivos en el territorio nacional, para la atención de los turistas que envía la agencia de viaje extranjera. Vid Art. 1 i) de la Resolución Conjunta 1.



derechos del consumidor, y provocó que los países comunitarios se vieran obligados a reformar o introducir por primera vez las normas del contrato de viaje en sus legislaciones nacionales.

Una de las preocupaciones fundamentales de los instrumentos internacionales, de la legislación interna de los países y la doctrina en general sobre el *contrato de viaje*, viene dada por el establecimiento de una responsabilidad contractual en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato combinado por parte de las agencias frente al consumidor-turista.

El criterio dominante en el Derecho comparado, aunque dotado de disímiles matices, versa sobre la responsabilidad de las agencias de viajes tanto por sus propios actos, como por una acción u omisión de los prestatarios directos del servicio pactado – transportistas, hoteleros, etcétera–. La posibilidad del turista de interponer una acción contractual directa frente a la agencia de viaje, sea quien fuera el causante directo del daño, ha sido siempre la intención de las corrientes legislativas y doctrinales que abogan por la protección del consumidor. En tanto en la práctica, la acción contra el prestatario directo de los servicios se traduce para el turista en una posibilidad muy limitada, si tenemos en consideración que por lo general los viajes organizados se llevan a vías de hecho en un país extranjero o en lugares muy alejados del domicilio habitual del turista, lo que dificultaría que la víctima obtenga finalmente la reparación.

Para la doctrina más cualificada, la mejor manera de configurar la responsabilidad de las agencias de viajes, es tratarla como una responsabilidad contractual indirecta o responsabilidad del deudor por la actividad de sus auxiliares.<sup>27</sup> Esta obedece al llamado «sistema de la doble imputación»,<sup>28</sup> presupone así mismo la responsabilidad personal del causante directo del daño, lo que en definitiva conduce a una responsabilidad conjunta del responsable directo (prestatario del servicio) con el indirecto (agencia), con lo que se garantiza la efectividad del derecho a la indemnización del turista dañado.

En esta forma de exigencia de la responsabilidad se cumplen todos los presupuestos doctrinales necesarios para entender la configuración de una genuina responsabilidad contractual por hechos de los auxiliares. Entre los presupuestos necesarios para tal afirmación encontramos en primer orden una relación obligatoria específica y previa a la afirmación de la responsabilidad (el contrato de viaje combinado) entre el deudor principal (agencia de viaje) y su acreedor (consumidor); respecto de la cual el auxiliar de aquel (prestador de servicio) es un extraño o tercero.<sup>29</sup>

Concurre además el segundo requisito consistente en la introducción o utilización voluntaria por el deudor de su auxiliar en el cumplimiento,<sup>30</sup> siendo evidente que el organizador de un viaje combinado tiene voluntad de utilizar para la ejecución del mismo a los prestadores directos de los servicios y que en la mayor parte de las ocasiones esa voluntad es, incluso, expresa y se instrumentaliza en la relación, previa a la celebración de cualquier contrato con el turista que une a la agencia con esos terceros prestatarios.

El tercero de los presupuestos indicados por la doctrina para la concurrencia de la responsabilidad contractual indirecta del deudor (la agencia) es que la utilización del auxiliar introducido por este se produzca precisamente en la actividad de cumplimiento de las obligaciones,<sup>31</sup> también imperante en el tema que nos ocupa.

Aunque generalmente el consumidor de viajes combinados preferirá ejercitar sus derechos en caso de incumplimiento frente a sus contratantes directos y no ante el prestatario de los servicios, no cabe desconocer que el consumidor puede tener algún interés en dirigirse contra estos directamente, lo que a criterio de la doctrina pudiera acontecer como una acción de naturaleza extracontractual.

Surge entonces a partir de lo supra explicado la acción de los responsables ante los consumidores (agencias), frente a los prestatarios directos de los servicios, de manera que el deudor condenado frente al acreedor, por el hecho de un tercero que ha introducido en la ejecución de sus obligaciones contractuales, dispone

<sup>27</sup> L. Díez Picazo y Ponce de León: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias*, 4ª. ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 592.

<sup>28</sup> F. Jordano Fraga: *La Responsabilidad del Deudor por los Auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 32 y ss.

<sup>29</sup> M. Jiménez Horwitz: *La Imputación al deudor del incumplimiento del Contrato ocasionado por sus auxiliares*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 29.

<sup>30</sup> *Ídem.*, pp. 10 y ss.

<sup>31</sup> *Ídem.*, pp. 20 y ss.

generalmente de un recurso contra el autor directo del hecho u omisión generador del incumplimiento, conocido como el *derecho de regreso* entre las agencias de viajes y los prestadores directos.

En nuestro ordenamiento no existe una referencia directa a las cuestiones en análisis. Como conocemos en pos de la regulación de la contratación económica, en Cuba fueron promulgados el Decreto Ley 304 y el Decreto 310, en las que se intentó incorporar todas las instituciones de la teoría del contrato, teniendo en cuenta las particularidades de nuestro entorno, sin desatender los principios más universales en esta temática que se encuentran en acuerdos internacionales de los que Cuba es parte. Se trató además de uniformar esta regulación con los preceptos del Código Civil cubano, norma supletoria de la contratación económica, incluso, se incorporan instituciones y principios que no aparecen en la legislación común, lo que permitirá contar con una norma que sirva para ser aplicada a otros contratos que no son los que se regulan en ella.

Por otra parte, en pos de resolver la dispersión legislativa que imperaba en la materia se derogó no solo el Decreto Ley 15/78 y sus Reglamentos, sino que se derogan expresamente todos los artículos del Código de Comercio que norman el tema de contratos, por lo que tanto el decreto ley como el decreto quedan como las únicas normas generales de contratos vigentes en nuestro país.

Se concibió el Decreto “Sobre los tipos de contratos”, en el cual se regulan tanto los contratos más importantes y que tienen una mayor presencia entre nuestras entidades, como aquellos que aunque no son representativos, pueden llegar a serlo a partir del perfeccionamiento de nuestro modelo económico, no obrando ninguna referencia expresa al *contrato de viaje combinado* como acontece en otros ordenamientos foráneos, y por ende nada sobre responsabilidad de las agencias de viajes como intermediadores.

Si hayamos tipicidad y reglamentación expresa del *contrato de agencia* visto como el contrato mediante el cual el agente se obliga a nombre y por cuenta del principal, a promover de forma estable o continuada o a mediar para su celebración, actos u operaciones de comercio, mediante el pago de una retribución por su gestión en un ámbito territorial o zona determinada.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Cfr. Art. 45, «Decreto 310» de 17 de diciembre del Consejo de Ministro, en *Gaceta Oficial*, no. 62, ed. ordinaria, 27 de diciembre, 2012.

En la regulación de esta tipicidad contractual el legislador dispone entre las obligaciones del agente la de «participar en toda reclamación formulada por terceros al principal que se relacione con un acto en el cual haya ejercido su intermediación; y responder ante el principal de las obligaciones de terceros participantes en la intermediación, siempre y cuando haya sido pactado en el contrato»,<sup>33</sup> esta última obligación vinculada también desde nuestro punto de vista con lo dispuesto en el artículo 58, «al establecer que el agente, salvo pacto en contrario, puede utilizar los servicios de otros agentes y responde ante el principal por el cumplimiento de las obligaciones de estos». Vestigios estos de responsabilidad que a tono con las explicaciones doctrinales antes expuestas serían aplicables entre las agencias y los prestadores directos de los servicios.

Sobre el *contrato de viaje combinado* encontramos una referencia en la norma cubana, dentro del capítulo primero (“Definiciones”) de la Resolución Conjunta 1 sobre el “Reglamento de las Agencias de Viajes”, en el que se alude como *paquete turístico* al viaje en el que se vende por un precio global un conjunto de servicios, comprendiendo generalmente el transporte, el alojamiento y otros servicios complementarios.

Ahora bien, el Decreto Ley 304<sup>34</sup> en su articulado refrenda un capítulo dirigido a la responsabilidad por incumplimiento del contrato, tal como amerita el contenido de tal normativa referente a la contratación económica, de este es trascendente resaltar el obrante en el apartado noventa que dispone la “Responsabilidad por asunción de actos de terceros” y enuncia: «Salvo que otra cosa se haya acordado o dispuesto, la parte que haga participar a un tercero en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, responde ante la otra parte por los incumplimientos del tercero como si se tratase de sus propios actos».<sup>35</sup>

De ello podemos concluir que para dilucidar el tema de la responsabilidad de las agencias con sus consumidores o clientes habrá que remitirse a tales disposiciones y de modo contrario a la supletoriedad del Código Civil, sin que se ofrezcan en el Derecho patrio fórmulas concretas y efectivas tales como las

<sup>33</sup> Vid. Art. 56 inciso d y h) del Decreto 310.

<sup>34</sup> Vid. Arts. 81 y ss. del «Decreto Ley 304» del Consejo de Estado de 1 de noviembre de 2012, en *Gaceta Oficial*, no. 62, ed. ordinaria, 27 de diciembre, 2012.

<sup>35</sup> Vid. Art. 90 del «Decreto Ley 304», *op. cit.*

estudiadas supra, más recomendadas por la doctrina y utilizadas por legislaciones foráneas, a los efectos de llevar a vías de hechos la exigencia de responsabilidad contractual incoada por el turista-consumidor contra la agencia por el incumplimiento del contrato de viaje.

#### IV. Ideas conclusivas

De todo lo dicho es dable concluir que la administración turística cubana tiene una intervención administrativa directa con gestión centralizada, pese a que en la realización del hecho turístico concurren otros sujetos con menor influencia (empresas mixtas y administraciones extranjeras; sociedades mercantiles estatales; cooperativas y trabajadores por cuenta propia).

De modo general entre las empresas de intermediación turística destacan, por su importancia cuantitativa y por contar con una regulación jurídica más desarrollada, las agencias de viajes, únicos intermediadores en Cuba con reconocimiento en el orden legislativo.

Las agencias de viajes en Cuba, dentro del fenómeno turístico están urgidas de una actualización legislativa que se atempere a las corrientes internacionales en tal sentido, que permitan además ofrecer mayores garantías en el ámbito de la exigencia de responsabilidad contractual, en tanto el desarrollo de una política turística acorde con los principios cardinales de la sociedad debe ser coherente con el ordenamiento jurídico que los consagra.

No existen razones para creer que en el futuro el turismo declinará como actividad internacional, más bien la lógica se inclina a suponer que aumentará para mantenerse como un aspecto significativo del desarrollo económico y social en muchos países, en tanto el fenómeno turístico se ha convertido en uno de los principales sectores a nivel mundial, siendo sus servicios consumidos por casi la totalidad de la población universal.

## *El procedimiento administrativo interno en el ordenamiento jurídico cubano y los recursos previstos*

LIC. YUSIMÍ TORRES LÓPEZ

LIC. MARLENYS MOLLINEDO BOFFILL\*

### Introducción

La administración pública se iguala al elemento, la parte del Estado que realiza las funciones administrativas, deduciéndose entonces que sería la encargada de ejecutar y desarrollar toda la actividad ejecutiva y administrativa del Estado, debiéndose entender como la gestión de empresas para dar satisfacción a las necesidades colectivas del público, dentro del marco de las diversas fijadas por los gobernantes.<sup>1</sup>

A través de los organismos de la administración central del Estado se desarrollan estas funciones y se pretenden lograr los objetivos estatales trazados, los que deberán realizarse dentro del límite de sus respectivas competencias, observando estrictamente la legalidad socialista y velando por su respeto dentro de toda la sociedad; particular este que encuentra su mayor respaldo en el artículo 10 de la propia Constitución de la República.

En su actuar diario la administración es la que mayormente se encuentra en constante interacción con el ciudadano, precisamente por los roles y funciones que debe cumplir. Esta debe ser capaz de conocer las inquietudes del ciudadano, satisfacerlas y regular la relación de ellos en su desarrollo cotidiano. En tal sentido se crea entonces una relación administración-administrado que puede apreciarse reflejada en cada institución o funcionario al que se accede.

Por tales razones se encuentra investida la administración –y por tanto cada órgano, organismo o institución– de un poder que le permite emitir decisiones que posibilitan y aseguran el desempeño de sus funciones, y generan el cumplimiento por parte de los destinatarios.

\* Abogadas de Bufetes Colectivos, Yaguajay.

<sup>1</sup> Cit. por *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002, p. 85.

En ocasiones emitiéndose la decisión de forma autónoma u otras veces instado por el propio administrado. En tal sentido entonces, el ciudadano común, no siempre conforme con las decisiones adoptadas, bien porque considera que con su actuar la administración ha violado o restringido algún derecho o porque el actuar de esta no ha sido con apego a la legalidad exigida, necesita la posibilidad de defenderse ante tales situaciones y que existan por tanto los mecanismos jurídicos que permitan acceder a la justicia administrativa; garantizándose así la protección de sus derechos.

Tomando como base los argumentos referidos, queremos realizar algunas reflexiones en torno a este tema, para lo que es trascendental en su tratamiento realizar cambios en la concepción y forma de proceder.

### **Actuar de la administración. Procedimientos**

En consonancia con lo expuesto sería competente referirnos a lo que se entiende por *procedimiento*. Resulta este algo más que una actividad preparatoria. Es reflejo de la actividad y organización de la distribución de funciones de la administración pública; pudiendo identificarse con las secuencias de actos de la autoridad administrativa que de forma cronológica van dirigidos a un resultado.

Pudiera definirse el *procedimiento administrativo* entonces como aquella acción administrativa, con eficacia externa que se dirige al análisis, elaboración y expresión de un acto administrativo; siendo este último contentivo de la voluntad de la administración que puede conceder derechos a los administrados o generar obligaciones y cargas, creándose así una relación jurídico-administrativa sobre la base de las potestades que las normas legales le hayan concedido.

Pudiera entenderse también como la sucesión de actos encaminados a lograr legitimar el interés de una de las partes a partir de las normas jurídicas administrativas existentes y por el órgano del Estado con jurisdicción para ello.<sup>2</sup>

Claro está que siempre como elementos que forman parte del procedimiento administrativo estarán un órgano con autoridad estatal y un objetivo, ya sea

del administrado o de la administración, pues constituyen el mecanismo legal de actuar acorde a las normas jurídicas existentes en determinado marco.

Múltiples son las relaciones que se generan en el ámbito administrativo, así como variados los procedimientos que existen. Pero objeto de análisis y reflexión nos interesan los que pueden suscitarse cuando la administración, con su actuar, ha provocado daño o se siente lesionado el administrado en sus derechos. Se ha generado un conflicto de intereses en el ámbito jurídico administrativo que necesita ser dirimido entre la administración y el administrado.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé las diferentes acciones a desencadenar en estos casos, siendo múltiples las formas que existen condicionadas por las diversas relaciones existentes. A estas formas o vías legales puestas en manos de los administrados para actuar acorde a su pretensión, se les denomina como ya hemos hecho referencia *procedimientos administrativos*, debiéndose entender como una secuencia de actos en un determinado marco jurídico.

Según concluye el licenciado José Ramón Lezcano Calcines, podemos destacar en nuestro ordenamiento jurídico como *procedimientos administrativos* los internos, los gubernativos y los contenciosos administrativos.

Definiéndose el primero como el procedimiento que nace y concluye en el marco administrativo, sin trascender este contexto, siendo únicamente órganos administrativos los que dirimen la situación controversial.

El segundo de los referidos, el *procedimiento gubernativo*, se define como el procedimiento que se desarrolla en el seno de la instancia administrativa, a partir de una solicitud que le haya sido presentada, sobre la cual la administración debe resolver, desplazándose el conocimiento del asunto una vez resuelto a los órganos jurisdiccionales.

El tercero de los procedimientos referidos, el contencioso administrativo, se define como el que se establece contra una decisión de la administración ante los órganos jurisdiccionales, siendo un tribunal de justicia quien conozca y resuelva el asunto controversial.

Brevemente entonces pudiera concluirse de este análisis muy sencillo y concreto, que los procedimientos administrativos *interno* y *gubernativo*, nacen y se desarrollan dentro de los límites de la administración pudiendo cruzar únicamente el marco administrativo, dando origen entonces así al *procedimiento contencioso-administrativo*.

<sup>2</sup> Armando Castanedo Abay: «El principio de Cosa Juzgada en el Derecho Administrativo», en *Revista Jurídica*, no. 18, p. 134.



Es presupuesto fundamental para el conocimiento de un asunto por la vía o procedimiento contencioso-administrativo que haya existido previamente una resolución administrativa dictada bajo el conocimiento de la administración en procedimiento gubernativo.

Solo con esta breve reseña se aprecia la diversidad de formas que existe, sin que haya uniformidad para el conocimiento de cada una de las inconformidades que pudiera generar la administración con su actuar. Cada uno de los Ministerios e Instituciones, en el marco de sus competencias, dicta diversos cuerpos legislativos, que sin llegar a violar la legalidad, crean diversidad en relación a la forma en que el ciudadano común manifestaría su acción contra el actuar de la administración, que ha creado un perjuicio para él.

Perfectamente se aprecia que no todos los procedimientos posibilitan al ciudadano las mismas formas de manifestar su inconformidad, quedando en algunos casos solo sometida a conocimiento de la propia administración el asunto controversial, pudiendo crear un estado de indefensión para el administrado.

Resulta controvertido a nuestro juicio que la única instancia que exista en algunos de los casos para la revisión de la decisión administrativa sea la propia administración.

Sin ánimo de minimizar las necesarias facultades y prerrogativas que ostenta y ciertamente debe ostentar la administración para el cumplimiento de sus funciones estatales, que esta se convierta en juez y parte en determinados procesos puede limitar las garantías de defensa del administrado, no estando en igualdad de condiciones ambas partes.

Cierto es que la administración es el ente que más relacionado está con el ciudadano, capaz de entender de forma más directa los problemas y las posibles soluciones, pero debe existir algún órgano independiente de esta que provea a los administrados de poder controlar de forma uniforme sus decisiones y la legalidad de estas, en el marco de sus legítimas facultades.

### **Reflexiones sobre algunos cuerpos legales y los recursos previstos en estos**

En relación con lo expuesto anteriormente y realizando un pequeño análisis de algunos cuerpos legales, se corroboran los criterios antes expuestos atendiendo a la variedad de procedimientos que existen

y la indefensión en que quedan los administrados en ocasiones, haciendo especial énfasis en los que se enmarcan dentro de los llamados *procedimientos administrativos internos*, que son los que no permiten otro conocimiento del conflicto por otra instancia que no sea la administrativa y que han sido los inspiradores de estas reflexiones.

En tal sentido tenemos el Decreto Ley 99 de las "Contravenciones Personales", promulgado el 25 de diciembre de 1987, que tiene como objetivo según se preceptúa en las líneas finales del tercer POR CUANTO y sus artículos uno y dos, regular el sistema de tratamiento a las contravenciones personales, carentes de peligrosidad social, por la escasa entidad de sus resultados, dejando fuera de este, las contravenciones cometidas por personas jurídicas, regulando además, luego de lo referente a la responsabilidad administrativa, las medidas administrativas y los trámites para sancionar las contravenciones, todo lo relacionado con los recursos de apelación refiriendo la posibilidad de apelar la multa impuesta por una contravención, debiendo satisfacerse primero el monto de la multa sin perjuicio de que luego le sea reintegrado al recurrente su importe, en caso de ser declarado *con lugar*. Refiere este cuerpo legal que el recurso se interpondrá ante la autoridad facultada para resolverlo, el que deberá decidir su fallo dentro de los 15 días naturales siguientes a haberse recepcionado el recurso, quedando claro en el segundo párrafo del artículo 23, que contra lo resuelto no se concederá recurso alguno ni en lo administrativo ni judicial. Sin duda constituye esta normativa otro ejemplo de la efímera vida de la justicia administrativa en estos casos, en que no se ofrece otra instancia para reclamar el derecho que se cree vulnerado.

Otro de los cuerpos legales que igualmente fue objeto de estudio para este breve trabajo lo resultó el Decreto Ley 171 sobre las "Contravenciones Personales de las Regulaciones del Uso del Espectro Radioeléctrico", promulgado el 30 de abril de 1992, que establece el procedimiento general para sancionar las acciones u omisiones consideradas *contravenciones*, las conductas que como tal se consideran, autoridades facultadas a imponer medidas y los recursos que contra estas procedan. En tal sentido, el artículo 6 preceptúa que contra el acto administrativo por el cual se hayan impuesto medidas, será el director de Frecuencias Radioeléctricas del Ministerio de Comunicaciones quien resulta facultado para conocer y resolver los recursos de apelación. De igual forma no prevé este artículo otras oportunidades para que sea dirimido el conflicto por otra instancia.

También el Decreto 272, de 20 de febrero de 2001 del Consejo de Ministros, sobre las “Contravenciones en materia de Reordenamiento Territorial y de Urbanismo”, define según su artículo 1, que tiene como objetivo establecer las conductas y las medidas aplicables en materia de Ordenamiento Territorial y el Urbanismo, con los aspectos del ornato, la higiene comunal y los monumentos relacionados con esta disciplina. En su artículo 20 deja claro las autoridades facultadas para imponer las multas y demás medidas previstas en este decreto, y en el artículo 24 define la posibilidad de recurso de apelación contra la multa impuesta por este concepto. Esta deberá presentarse ante el jefe inmediato superior de la autoridad que impuso la medida, lo que no demuestra transparencia y equidad, pues visto fuera del ámbito de la justicia, sería desacreditar a un subordinado, por parte de un jefe, en el ejercicio de su función, más aún si a ello agregamos lo que preceptúa el segundo párrafo de este propio artículo 24, relacionado con la imposibilidad de ir contra lo resuelto por esta autoridad, en ningún procedimiento en la vía administrativa ni judicial.

De igual manera el Decreto Ley 315 sobre las “Infracciones Personales de las Regulaciones del Trabajo por Cuenta Propia”, promulgado el 4 de octubre de 2013, el cual tiene como objetivo según formula el propio artículo 1, precisar las infracciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia, medidas aplicables a los infractores, autoridades facultadas para imponerlas y resolver las inconformidades que se presenten. Y a tono con lo anterior, el artículo 8 refiere que resultan *personas autorizadas* a imponer medidas, los supervisores de las direcciones provinciales y municipales del Poder Popular; en las provincias de Artemisa y Mayabeque, y en otras que en su momento corresponda, lo están los inspectores estatales provinciales y municipales de las direcciones de inspección estatal, subordinadas a los consejos de las administraciones provinciales y municipales del Poder Popular y los agentes de la Policía Nacional Revolucionaria designados por los jefes de las unidades correspondientes. Por otro lado, el artículo 9 refiere que puede establecerse recurso de apelación ante el director o jefe de la unidad al que se subordina la autoridad facultada, y una vez resuelto según preceptúa el artículo 11 no procede recurso alguno.

Las normas comentadas dan la medida de los criterios que sostenemos en relación a la multiplicidad de legislaciones que existen para acceder a la justicia en el Derecho Administrativo. En todos los casos, la revisión de las decisiones administrativas se realiza por la propia administración, lo que en ocasiones

puede resultar en una disminución de las garantías del administrado, a los efectos de poder acceder en un plano de igualdad y con similares posibilidades ante un órgano o instancia, que de forma imparcial pueda conocer del conflicto y llegar con plena justicia a un fallo.

No se trata de cuestionar jurisdiccionalmente todas y cada una de las decisiones de la administración, pero sí de crear un sitio más adecuado para la solución de los conflictos. De igual manera, la diversidad de cuerpos legales que existe crea una variedad en relación a los mecanismos y formas de acceder a la justicia, término en que debe imponerse e instancia que lo resolverá, lo que contribuye a nuestro juicio a una falta de protección a los derechos de los administrados.

## Apuntes finales

En la relación jurídica administración-administrado que se crea, este último –con excepción del sistema contencioso administrativo, que incluye la actuación de los órganos jurisdiccionales como instancia revisora de los fallos administrativos– no encuentra luego de ser vulnerado su derecho con una decisión administrativa, un procedimiento uniforme que defina los derechos que pueden reclamar y la forma de hacerlo.

Ante tal realidad pudiera sugerirse la creación de un cuerpo legal que permita la uniformidad de procedimientos en los órganos de la administración pública, con una clara definición de cuáles sean y la forma en que podrán ser reclamados los derechos de los administrados y un órgano que conociera de tales reclamaciones de forma imparcial o permitir el acceso a la vía jurisdiccional.

Se garantizaría de esta forma un espacio jurídicamente diseñado que permitiría una igualdad entre la administración y los administrados para categóricamente poder hablar de un pleno acceso a la justicia.

# La actividad probatoria en el proceso penal y sus límites frente a los derechos fundamentales

JAVIER NÚÑEZ GONZÁLEZ  
CARLOS ALBERTO VILLATE ACOSTA

## 1. Antecedentes de la actividad probatoria en el proceso penal cubano

Entre la legislación procesal penal precedente en Cuba y la que actualmente rige esta materia, existe una gran similitud en relación a todas las instituciones procesales en general, pues ocurre que en realidad la Ley 1251 de 1973 y la Ley 5 de 1977, que sucedieron a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solo introdujeron modificaciones muy puntuales, dejando casi intacta su concepción y sistemática.<sup>1</sup> En ellas se ha regulado lo concerniente a los actos de prueba dentro de la preceptiva que han destinado al juicio oral, siguiendo así el sistema estructural clásico o decimonónico liberal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal lo regulaba en su Libro Tercero, Título III, capítulo III; y la Ley 1251 de 1973, igualmente en su Libro Cuarto, Título II; en tanto la vigente Ley de Procedimiento Penal, con la misma denominación que las anteriores (“Del modo de practicar las pruebas durante el Juicio Oral”), lo regula dentro del Título II del Libro Cuarto “Del juicio oral”.

Una revisión de los antecedentes de nuestro ordenamiento procesal penal, permite concluir que nunca ha estado instituido expresamente en él la delimitación conceptual entre *actos de investigación* y *actos de prueba*. Tampoco las leyes precedentes establecieron diferencias entre los términos usados en las distintas etapas procesales, pues emplearon indistintamente y de forma genérica los vocablos *prueba* y *diligencias de prueba*.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> José Candia Ferreira: «Problemas actuales en la legislación penal cubana», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 2, 1991, pp. 75 y ss.; G. Merino Eloy: «El proyecto de ley de procedimiento penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 4; y Jorge Bodes Torres: «Características y Evolución del Procedimiento Penal en la República de Cuba», en *Judicatura y Procedimiento Penal*, s.d.e., pp. 1 y ss.

<sup>2</sup> Arts.: 322, 326, 369, 622, 656, 657, 658, 659, 727, 728 y 729 de la LE Crim; 125, 285, 291, 316, 344-346 de la Ley 1251 de 1973; y 125, 249, 280, 286, 287, 311 y 340 de la Ley 5 de 1977.

En sus sentencias, nuestro máximo órgano jurisdiccional ha usado de forma repetida y de modo preferente los términos *diligencia de prueba* y *prueba* para referirse a ambas cuestiones.<sup>3</sup> En este orden, no ha realizado precisiones conceptuales ni lexicológicas. No obstante, ha confirmado que las diligencias llevadas a cabo durante la instrucción, no tienen por sí mismas naturaleza probatoria, en cuyo sentido podría citarse como ejemplo un fragmento de la Sentencia 196 de 19 de diciembre de 1919, la que refiere que «procede irregularmente la audiencia al admitir y al hacer suyos, como prueba documental un informe policial, el que según la jurisprudencia no tiene carácter probatorio, pudiendo solo servir de fundamento a la proposición y examen como testigos de sus producentes».

En referencia al *objeto de prueba*, puede afirmarse que no ha sido definido ni regulado de forma autónoma e independiente por ninguna de nuestras leyes rituales. En relación a él y a los requisitos del *thema probandum*, las previsiones legales del proceso penal cubano han sido muy escasas.

Su definición podría deducirse de lo que han previsto dichas normas sobre la finalidad del *sumario* –tal como lo nombra el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– o *fase preparatoria* –conforme al artículo 104 de las dos leyes que le sucedieron–. Pues, en esencia, la conceptualización del *objeto de prueba* podría concretarse en la comprobación de la existencia del delito, la determinación de la participación de los presuntos responsables y el grado en que tuvo lugar esta.

Relativo a las exigencias del *thema probandum*, la legislación penal solo ha establecido regulaciones sobre la pertinencia y utilidad de los medios de

<sup>3</sup> Sentencia 242 de 22 de julio de 1966; Sentencia 445 de 16 de agosto de 1966; Sentencia 72 de 11 de marzo de 1968; Sentencia 117 de 24 de abril de 1968; Sentencia 269 de 23 de agosto de 1968; Sentencia 321 de 27 de diciembre de 1968; Sentencia 290 de 2 de diciembre de 1969; Sentencia 44 de 20 de enero de 1977; Sentencia 790 de 20 de agosto de 1977; Sentencia 1093 de 25 de noviembre de 1977; Sentencia 1665 de 3 de julio 1978; Sentencia 2551 de 14 de octubre de 1978; Sentencia 3099 de 6 de diciembre de 1978; Sentencia 545 de 29 de enero de 1981; Sentencia 1776 de 30 de marzo de 1981; Sentencia 3090 de 29 de mayo de 1981; Sentencia 6382 de 12 de noviembre de 1981; Sentencia 2333 de 18 de abril de 1985; Sentencia 5151 de 30 de agosto de 1985; Sentencia 2473 de 27 de junio de 1989; Sentencia 570 de 29 de enero de 1992.



prueba, en torno a lo cual se aprecia que las han previsto con gran parquedad, en sentido positivo y de modo conceptual, en tanto solo se han referido a la admisión mediante auto de las pruebas que resulten “pertinentes” (artículos: 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 292 de la Ley 1251 de 1973 y 287 de la Ley 5 de 1977). Así mismo han hecho referencia a los *hechos admitidos* como categoría de exoneración de prueba.

Tampoco se han encargado nuestras leyes de la determinación de lo que resulta o no pertinente en materia probatoria, sino que de ello se ha ocupado el Tribunal Supremo Popular mediante sentencias dictadas resolviendo recursos de casación interpuestos sobre la base de este motivo. Tal como ha dejado expuesto, posee esta cualidad la prueba «que conlleva en sí misma elementos suficientes que contribuyan al esclarecimiento de los hechos o a la debida calificación del delito y de la participación o determinen la variación sustancial del hecho imputado».<sup>4</sup>

La *exoneración de prueba* por recaer sobre los denominados *hechos admitidos*, se reguló en los artículos del 688 al 698 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como «confesión de los acusados en el juicio», en los delitos castigados con pena correccional. Tales preceptos referían que, previa consulta del presidente del tribunal a los representantes de los inculpados en cuanto a la necesidad o no de continuar el juicio oral, podía prescindirse de la práctica de pruebas y dictarse sentencia, sin más trámites, de acuerdo a lo expresado en el artículo 655. Mediante la Sentencia 41 de 2 de junio de 1943 de la sala de lo constitucional del Tribunal Supremo, estos artículos fueron declarados *inconstitucionales*, pues, conforme a lo regulado en el artículo 26 de la Constitución de 1940, se consideraron contrarios al principio de presunción de inocencia.

Otra de las cuestiones esenciales dentro del análisis de los antecedentes de la legislación procesal penal cubana, es la vinculada con el principio de presunción de inocencia, máxime cuando, sin lugar a dudas, se trata de un derecho fundamental. Nuestras leyes procesales no han excluido expresamente la acepción formal o tradicional de la carga de la prueba, sin embargo, su reconocimiento debe inferirse del modo en que han sido expuestas las ideas rectoras del régimen probatorio y los trámites relacionados con este.

<sup>4</sup> Sentencia 70 de 29 de enero de 1992, además de la Sentencia 61 de 18 de abril de 1941, y la Sentencia 2 de 16 de enero de 1943.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no reconoció expresamente en su articulado el principio de *presunción de inocencia*, pero sí se previó luego en el artículo 3 de la Ley 1251 de 1973 y en el artículo 1 de la Ley 5 de 1977, conforme a las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 151 de 10 de junio de 1994. Aunque inexplicablemente la Ley Suprema de 1976, reformada en 1992, no lo consagra en su preceptiva como derecho fundamental, se reconocía en el artículo 26 de la Constitución de 1940.<sup>5</sup>

En artículos de igual orden (el segundo) en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en la Ley 1251 de 1973 y en la Ley 5 de 1977, se regula el principio de objetividad de la investigación o de imparcialidad de los funcionarios judiciales. Así mismo en los artículos 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 278 de la Ley 1251 de 1973 y 273 de la Ley 5 de 1977, se manifiesta el monopolio en el ejercicio de la acción penal en interés y representación de la sociedad por el Ministerio Público y como expresión del principio de *heterotutela*. La proposición de pruebas como requerimiento del escrito de conclusiones provisionales del fiscal instando el ejercicio de la jurisdicción, se preceptúa en los artículos 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 283-285 de la Ley 1251 de 1973; y 278-280 de la Ley 5 de 1977.

Al sustituirse el sistema de instrucción judicial por el de instrucción policial con la Ley 1251 de 1973, en el artículo 109, se instituyeron las funciones del fiscal en el proceso penal, y aunque se conservó igual número y redacción en la Ley 5 de 1977, resultó posteriormente ampliado con el objetivo de delimitar y precisar el papel de los instructores policiales y el del fiscal, lo que se hizo mediante el Decreto Ley 151 de 10 de junio de 1994.

La vigencia del principio *in dubio pro reo* puede argumentarse acudiéndose a la interpretación lógica de los preceptos que han regulado el sobreseimiento provisional (artículos: 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 271 de la Ley 1251 de 1973 y 266 de la Ley 5 de 1977), toda vez que en relación a la carga objetiva de la prueba, ninguna de las mencionadas leyes ha establecido el modo en que deberá proceder

<sup>5</sup> El art. 26 de la Constitución de 1940, refería: «La Ley Procesal Penal establecerá las garantías necesarias para que todo delito resulte probado independientemente del testimonio del acusado, del cónyuge y también de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Se considerará inocente a todo acusado hasta que se dicte condena contra él».



el órgano jurisdiccional ante la existencia del hecho incierto (o la duda) ni tampoco lo han regulado de forma explícita. Resulta lógico que si la duda puede beneficiar al procesado con la paralización de los trámites durante la fase preparatoria cuando aún las diligencias de investigación no tienen naturaleza de prueba, con mayor razón deberá beneficiarle en la etapa conclusiva del proceso, cuando se han practicado todos los medios de prueba sin que se haya logrado desvanecer la misma.

Al revisar los acuerdos, dictámenes, instrucciones y sentencias del Tribunal Supremo Popular, en relación a la carga formal o material de la prueba en materia penal, solo aparecen sentencias resolviendo recursos de casación, que indican la necesidad de probar el delito con independencia del testimonio del acusado, como concreción del principio de *presunción de inocencia*,<sup>6</sup> incluso algunas sentencias de la sala de garantías constitucionales y sociales del propio tribunal, ratifican esta propia posición.<sup>7</sup>

En referencia concreta a los antecedentes de los límites de la actividad probatoria en el proceso penal cubano en función de los derechos fundamentales, o como consecuencia de cualquier otro parámetro, solo dos cuestiones han tenido reflejo en las leyes que han regido el rito punitivo: la proscripción del uso de métodos violentos o coactivos en la toma de declaración, y la relación entre los principios de libertad de las fuentes de prueba y legalidad de los medios de prueba.

El artículo 164 de la Ley 1251 de 1973 y el artículo 166 de la Ley 5 de 1977, ampliaron y precisaron la prohibición de emplear género alguno de coacción o amenaza en la deposición del procesado, impedimento que había sido recogido previamente en el artículo 330 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los preceptos de aquellas, idénticos en su redacción, establecieron de forma genérica que «no se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar», además, a diferencia del citado artículo de la ley española, previeron la nulidad de la declaración obtenida con infracción de este mandato; aunque no instituyeron el incidente de declaración de nulidad de los actos

procesales que se consideran viciados, y que se encuentra previsto en la mayoría de las legislaciones consultadas.

La distinción entre *nulidad absoluta*, *nulidad relativa* e *irregularidad de los actos procesales* no se dispuso de forma general y sistemática en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la que reservó únicamente la vía del recurso de casación para combatir estos defectos, tal como se colige del análisis de sus artículos 911 y 912. Pero el recurso de casación resultaba y resulta un medio insuficiente para lograr ese fin.

Tanto las que le antecedieron como la Ley 5 de 1977, son totalmente omisas en torno a las ilicitudes probatorias y a su aprovechamiento. Ello constituye la razón de que los pronunciamientos del Tribunal de Casación solo versan sobre las que pueden o no considerarse *irregularidades* en la producción de la prueba en el juicio oral. En este sentido pudiera señalarse: a) La celebración del juicio oral sin la presencia del acusado, por no haber sido citado, constituye un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio;<sup>8</sup> b) No es lícito en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal practicar pruebas en que no intervengan las partes;<sup>9</sup> c) El reconocimiento de las firmas de un documento por los acusados no es prueba admisible, pues los procesados y acusados no están obligados a declarar en su propia causa, pudiendo tal particular ser objeto de la confesión o suplirse por la pericial;<sup>10</sup> d) La prueba de confesión del acusado en causa criminal es enteramente voluntaria, y se admite condicionalmente, si se presata a evacuarla, por no tener la obligación sino el derecho de prestar declaración y de contestar o no a las preguntas que se le dirijan conforme al artículo 700 de la Ley Procesal;<sup>11</sup> e) Procede irregularmente la *audiencia* al admitir y al hacer suyos, como prueba documental un informe policial, el que según la jurisprudencia no tiene carácter probatorio, pudiendo solo servir de fundamento a la proposición y examen como testigos de sus producentes;<sup>12</sup> f) Cuando una diligencia de prueba se admite o se practica en términos diferentes de aquellos en que la parte la propuso, resultando ineficaz a los efectos a que se propuso y se protesta oportunamente, se comete el quebrantamiento de forma a que se

<sup>6</sup> Sentencia 2068 de 19 de agosto de 1978.

<sup>7</sup> Sentencia 9 de 29 de julio de 1968; Sentencia 21 de 19 de diciembre de 1969; Sentencia 10 de 5 de mayo de 1970; Sentencia 12 de 5 de junio de 1970; y Sentencia 13 de 23 de junio de 1970.

<sup>8</sup> Sentencia 19 de 4 de febrero de 1930.

<sup>9</sup> Sentencia 83 de 17 de enero de 1985 y Sentencia 2495 de 26 de junio de 1986.

<sup>10</sup> Sentencia 46 de 30 de marzo de 1901.

<sup>11</sup> Sentencia 266 de 11 de noviembre de 1949.

<sup>12</sup> Sentencia 196 de 19 de diciembre de 1919.

contrae el apartado 1º. del artículo 911 de la Ley Procesal;<sup>13</sup> g) La facultad que tienen las partes de promover pruebas durante la celebración del juicio oral está subordinada a la que tiene el tribunal para admitirlas o no, al denegarlas de plano, no incurre en quebrantamiento de forma;<sup>14</sup> h) No constituye delito provocado la utilización de medios inteligentes por los cuerpos de investigación para obtener pruebas de dedicación al tráfico de drogas.<sup>15</sup>

Analizado de esta manera, resulta evidente la necesidad de que la futura ley procesal solucione estas omisiones e inconsecuencias en relación a las ilicitudes probatorias y al aprovechamiento de la prueba obtenida sobre la base de circunstancias ilícitas o incurriendo en violación de los derechos fundamentales.

## 2. La vigente Ley de Procedimiento Penal. Tratamiento a la actividad probatoria a la luz de los derechos fundamentales

Resulta conocido que como consecuencia de la caída del campo socialista (Urss) y de la política de hostilidad de los Estados Unidos hacia la isla, que redundaron en perjuicio socio-económico para el pueblo cubano, a fines de la década de los '80 del pasado siglo, se detuvieron los trabajos que para el perfeccionamiento de la legislación del sistema jurídico penal se realizaban en nuestro país en ese momento.

Sin responder al perfeccionamiento que en verdad requiere la Ley Procesal Penal, a esta norma se le fueron realizando luego modificaciones que, especialmente introducidas por medio del Decreto Ley 151 de 10 de junio de 1994 y, más recientemente, el Decreto Ley 310 de 29 de mayo de 2013, no inciden en su esencia y generalidad, sino que resuelven cuestiones meramente puntuales.

Tal vez por ello las cuestiones relativas a las limitaciones de la actividad probatoria en el proceso penal, de frente a las causas que pudieran convertirla en ilícita, y muy especialmente en materia de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, no encuentran cabida de manera expresa y acabada en nuestro ordenamiento procesal penal.

Entendemos que cabría preguntarse si realmente las transgresiones probatorias a los derechos subjetivos, incluyendo los fundamentales, son de una envergadura tal que impliquen la modificación de la concepción legislativa que actualmente rige en ese sentido, ante lo cual resultan muy ilustrativas las palabras de Dencker, que aunque no se refieren precisamente a la realidad cubana, por el carácter global del fenómeno, consideramos que se ajustan a ella en buena medida. Él estima que «los principios fundamentales de la protección de la comunicación familiar, del derecho a permanecer en silencio del imputado, del secreto médico, etcétera, quedan simplemente vacíos, se convierten en piezas de museo con los nuevos métodos de investigación secretos, llámese a ellos *escuchas* (micrófonos y minicámaras) o intermediadores, agentes provocadores y agentes encubiertos, que en el procedimiento judicial público posterior son, además, exhibidos al público, no obstante que ya carecen de utilidad. Sería al menos más honesto prevenir a quien soporta una persecución penal y a quienes tienen el derecho o la obligación de abstenerse de brindar información mediante una declaración no solo acerca de su derecho de abstención libre frente al funcionario de la persecución penal, sino, además, de su derecho de abstenerse de hablar con su cónyuge y con posibles amigos, como los arrepentidos, los agentes provocadores, los encubiertos y hasta consigo mismo, porque la alcahuetaría y el engaño están permitidos, y porque la observación con métodos técnicos sofisticados es hoy posible y admitida; habría que informarle al imputado y a todos aquellos que pueden o deben abstenerse de brindar información en un procedimiento de persecución penal: puedes callar no solo aquí, sino que te conviene dejar de hablar, incluso con tu cónyuge y contigo mismo, callar para siempre. Según se observa, tanto el derecho a ser informado sobre el derecho a abstenerse de declarar, como el derecho de abstención mismo, quedan derogados».<sup>16</sup>

En ese propio sentido, Maier expone que «el Derecho Procesal Penal se ha convertido en una regulación hipócritamente injusta y deshonestas, y que sus principios básicos han sido vaciados de contenido».<sup>17</sup>

La práctica procesal penal cubana no escapa a los males que señalan Dencker y Maier, pues con la

<sup>13</sup> Sentencia 22 de 26 de noviembre de 1907.

<sup>14</sup> Sentencia 222 de 12 de abril de 1952.

<sup>15</sup> Sentencia 72 de 11 de marzo de 1968.

<sup>16</sup> Dencker: «Criminalidad organizada y procedimiento penal», en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 487.

<sup>17</sup> Julio Bernardo Maier: *Constitución y procedimiento penal*, Bosch ed., Barcelona, 2006, p. 9.

globalización de los adelantos científicos, la introducción progresiva de tecnología y medios sofisticados de todo tipo, el fomento y desarrollo de las tradicionales técnicas “hombre a hombre”, y otras prácticas totalmente independientes de los avances de la ciencia, se favorece en primer lugar el objetivo *supremo* de encontrar la verdad, comprometiendo, en no pocos casos, algunos de los derechos fundamentales, los que para colmo de males, no corresponden únicamente a los inculpados del ilícito penal, sino que involucran también a los de sus familiares, amigos, compañeros, etcétera.

Haciendo una revisión de los principales preceptos de la normativa procesal penal cubana que se vinculan al tema que nos ocupa, encontramos que el último de los preceptos del capítulo dedicado a regular el procedimiento para tomar declaración al acusado,<sup>18</sup> constituye uno de los muy pocos casos en que, expresamente, con el objetivo de respaldar la inviolabilidad de los derechos fundamentales, y con ello tributar al debido proceso, aparecen en la Ley de Procedimiento Penal, cotos a los actos de producción de pruebas. Así, se prohíbe el ejercicio de violencia o coacción sobre cualquier encartado para lograr que declare, y, acto seguido, se sanciona con nulidad a la diligencia que bajo esas circunstancias se realice, lo que constituye una clara manifestación de respeto al derecho a la libertad como derecho fundamental del individuo, incluyendo a quien se encuentre en situación de ser procesado penalmente.

Aunque en ello, tanto la vigente ley como su predecesora, superaron a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) –esta última lo plasmaba en su artículo 330–, pues no se refería a la nulidad del acto realizado bajo tales circunstancias, la regulación que al respecto apareció en la Ley 1251 de 1973 (artículo 164) y en la Ley 5 de 1977 (artículo 166) resulta insuficiente a los fines enunciados, no solo porque no basta con el precitado precepto para entender protegidos los derechos fundamentales durante el proceso penal, sino porque además, ni una ni la otra instituyeron el incidente de declaración de nulidad de los actos procesales que se consideran *viciados*, que como precedentemente expusimos, se encuentra previsto en la mayoría de las legislaciones consultadas.

<sup>18</sup> Artículo 166, Capítulo V “De la declaración del acusado” de la Ley de Procedimiento Penal cubana: «No se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar. Toda declaración obtenida con infracción de este precepto será nula, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda».

De cualquier modo, aun incompleta, la redacción del vigente artículo 166 supera a las ideas de algunos que todavía en época relativamente reciente cuestionaban el derecho de callar. En 1932 el italiano Aloisi sostenía que el imputado no puede negarse a responder al magistrado que lo interroga, ni tampoco puede responder mintiendo, e incluso dicho autor manifiesta su repudio contra quienes piensen diferente, catalogándolo como un «*individualismo ad oltranza*».<sup>19</sup> Así mismo, Manzini considera que reconocer al imputado un derecho subjetivo o cualquier otro interés legítimo de no responder, equivale a desconocer la sujeción que todo imputado debe observar respecto a la autoridad judicial. En su criterio, la ley se limita a no castigar el silencio y a no consentir medios coercitivos para obligar al imputado a responder.<sup>20</sup> También Foschini opina que no puede en absoluto hablarse de un derecho de no responder, y menos aún de un derecho de mentir: «Debe descartarse que la mentira y la reticencia sean algo más que simplemente toleradas».<sup>21</sup>

En contraste con estas posiciones se encuentra la de Cordero, que es representativa de la actual tendencia doctrinal italiana, para la que el derecho de defensa implica el derecho de callar y de mentir, y considera asimismo –criterio que compartimos íntegramente– que la obligación jurídica a la veracidad, cualesquiera que sean las motivaciones que para ella se tengan, es una idea difícilmente compatible con una sociedad de hombres libres.<sup>22</sup>

El propio Tiberino Pacheco hace referencia a que en Costa Rica, desde la Constitución de 1949, se reconoce formalmente que «en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo»<sup>23</sup>. De igual modo destaca que la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que «durante el proceso» ha de respetarse el «derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable» (artículo 8.2.g.) y que el Código de Procedimientos Penales prescribe la obligación del juez de

<sup>19</sup> José María Tiberino Pacheco: *Acerca de la declaración del imputado*, Colex, Madrid, 1996, p. 6. Cita a Foschini: *El interrogatorio del imputado*, p. 51, que a la vez cita a Aloisi.

<sup>20</sup> *Ídem.*, p. 163. Cita a Manzini: *Tratado de Derecho Procesal Penal Italiano*.

<sup>21</sup> *Ídem.*, p. 51. Cita a Foschini: *El interrogatorio del imputado*.

<sup>22</sup> *Ídem.*, p. 224. Cita a Cordero: *Procedimiento Penal*, 1985.

<sup>23</sup> *Ídem.*, p. 7. Hace referencia al art. 36 de la Constitución de Costa Rica.



informar «detalladamente al imputado (...) que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad» (artículo 278).<sup>24</sup>

De modo que, hasta cierto punto, la redacción del artículo 166 de nuestra legislación procesal penal resulta loable, pero sucede que la declaración del acusado no es el único acto que integra la actividad probatoria del proceso penal, lo que implica que la declaración de nulidad a la que se refiere el artículo 166 de la legislación vigente, deviene extremadamente exigua a los efectos de lograr contrarrestar la producción de pruebas que violenten el derecho a la libertad o cualquier otro de los derechos y garantías fundamentales, pues resulta obvio que el manto protector que el precepto concibe, solo se extiende sobre una minúscula parte de los presuntos actos probatorios del proceso.

A nuestro juicio, no existe justificación para que la posibilidad de declaración de ineficacia que en el comentado caso se concibe para la manifestación obtenida sobre la base de violencia o coacción, no se extienda también sobre cualquier otro acto de prueba que infrinja las normas que con carácter constitucional reconocen derechos a los ciudadanos. Por la misma razón y con la misma fuerza, debieran tutelarse en este sentido, por ejemplo: el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la debida información, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, a la defensa, a la presunción de inocencia, al acceso a la justicia, al debido proceso, etcétera.

La ausencia de la posibilidad de declaración de nulidad de los actos probatorios en sentido general, trae implícita la inexistencia de regulación sobre el procedimiento para interesarla, de modo que el legislador ha obviado tanto una cosa como la otra. Nos afiliamos a la idea expuesta por Arranz Castellero al valorar el tema, de que debiera instituirse un procedimiento de carácter incidental que «posibilite a las partes solicitar la ineficacia del acto defectuoso y su consecuente subsanación».

Como la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni siquiera regulaba la posibilidad de hacer nula la manifestación ofrecida por el encartado bajo circunstancias que así lo aconsejaran, tampoco concibió una causal de recurso de casación sustentada en ese extremo, lo que condujo a que las leyes posteriores (Ley 1251 de 1973 y Ley 5 de 1977)

que reprodujeron en esencia la preceptiva que al respecto contenía la LECrim, se apropiaran también de estas limitaciones. La falta de un motivo casacional para combatir la sentencia que se hubiese dictado sobre la base de la declaración de un acusado obtenida con el empleo de violencia o coacción, riñe con el contenido del artículo 166 de la propia Ley de Procedimiento Penal y, trascendentemente, contra lo dispuesto en el último párrafo del artículo 59 de la Constitución.

De manera general, no existe en nuestra Ley Procesal Penal una causal de casación que se sustente en la ineficacia o ilicitud de la prueba o los actos de prueba sobre los cuales se hubiese erigido la consideración que condujo al fallo que se combate. Ello torna difícil la misión de lograr que sea revocada la sentencia dictada en tales circunstancias, y en absurdamente compleja la labor de señalar y atacar violaciones de derecho tan trascendentes como estas.

No obstante a que la posibilidad del recurso sería “algo” en la “nada”, no debemos dejar de señalar que coincidimos con Arranz Castellero en referencia a que el recurso de casación, como único cauce para denunciar estos vicios, resultaría limitado, tardío y costoso, toda vez que es un medio de impugnación reservado contra las resoluciones que ponen fin al proceso, con lo cual, tiene lugar comúnmente contra las sentencias. Es decir, cuando ha concluido el proceso, sin dejar de considerar que el acto viciado produce una reacción en cadena que infecta a los que se hayan realizado con posterioridad a él, por lo que consiguientemente, la declaración de nulidad deberá extenderse a todos; debiéndose retrotraer el proceso al momento inicial en que se produjo el defecto.

En cuanto al procedimiento de revisión, regulado en los artículos 455 y siguientes de la Ley 5 de 1977, el Decreto Ley 87 de 22 de julio de 1985 le hizo sensibles modificaciones, dentro de las que estuvo la introducción en la jurisdicción penal ordinaria de la causal 10 del artículo 456, según la cual esta acción impugnativa podría plantearse contra sentencias definitivas y firmes cuyo contenido no se ajustase «a las pruebas practicadas durante el proceso o no se hayan apreciado circunstancias que puedan tener influencia en el fallo dictado».<sup>25</sup> Con ella se abre una

<sup>24</sup> José María Tiberino Pacheco: *Op. cit.*, p. 6.

<sup>25</sup> Marcelino Díaz Pinillo: «Consideraciones sobre el Decreto Ley 87», en *Revista Jurídica*, no. 17, oct.-dic, 1987, año V, Ministerio de Justicia, La Habana, 1988, pp. 45 y ss.



posibilidad –aunque lejana y tardía–, de enfrentar a las decisiones judiciales apoyadas en elementos de prueba que estuviesen comprometidos con el respeto a los derechos fundamentales o con cualquier otra causa que pudiera conducir a la ineficacia de la prueba.

A través del Acuerdo 172 de 27 de noviembre de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, se adoptó un grupo de medidas que significaron también un giro en las formalidades relativas al principio de libre valoración de la prueba, lo que se hizo para que el tribunal de revisión, de acuerdo a lo previsto en dicha causal, pudiera evaluar la correspondencia entre resultancia probatoria y pruebas practicadas durante el proceso. Tal como hemos comentado con anterioridad, estuvieron dirigidas fundamentalmente a perfeccionar el registro de las actuaciones del juicio oral y a establecer la sentencia motivada.

El análisis del artículo 357 de la Ley Procesal permite concluir que al no preverse de manera expresa en la legislación vigente ninguna regla especial para la valoración de las pruebas, tampoco se incluye disposición alguna en relación a la prueba ilícita, o a la prueba contraria al ejercicio de los derechos fundamentales, o a la imposibilidad legal de utilizar las pruebas obtenidas en circunstancias similares, pues se limita a exponer que «el tribunal dicta la sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio», lo cual consagra el principio de la prueba libre; el que sin embargo, no implica que pueda el tribunal resolver a su capricho, sin seguir las pautas de la lógica y la razón, ni en particular que esté exento de dar cuenta o argumentar su decisión.

Dentro de las cuestiones que taxativamente se exponen en el artículo 290 de la Ley de Procedimiento Penal cubana como objeto de artículos de previo y especial pronunciamiento, tampoco se reconoce la ineficacia probatoria provocada por violación de los derechos fundamentales o por cualquier otro motivo que haga nula la prueba en la que se sustenta la imputación. Dicha sistemática bien pudiera variarse, pues, dado el hecho de que los artículos previo especial pronunciamiento se han concebido como un filtro del proceso, es decir, para evitar que pasen al juicio oral aquellas causas que no reúnan las condiciones idóneas para ello, sería atinado que se incluyera la prueba viciada (con vicio de nulidad absoluta) como circunstancia que conlleve, tal como prevé el artículo 300, al sobreseimiento libre.

Ante insuficiencias legislativas como las nuestras, fuera de Cuba<sup>26</sup> se ha llegado a admitir reclamaciones de nulidad de esta índole a través de los artículos previo especial pronunciamiento, justificando este proceder en razones de economía procesal, en el saneamiento que tiene por propósito este trámite y en que la enumeración de motivos que en él se establecen se hace como *numerus apertus*. Valoramos de positiva esta solución, pues aunque los motivos por los que procede este trámite están taxativamente previstos en la ley, la realidad fáctica demuestra que no todos los que pueden producir impedimentos al ejercicio de la acción penal y al mismo desarrollo del juicio, han sido convenientemente registrados en el artículo 290 de la vigente ley procesal, por lo que podría afirmarse el carácter ejemplificativo de su previsión.

En la dirección en la que realizamos el estudio del tema que nos ocupa, no puede dejar de mencionarse el artículo 109 de la vigente Ley de Procedimiento Penal, el que, si bien está básicamente dirigido a referir las funciones del fiscal dentro del proceso penal, señala que esas funciones deben ser cumplidas en aras del respeto a la legalidad socialista en sentido general, y en particular a la dignidad del ciudadano y a sus derechos, que no pueden ser sometidos a restricciones ilegales.<sup>27</sup> En nuestra opinión, aun cuando no se ubica en el lugar adecuado dentro de la norma, y pudiera ser redactado de manera que abarque la generalidad del proceso y de los que intervienen en él, constituye un claro reconocimiento a la inviolabilidad de los derechos ciudadanos en el marco de la actividad procesal, máxime si se trata de los derechos fundamentales a los que venimos haciendo referencia.

No obstante y aunque pudiera parecer insignificante, consideramos que no es adecuado el orden que en el mencionado artículo se le concede a las cuestiones que deben ser garantizadas por el fiscal, pues

<sup>26</sup> Tribunal Supremo de España, fundamentalmente después de aprobada la Constitución de 1978.

<sup>27</sup> Art. 109 de la Ley de Procedimiento Penal cubana, Ley 5 de 1977, refiere que «el fiscal, como responsable de la legalidad socialista, garantiza que: 1. Se esclarezcan los actos punibles, se establezca la verdad objetiva y sean acusadas ante los tribunales las personas que los hayan cometido; 2. Se respete la dignidad del ciudadano y que en ningún caso se le someta a restricciones ilegales de sus derechos; 3. Se cumplan estrictamente la ley y demás disposiciones legales en las actuaciones de la instrucción que durante la fase preparatoria realiza el Instructor».

sin lugar a dudas, la dignidad del ciudadano y el respeto irrestricto a sus derechos ante presuntas ilegalidades (apartado 2), debieran ubicarse como objetivo supremo, incluso antes del esclarecimiento de la verdad de los hechos relativos al presunto delito (apartado 1), y así mismo ocurre con el estricto cumplimiento de la ley en las actuaciones de la instrucción, que debe prevalecer sobre el afán de conocimiento de la verdad objetiva. Debido a lo anterior, respetando la enumeración que cada uno posee en la actualidad, los reorganizaríamos con la secuencia 2, 3, 1, única verdaderamente consecuen- te con los principios del Derecho Constitucional y como derivación de este, de un Derecho Procesal Penal garantista.

La sistemática del artículo 109 constituye un reflejo del espíritu del resto de la legislación procesal, en la que, a diferencia de las foráneas, comparativamen- te vistas, no se incluyen pronunciamientos expresos sobre la posibilidad de combatir y declarar la inefi- cacia de los actos probatorios contrarios a los dere- chos fundamentales, o ilícitos por otros motivos.

Resulta justo que señalemos también que en la va- loración en torno a la pertinencia de la utilización de la prueba, sobre la base de los fundamentos que hemos expuesto, ha de realizarse un análisis casuís- tico de cada situación concreta, ponderando los in- tereses en conflicto, apreciando las circunstancias específicas de cada caso y observando que realmen- te se produzca, con la vulneración de la formalidad procesal, un quebrantamiento de los derechos fun- damentales, o inequidad y desequilibrio entre las partes, que en definitiva es la finalidad esencial del derecho a un proceso con todas las garantías.

En este sentido, estimamos atinado el criterio de Tiberino Pacheco en censura a la posición extre- ma, pues considera que olvidar que el proceso es un instrumento de justicia y no un instrumento de la impunidad, constituye un peligro encubierto que atenta contra el debido proceso. Estima además que el proceso no solo debe aportar garantías al imputa- do, sino que también debe ser un medio de defensa social, y que el éxito depende de encontrar el punto de equilibrio, el justo medio aristotélico.<sup>28</sup>

Coincidimos en que la cuestión no radica en que cualquier irregularidad de los actos probatorios deba conducir a la nulidad de la diligencia en cuestión,

pues reconocemos la existencia de situaciones en las que la inobservancia de las formas procesales no merece o no cumple las exigencias de ese calificati- vo, pues estas son relativas a la legalidad ordinaria o a cualquier otro derecho no fundamental. Se trataría entonces del grupo de casos al que pudiera llamarse *prueba irregular*; y que, siendo consecuentes con la sistemática expuesta en el capítulo precedente, co- rresponde a las limitaciones que establecen prohibi- ciones de carácter relativo.

En consecuencia con lo expuesto, debiera modifi- carse la ley procesal, no solo en el sentido de fran- quear la posibilidad de declarar la ineficacia de los actos de prueba cuya producción o utilización sea contraria a los derechos fundamentales, sino ade- más instrumentar el mecanismo para llevarlo a vías de efecto e introducir en ella la necesaria distinción entre los diferentes tipos de nulidades e irregulari- dades procesales.

No se concibe que en la Ley Procesal Penal cubana, que forma parte de un ordenamiento jurídico cuya Carta Magna está presidida por el anhelo martiano de que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hom- bre,<sup>29</sup> no se incluya la normativa que adecuada y cer- teramente permita la inutilización de los elementos probatorios que sean contrarios a los derechos fun- damentales del individuo.

<sup>28</sup> José María Tiberino Pacheco: *Debido proceso y pruebas penales*, Colex, Madrid, 1993, p. 6.

<sup>29</sup> En el preámbulo de la Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, se declara la voluntad de que la ley de leyes de la República esté presidida por las ideas de José Martí Pérez: «Yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre».



## **Normas editoriales**

### **Revista de la Abogacía**

1. Los artículos serán enviados al Consejo Editorial de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, quienes decidirán su publicación.
2. Serán presentados en papel 8½ x 11 cm, en letra Arial 12 puntos a espacio y medio y una copia en soporte digital en Word.
3. Cada artículo no excederá de las 10 páginas.
4. El título de cada capítulo irá en mayúscula y en negrita, y a continuación el nombre o nombres de los autores con los dos apellidos, unido a un asterisco, que a pie de página mostrará su categoría profesional y donde labora.
5. Las expresiones en latín o en cualquier otro idioma se harán en cursiva.
6. De llevar notas se ubicarán a pie de página, al igual que las referencias bibliográficas, donde aparecerán solo el autor (nombre y apellidos), obra y página (p.) o páginas (pp.) consultadas, pues los demás datos los recogerá la bibliografía.

#### *Ejemplo:*

<sup>2</sup> H. Devis Echandía: *Teoría general del proceso civil*, pp. 34-42.

7. El párrafo de los textos se hará del tipo español (con sangría la primera línea), en tanto las notas y referencias bibliográficas en párrafo francés (todas las líneas sangradas menos la primera).
8. Se emplearán las comillas angulares o españolas (« ») y las inglesas (“ ”) de haber un entrecorillado interior en las anteriores (« “ ” »).

#### *Ejemplo:*

«El juez puede considerar los cargos oficiales del testigo como “justo motivo” para dispensarlo de declarar».

1. Al final cada artículo incluirá una bibliografía, ordenada alfabéticamente por el primer apellido de autor, y en el que incluirá los siguientes datos, con el signo de puntuación que se indica:
  - a. Apellidos y nombre del autor (:)
  - b. Título de la obra (en cursiva) (,)
  - c. Título del artículo (entre comillas) y a continuación la obra (en cursiva) de donde es tomado (,)
  - d. Tomo (t) (de llevarlo) (,)
  - e. Edición (ed.) de ser más de una (,)
  - f. Editorial (Ed.) (,)
  - g. País (,)
  - h. Año (.)

#### *Ejemplos:*

Devis Echandía, H.: *Teoría general del proceso civil*, t. II, 3.<sup>a</sup> ed., Ed. Universidad, Argentina, 1995.

Rivero García, D.: «La defensa penal en la fase preparatoria: momento de intervención del defensor y aseguramiento del imputado», en *Boletín ONBC*, La Habana, no. 48, abr.-jun. 2013.

*Nota:* Aquellos artículos que no cumplan con estas Normas Editoriales correrán el riesgo de ser rechazados.