
SUMARIO

- 3 • Protección de la propiedad intelectual
Tendencias más recientes de la jurisprudencia cubana
Esp. Orlando González García
- 12 • *La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad (I)*
Dra. Caridad del Carmen Valdés Díaz
- 44 • *La mujer en la administración de justicia*
Esp. María E. Milanés Torres y Esp. Gladys Cabrera Bermúdez
- 58 • Derecho penal
Para una definición de funcionario público
Lic. Yéldiz Yin Cabrera
- 82 • *Aproximación a la definición de interés superior del niño*
M.Sc. Jetzabel M. Montejo Rivero y M.Sc. Luz M. Hernández Sosa
- 88 • *Función saneadora de la audiencia familiar*
Esp. Laura I. Castillo Hernández y Esp. Dianelys Machín Acosta
- 100 • Legislación civil
Representación de la persona jurídica
Lic. Yunieska Gómez Montero
- 120 • Proceso civil
Derechos y garantías de los terceros
M.Sc. Caridad K. Pimentel Rueda y Lic. Gladys Peña Palomino
- 128 • *Incumplimiento de obligaciones contravencionales*
Esp. Yoel Quinta Arango
- 140 • *La reparación del daño moral ante un ilícito penal*
Esp. Carmen Julia López Gavilán
- 151 • *Actualidad judicial*
Lic. Sergio Ravelo López
- 154 • *Evitemos incorrecciones (III, final)*
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

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

Director

Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez

Consejo editorial

Presidenta

Dra. cor. Lourdes M. Carrasco Espinach

Demás miembros

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro

M.Sc. Narciso A. Cobo Roura

Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Lic. Andrés R. Bolaños Gassó

Esp. María Caridad Bertot Yero

Compilación

Lic. Celaida Rivero Mederos

Composición y diseño

Lic. Ramón Caballero Arbelo

Edición y corrección

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Lic. Norma Castillo Falcato

Nota: Los trabajos expresan los criterios de los autores.

Redacción

Avenida Independencia, entre Tulipán y Lombillo,

Plaza de la Revolución, La Habana

Teléfono: (537) 855 5035, extensión 184

E-mail: celaida@tsp.cu; ravelo@tsp.cu

ISSN 1810-0171

Publicación semestral

Año 9, No. 16, junio de 2011

TENDENCIAS MÁS RECIENTES DE LA JURISPRUDENCIA CUBANA

*Esp. Orlando González García,
juez profesional, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP*

EL PRESENTE ARTÍCULO muestra una visión acerca de la protección jurídica de la propiedad intelectual en Cuba y de sus actuales tendencias jurisprudenciales.

El Estado cubano brinda especial protección a las diferentes creaciones del intelecto humano que conforman el amplio espectro de la propiedad intelectual, que abarca, por supuesto, todas las modalidades que conforman la propiedad industrial y el derecho de autor. A esos efectos, Cuba es miembro de la Organización Mundial de Comercio (OMC) desde 1995, y signataria de las principales convenciones y acuerdos internacionales en esta esfera.

La Constitución de la República de Cuba consagra el Artículo 39, apartados ch) y e), a la libertad de creación artística e investigativa en el plano científico, a cuyo efecto estimula y viabiliza la realización de investigaciones que mejoren el estado de la técnica y la ciencia en interés de toda la sociedad y, en los artículos del 21 al 23, reconoce la propiedad personal y colectiva sobre los bienes y derechos que se posean por justo título, entre los que se encuentran los derivados de la actividad intelectual del individuo.

La protección dispensada a la propiedad intelectual, en primer orden, se manifiesta en la existencia de órganos estatales especializados rectores en cada uno de los dos grandes campos que abarca: la propiedad industrial y el derecho de autor, que tienen a su cargo, en estrecha colaboración, la implementación de la política trazada por la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la legislación complementaria vigente reguladora de los disímiles aspectos que la conforman y que relacionamos seguidamente.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

La Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (OCPI) es el órgano estatal subordinado al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, responsabilizado con el establecimiento del régimen legal, la política, gestión y gerencia de la propiedad industrial, y la prestación de los servicios inherentes a la materia.

La OCPI, entre sus funciones, tiene las siguientes:

1. Propone la política y las leyes del Estado en materia de propiedad industrial y, una vez aprobadas,

las dirige, coordina, controla y las ejecuta.

2. Elabora, propone y lleva a cabo las demás disposiciones necesarias para implementar la política estatal para la protección de la propiedad industrial.
3. Tramita y registra las solicitudes de protección en el país de las diferentes modalidades de la propiedad industrial, presentadas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, y ejecuta todas las acciones relacionadas con el mantenimiento y modificación de los derechos adquiridos.
4. Representa a Cuba ante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y demás organizaciones internacionales, en lo relativo a propiedad industrial.
5. Evalúa y propone la adhesión o renuncia de Cuba a los acuerdos multilaterales y bilaterales en esta materia.
6. Establece acuerdos de cooperación respecto a la propiedad industrial con otras instituciones extranjeras.
7. Cumple y controla, en el marco de su competencia, el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los acuerdos multilaterales y bilaterales relativos a la propiedad industrial de los que Cuba es parte.
8. Elabora, propone y aplica las tarifas de los servicios que brinda la Oficina.
9. Publica el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial* y otros documentos relacionados con la actividad.

El marco legislativo está conformado por las siguientes normas y su legislación complementaria.

Inventiones, dibujos y modelos industriales

- Decreto Ley No. 68, de invenciones, descubrimientos científicos, modelos industriales, marcas y denominaciones de origen, de 14 de mayo de 1983. Adecua la legislación a las nuevas condiciones de la economía, introduce la figura del certificado de autor, y las cuestiones relativas a los descubrimientos científicos y la transferencia de tecnología, entre otros.
- Decreto Ley No. 160. Facilita la presentación y modificación de solicitudes de patentes para productos farmacéuticos y químicos destinados a la agricultura, de 9 de junio de 1995. Modifica lo establecido al respecto por el Decreto Ley No. 68.
- Resolución No. 999, del Presidente de la Academia de Ciencias de Cuba, de 13 de junio de 1983. Establece disposiciones complementarias de índole procesal al Decreto Ley No. 68.
- Resolución No. 72, de la Ministra de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, de 11 de julio de 2002. Modifica las normas para la aplicación del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) en Cuba.
- Resolución No. 50, del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, de 30 de abril de 2004.

Pone en vigor el uso obligatorio de la Norma ST-25, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, para las solicitudes de invenciones que incluyan secuencias de nucleótidos y aminoácidos.

- Resolución No. 2416, de la Directora de la OCPI, de 17 de octubre de 2003. Pone en vigor las tarifas concernientes a los trámites relativos a las modalidades de invenciones y modelos industriales a partir del 15 de noviembre de 2003.
- Resolución No. 1100, del Presidente de la Academia de Ciencias, de 8 de noviembre de 1983. Aclara lo establecido en la Resolución No. 999/83, en lo relativo al término de contestación de los requerimientos oficiales y al pago por la concesión de solicitudes.
- Resolución No. 2496, de la Directora general de la OCPI, de 5 de mayo de 2000. Establece las tarifas relativas a la actividad de registro de las marcas, nombres comerciales, emblemas comerciales, rótulos de establecimientos y lemas comerciales.
- Resolución conjunta No. 1, de los ministerios de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, y de Comercio Exterior, de 15 de junio de 1998. Pone en vigor los lineamientos e indicaciones generales que han de cumplir las entidades constituidas por capital cubano en materia de marcas comerciales.

Marcas y otros signos distintivos

- Decreto Ley No. 203, de 24 de diciembre de 1999. Deroga lo relativo a marcas y otros signos distintivos en el Decreto Ley No. 68, y regula las relaciones jurídicas recíprocas que se establecen en la solicitud, tramitación, gestión administrativa, concesión y observancia de los derechos de propiedad industrial.
- Resolución No. 63, Reglamento del Decreto Ley No. 203, de la Ministra de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, de 22 de mayo de 2000. Establece disposiciones complementarias de índole procesal al Decreto Ley No. 203.

Acerca de indicaciones geográficas

- Decreto Ley No. 228. Regula la protección de las indicaciones geográficas como objeto de derechos de propiedad industrial.
- Resolución No. 1868, de la Directora general de la OCPI, de 5 de mayo de 2000. Establece las tarifas relativas a la actividad de registro u otros servicios relacionados con las indicaciones geográficas.

Otras disposiciones jurídicas

- Resolución No. 21/2002. Puso en vigor el sistema nacional de propiedad industrial, definió sus objetivos generales, y los lineamientos metodológicos para el diseño y la organización de los sistemas in-

ternos en los órganos, organismos, empresas, instituciones y el sector cooperativo.

- Resolución No. 659, Reglamento de agentes oficiales y representantes de propiedad industrial, de la Directora general de la OCPI, de 20 de marzo de 2002.
- Resolución No. 1194, de 4 de abril de 2008, de la Directora de la OCPI, que aprueba el nuevo sistema de formularios para las diferentes modalidades de la propiedad industrial y deroga la Resolución No. 2779 de 2005.
- Resolución No. 2620, de la Directora general de la OCPI, de 15 de junio de 2000. Establece el procedimiento para el servicio de búsqueda que presta la OCPI, previo al trámite de registro de nombres de dominio que debe realizarse.

DERECHO DE AUTOR

El Centro Nacional de Derecho de Autor, conocido por las siglas CENDA, fue creado el 21 de febrero de 1978 por el Decreto No. 20, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, y es el órgano rector en esta esfera.

Las bases de la política cultural cubana determinan que los valores culturales y la creación intelectual y científica deben ser de beneficio universal, y a esos efectos el país propugna fórmulas que permitan a todos los pueblos el más amplio acceso a la cultura y la ciencia. Reconoce, asimismo, a los creadores

el derecho de retribución por los frutos de su trabajo intelectual.

El CENDA surgió por iniciativa y a propuesta del Ministerio de Cultura. Su misión está diseñada para contribuir a la creación de condiciones jurídicas, morales y materiales propicias para el trabajo de escritores y artistas y para el fomento de la creación. Tiene, además, funciones derivadas del ejercicio de los derechos de autor: otorgamiento de licencias de uso de obras protegidas, cobro y distribución de la remuneración establecida por ese uso, entre otras. Además, tiene asignada la participación en las actividades de las organizaciones internacionales en el campo del derecho de autor. Su antecedente institucional más inmediato fue el Instituto Cubano de Derechos Musicales.

La labor del CENDA en la actualidad se dirige fundamentalmente a proporcionar un contexto jurídico adecuado en el sistema de relaciones que se establecen en torno a la utilización de obras intelectuales y el ejercicio de los derechos de autor. Sus tareas principales se vinculan a:

1. Reglamentación de la Ley del derecho de autor
2. Elaboración de proyectos legislativos para complementar y actualizar la Ley del derecho de autor
3. Emisión de licencias de uso de obras
4. Registro de obras
5. Emisión de los dictámenes legales y disposiciones aclaratorias
6. Solución de reclamaciones

El CENDA presta atención a la formación de especialistas en Dere-

cho de autor, mediante la participación e implementación de cursos y adiestramientos, y el incremento permanente de sus fondos bibliográficos.

El marco legislativo vigente en esta esfera está conformado por las siguientes normas y su legislación complementaria:

- Ley No. 14, de 28 de diciembre de 1977, sobre derecho de autor.
- Decreto Ley No. 156, de 28 de septiembre de 1994, extensivo del período de vigencia del derecho de autor.

En el acontecer cubano, destaca el accionar de sociedades de gestión colectiva de derecho de autor, tales como la Agencia Cubana de Derecho de Autor Musical (ACDAM), creada por la Resolución No. 150 de 1986; la Agencia de Autores Visuales (ADAVIS), para los creadores de la plástica, instituida por la Resolución No. 119, de 2001, ambas del Ministro de Cultura. Para otras manifestaciones artísticas, existen agencias de representación creadas por la Resolución No. 61 de 1993, del Ministro de Cultura.

En el marco de un eficaz ámbito legislativo propio, además de la actividad de órganos especializados en la propiedad intelectual, en la efectiva protección de los derechos de esta naturaleza inciden otras entidades del Estado, tales como la Aduana General de la República, mediante la implementación de efectivas medidas en frontera que neutralizan las acciones infractoras, contenidas en el Decreto Ley No. 162, de 4 de abril de 1996, y la Resolución No. 25, de 24 de septiembre de 2001, dicta-

da por el jefe de dicha entidad; y la Fiscalía General de la República, que tiene a su cargo el procesamiento penal de los responsables de aquellas infracciones de los derechos derivados de la propiedad intelectual que pudieran constituir delitos.

El Código penal, en el Artículo 226, prevé el delito de difusión ilegal y uso no autorizado de invento; el 227, apartado d), bajo el rubro de infracción de las normas de protección de los consumidores, proscribire la actividad comercial con infracción de marcas; y el 246 regula el tráfico y falsificación de obras de arte.

Además de ello, rige la garantía del amplio acceso de los ciudadanos y personas jurídicas, en tanto titulares de derechos de propiedad intelectual, a una eficaz y rápida tutela judicial ante la jurisdicción contenciosa civil frente a vulneraciones de tales derechos y la posibilidad de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa para interpelar decisiones de los órganos especializados (OCPI y CENDA), adoptadas en las esferas de su respectiva incumbencia.

ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

En lo referente a marcas y otros signos distintivos, el Artículo 124 del Decreto Ley No. 203 concede acción contra las resoluciones dictadas por la OCPI a quienes se consideren afectados en sus derechos o intereses legítimos en esta esfera, sean personas naturales o jurídicas, que podrán establecer la correspondien-

te demanda en proceso administrativo ante la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, única con competencia nacional en dicha materia, dentro del término de 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución que consideren nociva.

La competencia viene constreñida a la aludida sala en virtud de lo previsto en el Artículo No. 663 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), en el sentido de que conocerá, además, de las pretensiones que se formulen contra las disposiciones de carácter general y las resoluciones emanadas de las instancias superiores de los organismos de la Administración Central del Estado, carácter que asiste tanto a la OCPI como al CENDA, con sede en La Habana y, respectivamente, adscriptos al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, y al Ministerio de Cultura.

En lo referente a invenciones, descubrimientos científicos y modelos industriales, el Artículo 182 del Decreto Ley No. 68 concede acción contra las resoluciones de la mencionada Oficina ante la propia sala y en el término consignado. De reciente promulgación, el Decreto Ley No. 228, sobre indicaciones geográficas, mediante el Artículo 43, establece similar posibilidad de impugnación de las resoluciones que dicta la OCPI en este sentido.

La protección a la creación artística se materializa a través de lo dispuesto en el Artículo 50 de la Ley No. 14 de 1977, "Ley de Derecho de

Autor", que posibilita encausar ante la jurisdicción penal a sus infractores, por lo que pueden los afectados ejercer a esos fines las acciones correspondientes. No obstante ello, conforme a lo establecido por la Resolución No. 156, de 13 de noviembre de 2002, del Ministro de Cultura, el Director general del CENDA está facultado para dilucidar solicitudes y reclamaciones en materia de derechos de autor y, según determina la Resolución No. 162, de 15 de noviembre de 2002, del Ministro de Cultura, que norma el procedimiento en tales casos, las resoluciones que dicte el Director general del CENDA son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En los procesos administrativos en propiedad intelectual que conozca la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, es posible que se interese y se decrete la suspensión del acto objeto del proceso, a tenor de lo previsto en el Artículo No. 692 de la LPCALE, lo que constituye una excepción al principio de inmediata ejecución del acto administrativo, pese a su impugnación judicial; ello, previa prestación de fianza a cargo del solicitante.

La función jurisdiccional administrativa es meramente revisora del acto emanado del órgano especializado en propiedad intelectual que ha sido objeto de impugnación, por lo que, una vez confirmado, lo concerniente a su ejecución corresponderá a dicho órgano; y, en el supuesto de que fuere parcial o completamente revocado, deberá dictar nueva reso-

lución en un término que no excederá de 30 días hábiles, una vez recibido el expediente gubernativo, que se ajuste a lo declarado en la sentencia, contra la que no cabe ulterior impugnación y resulta de obligatorio cumplimiento lo dispuesto para las partes.

ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA CIVIL

El Artículo No. 125 y los siguientes del Decreto Ley No. 203 regulan las acciones que podrán ejercerse en proceso ordinario civil por infracciones de derechos conferidos en virtud de dicha norma y reconocidos por la OCPI, y las medidas de índole cautelar y de otra naturaleza que podrá contener el fallo judicial para garantizar el cese de la perturbación comprobada.

En lo concerniente a patentes de invención, dibujos y modelos industriales, el Decreto Ley No. 68 de 1983 no contiene norma expresa que autorice el ejercicio de acciones civiles por infracción de derechos reconocidos por la OCPI; tampoco ocurre con la Ley No. 14, de derecho de autor, respecto a derechos de tal naturaleza reconocidos por el CENDA, que solo franquean expresamente la acción penal. En tales casos, las acciones civiles que ante los tribunales podrán ejercer los eventuales perjudicados, titulares de derechos de propiedad intelectual, contra los infractores de tales derechos, tendrán amparo en la legislación sustantiva general (el Código ci-

vil, que, en los artículos del 81 al 88, regula lo concerniente a la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos).

Para conocer de tales demandas, resultan competentes las salas de lo civil de los tribunales provinciales populares, a tenor de la regla que establece el Artículo 6, apartado séptimo, de la LPCALE, y su sustanciación se acomodará a los trámites previstos para el proceso ordinario, de conformidad con la previsión contenida en el Artículo 223, apartado tercero, de la propia ley adjetiva.

El tribunal cuenta con una amplia gama de medidas cautelares para salvaguardar el ulterior cumplimiento de la sentencia y el inmediato cese de los efectos del acto perturbador del derecho de propiedad intelectual que originó la interposición de la demanda por su titular, reguladas en el Artículo 803 de la LPCALE, entre las que se encuentran:

- a) Embargo preventivo de bienes
- b) Secuestro de bienes en litigio
- c) Anotación preventiva en registro público
- d) Depósito temporal de bienes
- e) Aseguramiento de medios probatorios
- f) Suspensión o abstención de actividad o conducta determinada
- g) Cualquier otra medida orientada a garantizar la eficacia del proceso

En lo referente a marcas, el Artículo 126 del Decreto Ley No. 203 faculta al tribunal que conozca de demanda por infracción para adoptar las siguientes medidas:

- a) Cese de los actos que constituyen infracción

- b) Reparación de daños materiales
- c) Indemnización de los perjuicios
- d) Embargo de productos
- e) Prohibición de importación y exportación
- f) Entrega en propiedad de los productos al titular afectado
- g) Destrucción de productos, materiales o medios
- h) Reparación del daño moral
- i) Publicación de la sentencia y notificación a costa del demandado

De lo expuesto, podemos concluir que el Estado cubano garantiza amplio acceso a la justicia y esta se imparte de manera eficaz y con celeridad por los tribunales competentes en cuanto a propiedad intelectual, lo que asegura tutela judicial efectiva y protección real de los derechos de tal naturaleza, previamente reconocidos por los órganos especializados.

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

Los tribunales de justicia actúan como garantes finales del acatamiento de los derechos reconocidos en materia de propiedad intelectual, si bien en Cuba resultan de escasa incidencia las demandas de esta naturaleza interpuestas ante la jurisdicción contenciosa civil o administrativa.

La Ley No. 82 de 1997, que regula la organización del sistema judicial cubano, en el Artículo 4, apartados d) y e), establece que la función judicial tiene como principales objetivos proteger la propiedad personal de los ciudadanos y las demás for-

mas de propiedad que la Constitución y las leyes reconocen; también, amparar los derechos e intereses legítimos de los órganos, organismos y demás entidades estatales; de las organizaciones políticas y sociales, y de las sociedades, asociaciones y otras entidades privadas que se constituyen conforme a la ley, de lo que inequívocamente resulta incluida la tutela a la propiedad intelectual, personal o colectiva.

En un elevadísimo porcentaje del reducido volumen de estos asuntos, las sentencias de los tribunales en la jurisdicción contenciosa administrativa confirman las decisiones contenidas en las resoluciones dictadas por los órganos especializados en esta materia y, en consecuencia, desestiman las demandas que las interpelan.

En lo contencioso-civil, resultan aun más escasas las demandas interpuestas en reclamación de tutela judicial por vulneración de los derechos de propiedad industrial o de autor y, en ellas, el fallo está determinado por la necesidad de erradicar las infracciones en tal sentido detectadas y el restablecimiento de la legalidad quebrantada.

Tanto en lo civil como en lo administrativo, las sentencias de los tribunales provinciales populares resultan impugnables mediante la interposición de recurso de casación ante la sala correspondiente del Tribunal Supremo Popular, según determina el Artículo 629, apartado primero, de la LPCALE, al amparo de alguna de las causales que prescribe el Artículo 630, y las que alcanzaren firmeza

pueden ser examinadas en proceso especial de revisión directamente promovido ante esta última, si concurre alguna de las causales que establece el Artículo 642 de la ley rituaría.

A modo de resumen, enumero los factores que inciden favorablemente en la existencia en Cuba de una efectiva protección a la propiedad intelectual:

- Reconocimiento constitucional de la libertad de creación del intelecto humano y de los derechos de propiedad consecuentes
- Existencia de legislación complementaria vigente en esta materia
- Institución de órganos especializados para su atención
- Acceso pleno a la justicia y tutela judicial efectiva
- Posibilidad de accionar en la jurisdicción contenciosa civil ante violaciones de los derechos de propiedad intelectual previamente reconocidos
- Posibilidad de impugnar en la jurisdicción contenciosa administra-

tiva las resoluciones que emiten los órganos especializados

- Previsión de infracciones más graves en la legislación penal
- Actividad fiscal y aduanera coadyuvante a su protección.

BIBLIOGRAFÍA

- Boletines del Tribunal Supremo Popular
- Código civil.
- Código penal.
- Constitución de la República de Cuba
- Legislación aduanera cubana.
- Legislación relativa a la propiedad industrial en Cuba.
- Legislación respecto al derecho de autor en el país.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.
- Ley de los tribunales populares.
- Sitio web de la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial.
- Sitio web del Centro Nacional de Derecho de Autor.

LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD (I)

*Dra. Caridad del Carmen Valdés Díaz,
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana*

LA CAPACIDAD JURÍDICA

En el orden jurídico, la persona natural tiene como atributo o cualidad esencial la *personalidad*, entendida como la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, reconocida por el Estado, a través del ordenamiento legal que como voluntad suya se impone a la sociedad. Es general e inalterable, lo cual significa que, si se es persona, se tiene personalidad, con independencia de las cualidades o características físicas o psíquicas del individuo. Toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene personalidad, atributo o cualidad esencial de ella, lo que es reflejo de su dignidad.

La personalidad jurídica no es un derecho subjetivo, sino una cualidad que precisamente constituye la condición previa de todos los derechos y deberes, la base de todas las demás situaciones jurídicas subjetivas, la situación primaria y fundamental del hombre.¹

El reconocimiento de esa cualidad esencial del ser humano en el orden jurídico está permeado por influjos ideológicos, políticos y éticos, no solo en cuanto a su establecimiento formal en la ley civil, sino además, y sobre todo, en la posibilidad de *facto* que se garantice por parte del Estado para el libre desarrollo de esa personalidad a todos los hombres por igual. En la historia posterior de la humanidad, para el reconocimiento de la personalidad, se han implementado diversas situaciones denigrantes que diferencian a las personas por el color de la piel, la religión, el sexo y hasta la contextura física, en algunos casos.²

La carencia de protección jurídica en perjuicio de determinadas categorías de personas ofrece situaciones verdaderamente irritantes en diferentes épocas y apela a las más variadas justificaciones; así, se ha negado personalidad o subjetividad jurídica a determinados seres humanos, y se ha transformando el Derecho en una herramienta de opresión, más que de regulación de una organizada convivencia. Esa discriminación arbitraria, precisamente, se ha impuesto por las clases dominantes sobre los más débiles, incapaces o incapacitados para una defensa y reacción eficaz.³

1 José Puig Brutau: *Compendio de Derecho Civil*, vol. I, p. 163.

2 Carlos A. Gherzi: *Derecho Civil. Parte General*, p. 116.

3 Un caso de ejemplar consolidación de esa discriminación arbitraria, que establece una inexplicable distinción entre humanidad (nunca negada) y personalidad o subjetividad

No puede afirmarse una idea de Derecho justo donde no se reconozca personalidad a todos los seres humanos por igual, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo o cualquier otra circunstancia. Tal afirmación, felizmente, es una idea aceptada hoy universalmente, un patrimonio común de la cultura jurídica universal, si bien en la práctica encuentra matices no tan felices en algunas sociedades.⁴

Otro problema característico de las tradicionales concepciones de la personalidad jurídica es su reduccionismo. Se enfoca solo como aptitud para poder intervenir en relaciones jurídicas, principalmente de carácter patrimonial. Duermen en el olvido los atributos y cualidades intrínsecos a la calidad de persona, sus valores y bienes de la personalidad, con lo que se priva al Derecho civil de su contenido más sustancial, pues su función y finalidad no debe ser otra que la defensa de la persona y sus fines. En esta sede, son válidas las reflexiones kantianas que indicaban que solo el hombre tiene un fin en sí mismo, como valor absoluto; el resto, las cosas, la naturaleza, el mundo exterior al hombre, poseen un valor relativo como medios.⁵ En nuestros días, por el contrario, a esta faceta personal es precisamente a la que se está prestando gran atención, al margen de los enfoques políticos o penales del tema. Así, la personalidad jurídica no se reduce a la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones; es, también, el reconocimiento de su dignidad humana y de sus cualidades consustanciales en el orden jurídico.

La capacidad jurídica es la aptitud para intervenir en relaciones jurídicas concretas que se reconoce a las personas, dotadas de personalidad. Se desdobra en *capacidad de derecho*, a veces confundida con la propia personalidad, por cuanto es general e inalterable, como regla, aptitud para la titularidad y el goce de los derechos, y *capacidad de obrar*, que pone en

jurídica plena, es el célebre y repudiado caso *Dred Scout vs. Sandford* decidido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1857, negando la calidad de ciudadano a un hombre de la raza negra. Causa consternación la mera pregunta formulada por el juez Taney tratando de dilucidar si la pasada esclavitud de los ancestros del hombre negro incidían en su consideración de miembro de la comunidad política respaldada por la Constitución. Su respuesta fue negativa, considerando que un negro no integra lo que la Constitución denomina "pueblo de los Estados Unidos". La sentencia no cuestiona la humanidad de los negros, sino la cualidad jurídica de los nacidos en Estados Unidos. En otras palabras, se negó que aquellos poseyeran personalidad jurídica. (Rodolfo C. Barra: *La protección constitucional del derecho a la vida*, pp. 96 y ss.)

- 4 "(...) la personalidad es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, por lo que todo individuo por el mero hecho de serlo tiene personalidad y consecuentemente posee capacidad jurídica manifestándose esta como el atributo o cualidad esencial de la personalidad (...)" (Sentencia No. 742, de 29 de junio de 2001, primera sentencia, único considerando, ponente: Díaz Tenreiro, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Tribunal Supremo Popular, *apud* A. Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo: *Código Civil de la República de Cuba*).
- 5 *Apud* Ghersi: *Op. cit.*, p. 115.

acción los derechos, y es aptitud para su ejercicio y la consumación de actos jurídicos eficaces. Esta distinción teórica entre *capacidad de derecho* y *capacidad de obrar*, que resulta tradicional en la doctrina, no es común que aparezca esbozada en los códigos civiles, si bien la diferencia aflora naturalmente en la regulación de la capacidad jurídica que, en general, aparece en ellos. La capacidad de ejercicio es la que da lugar a mayores conflictos en la práctica y la que produce más enconadas discusiones doctrinales, justamente porque no se reconoce por igual a todas las personas, por el hecho de ser tales, sino que se vincula a ciertos requisitos intrínsecos al individuo que marcan, jurídicamente, su posibilidad de válida y eficaz actuación en relaciones jurídicas concretas, específicas, determinadas.

Definición de la capacidad de ejercicio

De lo anterior, se deduce su definición que, al resultar categoría esencial para el Derecho y en particular para el civil, ha sido abordada por numerosos autores de modo similar. En la doctrina española, por ejemplo, el maestro De Castro la consideró como “cualidad jurídica de la persona que determina, conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos”;⁶ según Díez-Picazo y Gullón, la capacidad de obrar “es aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar por sí mismo con plena eficacia actos o negocios jurídicos o algún tipo de ellos”;⁷ Hualde Sánchez la define en idénticos términos y añade que igualmente puede conceptualizarse como “aptitud o idoneidad (de la persona) para originar o dar vida a las relaciones jurídicas que activa o pasivamente le afecten”;⁸ Rogel Vide entiende que es “la aptitud de la persona para realizar actos con eficacia jurídica; la posibilidad, conferida a esta, de producir, con sus actos, efectos jurídicos para sí misma y para su patrimonio”.⁹

Pueden advertirse elementos comunes en las definiciones apuntadas que, en general, caracterizan la capacidad de obrar:

- Es una cualidad de la persona, se manifiesta como aptitud o idoneidad.
- Se vincula al modo intrínseco de ser o estar en la vida social.
- Se reconoce por el ordenamiento jurídico de acuerdo con la concurrencia de determinados requisitos.

6 F. de Castro y Bravo: *Derecho Civil de España*, p. 102.

7 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 224.

8 J. J. Hualde Sánchez: “La personalidad jurídica”, p. 109.

9 Carlos Rogel Vide: *Derecho de la persona*, p.13.

- Permite el ejercicio de los derechos y obligaciones de los que se es titular.
- Se establece en función de relaciones jurídicas concretas.
- Determina la eficacia de los actos jurídicos realizados por la persona natural.

La realidad fáctica demuestra que el ser humano no está siempre en condiciones de realizar *per se* actos jurídicos dimanados de la titularidad de sus derechos u obligaciones; por ello, el Derecho, aunque reconoce en todas las personas por igual una capacidad general, uniforme, abstracta, que no puede fraccionarse o restringirse, para adquirir, gozar, tener derechos, facultades y deberes, en cuanto a su ejercicio, establece parámetros que actúan como guías para determinar la aptitud o no del ser humano para poder ser parte de una relación jurídica. La capacidad de obrar ni la tienen todas las personas ni es igual para todas las que la tienen. Su ejercicio depende de la concurrencia de los requisitos exigidos por cada ordenamiento jurídico, de manera que si aquellos están afectados o no se manifiestan, se producirá una graduación de la capacidad. En el Código civil cubano, de acuerdo con el Artículo 29 y lo que se deduce de los dos siguientes, estos requisitos son la mayoría de edad, y la salud física y mental, aunque el primero de ellos puede suplirse por el estado conyugal de casado, como se verá más adelante.

En estrecha relación con la capacidad de ejercicio o de obrar, pero sin confundirse con ella, se encuentra la llamada capacidad natural, que puede estar signada por impedimentos para realizar válidamente un acto, a pesar de ostentar capacidad plena. En ocasiones, una persona con total capacidad para ejercitar sus derechos puede encontrarse en situación que no le permite realizar un acto jurídico eficaz, como sería el supuesto de encontrarse bajo los efectos de un anestésico, drogas o sustancias psicotrópicas, pérdida temporal del conocimiento, hipnosis, sonambulismo u otros similares. En tales casos, aunque *prima facie* el Derecho solo exija la capacidad de obrar que el acto requiera, es lógico entender que no se reúnen los requisitos necesarios para realizar válidamente aquel, pues no se tendrá capacidad natural para ello.

Antecedentes de la actual regulación en Cuba

El Código civil español de 1889, anteriormente vigente en nuestro país, no siguió una sistemática similar a la asumida por el legislador cubano para la ordenación de las materias en el plan del Código de 1987; así, utilizaba en disímiles preceptos los términos *capacidad* e *incapacidad*, tanto en el Libro primero, referido a las personas, como en los restantes, establecía normas dispersas sobre el ejercicio de los derechos a propósito de la regu-

lación de los contratos y de los testamentos. Empero, se establecía en el antiguo Artículo 320 de ese cuerpo legal la regla general que expresaba que el mayor de edad era capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos específicos por la ley¹⁰ y fijaba aquella en los 23 años.¹¹

Con el cese de la dominación española en Cuba y la instauración de la ocupación norteamericana, no sufre alteraciones la vigencia del Código civil de la antigua metrópoli en nuestra patria, que se mantiene indemne en virtud de proclama del gobierno militar del propio primero de enero de 1899, y se dispone en ella la posibilidad de cambios futuros a través de modificaciones que lo adaptaran a las nuevas circunstancias.¹² Entre las modificaciones realizadas por los gobiernos de la república neocolonial emergente en 1902, destaca la realizada por la ley de 19 de junio de 1916, que rebaja la mayoría de edad de las personas naturales a 21 años.¹³ Luego del triunfo revolucionario de 1959, se modifica la mayoría de edad y se establece a partir de los 18 cumplidos, conforme a lo regulado en la Disposición Final Primera del Código de familia de Cuba, vigente desde 1975.

Los primeros anteproyectos de Código civil cubano de 1979, basados en la versión original de agosto de 1975, y el Anteproyecto de 1981 (aunque con cambios en la numeración de los preceptos) señalaban que las personas individuales quedaban emancipadas para ejercer sus derechos y asumir sus obligaciones a los 18 años cumplidos o luego de contraer matrimonio formalizado con la debida autorización. Se enunciaba previamente que tales personas gozaban de plena capacidad de obrar, salvo los casos de “incapacidades, limitaciones y acondicionamientos establecidos por la ley”.

Llama la atención la terminología utilizada, especialmente la alusión a los llamados “acondicionamientos”, que parecen referirse a la interdicción por sentencia civil o penal, y a la declaración judicial de ausencia y presunción de muerte, según se infiere de la lectura de todos los artículos dedicados a esta cuestión. La amalgama producida por la regulación conjunta de causas limitativas de la capacidad de obrar y circunstancias de hecho que inciden en su ejercicio, de dudosa técnica jurídica, queda suprimida en los siguientes anteproyectos de 1982 y 1983, que constituyen antecedentes

10 Tirso Clemente Díaz: *Derecho civil. Parte general*, t. 1, p. 233.

11 La ley de 13 de diciembre de 1943 estableció uniformidad en toda España en cuanto a la mayoría de edad, y señaló que se llegaba a ella y, consecuentemente, se alcanzaba la plena capacidad de obrar a los 21 años, reforma introducida en el Código por Ley de 22 de julio de 1972, particular que luego modifica el Real Decreto Ley 33, de 16 de noviembre de 1978, y queda preceptuado a su tenor que la mayoría de edad comienza para todos los españoles a los 18 años cumplidos.

12 Leonardo Pérez Gallardo: “De la codificación civil”, en Caridad del C. Valdés Díaz, *Derecho civil, Parte general*, p. 33.

13 Raúl Gómez Treto: “Las tendencias del Derecho civil cubano. El nuevo Código Civil”, p. 8.

directos de lo normado actualmente en el Artículo 29. En el de febrero de 1985, aunque se mantiene la redacción anterior, se añade que la capacidad se pierde por nulidad del matrimonio del menor, particular que se mantiene en los otros dos anteproyectos de ese año y en la versión de mayo de 1986, a partir de la cual “lo que hasta entonces se concebía como Anteproyecto tomaba el carácter de Proyecto de Código Civil”.¹⁴ En la versión del proyecto de diciembre de 1986, no se alude expresamente a la reversión del estado de pleno ejercicio de la capacidad en caso de nulidad del matrimonio del menor, y queda definitivamente redactado el Artículo 29, tal como aparece hoy en nuestra Ley 59, de 16 de julio de 1987.

El estado civil de la persona y el ejercicio de la capacidad

Las particulares condiciones personales de cada ser humano, su modo de ser o estar en la vida social, determinan sus posibilidades de ejercitar los derechos u obligaciones que poseen, con arreglo a las estipulaciones previstas por la ley. Esas situaciones de Derecho, de especial carácter, permanencia y relevancia —en las que puede encontrarse la persona natural—, vinculadas a sus intrínsecas cualidades y al puesto que en razón de ellas ocupa en la sociedad, se denomina, de forma abarcativa y, con una concepción amplia, *estado civil*; de ahí que se afirme acertadamente por Clemente Díaz que este constituye el metro con el que se va midiendo al individuo en cuanto a su capacidad de obrar y su grado de responsabilidad, desde el nacimiento hasta la muerte.¹⁵

Esas cualidades configurativas del estado civil no deben ser instantáneas o transitorias, sino dotadas de cierta permanencia y estabilidad; algunas serán originarias, nacidas con la persona, mientras que otras pueden adquirirse *a posteriori*. Por supuesto, no se refieren únicamente a la situación de la persona respecto al matrimonio, como comúnmente se piensa, sino que engloban toda una gama de situaciones que dan lugar a diferentes *status*, similares a los reconocidos en la vieja Roma, salvando las distancias correspondientes. Así, señala con acierto Albaladejo¹⁶ que, en materia de estados, el Derecho contempla a la persona desde una óptica diversa y la clasifica, de acuerdo con ello, en distintas categorías o situaciones que no se excluyen entre sí, de manera que un individuo, por ejemplo, puede tener al mismo tiempo las cualidades o estados de mayor de edad, soltero y cubano. Por otra parte, resultan excluyentes las cualidades esenciales propias de un estado, pues no se puede ser al propio tiempo mayor y menor de edad, soltero y casado, nacional y extranjero.

14 Pérez Gallardo: *Op. cit.*, p. 53.

15 Clemente Díaz: *Op. cit.*, p. 231.

16 Manuel Albaladejo: *Derecho Civil*, t. 1, vol. II, p. 231.

Puede deducirse de lo anterior que el estado civil, como criterios fundamentales para clasificar a las personas, toma en cuenta su propia situación personal en cuanto a la edad, la salud física y psíquica (estado individual), situación familiar —derivada de la filiación o de la relación con otros miembros del grupo familiar y, especialmente, en cuanto al matrimonio (estado de familia, que incluye el estado conyugal)— y situación política respecto a determinado estado, que determina su condición de nacional o extranjero (estado de ciudadanía). Aunque las situaciones de estado son varias, se habla en singular de estado civil para referirse al conjunto de situaciones que son estados o al conjunto de cualidades que, por estar en ellas, tiene cada persona.

En cuanto al estado civil individual, tienen plena capacidad de obrar las personas mayores de edad, que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso a) del Artículo 29, apartado 1, serán aquellas que sobrepasen los 18 años y no han sido declaradas judicialmente incapacitadas para regir su persona y sus bienes por padecer alguna enfermedad física o mental que no les permita expresar su voluntad de manera inequívoca o discernir en cuanto al alcance de sus actos. No obstante, como se verá, no todos los menores de 18 años de edad se encuentran en igual situación respecto al ejercicio de la capacidad, ni tampoco todas las personas mayores de esa edad que sufren un padecimiento corporal o psíquico que les afecta.

El estado de familia tenía una mayor incidencia en el ejercicio de la capacidad en épocas pasadas, cuando la filiación legítima o el mayorazgo determinaban la posibilidad, no ya solo de ejercitar, sino incluso de adquirir algunos derechos. De igual modo, la condición de casado ha perdido en gran parte su significación como causa limitativa de la capacidad de obrar, dada la equiparación de ambos cónyuges, su igual situación dentro del matrimonio, que impide discriminación por razón del sexo, pues indudablemente era la mujer la que se veía supeditada en su actuación jurídica, que debía ser autorizada en todo momento por el marido. Sin embargo, la filiación sigue siendo fuente de derechos y deberes para padres e hijos (la patria potestad o el respeto de los hijos hacia sus padres, por ejemplo), la relación de parentesco puede generar derechos y obligaciones (*v. gr.*, la sucesión legítima o la obligación de dar alimentos) y el matrimonio genera también derechos y deberes conyugales, tanto en el orden personal como patrimonial. Además, de acuerdo con el inciso b) del Artículo 29.1, al contraer matrimonio una persona menor de edad adquiere la plena capacidad para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos, lo que denota a las claras la importante incidencia de este en cuanto a la capacidad de obrar.

Finalmente, el estado político o de ciudadanía también incide en el ejercicio de la capacidad, pues ser nacional de un estado genera derechos e impone deberes; adicionalmente, resulta de gran importancia por cuanto ha sido la ciudadanía el criterio seguido tradicionalmente para determinar la

ley aplicable a la capacidad de obrar. El Artículo 12.1 de nuestro Código civil dispone que la capacidad de las personas para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos se rige por la legislación del Estado del cual son ciudadanas.

El estado civil se adquiere en virtud de hechos, actos o circunstancias que producen la aparición de las cualidades o condiciones que tiene la persona y, luego, se legitima mediante la inscripción en el registro público correspondiente, es decir, el Registro del Estado Civil. El título de estado, por tanto, siguiendo a De Castro,¹⁷ es la suma del título de adquisición, que señala la causa por la cual se tiene un estado civil, y el título de legitimación, que hace posible el ejercicio de las facultades y acciones dimanadas del estado civil sin necesidad de demostrar la existencia efectiva de la causa por la que se tiene este. No obstante, es preciso acotar que si bien las actas del Registro constituyen prueba del estado civil, no proporcionan dicho estado a la persona. El estado civil existe cuando hay un título de legitimación; se inscribe en el Registro porque existe.¹⁸

EL REQUISITO DE LA MAYORÍA DE EDAD

En todos los pueblos y tiempos, la edad ha constituido un elemento preponderante en cuanto a su influencia en la capacidad de obrar. Era común en la antigüedad que la mayoría de edad se determinara por el desenvolvimiento físico de la persona, toda vez que no eran frecuentes los registros que se ocuparan de inscribir el nacimiento, para contar a partir de él los años vividos. En Roma, por ejemplo, se distinguía entre púberes e impúberes, en atención al desarrollo fisiológico, especialmente la aptitud para la procreación, y establecía en el *Digesto* que la plena capacidad de obrar se adquiría a los 25 años cumplidos; en el Derecho germánico, la mayoría de edad no se alcanzaba por los años cumplidos, sino atendiendo a criterios personales que se aplicaban a cada individuo según su aptitud para defenderse con lanza y escudo, y su posibilidad de fundar una familia; en el caso de las féminas, se atendía a su aptitud para abandonar la casa paterna y contraer matrimonio.¹⁹ Una posición similar a la asumida por el Derecho romano sigue el Derecho histórico español en las partidas, los fueros y, luego, durante el proceso codificador, que cristaliza finalmente en el texto del Código civil español, antes vigente en Cuba, donde se establecía la edad de 23 años para adquirir el pleno ejercicio de la capacidad.

17 De Castro y Bravo: *Op. cit.*, p. 121.

18 Díez-Picazo y Gullón: *Op. cit.*, p. 236.

19 Clemente Díaz: *Op. cit.*, pp. 320-329.

Ciertamente, la evolución de la vida humana entraña cambios importantes que repercuten en la capacidad de entender y querer, de forma consciente, actuar de un modo determinado, que no se manifiesta por igual en la infancia, la juventud o la madurez. Por ello, la edad es tomada en cuenta por el ordenamiento jurídico para determinar el grado de capacidad de obrar que reconoce a las personas, asociando ese dato a la aptitud para realizar determinados actos. Dos han sido los sistemas generalmente adoptados por los ordenamientos jurídicos para determinar el momento a partir del cual puede actuar *per se*, válidamente, el hasta entonces menor de edad: uno, de matiz subjetivo, que aprecia el desarrollo individual de cada persona para hacer depender de este su grado de capacidad o incapacidad; otro, de matiz objetivo, que establece con carácter general una determinada edad que, como media social, indica que las personas han alcanzado suficiente madurez, a partir de la cual, una vez cumplida, se alcanza la mayoría, aun cuando puedan irse fijando períodos precedentes que conceden a la persona cierta capacidad de actuación o exigen cierta responsabilidad por sus actos.²⁰ El segundo sistema es el más extendido, el que generalmente se acoge por los códigos civiles,²¹ pues facilita la constatación y medición de tal aptitud, que cuenta con el auxilio de la publicidad que ofrece el Registro del Estado Civil, si bien tal criterio objetivado se acompaña, en ocasiones, de un juicio de valor de carácter subjetivo que afecta de diferente forma a menores que se encuentran en igual situación, pues no hay duda de que el desarrollo integral de una persona no se ajusta siempre a fases perfectamente separables y delimitadas, ni se da por igual en cada individuo.²²

En general, el límite legalmente establecido para la mayoría de edad de las personas, como determinante de la incorporación de estas a la plenitud de la vida jurídica, con el pleno ejercicio de su capacidad, muestra una progresiva reducción que se fundamenta en la apreciación de una mayor información, instrucción y responsabilidad de los jóvenes, que, dado el desarrollo económico, social y cultural alcanzado por el mundo, están aptos más tempranamente para enfrentar las exigencias de la vida, tanto en el ámbito público como en el privado. El legislador cubano tuvo en cuenta esta tendencia, incluso antes de la promulgación del actual Código civil, y estableció por ello los 18 años para marcar el inicio de la mayoría de edad, desde la entrada en vigor del Código de familia, que modificó en este sentido al Código civil entonces vigente. Empero, el protagonismo alcanzado por los jóvenes en suelo patrio y el establecimiento de otras edades inferiores para la

20 L. Mendizábal Oses: *Derecho de menores*, p. 117.

21 Este sistema ha sido acogido por los códigos civiles de España, Portugal, Argentina, Brasil, Perú, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Guatemala y Venezuela, entre otros.

22 Es el caso, por ejemplo, de la exploración a la voluntad del menor que prevé nuestro Código de familia, en el Artículo 107, para supuestos de adopción.

realización de actos tan trascendentes como la prestación de servicio militar, la participación en las elecciones del Poder Popular, la incorporación a la actividad laboral o la exigencia de responsabilidad penal, aconsejan valorar si en las condiciones actuales es prudente y oportuno disminuir esa edad que marca el pleno ejercicio de la capacidad de obrar, uniformando en mayor medida nuestro sistema normativo en esta sede, pues indudablemente la sociedad cubana no se ha mantenido estática, no es igual hoy a lo que fue en 1975, etapa en la que se disminuyó tal edad de 21 a 18 años cumplidos.

Para computar la edad también se han seguido dos sistemas: establecerla de momento a momento, teniendo en cuenta el del nacimiento (computación natural) o contar por entero el día del nacimiento, con independencia de la hora de este, como el primero de los vividos, lo que aumenta la edad en el momento que comienza el día del aniversario (computación civil). Este último es el sistema de computación de la edad que se sigue en Cuba, si bien se hace así más por tradición que por disposición normativa, pues el Artículo 9 del Código civil no alude a tal particular en las reglas que establece para el cómputo del tiempo, ni el propio Artículo 29 se refiere a ello.

LA PRESUNCIÓN DE PLENA CAPACIDAD

La regla general, fundada en el esencial respeto que deben recibir la libertad y la dignidad humanas, es que todas las personas tienen capacidad suficiente para gozar de sus derechos y ejercerlos. Las incapacidades y limitaciones deben estar señaladas por la ley y no pueden extenderse por analogía a otros supuestos distintos. Incluso las incapacidades naturales deben quedar previstas en las normas y no han de establecerse irrazonablemente, sino conforme a los valores humanos trascendentes imperantes en la sociedad. Al decir de García Valdecasas,²³ la capacidad de obrar se manifiesta como complemento y perfección de la personalidad jurídica, que quedaría incompleta o imperfecta si el sujeto, teniendo capacidad jurídica, no pudiese ejercer sus derechos ni cumplir sus deberes. Los efectos jurídicos del ejercicio de los derechos o de los actos jurídicos realizados por las personas capaces se atribuyen a la conducta del sujeto en cuanto esta es manifestación de su voluntad; por ello, solo los sujetos capaces pueden celebrar válidamente actos jurídicos a los que la ley reconoce los efectos deseados por su autor.

La capacidad de ejercicio presupone que la voluntad e inteligencia del individuo han alcanzado un grado de madurez indispensable para conducirse libre y racionalmente en la vida social. El encabezado general del Artículo 29 autoriza legalmente a las personas, que luego enumera, a ejercitar

23 Guillermo García Valdecasas: *Parte general del Derecho civil español*, p. 193.

sus derechos y realizar actos jurídicos de acuerdo con ello y, como regla, declara que se encuentran en aptitud de tal *todos* los mayores de 18 años. Y es que la ley no exige que en cada caso individual se compruebe la capacidad natural de querer y entender del sujeto, lo que trastornaría gravemente el tráfico jurídico, sino que la presume en todo aquel que ha arribado a la mayoría de edad. Sin embargo, no debe olvidarse que se trata de una presunción legal, de tipo *iuris tanto*, por lo cual puede combatirse para destruirla en caso de ser necesario.

La prueba de esa afectación del estado civil individual de la persona corresponde a quien la alegue ante el órgano jurisdiccional competente, cuya sentencia deberá contener ejecutoria que ordene la inscripción de esa circunstancia en el Registro del Estado Civil. Los actos anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser destruidos puntualmente. Luego de la sentencia judicial de incapacidad, todos los actos que aquella realice *per se* serán absolutamente nulos, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 67, inciso b).²⁴ Así, la sentencia del tribunal que destruye la genérica presunción de capacidad de obrar tiene carácter constitutivo, pues a su tenor se establece una nueva situación jurídica que afecta el estado civil.²⁵

EL ESTADO CONYUGAL COMO PARTE DEL ESTADO CIVIL

El inciso b) del Artículo 29.1 autoriza a los menores de 18 años que hayan formalizado matrimonio a ejercer los derechos y realizar actos jurídicos, por cuanto esa disposición legal los dota de plena capacidad de obrar. Debe hacerse notar que el matrimonio no convierte a esas personas en mayores de edad, como comúnmente se arguye, sino que modifica su estado civil en el sentido de otorgarles capacidad de ejercicio. Se evidencia, por tanto, la incidencia del estado conyugal en el ejercicio de la capacidad.

El precepto encuentra su *ratio* en la vida misma, que nos presenta múltiples ejemplos de personas muy jóvenes que, sin llegar a 18 años, están

24 El Código civil español anteriormente vigente no sancionaba con nulidad absoluta los contratos celebrados por menores de edad, los consideraba simplemente anulables y, en consecuencia, podían ser convalidados si el representante legal los confirmaba o no ejercitaba la acción de nulidad dentro del plazo establecido por la ley. También podían confirmarse por el menor, una vez que alcanzaba la mayoría de edad. (Ver artículos 1263.1, 1301, 1309-1313, todos del Código civil español.)

25 “(...) la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, que determina que mientras una persona no esté declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la declaración judicial al respecto, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna (...)”. (Sentencia No. 669, de 30 de septiembre del 2004, segundo considerando, ponente: Arredondo Suárez, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Tribunal Supremo Popular.)

aptos para enfrentar responsabilidades, especialmente asumir los derechos y deberes que genera la relación jurídica conyugal. Empero, como existe la presunción general de que tal madurez psíquica y física no se alcanza, como media, antes de la edad preconcebida por el legislador, para contraer matrimonio antes de ella es necesaria una autorización excepcional y por causa justificada, emanada de los padres (naturales o adoptivos), el tutor o los abuelos; si, por razones contrarias a los principios y normas de la sociedad socialista, se negaran a dar su autorización las personas facultadas para ello, puede hacerlo el tribunal, oyendo el parecer de los interesados y del fiscal. En todo caso, para recibir dicha autorización, la hembra deberá tener 14 años cumplidos y 16 el varón.²⁶

La posibilidad de que menores de edad puedan contraer matrimonio data del Derecho romano, que permitía el matrimonio si podía probarse que los contrayentes tenían aptitud para la perpetuación de la especie a través de la reproducción. Para determinarla, se atendió al criterio proculeyano que fijaba la pubertad del hombre en 14 años y la nubilidad en las mujeres a los 12, y rechazó el criterio sabiniano que pugnaba la *inspectio corporis*.²⁷ El Derecho intermedio y, luego, el Derecho civil codificado mantuvieron similar posición permisiva, si bien señalando la necesidad de dispensa o autorización para que tal acto jurídico, de enorme trascendencia personal y social, pueda efectivamente realizarse por individuos que no cuentan aún con la edad establecida para el pleno ejercicio de sus derechos. Así, el Código civil español de 1889 establecía que se alcanzaba plena capacidad de obrar con la mayoría de edad, a los 23 años cumplidos, pero también admitía la emancipación por matrimonio del menor, y la voluntaria por actos entre vivos, a contar desde los 18, aunque en esos casos se mantenían algunas restricciones en cuanto al ejercicio de aquella.²⁸ En nuestro país, durante la vigencia de dicho Código, se modificó en dos oportunidades la mayoría de edad: primero, disminuyó a 21 años y, luego, desde la entrada en vigor del Código de familia de 1975, a 18, y admite la posible emancipación del menor.

Los anteproyectos de Código civil cubano también establecieron, desde su versión original, la posibilidad de adquirir plena capacidad de ejercicio por matrimonio antes de alcanzar la mayoría de edad. En principio, se consignó en las diferentes versiones, desde 1979 hasta 1982, que las personas individuales quedaban emancipadas para ejercer sus derechos y asumir sus obligaciones a los 18 años o por matrimonio formalizado con autorización. Ya en las versiones de 1982 y 1983, se excluye la alusión a formalizarlo

26 Artículo 3 del Código de familia, Ley No. 1289 de 1975.

27 E. Dihigo y López Trigo: *Derecho Romano*, t. 2, 1.^a parte, p. 181.

28 Aunque sin trascendencia ya para Cuba, la mayoría de edad fue disminuida en España, primero, a 21 años; y, luego, a 18. En ambos casos, el Código civil mantuvo la posibilidad de emancipación antes de arribar a ella por matrimonio del menor.

con autorización, y queda el precepto como lo conocemos hoy, lo que parece acertado por cuanto no sería posible que la plena capacidad de obrar se adquiriera por matrimonio judicialmente reconocido, pues para que el matrimonio no formalizado pueda reconocerse judicialmente se precisa, entre otros requisitos, la aptitud legal y esta no la tienen los menores de edad.²⁹ En los anteproyectos de 1985 y 1986, aparece la salvedad de que, en caso de declararse nulo el matrimonio del menor, se pierde la capacidad de obrar, particular que luego se elimina en el proyecto definitivo de 1986, lo que a mi juicio también es correcto ya que, como se sabe, la nulidad destruye los efectos del acto no solo hacia el futuro, también hacia el pasado, de modo que se retrotrae la situación jurídica al momento anterior a la formalización de dicho matrimonio, lo que no ocurriría si este se extinguiera por divorcio, muerte o presunción de muerte de los cónyuges o de uno de ellos, pues en esos supuestos el cónyuge supérstite o divorciado mantendría la plena capacidad, aunque aún no hubiera arribado a la mayoría de edad.

Conviene dejar sentado que la adquisición de plena capacidad de obrar por matrimonio del menor prevista por nuestro Código civil tiene alcances más amplios que la emancipación prevista por otros sistemas normativos, *v. gr.* el Código civil español, que dispone en el Artículo 324 que para poder enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes de los cónyuges, si uno de los casados es menor de edad, se precisa el consentimiento de ambos; si los dos son menores, se necesitará, además, el consentimiento de los padres o tutores de uno y otro. En general, los menores emancipados por matrimonio mantienen restricciones al ejercicio de su capacidad, que requiere una complementación tuitiva generalmente dispensada al curador. No es este el caso cubano, pues el matrimonio del menor otorga a este plena capacidad sin ninguna limitación, por lo que, *per se*, puede ejercer sus derechos y realizar todo tipo de actos jurídicos, salvo aquellos que requieran requisitos adicionales o capacidad especial.

El estado conyugal de casada tenía especiales connotaciones respecto a la capacidad de obrar de la mujer hasta épocas recientes. El matrimonio implicaba fuertes restricciones al ejercicio de la capacidad de las féminas, que quedaban supeditadas a la autoridad del marido. Actualmente, el matrimonio se constituye sobre la base de la igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges, sin detrimento para la mujer por razón de su sexo. No obstante, como apunta Rogel Vide, “el matrimonio es, con todo, un estado civil en el sentido de que, en base a la unidad de vida impuesta a los cónyuges y a la formación de una comunidad familiar con fines propios, surgen deberes, obligaciones y limitaciones a la capacidad de obrar de cada cónyu-

29 Ver artículos 2, 3 y 18 del Código de familia, Ley No. 1289 de 1975.

ge por separado, que no tienen quienes no estén casados”.³⁰ Así, por ejemplo, en virtud de lo preceptuado por el Artículo 36 de nuestro Código de familia, ninguno de los cónyuges podrá realizar actos de dominio en relación con los bienes de la comunidad matrimonial sin el previo consentimiento del otro, excepto los de reivindicación para la propia comunidad.

LA CAPACIDAD ESPECIAL PARA DETERMINADOS ACTOS

La capacidad de ejercicio, considerada de modo general, no se refiere a tal o cual relación jurídica, sino al conjunto de actos y negocios que puede realizar la persona que la posee de manera indeterminada, a su posibilidad de concurrir por sí misma a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas concretas, pero consideradas en genérico. Sin embargo, la peculiar naturaleza de algunos actos puede exigir una aptitud que se concreta en cierta edad para su realización o en determinadas condiciones personales del sujeto. A esta aptitud particular para un cierto acto es a lo que se denomina *capacidad especial*.

El legislador cubano tuvo en cuenta este particular en el apartado segundo del propio Artículo 29, al señalar que, aunque la plena capacidad de obrar se adquiere a los 18 años, la ley podrá establecer otras edades para realizar algunos actos. A mi juicio, no solo puede tratarse de un número de años superior a la mayoría de edad, sino que pudiera referirse, también, a una edad menor. Tomando en cuenta el carácter supletorio del Código civil que proclaman su Artículo 8 y la Disposición Final Primera, esas edades vinculadas a la capacidad especial se extienden más allá del ámbito privado y alcanzan determinados actos en sede pública.

El matrimonio, la adopción, el testamento, son ejemplos clásicos de actos que históricamente han requerido una capacidad especial para su realización. Se mantienen en nuestro ordenamiento jurídico los dos primeros. Como ya señalé, puede contraerse matrimonio antes de los 18 años, si se cuenta con la debida autorización, que actúa como reconocimiento de una capacidad especial al menor; en cuanto a la adopción, se requiere una edad superior, 25 años, según el Artículo 100 del Código de familia, dada la trascendencia del acto. Sin embargo, se requiere la mayoría de edad para otorgar testamento, pues no hizo el actual Código ninguna salvedad al respecto, a diferencia del Código civil español antes vigente, que admitía la *testamentifactio activa* desde los 16 años.

Por otra parte, el Código de trabajo establece que, para concertar contratos laborales, la capacidad se adquiere a los 17 años, aunque excepcional-

30 Rogel Vide: *Op. cit.*, p. 49.

mente puede reducirse a 15 y 16; en materia electoral, se reconoce el derecho al voto desde los 16; el Código penal determina que puede exigirse responsabilidad penal a la persona natural que contase 16 años cumplidos al momento de producirse el acto punible; la ley que regula el servicio militar general establece que todo ciudadano cubano, desde el primero de enero del año en que cumpla 17 años hasta el 31 de diciembre del año en que llega a 50, está obligado a servir a las Fuerzas Armadas Revolucionarias, aunque tal servicio es voluntario en el caso de las féminas.

Como puede colegirse de lo anterior, muy poco queda vedado a la actuación de los mayores de 16 años, aunque no hayan cumplido los 18. Tal disparidad entre las edades requeridas para la realización de diferentes actos no resulta favorable a la seguridad jurídica y va dejando un poco vacía, ante tantas “especialidades”, la genérica capacidad de ejercicio. ¿Acaso se requiere mayor entendimiento y voluntad, por ejemplo, para votar por nuestros dirigentes que para contratar respecto a un bien propio?

La capacidad especial exigida para ejercitar ciertos derechos y realizar determinados actos jurídicos no presupone la incapacidad o la capacidad limitada de la persona, pues cuando lo que se exige es un número de años superior a la genérica mayoría de edad, la persona podrá realizar todos los demás actos, simplemente no podrá realizar eficazmente el acto o negocio que requiere ese requisito adicional. En sentido inverso, es decir, partiendo del presupuesto de la plena capacidad de obrar, la ley puede prohibir que ciertas personas, por encontrarse en determinadas situaciones o circunstancias, realicen concretos actos jurídicos. Tales *prohibiciones legales* se establecen por circunstancias ajenas al individuo mismo, a su estado civil, han de regularse expresamente y son de interpretación restrictiva.³¹

ESBOZO HISTÓRICO DE LAS CAUSAS LIMITATIVAS DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

Si bien toda persona posee personalidad y goza de capacidad jurídica por el solo hecho de ser tal, el ejercicio de esa capacidad va aparejado a ciertas condiciones que se expresan a través del modo de ser o estar el ser humano en el ámbito de la comunidad donde se desenvuelve, a su estado civil, en sentido amplio. No siempre existe en el sujeto una plena madurez o aptitud para el ejercicio de la capacidad; pueden darse supuestos naturales o sociales que, sin despojar totalmente al individuo de la posibilidad de ejer-

31 Como ejemplo de prohibición legal, puede situarse la establecida por el Artículo 338.1 del Código civil, en cuanto a la adquisición por compra de bienes, derechos y acciones, o las reguladas por los artículos 4 y 5 del Código de familia respecto al matrimonio.

citar sus derechos y concluir actos jurídicos eficaces, restrinjan su actuación. La *capacidad restringida* se manifiesta como una limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que se establece como presunción que la persona tiene aptitud para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones sin intervención de terceros y, al mismo tiempo, estará imposibilitada de actuar por sí en otros actos jurídicos, para los que requerirá el auxilio de otra persona. La ley otorga a los sujetos en este caso una condición especial, que les permite un ámbito limitado de actuación.

Múltiples han sido las causas que limitan ese actuar jurídico de una persona, según la formación económico-social en que desarrolla su quehacer. Sin pretender un análisis exhaustivo de todas ellas, traigo a colación las que, a mi juicio, han resultado más significativas en el devenir histórico.

El sexo ha sido, sin lugar a dudas, una de esas causas limitativas de la capacidad de obrar. Desde el Derecho romano hasta época reciente, era apreciable el desigual tratamiento en cuanto al ejercicio de la capacidad que las legislaciones conferían al hombre y la mujer, en detrimento de esta última. Las féminas eran consideradas seres inferiores, necesitados del “auxilio” del padre o del marido para poder ejercitar ciertos derechos o realizar determinados actos jurídicos. Su condición de absolutamente incapaces para obrar se hizo patente en algunas etapas, en las que eran sometidas siempre al poder tuitivo de un hombre.³² Tal situación, degradante para la mujer, dentro y fuera del matrimonio, ha sido superada en nuestros días y los ordenamientos jurídicos se encaminan, cada vez más, a la total equiparación de los sexos, desterrando la discriminación antes evidente. Tanto en el orden natural como social, el sexo por sí solo no puede determinar una diferencia de trato jurídico que se traduzca en la limitación de la capacidad de la mujer a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas. En nuestro Derecho vigente, no existe ninguna merma de la capacidad de obrar por razón de sexo, tomando en cuenta el postulado enarbolado por la Constitución de 1976, que niega la discriminación en cualquier variante. De igual modo, la mujer casada no sufre restricción alguna a su capacidad de obrar, salvo las emanadas de los deberes y derechos derivados de la relación jurídica con-

32 En Roma, la mujer no podía ejercer derechos políticos ni podía ser tutora, no ejercía la patria potestad sobre sus hijos, administrar la dote, ser testigo en testamentos, postular por otro ni intentar una acción pública. Soltera, estaba sometida al *pater familiae*; casada *cum manus*, al marido; si viuda, a la tutela perpetua por su condición de sexo débil. Con el advenimiento del Cristianismo, se atenuó teóricamente la condición social de la mujer, pero continuó discriminada en el orden jurídico. (Clemente Díaz: *Op. cit.*, pp. 314-320.) El Derecho histórico español mantuvo la desigualdad de los sexos y la posición jurídica inferior de la mujer, situación que hereda el Código civil de 1889, aunque supuso una mejora en su condición al levantar ciertas incapacidades afectantes a la mujer y, sobre todo, aumentó la capacidad de obrar de la mujer casada en algunos puntos, en beneficio suyo y de su familia. (Díez-Picazo y Gullón: *Op. cit.*, pp. 247-248.)

yugal, que son iguales para ambos cónyuges, de acuerdo con lo preceptuado por el Código de familia.

La condición de nacional o extranjero respecto a un estado determinado, también ha sido causa limitativa de la capacidad de obrar en el Derecho histórico. El *status civitatis* era requisito para ser considerado persona de pleno derecho en Roma, de manera que a los extranjeros se aplicaba el *ius gentium*, nunca el Derecho civil reservado solo a los *civis*, que eran los que podían establecer relaciones jurídicas sin cortapisas. La tendencia moderna discurre hacia la igualdad de derechos civiles para todas las personas, particular que consagra el Artículo 11 de nuestro Código civil, al preceptuar que los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía que sean residentes permanentes en Cuba tienen los mismos derechos y deberes civiles que los ciudadanos cubanos, salvo disposición legal en contrario. Precisamente en esas disposiciones legales en concreto, pueden encontrarse supuestos que restringen, en alguna medida, la capacidad de obrar de los extranjeros, como sería, por ejemplo, la imposibilidad de desempeñarse como tutores, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 149, apartado 4, del Código de familia, que exige la condición de ciudadano cubano como requisito para ser tutor.

La interdicción civil, como limitación a la capacidad de ejercicio de los derechos, impuesta conjuntamente con una sanción penal, también tiene orígenes romanos y fue luego recepcionada por los códigos decimonónicos, pero no se regula como tal en nuestro Código civil actual, si bien pudieran subsistir restricciones en este orden, a tenor de lo dispuesto por el Artículo 38 del Código penal, según el cual el tribunal, en los casos previstos en ese cuerpo legal, puede imponer la sanción de pérdida o suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, de la adopción o de la tutela.

En el Derecho romano se conoció con el nombre de *capitis deminutio maxima*, y se podía imponer como pena por la comisión de un delito grave. Continuó existiendo con otros nombres, como el de muerte civil, con el que se conoció en el Código de Napoleón, lo que implicaba la pérdida absoluta de la personalidad y, con ella, la capacidad de ejercicio de los derechos (muerte civil). Con el tiempo, pasó a producir limitaciones de carácter especial, no generales (interdicción civil). Siempre ha estado ligada al Derecho penal, pues se decreta como consecuencia de la imposición de una pena, en específico de la sanción de privación de libertad. Actualmente, nuestro Derecho penal ha restringido tal declaración a la privación o suspensión de derechos paterno-filiales y de tutela, es decir, que no impone restricciones en cuanto a disposición de bienes propios y otros actos de Derecho de familia, etcétera.

El estado religioso, la prodigalidad, el concurso y la quiebra, se han considerado, en algunos momentos, situaciones restrictivas de la capacidad de obrar, las que, incluso, han llegado a anularla totalmente en algu-

nos supuestos. Hoy, sin embargo, las únicas causas limitativas de la capacidad de ejercicio que reconoce el Derecho son la edad y la falta de aptitud de la persona, por enfermedad física o mental, para gobernarse a sí misma, circunstancias intrínsecas al individuo que, según el grado en que le afecten, pueden dar lugar a la capacidad restringida o a la total incapacidad.

TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD PROGRESIVA

Entender que cada período de la vida es una fase por la que atraviesa la persona en su devenir, que va dotándose de aptitudes para discernir y poder actuar por sí misma ejercitando sus derechos y realizando actos jurídicos con inteligencia y voluntad suficientes, es el claro fundamento de la tendencia actual que pugna por el establecimiento de una capacidad progresiva en cuanto a los menores de edad. Lógicamente, no razona y acciona del mismo modo un niño de siete años, por ejemplo, que un adolescente de 15; no madura un joven súbitamente, pasando de la total incapacidad de los 17 años y 364 días, a la capacidad plena inmediatamente que cumple los 18 años. Además del influjo natural que el transcurso del tiempo ejerce sobre la persona, también ciertas afectaciones pueden incidir en su entendimiento y voluntad, sin llegar a excluirlos, y queda imposibilitada de realizar ciertos actos, pero pudiendo perfectamente realizar otros, para los cuales su patología o afección no resulta trascendente.

Aunque la capacidad restringida, como manifestación de la progresiva, no es creación de las legislaciones modernas y, desde el Derecho romano, se establecieron gradaciones en cuanto a las posibilidades de actuación jurídica de la persona, el Artículo 30 del Código civil cubano no tiene antecedentes en el Derecho patrio. El Código civil español anteriormente vigente en Cuba no contaba con un precepto similar, de carácter general, aunque admitía la participación de menores de edad en algunos actos de la vida jurídica, y permitía que pudieran formalizar matrimonio con la debida dispensa, otorgar testamento y administrar los bienes que hubieran adquirido por su trabajo o industria, entre otros.³³

33 En sentido similar, se pronuncian el Código civil portugués en el Artículo 127, respecto a los menores de 18, pero que ya cuentan 16 años cumplidos, y el Código civil de Bolivia, en el Artículo 5, respecto a los menores en general. Varios códigos civiles acogen la regulación de la capacidad progresiva, aunque no la denominen siempre de este modo; optan por llamarle *capacidad relativa*, en algunos casos, o *interdicción parcial*, en otros. Como ejemplo, pueden citarse el Código civil paraguayo, que señala los 20 años para alcanzar la plena capacidad de hecho, pero admite capacidad relativa a los mayores de 14; el Código civil de Brasil y el de Perú se pronuncian de modo similar respecto a los mayores de 16, pero aun menores de 18 años.

Los elementos distintivos de la capacidad restringida pueden resumirse de la forma siguiente:³⁴

- Condición intermedia que fluctúa entre capacidad e incapacidad, conformando un *status* especial que difiere de los extremos.
- Establece una esfera de actuación parcial, que no incluye todas las actuaciones permitidas por el ordenamiento jurídico.
- La validez de los actos depende de su inclusión en su esfera de actuación o de si los realiza con el debido complemento a la capacidad. De lo contrario, podrán ser declarados nulos, salvo ratificación posterior de quien ostente su guarda.³⁵
- Requiere de un régimen especial de protección y complemento de su capacidad.

Loable resulta que el legislador cubano, desde los primeros anteproyectos de Código civil, se hiciera eco de las modernas voces doctrinales que clamaban por la regulación de este régimen especial, para personas que aun sin ser absolutamente capaces de obrar, no deben ser tratadas como incapaces, pues tampoco son tal. Con el reconocimiento de distintos supuestos de capacidad restringida, se ha pretendido ofrecer protección a esas personas, en situación intermedia, y permitir cierto grado de actuación en correspondencia con la supuesta madurez y posibilidades físicas que posean para realizar algunos actos. Sin embargo, la fórmula genérica que se utiliza, permitiendo solo la realización de los actos jurídicos que precisen “para la satisfacción de las necesidades normales de la vida diaria”, según reza el precepto, resulta demasiado ambigua y limitada, no se fija su exacto significado, por lo que es necesario evaluar en cada caso concreto si el acto que pretenda realizarse clasifica en tal expresión, con el correspondiente peligro de caer en apreciaciones subjetivas, ante la ausencia de pautas ofrecidas por el legislador.³⁶ Así, el propósito queda trunco, pues en la práctica jurídi-

34 Ver Pérez Gallardo: “La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en José Pérez de Vargas Muñoz (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, pp. 309 y 310.

35 Aunque doctrinalmente los actos realizados por un incapaz o una persona con capacidad restringida pueden ratificarse por su representante legal o quien ostente su guarda, en nuestro ámbito, tal medio de convalidación sería, cuando menos, de dudosa aplicación, toda vez que los actos realizados por personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica son decretados nulos de pleno derecho por el Artículo 67, inciso b), del Código civil, a diferencia de lo dispuesto anteriormente por el Código civil español que, en sede contractual, preveía la simple anulabilidad o nulidad relativa en tales casos. La nulidad absoluta no admite convalidación *a posteriori*, como después establece expresamente el Artículo 68.1 del propio cuerpo legal.

36 Sostiene Sheila Sánchez Bergara en “Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la *testamentifacio activa*”, p. 97: “Una aproximación que aclare el contenido de este precepto debe incluir actos tan elementales como la alimentación, la higiene y el vestido que son comunes para todas las personas y de ejecución diaria. Sin

ca cubana se presentan múltiples contrariedades e interpretaciones diversas y, de hecho, en la mayoría de los casos, la capacidad restringida es apreciada como una especie de “antesala” para declarar la incapacidad total.³⁷ Como se verá más adelante, no siempre las circunstancias que el legislador caracteriza, para considerar que debe limitarse o restringirse la capacidad de obrar de una persona, quedan perfiladas con pulcritud, especialmente en los incisos b) y c) del mentado precepto, que no resulta atinado en su expresión normativa, por lo que padece inexactitud en este sentido.

Tampoco está diseñado acertadamente el régimen de guarda aplicable a estos casos. Ante la ausencia de otras figuras más idóneas, lo común es reconducir al sujeto con capacidad restringida a las normas del Código de familia, en sede de patria potestad o tutela, en franca contradicción con el pretendido objetivo de ofrecer mayores posibilidades de actuación a las personas que encajan en los supuestos del comentado Artículo 30 del Código civil.

RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD POR RAZÓN DE LA EDAD

Como ya se apuntó, la edad es el período de tiempo de existencia de una persona, que transcurre desde su nacimiento hasta el momento de su vida que se considere. Por razón de la edad, un sujeto puede ser mayor o menor, situación esta última en la que está hasta los 18 años cumplidos. La minoridad no es entendida como discapacidad, dada su generalidad y temporalidad; es una fase normal y natural del desarrollo humano, pero es causa limitativa de la capacidad de obrar, que puede restringir aquella, incluso hasta la incapacidad total en los primeros años de vida. Empero, la capacidad de obrar de los menores no es siempre igual, pues se aplican diversas fórmulas para permitir, de acuerdo con el grado de aptitud física y

embargo, las necesidades no siempre son las mismas para todos los grupos poblacionales; así habrá quien dependa para su manutención de la atención y administración que realice de determinados bienes de los que es titular. Por tal motivo, la interpretación que se haga, no debe excluir actos de administración y/o disposición. Por cuanto de esto dependen los ingresos de quienes figuran bajo este régimen”.

- 37 “(...) el artículo treinta del Código Civil, cuyo claro tenor pone de manifiesto estar encaminado a la necesaria protección de los derechos de aquellas personas que, incluidas en alguno de los supuestos a que dicha norma se refiere, pueden ser inducidas a manifestar su voluntad en forma contraria a sus reales intereses, en momento en que aún no hubieren sido declaradas judicialmente incapaces para regir su persona y administrar sus bienes (...)”. (Sentencia No. 836, de 20 de diciembre de 2000, primer considerando, ponente: Bolaños Gassó, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Tribunal Supremo Popular.)

mental que van alcanzando, su intervención con eficacia en determinados actos, bien a través de autorizaciones concretas establecidas por la ley, o por medio del conocido sistema de la emancipación, más general y amplio, o graduando la capacidad progresivamente, como parece ser la vía escogida por el legislador cubano.

El régimen de graduación de la capacidad del menor es cada vez más acogido por las legislaciones,³⁸ pues se asemeja más a lo que naturalmente ocurre en la realidad que el Derecho regula, por lo que se tiende a reconocer el paulatino incremento de las aptitudes de quienes no han alcanzado la mayoría de edad. En este sentido, ofrece un valioso criterio Mesa Marrero³⁹ al señalar que

(...) no parece razonable calificar la situación del menor de edad en términos absolutos, esto es, prescindiendo de la aptitud natural que progresivamente el menor adquiere y desarrolla a lo largo de esa etapa. Este planteamiento nos lleva a entender que la posición jurídica de la persona durante la minoría de edad no puede ser, por razones obvias, idéntica, de modo que tanto la capacidad de actuación que se le reconozca como las restricciones que se establecen a su capacidad de obrar deben valorarse en función de la aptitud natural del menor.

El inciso a) del Artículo 30 concede al menor que ha cumplido 10 años capacidad suficiente para disponer del estipendio que le ha sido asignado y, cuando alcance la edad laboral, de la retribución por su trabajo. No hay dudas en cuanto a esa capacidad parcial que puede ejercer respecto a tales actos, pero ¿acaso son los únicos que pueden estar encaminados a satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria, como en general les autoriza para actuar el enunciado que encabeza el precepto? Al no establecer el Código pautas que permitan inteligir qué actos calificarían como tales, habría que deducir tal condición de un razonamiento aplicado a cada caso concreto, pues no son iguales las necesidades de todos los sujetos ni se proveen o satisfacen del mismo modo. Actos de administración o disposición de los bienes que se posean, por ejemplo, podrán ser en algunos supuestos imprescindibles para la manutención elemental del individuo que los ejecuta y, en otros supuestos, no lo serán. Así, como afirma Albaladejo,⁴⁰ en los casos de falta de precepto expreso en la ley, “el negar o conceder al menor capacidad para realizar determinados actos, es cosa que se ha de

38 Como ejemplos, pueden situarse: el Código civil de Brasil, artículos 3, 4 y 5, en C. Moraes Mello, T. Araújo Esteves Fraga *et al.*: *O novo Código Civil comentado. Doutrina. Jurisprudencia. Direito Comparado*; y el Código civil argentino, artículos 54 y 55, en Luis F. P. Leyva Fernández: *Código Civil. Comentado y Anotado*.

39 Mesa Marrero, Carolina: “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho Sucesorio”, *apud* Sánchez Bergara, *Op. cit.*, p. 22.

40 Manuel Albaladejo: *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, vol. I, 14.^a ed., p. 251.

realizar no mecánicamente (...) sino viendo si, a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido (bien como normal, bien como excepcional) al menor". Tomando en cuenta lo que supongo que fueron tales principios para el legislador de 1987, en cuanto a la progresiva capacidad del menor, considero que debe interpretarse el enunciado general del Artículo 30 en sentido positivo, esto es, entender que tienen capacidad suficiente para realizar *todos* los actos que de un modo u otro contribuyan a satisfacer sus propias necesidades cotidianas, y que las restricciones recaen sobre otros actos distintos, para los cuales necesitaría complementar su capacidad a través de la institución de guarda que corresponda.

Capacidad de obrar de personas de la tercera edad

Igual que, progresivamente, el menor de edad va adquiriendo aptitudes físicas y psíquicas para desplegar toda actividad que se proponga con cordura y pleno juicio, en sentido inverso, el transcurso del tiempo puede producir discapacidades asociadas a la edad. Los ancianos, como se sabe, se convierten en un sector vulnerable de la sociedad, que precisa de cuidados y atenciones especiales, aunque ello no conduce necesariamente a una modificación de su estado civil personal y siguen considerándose, como regla, personas plenamente capaces.

En la actualidad, estamos asistiendo a una transformación del modelo familiar tradicional, con la consiguiente disminución de su función de servir de apoyo y de sustento de sus miembros mayores.

Tradicionalmente, en el área mediterránea, la familia se constituía en una unidad de miembros que se autoprotegían de diferentes modos. Los hombres se encargaban de procurar el sustento o la riqueza necesarios para el desarrollo material de esta unidad y la mujer poseía más bien un papel de protección anímica y física de los miembros de la familia. En especial, y en lo que nos incumbe en nuestro caso, un papel de protección al anciano en el seno familiar. En la actualidad, la evolución de la sociedad ha transformado estos papeles. Cada vez más la mujer posee una actividad social y profesional similar a la del hombre. Al mismo tiempo, con la evolución de las comunicaciones y la globalización, cada vez es más frecuente el hecho de que los hijos vivan en ciudades o países diferentes a los de los padres, con lo que están lejos de ellos cuando se hacen mayores. En consecuencia, la familia carece del tiempo necesario para dedicarlo a la atención de las personas mayores que forman parte de ella.⁴¹

41 J. C. Jiménez Salinas: "La autotutela como forma de protección a la dependencia", [s. p.]

Así, las personas de la llamada tercera edad transitan sus “años altos” más desprotegidas que nunca, pues el papel de la familia está cambiando y la dinámica de la vida actual no permite muchas veces que disfruten de la atención que merecen, ni se están creando instituciones que procuren su protección al ritmo que sería deseable, dada la creciente longevidad de la población. La dejación voluntaria de la tutela por parte de los ancianos, cuando aún poseen suficiente capacidad de obrar, designando ellos mismos su tutor para el futuro, pudiera ser una medida legal que coadyuve a una mayor protección y una expresión de autonomía privada que no debe desdeñarse, aun cuando ello no vincule la decisión que, en cada caso concreto, deberá tomar el tribunal al respecto, siempre velando por lo que resulte más conveniente al interés de la persona que se intente proteger.⁴²

Sin embargo, así como la minoridad no es discapacidad, tampoco lo es *per se* la senectud: no siempre conduce a graves impedimentos físicos ni puede considerarse enfermedad la simple ancianidad ni produce la vejez “retraso mental”. Por tanto, no podrían ubicarse los ancianos en ninguno de los supuestos descritos por el Artículo 30, cuando, en la mayoría de los casos, no están plenamente aptos para el ejercicio de su capacidad ni tampoco merecen que se les prive totalmente de ella. El artículo de marras, regulador de la capacidad restringida, debió contemplar la posibilidad de establecer limitaciones por razón de avanzada edad, cuando efectivamente se requiera, para poder proveer a las personas en tal situación del necesario complemento a su capacidad, sin tener que convertirlos, por fuerza, en incapacitados.

RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD POR ENFERMEDAD

Al igual que la edad, la enfermedad puede conllevar a limitaciones en el ejercicio de la capacidad, siempre que afecte el estado civil de la persona, como limitación para discernir el significado de los actos que pueda realizar o impidiendo que exprese su voluntad en sentido inequívoco. El profesor Clemente Díaz,⁴³ en una concepción abarcadora de la enfermedad, la define como toda alteración de las condiciones normales de vida de la persona.

La enfermedad ha sido tradicionalmente entendida como causa natural de restricción de la capacidad de ejercicio, tiene su origen en la naturaleza misma y puede ser permanente o temporal. Una clasificación importante de las enfermedades distingue entre las mentales y las físicas, y se ha sentado

42 Sobre este particular, se insistirá más ampliamente al tratar la incapacidad, en el comentario al siguiente artículo del Código civil cubano.

43 Clemente Díaz: *Op. cit.*, p. 371.

como principio que las segundas solo privan de la capacidad de obrar, si impiden a la persona actuar consciente y voluntariamente; por ello, casi en su totalidad, lo que implican para la persona es una prohibición de intervención en determinados actos. Así, por ejemplo, los ciegos y los sordos no pueden ser testigos de hechos cuyo conocimiento dependa de la vista y el oído, respectivamente, según lo previsto en el Artículo 327 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.⁴⁴

Entre las enfermedades físicas, ha desaparecido la impotencia como causa de restricción que impedía al hombre la formalización de matrimonio, aunque conservara su capacidad general de ejercicio. Se mantienen en la actualidad otras, como la ceguera, que consiste en la pérdida total o la disminución significativa del sentido de la vista; la sordera, entendida como enfermedad que priva totalmente o disminuye sensiblemente la facultad auditiva; la mudéz o afasia, que se manifiesta en la imposibilidad de hablar; pero, como se verá, no impiden totalmente el ejercicio de la capacidad, solo pueden restringirla en algunos supuestos.

En cuanto a las enfermedades mentales, otras legislaciones hacían distinciones, en ocasiones incluso no muy precisas, entre locura, demencia e imbecilidad, que no aparecen hoy en el Código civil. La ley procesal, por su parte, solo habla de enajenación mental y en ella engloba todas aquellas enfermedades que se caracterizan por producir trastornos o perturbaciones en la psiquis del individuo que le impiden manifestar su voluntad de modo consciente, racional e inteligente. Tales enfermedades pueden dar lugar a la declaración judicial de incapacidad de la persona; pero, si afectan de modo menos grave al individuo, pueden simplemente implicar una restricción al ejercicio de la capacidad e impedir su participación en determinados actos jurídicos.

Incidencia de la discapacidad en el ejercicio de la capacidad

Para la Organización Mundial de la Salud, *discapacidad* implica toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.⁴⁵ Así, en términos médicos, la capacidad es aptitud; la dis-

44 María M. Díaz Magrans: "La persona individual", en Caridad del Carmen Valdés Díaz (Coord.), *Derecho Civil. Parte General*, p. 116.

45 Así se entiende también en el Plan de acción nacional para la atención a las personas discapacitadas, establecido en Cuba dentro de un marco intersectorial y multidisciplinario, vertebrado a nivel nacional, provincial, municipal y local, donde se distingue entre *deficiencia*, *discapacidad* y *minusvalía* del siguiente modo:

Deficiencia: Corresponde a la consecuencia inmediata del daño (accidente o enfermedad). Es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o

capacidad, ineptitud. La persona puede carecer de aptitud para el movimiento, para la comunicación, para atender su propio cuidado, entre otras actividades.

El individuo que padece alguna discapacidad física, psíquica o sensorial, que no le priva de discernimiento ni le impide manifestar inequívocamente su voluntad, transita por las gradaciones de la edad que antes se señalaron, en cuanto al ejercicio de la capacidad, igual que cualquier otra persona "normal". Si el discapacitado es mayor de 18 años, poseerá plena capacidad de obrar, aun cuando necesite de ciertas adecuaciones prácticas para el efectivo ejercicio de los derechos que le asisten. Si es mayor de 10 años, pero aún no ha cumplido los 18, tendrá capacidad restringida y solo podrá realizar con eficacia determinados actos previstos por el Código civil para esta etapa de la vida. Si es menor de 10 años, no podrá ejercitar válidamente por sí ningún derecho, necesitará en cualquier caso de un representante legal.

Afectan el ejercicio de los derechos las enfermedades físicas o mentales que padezca la persona, que de alguna manera inciden en su cabal juicio o no le permiten expresar su voluntad sin posibles equívocos. Si la discapacidad del sujeto está asociada a alguna o algunas de ellas, tendrá restringida su capacidad de obrar, pero solo en esos casos, pues debe recordarse que la regla general es la presunción de capacidad plena, si bien tales enfermedades pueden dar lugar a incapacidades especiales para los actos específicos que requieren la particular aptitud que fue afectada o privada a la persona por su mal.⁴⁶

Las afectaciones que el sujeto puede sufrir en este orden son disímiles, provocadas por diversas causas y dando lugar a un sinnúmero de situaciones, pero no todas impedirán al discapacitado autogobernarse ni afectarán su posibilidad de querer y entender los efectos de sus actos y de manifestar su voluntad para ello, pues esas afectaciones no siempre le privan de conducirse con raciocinio. Determinadas afectaciones físicas, psíquicas o sensoriales pueden disminuir las condiciones de entendimiento y voluntad, mas no anularlas, y permiten, por tanto, la realización de ciertos actos en correspondencia con la patología que el individuo presente. El que padece tales afecciones no tendrá plena capacidad de obrar, pero tampoco carecerá to-

anatómica. Ejemplos: *hemiplejia* (deficiencia músculo-esquelética) y *afasia* (deficiencia del lenguaje).

Discapacidad: Consecuencia funcional de una deficiencia a nivel de persona, que le dificulta la realización de actividades propias a cualquier sujeto normal en sus mismas condiciones. Ejemplos: Discapacidad de la locomoción a causa de una deficiencia músculo-esquelética (amputación de miembros inferiores).

Minusvalía: Es la consecuencia social, laboral, familiar, etc. que coloca a una persona portadora de una deficiencia y/o discapacidad en desventaja en relación con las otras personas de sus mismas características.

46 Albaladejo: *Op. cit.*, pp. 151 y ss.

talmente de ella, se encontrará en una situación intermedia similar a la de las personas que, sin haber arribado a la mayoría de edad, han rebasado ya los primeros años de vida.

Así, el discapacitado mayor de edad puede ejercitar por sí los derechos que posee, si su discapacidad no incide directamente en su estado civil de persona capaz, aunque necesitará en algunos casos la adecuación del cauce legal imprescindible para la realización de actos jurídicos válidos.

Una persona con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales puede ejercitar *per se* sus derechos personales y de familia, los derechos sobre bienes de los que resulte titular; podrá, como propietaria, usarlos y disfrutarlos, administrarlos, disponer de ellos *inter vivos* y *mortis causa*. Todo ello, claro está, con las restricciones que imponga de hecho su propia discapacidad natural, pero no como resultado de una merma de su capacidad de obrar establecida por el ordenamiento jurídico.

La enfermedad o retraso mental

El Artículo 30, regulador de la capacidad restringida, postula la imposibilidad de realizar actos jurídicos eficaces, más allá de los precisos para satisfacer las necesidades de la vida diaria, para las personas incursas en los supuestos genéricos que perfila, sin definir, como ya se cuestionó, cuáles serían los parámetros para determinarlos. El precepto tampoco ofrece herramientas útiles para determinar el significado exacto de “enfermedad o retraso mental”, supuestos del inciso b); lo deja a los aplicadores del Derecho, quienes tendrán que auxiliarse de los dictámenes periciales correspondientes en el proceso promovido, a los fines de restringir la capacidad de obrar del sujeto. Empero, es atinada la inclusión de estos casos en el régimen de capacidad restringida, aunque se advierte que pudieran estar privados de actos para los que son realmente capaces, por lo que se requiere un reajuste de la esfera de actuación de que dispondrán.

La enfermedad o retraso mental que padecen las personas a que se refiere el inciso b) del Artículo 30, si bien no ha sido definida por el legislador, sí está claro por la letra de la norma que no la puede privar totalmente de discernimiento, pues si así fuera estaríamos en presencia de una situación jurídica que conduce a la incapacitación, no a la simple restricción de la capacidad. Se precisa, por tanto, clarificar qué afectación psíquica del individuo puede mermar su discernimiento o cabal juicio solo de forma parcial, sin privarlo absolutamente de él, para luego, en consecuencia, limitar en el grado que corresponda la capacidad de obrar. A los efectos del ejercicio de la capacidad, lo que importa no es la declaración de restricción, que no cuenta con mecanismo establecido en nuestro ordenamiento legal, sino el grado de afectación mental que padezca el sujeto; no existe, tampoco, preceptiva jurídica que establezca gradaciones para su apreciación.

Si la persona afectada por una discapacidad psíquica no ha sido declarada judicialmente incapacitada, ni se le ha restringido por esa vía su capacidad de obrar, debe recordarse que la presunción es *pro capacitate*. Sin embargo, en los actos que pretenda realizar ante notario, este debe emitir juicio sobre su capacidad y apreciar si reúne los requisitos necesarios de juicio o discernimiento para comprender el significado del acto y sus consecuencias. No obstante, como el juicio notarial no es infalible, la dación de fe que contiene el instrumento notarial no afecta *per se* a la capacidad, pues esta apreciación solo corresponde a una valoración subjetiva del notario. El enjuiciamiento de la capacidad de obrar presupone una calificación jurídica, que se acompaña de las pruebas de rigor, mientras que el juicio notarial de capacidad toma como base esencial la capacidad natural del sujeto respecto al acto concreto que vaya a realizar.

Los impedimentos físicos

Los impedimentos físicos pueden aparecer por diferentes causas, desde el propio origen de la vida, por razones intrínsecas al individuo, como las malformaciones genéticas, hasta circunstancias externas posteriores, como accidentes o mutaciones provocadas por otras enfermedades sensoriales u orgánicas. Tales impedimentos no siempre afectan la capacidad de obrar, incluso puede afirmarse que pocas veces redundan en ella y, cuando lo hacen, no traen aparejada casi nunca la declaración judicial de total incapacidad, sino más bien una limitación o restricción casuística, vinculada a la realización de actos concretos.

Desacertada es la redacción del inciso c) del Artículo 30 del Código civil, que coloca en la órbita de la capacidad restringida a “los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco”. Si en razón del impedimento físico que padece el discapacitado, este no puede expresar su voluntad inequívocamente y si la voluntad es el nervio central de cualquier acto jurídico, quien esté impedido de trasladarla del plano mental o subjetivo al externo o material, no estará en condiciones de ejercer por sí derechos y deberes jurídicos. Es dudoso, por otra parte, que un impedimento físico por sí solo, no asociado a ninguna deficiencia orgánica o sensorial, pueda impedir exteriorizar la voluntad, por lo que el precepto se aleja de la realidad y resulta incongruente. Si el impedimento físico no afecta la posibilidad de manifestar de cualquier forma la voluntad sin equívoco, entonces la persona es plenamente capaz, y si la afecta, el régimen más adecuado no es el de la capacidad restringida, sino el de la incapacidad total.

Particularmente, en cuanto a los actos de disposición relacionados con el patrimonio, debe tenerse en cuenta el tipo de discapacidad física que

aqueja a la persona, y el modo y grado⁴⁷ en que esta incide en su capacidad negocial, o sea, si puede, o no, a pesar de la discapacidad, formarse una libre voluntad interna y comunicarla de modo inequívoco. Así, habrá de dilucidarse si pueden contratar, testar o aceptar herencias los que padecen de afecciones físicas que inmovilizan sus miembros o cuyos miembros han sido amputados, pero se mantienen con posibilidad de hablar; los afectados en la visión, el oído o el habla, de forma exclusiva o combinada cada una de estas modalidades. A nuestro juicio, podrán hacerlo si, a pesar de la afección, mantienen su capacidad jurídica, lo cual siempre se presume.

El Artículo 50 del Código civil brinda cobertura a todo discapacitado para realizar actos jurídicos respecto a los cuales no tenga un impedimento en razón de la discapacidad física o sensorial padecida. El precepto establece, en su primer apartado, que los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito, de modo que si la discapacidad afecta el habla, pero la persona puede expresarse por escrito, no existirá dificultad alguna para dar a conocer su voluntad, y ya se sabe que en nuestro país existen escuelas especiales para atender las deficiencias de estas personas que necesitan atenciones pedagógicas especiales, que reducen al mínimo la posibilidad de que no sepan leer y escribir. Si la discapacidad afecta la posibilidad física de escribir, pero se mantiene el lenguaje oral, podrá exteriorizarse la voluntad de esta forma.

El apartado segundo del propio Artículo 50 dispone que los actos jurídicos tácitos o los realizados por los que padezcan de alguna limitación que les impida expresar su voluntad oralmente o por escrito, pueden realizarse de cualquier otro modo comprensible, directamente o mediante intérprete. Se ofrecen de esta manera amplias posibilidades en cuanto a la forma de los actos jurídicos y, con esta norma de alcance general, se deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, *v. gr.*, a través del lenguaje de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aun cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (discapacitados físico-motores) o del lenguaje oral (mudos). Cuando sea necesario el recurso del intérprete, ya de un sordomudo o de un sordociego, por ejemplo, este tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar que impida al discapacitado intervenir como cualquier otra persona en el tráfico jurídico. El Código civil, en este caso, ni siquiera exige que se acredite ante el funcionario correspondiente la titulación que habilita a quien se

47 En Cuba, no existe norma legal que fije grados de discapacidad o minusvalía vinculados al ejercicio de la capacidad, como ocurre en España, *v. gr.*, donde la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, establece ciertos baremos o porcentajes, según la discapacidad que se padece, si física o psíquica, y el grado de minusvalía padecida, en correspondencia con el cual podría resultar, o no, titular de un patrimonio protegido.

dice conocedor del lenguaje de señas, para el ejercicio de su función. Es suficiente que demuestre en la *praxis* sus conocimientos, los despliegue con eficiencia y permita la comunicación del discapacitado con quien o quienes intervendrían en el acto jurídico a concertar, incluido, por supuesto, el funcionario autorizante.

En el caso de los derechos personales, el discapacitado puede concurrir como compareciente ante el registrador del estado civil a los fines de declarar o promover asuntos relacionados con los hechos o actos del estado civil de las personas. Los discapacitados sensoriales podrán hacerlo por medio de un testigo “idóneo”, además de los que la ley exige para el acto en cuestión, como sería el caso del matrimonio ante funcionario registral, donde la ley exige la presencia de dos testigos, según preceptúan los artículos 59 —inciso i), *in fine* de la Ley del Registro del Estado Civil— y 114, tercer párrafo, de su Reglamento. El Artículo 70 de este último habilita esta actuación registral, y exige tan solo que lo relativo a la presencia del testigo de asistencia se haga constar en el asiento o documento que se trate. Igualmente debe hacerse constar el auxilio en la lectura o en la firma que reciba el compareciente impedido de hacerlo por sí.

En el Derecho de familia, ningún impedimento físico es causa de limitación del derecho a formalizar matrimonio, salvo las cautelas que, según las formalidades, toma en consideración el legislador. En el acto de formalización, se tomarán las precauciones que ya se han señalado, en las que desempeña un papel significativo la figura del intérprete como testigo “idóneo”. A pesar de lo anterior y aun cuando el sexo no constituye causa limitativa de la capacidad de obrar en nuestros días, no debe olvidarse que, en el contexto social y familiar, las mujeres siguen sufriendo muchas veces una “protección discriminatoria”, especialmente aquellas que padecen alguna discapacidad. El entorno familiar sigue oponiendo una fuerte resistencia para reconocer su papel de esposas y madres, aunque paradójicamente muchas mujeres con discapacidad, representadas en el imaginario social como personas débiles y dependientes, se convierten en cuidadoras de madres y padres ancianos, de sobrinos y otros familiares. Por otra parte, el personal médico desaconseja de forma sistemática los embarazos por considerarlos “de alto riesgo”, y oculta su desconocimiento profesional para tratar a una mujer con discapacidad en esa situación, temor que se manifiesta también en el momento del parto, con la práctica generalizada de cesáreas, en la mayoría de los casos innecesarias.⁴⁸

(Continuará).

48 *Manifiesto de las mujeres con discapacidad*, “Por nosotras y nuestras familias”, [s. p.]. La posibilidad de formar una familia no se plantea como algo libremente elegido, ya que se da por supuesto que las mujeres con discapacidad no pueden tener pareja y formar una familia, en cualquiera de sus modalidades posibles, pues no cumplen con el este-

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel: *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, t. 1, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- Acedo Penco, Ángel y Leonardo B. Pérez Gallardo: *Código Civil de la República de Cuba*, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- Barra, Rodolfo C.: *La protección constitucional del derecho a la vida*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Borda, G.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. 1, 10.^a ed. (actualizada), Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Cárdenas González, Fernando A.: *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, Porrúa, México D. F., 2006.
- Castiella Rodríguez, José J.: "La persona, el estado civil y el registro civil. Primera Parte. La persona en general", en Juan F. Delgado de Miguel (Coord.) *et al.*, *Instituciones de Derecho Privado*, t. 1, vol. 2, Editorial Civitas, Madrid, 2003.
- Cifuentes, S. y L. Leyva Fernández: *Código Civil Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- Clemente Díaz, Tirso: *Derecho Civil. Parte General*, t. 1 (1.^a parte), ENPES, La Habana, 1983.
- De Castro y Bravo, F.: *Compendio de Derecho Civil*, t. 1, vol. I, 3.^a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.
- _____ : *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- Díaz Magrans, María M.: "La persona individual", en Caridad del Carmen Valdés Díaz (Coord.), *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8.^a ed., Tecnos, 1994.
- Dihigo y López Trigo, E.: *Derecho Romano*, t. 1, 2.^a parte, ENPES, La Habana, 1987; y t. 2, 1.^a parte, 2.^a ed., Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- Enneccerus y Nipperdey: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. 1, 2.^a ed. española, Barcelona, 1953.
- Espinoza Espinoza, Juan: *Derecho de las personas*, 5.^a ed., Editorial Rhodas, Lima, 2006.
- García Valdecasas, Guillermo: *Parte General del Derecho Civil Español*, Editorial Civitas, Madrid, 1983.
- Ghersi, Carlos A.: *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

reotipo ideal de mujer que impera en la actualidad. Igual línea de pensamiento y acción se reitera cuando estas mujeres pretenden participar en programas de fertilidad o deciden adoptar, aunque también existen limitaciones a los discapacitados en el orden del ejercicio de la patria potestad, la tutela o la adopción.

- Gómez Treto, Raúl: "Las tendencias del Derecho civil cubano. El nuevo Código Civil" (inédito).
- Hualde Sánchez, J. J.: "La personalidad jurídica", en L. Puig Ferriol (Coord.) *et al.*, *Manual de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jiménez Salinas, J. C.: "La autotutela como forma de protección a la dependencia", en www.ceoma.org/vicongreso/comu-nicacio-nes/08.doc
- Larenz, Kart: *Derecho Civil. Parte General*, tr. y notas de Miguel M. Izquierdo y Macías-Picavea, EDERSA, Madrid, 1978.
- Leyva Fernández, Luis F. P.: *Código Civil. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- López, A. y V. L. Montés: *Derecho Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Manifiesto de las mujeres con discapacidad*, "Por nosotras y nuestras familias", en [www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20Mujeres 2004.doc](http://www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20Mujeres%202004.doc) (consulta: 2 de marzo de 2005).
- Mendizábal Oses, L.: *Derecho de menores*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.
- Mesa Marrero, Carolina: "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho Sucesorio", en *Revista Jurídica del Notariado*, no. 43, julio-septiembre de 2002, *apud* Sánchez Bergara, *Op. cit.*, p. 22.
- Moraes Mello, C., T. Araújo Esteves Fraga *et al.*: *O novo Código Civil comentado. Doutrina. Jurisprudencia. Direito Comparado*, Editorial Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2003.
- Moreno Nápoles, R. J.: "Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela" (tesis en opción al grado de Esp. en Derecho notarial, bajo la dirección de Caridad del C. Valdés Díaz, Universidad de La Habana, 2007).
- O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil*, Parte General, t. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1986.
- Pereña Vicente, Monserrat: "La autotutela, ¿desjudicialización de la tutela?" (ponencia presentada en el III Encuentro Justicia y Derecho, La Habana, 24-26 de mayo de 2006).
- Pérez de Vargas Muñoz, José (Coord.): *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2006.
- Pérez Gallardo, Leonardo: "De la codificación civil", en Caridad del C. Valdés Díaz (Coord.), *Derecho civil. Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Puig Brutau, José: *Compendio de Derecho Civil*, vol. 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- Rapa Álvarez, Vicente: "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", en *Revista Jurídica*, no. 19, año VI, UNJC, La Habana, abril-junio de 1988.
- Rivas Martínez, Juan J.: "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", en *Ponencias presentadas por el Notariado español*, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, Colegios Notariales de España, 1998.
- Rogel Vide, Carlos: *Derecho de la persona*, Barcelona, 2002.
- _____ : *Estudios de Derecho civil. Persona y Familia*, Reus, Madrid, 2008.

Sánchez Bergara, Sheila: "Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la *testamentifactio activa*" (trabajo de diploma, Universidad de La Habana, 2005, inédito).

Talana de Brandi, Nelly y L. R. Llorens: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

Valdés Díaz, Caridad del C. (Coord.) *et al.*: *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Von Thur, Andreas: *Derecho Civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. I, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1946.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraordinaria, no. 7, La Habana, primero de agosto de 1992.

Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial Dykinson, Madrid, 2005; y Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Código Civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1888, 24.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.

Anteproyectos de Código civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, La Habana, agosto de 1979, febrero de 1981, febrero de 1982, enero de 1983 y septiembre de 1985.

Proyecto de Código civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, La Habana, mayo de 1986.

Código de familia, Ley No. 1289, de 14 de febrero de 1975, MINJUS, TSP, FGR y ONBC, La Habana, 2004.

Código Penal, Ley No. 62, de 29 de diciembre 1987, La Habana.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, La Habana.

Ley No. 50, de 28 de diciembre de 1984, "De las Notarías Estatales", MINJUS, La Habana, mayo de 1986; y su Reglamento (*Resolución 70*, de 9 de junio de 1992), La Habana, MINJUS.

Ley No. 51, de 15 de julio 1985, *Ley del Registro del Estado Civil*; y su Reglamento (*Resolución No. 157*, de 25 de diciembre de 1985), La Habana, MINJUS, 1986.

Proyecto de Código de familia, versión digital de noviembre de 2004.

LA MUJER EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*Esp. María E. Milanés Torres,
Esp. Gladys Cabrera Bermúdez,
juezas profesionales, TSP*

EL PRESENTE TRABAJO persigue, como objetivo central, conocer, profundizar y demostrar cómo ha evolucionado el acceso de la mujer en la actividad judicial; las limitaciones y estatus discriminatorio existentes en los períodos de la colonia y la neocolonia, y su desarrollo posterior. Para ello, se hace necesario destacar el papel de las mujeres en la defensa de todos sus derechos, y los modos y formas de ingreso de las féminas al nombramiento como juezas y su promoción dentro del proceso histórico social cubano.

Desde la antigüedad, la justicia se hace simbolizar por una mujer, la diosa Temis, con venda en los ojos, una espada en una mano y una balanza en la otra; y, en el arte antiguo, se le representaba sosteniendo una balanza con un par de platillos, mediante los cuales pesaba las peticiones de las partes en conflicto; sin embargo, no ha existido el sentido de lo justo en determinados períodos históricos, para que las mujeres hicieran valer sus derechos, sin distinción de sexo, clase social, etnia y color de la piel.

Nos motiva su examen el hecho de ser una temática poco abordada en el país, que suscitó reclamos e incesantes luchas de las mujeres por su plena igualdad, cuya voluntad se

puso de manifiesto tras el advenimiento de la Revolución victoriosa, materializado dicho ideal de justicia al concretarse, como objetivos y lineamientos del trabajo político-ideológico del Partido Comunista de Cuba, y como política trazada por el Estado cubano.

Este trabajo, sin lugar a dudas, resulta un justo homenaje a la ardua labor desplegada por valiosas juristas que, por motivo de fallecimiento o jubilación, no continúan en la honrosa y difícil tarea de administrar justicia; y a incansables luchadoras de incesante batallar por la emancipación de la mujer, en especial para la legendaria heroína de la clandestinidad, la Sierra Maestra y Cuba, Vilma Espín Guillois, quien, desde 1960 hasta su deceso, el 18 de junio de 2007, fuera presidenta de la Federación de Mujeres Cubanas, a la cual se consagró tanto en el ámbito nacional como el internacional, incluso como representante de la Federación Democrática Internacional de Mujeres (FDIM).

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Las raíces históricas de la instauración de los tribunales en Cuba, su evolución y la llegada del período

do de elección de las juezas, está muy vinculada a la historia de nuestro pueblo, primero como colonia española y, luego, semicolonía norteamericana, lo que nos lleva a hacer algunas reflexiones de corte histórico, hasta llegar al actual sistema de acceso a la impartición de justicia en el país.

Tras producirse el descubrimiento de Cuba, se inicia el período de dominación colonial por España, en todos los órdenes de la vida económica, política y social, lo que se tradujo en dominio del orden judicial, de los cánones sociales que los colonizadores traían consigo, con la férrea potestad paterna, sin derechos personales de ninguna índole para la mujer, cuyo poder natural de la familia, al contraer matrimonio, se traslada al marido.

La reafirmación del pensamiento patriarcal fue sucediéndose de generación en generación. Téngase en cuenta, por ejemplo, la influencia de la Ley Sállica,¹ en virtud de la cual las mujeres no podían ser funcionarias, por lo cual no alcanzaban a gobernar; no tenían acceso a la educación, la lectura, la vida pública, y carecían en lo absoluto de derechos civiles, capacidad jurídica, política y libertad para el trabajo, por no existir ley alguna que las ampararan en el libre ejercicio de una profesión o arte; en fin, se mantenían en total estado

de sumisión al hombre, en lo que se incluía la condición y nacionalidad del marido, en caso de ser casada.

Por estudios historiográficos, se revela que, al instaurarse en 1728 la Facultad de Leyes en la Universidad de La Habana, y existir otros centros donde se enseñó Derecho, como el Seminario de San Carlos y San Ambrosio en 1768, se les denegaba el ingreso a estas a los negros y los judíos. No había instrumento jurídico que los protegiera.

De ahí que coincidamos con la opinión de la abogada puertorriqueña Ixa López Palau, cuando afirma: “Las leyes han sido las aliadas más importantes del sistema patriarcal. Por medio de ellas se mantiene y afianza el poder de los hombres sobre las mujeres. Precisamente en la trinchera legal se han concentrado las armas más potentes de este sistema. Bajo el amparo de las leyes patriarcales y códigos de mucha influencia internacional, como el Código Napoleónico, las mujeres han sido agredidas, violadas, explotadas económicamente, discriminadas y hasta asesinadas. Las leyes patriarcales, como legitimadoras del sistema, han tenido el propósito de subordinar a la mujer, de controlar su cuerpo, su sexualidad, y de negarle los derechos más elementales”.²

- 1 Ley Sállica, código legal redactado en latín, compilado por vez primera en el siglo VI por los francos salios que habían conquistado la Galia en el siglo V. Introducida por Felipe V en España, por auto de 10 de marzo de 1713, establecía el acceso de la mujer a la Corona solo en caso de falta de heredero varón en línea directa o colateral; también prohibía a las hijas heredar tierras.
- 2 Ixa López Palau: *Violencia contra la mujer*, p. 79, *apud* Mariblanca Staff Wilson, “La perspectiva de género desde el Derecho”, [s. p.]

Ello nos lleva a evaluar, también, que la justicia, definida por algunos como “la voluntad firme y constante de dar a cada cual lo que le pertenece”, “lo que es suyo”, “lo que debe hacerse según derecho y razón” o “el poder hacer que se ejecute lo que es justo”,³ no siempre encuentra su materialización en la vida práctica.

En Cuba, se estableció por vez primera un tribunal al constituirse, por Real Decreto de 14 de mayo de 1797, la Audiencia de Santa María del Puerto del Príncipe, hoy ciudad de Camagüey, cuya jurisdicción abarcó a todo el territorio nacional desde el 31 de julio de 1800, fecha en que comenzaron a funcionar, fruto del cese de las hostilidades entre Francia y España, las decisiones adoptadas luego de la firma de lo que se ha dado en llamar Paz de Basilea. También tuvo su influencia en todo cuanto acontecía en el orden judicial en el continente europeo, como consecuencia del impacto de la Revolución francesa, y los códigos y leyes que de ella se derivaron.

Por su parte, el primer texto constitucional, elaborado en Bayona el 7 de julio de 1808, definió que la justicia se administraría en nombre del rey por juzgados y tribunales que este estableciera. El monarca también asumía la facultad de su nombramiento. En su orden, la reconocida

como Ley de Cádiz,⁴ de 19 de marzo de 1812, en el Artículo 259, normaba que habría un tribunal, llamado Supremo Tribunal de Justicia,⁵ pero es por Real Decreto de 24 de marzo de 1834, que orgánicamente se instituyó un Tribunal Supremo de España e Indias, se suprimieron los consejos de Castilla, se crearon dos salas, una para los negocios de la Península e islas adyacentes, y otra para las provincias de ultramar, categoría esta última en la que estaba incluida Cuba.

Por Real Orden del 22 de agosto y el Real Decreto de 16 de junio, ambos dictados en 1838, se organiza la Audiencia Pretorial de La Habana, que comenzó a conocer los asuntos sometidos a su jurisdicción y competencia en 1839.

En 1842, se deroga la Ley Sálica, lo que permite que Isabel II ascienda al trono y se aplicaran las Leyes de secularización (confiscación de los bienes a la Iglesia y admisión de la educación laica), y se autorizara la entrada de féminas a las universidades. La historia registra que, en este propio año, a pesar de la mujer estar todavía sometida al régimen patriarcal, las cubanas se las agenciaron para entrar de oyentes y, después, exigieron ser examinadas.

No obstante, no podían trabajar en el poder judicial porque España

3 Andrés María Lazcano y Mazon: *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, [s. p.]

4 La Ley de Cádiz de 1812 estableció las atribuciones de las audiencias. Estuvo vigente desde el 21 de junio de 1812 hasta el 25 de julio de 1815; del 16 de abril de 1828 al 19 de enero de 1923; y del 20 de septiembre al 21 de diciembre de 1836.

5 *Ibíd.*, p. 63.

no las nombraba, y no existe precedente de que, antes de 1917, pudiera alguna mujer haber tenido el privilegio de ser nombrada jueza.

Los fuertes sentimientos patrióticos de las cubanas, su deseo de sentirse útiles y de disfrutar de la capacidad necesaria para emplearse y superarse, las llevaron a la lucha contra el coloniaje español, ocultado tras la imagen de “mujer ociosa” que les deparaba la oligarquía esclavista.

Como señalara Fidel Castro Ruz, en el Informe al I Congreso del Partido Comunista de Cuba: “La tradición de lucha de la mujer cubana arranca desde los primeros brotes de rebeldía surgidos en nuestra tierra frente a la crueldad del conquistador y al látigo de los esclavistas. El patriotismo de nuestras mambisas escribió páginas conmovedoras en las gestas del 68 y el 95, en las que descollaron figuras de la talla de Ana Betancourt y Mariana Grajales (...)”.

Para la primera Constitución de la República en Armas, Ana Betancourt protagonizó una página gloriosa en la última jornada de la Asamblea Constituyente de Guáimaro, donde exigió la emancipación de la mujer, y demandó el cese de la explotación femenina:

“Cuando llegue el momento de libertar a la mujer, el cubano, que ha echado abajo la esclavitud del color, consagrará también su alma generosa a la conquista de los derechos de la que es hoy en la guerra su herma-

na de caridad, abnegada, que mañana será, como fue ayer, su compañera ejemplar”.⁶

Conforme expresó Armando Hart Dávalos, “la juridicidad en Cuba se inicia formalmente el 10 de abril de 1869, cuando nació la República de Cuba, en el marco de la cual se decreta la independencia y la abolición de la esclavitud; fue en esa fecha en que se fundó, además el Estado Cubano —no el 20 de mayo de 1902—, cuando los grandes hombres del 68 crearon la República en Armas, en Guáimaro”.⁷

Al respecto, Fidel proclamó: “(...) es admirable aquel empeño, aquel esfuerzo por constituir una República en plena manigua, aquel esfuerzo por dotar a la República en plena guerra de sus instituciones y sus leyes”.⁸

Al extenderse la guerra por la independencia, en la que se iban sumando cada día más hombres y mujeres, se dicta la Ley Orgánica Provisional de 1870, por Real Decreto de 25 de octubre, mediante la cual se variaron las extensiones de los dos distritos jurisdiccionales en que estaba dividida la isla (Santiago de Cuba y La Habana) y, en 1888, por Real Decreto de 26 de octubre, se crearon audiencias de lo criminal en Pinar del Río, Matanzas y Santiago de Cuba.

Al negociarse entre España y Estados Unidos la cesión de la isla de Cuba, este último país asumió la gobernación el primero de enero de

6 Edel Lima: “Vilma entre nosotros”, [s. p.]

7 Armando Hart Dávalos: “Mi padre”, p. 67.

8 Lourdes Pérez Navarro: “Un símbolo de justicia en Cuba”, p. 71.

1899 y, meses después, exactamente el 14 de abril, se dicta la Orden Militar No. 4, por la que se instituyó el órgano superior de justicia, que cobró nombre de Tribunal Supremo; y se aseguraron los poderes económico, político y judicial, mediante numerosas órdenes militares y cuerpos legales.

El ordenamiento orgánico introducido por el gobierno interventor a través del Decreto No. 127, de 27 de enero de 1909, mantuvo la misma denominación de jueces y clases de tribunales que existía; se efectuaron solo determinadas variaciones, al hacer coincidir los límites judiciales y los administrativos, con la creación de nuevos juzgados, clasificados todos en tres clases: la primera correspondía a aquellos considerados principales, en La Habana; la segunda, a los de capitales de provincia; y la tercera, a los restantes.

Por la Ley No. 1, de 2 de noviembre de 1950, modificativa de la Ley Orgánica de 1909, se dividió la provincia de Oriente, estimada como la de mayor extensión, en dos distritos judiciales: Santiago de Cuba y Holguín, por lo que pasaron a funcionar siete audiencias en seis provincias.

En este período neocolonial, la mujer siguió careciendo de derechos en relación con el trabajo, porque se mantenía el principio tradicional de que había sido formada para el cuidado del hogar y de los hijos; pero, a pesar de ello, las ideas más modernas y liberales fueron imponiéndose sobre ese rígido tradicionalismo, las luchas de la mujer por sus derechos fueron abriéndose paso, al conside-

rarsele con aptitud y capacidad suficientes para realizar labores fuera del hogar.

No obstante refrendarse, en el Artículo 11 de la Constitución de 1901, que “todos los cubanos son iguales ante la Ley. La república no reconoce fueros ni privilegios personales”, se les negaba a las mujeres hasta el derecho al sufragio, reservado solo para varones mayores de 21 años.

El eminente catedrático Cuevas Carreras testimonió que, en 1918, cuando cesó la I Guerra Mundial y se instauró la carrera judicial mediante el concurso de oposición, la santclareña Marta Abreu de Estévez y Arencibia recomendó para la judicatura, por la provincia de Las Villas, a una mujer llamada Mirtilla Fernanda Rojas Cañizares del Versón, quien trabajó en municipios de distintos territorios. Llegó a conocer al Dr. Alejandro García Caturla, eminente juez de Remedios. Cuevas Carreras precisó que la primera mujer magistrada se llamó María Ferrer Bravo-Correoso, de la Audiencia de Santiago de Cuba, quien cumplió funciones en la Sala de lo Civil.

A principios de la década de 1920, se fundó en Cuba el Club Femenino, para conquistar los derechos igualitarios de la mujer; en 1928, se creó la Unión Laborista de Mujeres, para resistir a la dictadura de Gerardo Machado y Morales; y, luego, la Alianza Sufragista, en reclamo del derecho al sufragio. Se destaca, además, el 13 de noviembre de 1930, cuando un grupo de mujeres opositoras al machadato estuvieron a punto de sublevar el campamento militar de Co-

lumbia, en La Habana, ante sus protestas por los desmanes de todo tipo que se cometían contra el pueblo.

Como colofón del auge de los movimientos femeninos, a partir de 1933, los gobernantes de turno hicieron determinadas concesiones, al dictarse distintas leyes sobre el trabajo, como la Ley de la Maternidad Obrera; se abrieron nuevas fuentes de empleo en la industria textil, calzado y otras; además, se logró conquistar el derecho al sufragio mediante el Decreto-Ley de 10 de enero de 1934.

En el período comprendido de 1930 a 1933, se registra como única jueza a María Teresa Rojas y Valdés, nombrada, por Decreto Presidencial de 7 de junio de 1931, jueza municipal primer suplente del Juzgado Municipal de Cabaiguán, hasta que cesó en 1933. Fue la única abogada que, en ese momento, pertenecía al Poder Judicial, no obstante hallarse integrado el escalafón de este por 319 funcionarios del orden judicial y 16 auxiliares de los tribunales.⁹

En entrevista efectuada para este trabajo, el historiador de la Universidad de La Habana nos señaló un dato muy interesante, al contar que "(...) en 1937 también fue magistrada de la Audiencia de Matanzas María de la Caridad Estrella Lamar y Schwert, esta se jubiló y hasta llegó a escribir sobre las mujeres sobresalientes en el Derecho".

En la Constitución de 1940, en el Título IV, Derechos fundamentales,

sección primera, De los derechos individuales, el Artículo 20 recoge: Todos los cubanos "son iguales" ante la ley. La República no reconoce fueros ni privilegios.

Se declara "ilegal y punible" toda discriminación por motivo de sexo, raza, color o clase, y cualquiera otra lesiva a la dignidad humana. Si esto hubiese sido así, cabe preguntarse: ¿Cómo es posible que ninguna fuera negra y que solo tres mujeres ingresaran a la judicatura en virtud de esta Constitución? Una de ellas, designada al Juzgado Municipal de San José de las Lajas, como primer suplente, correspondiente al Partido Judicial del distrito de La Habana; otra, al Juzgado de Primera Instancia de Consolación del Sur, correspondiente al Partido Judicial del distrito de Pinar del Río; y la última, al Juzgado Municipal de Rancho Veloz, perteneciente al Partido Judicial de Santa Clara, adscrito al distrito de Las Villas.

Para los nombramientos de magistrados de audiencia, se observaban tres turnos: el primero, en concepto de ascenso, por rigurosa antigüedad en la categoría inferior; el segundo, mediante concurso entre los que ocupaban la categoría inmediata inferior; y el tercero, a través de ejercicios teóricos y prácticos de oposición, a los que podían concurrir funcionarios judiciales, fiscales y abogados, no mayores de 60 años.

El nombramiento de jueces se regulaba en dos turnos: uno, por ri-

9 Antonio Barreras y Martínez Malo: *Diccionario Biográfico del Poder Judicial*, p. 716.

gurosa antigüedad en la categoría inferior, en el que podían tomar parte funcionarios de esta y de la inferior categoría. En caso de vacante, se reservaba el ingreso o ascenso para las plazas que quedaran disponibles en dicha categoría.

La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo era la que determinaba, clasificaba y publicaba los méritos que se les reconocían a los funcionarios judiciales de cada categoría para el turno de ascenso. En los casos de concurso, los traslados y ascensos, se otorgaban forzosamente al funcionario solicitante, de la propia categoría o de la inmediata superior, que mayor puntuación hubiese obtenido. Todo pese a la polémica que suscitaba el tomarse el requisito de antigüedad (tiempo de servicios) como mérito en los concursos, por considerarse de importancia en la carrera judicial.

Durante 1949, solo una mujer llegó a ingresar en la carrera judicial, tras lograr inscribirse mediante ejercicio de oposición en el escalafón judicial. Tomó posesión de su cargo en 1958 y ocupó la plaza de magistrada de la Audiencia de La Habana.

Las luchas de las mujeres para que se les reconociera su total derecho a ser sujeto y no objeto, con plena capacidad y equiparación civil con

el hombre, llevó a la recogida de otras reivindicaciones, entre ellas, la dispuesta en el Artículo 12 de la Ley 9, de 20 de diciembre de 1950,¹⁰ que devino sistema legislativo, derogatorio de “toda limitación en cuanto a la capacidad de la mujer que restrinja la igualdad de sexos”.

En 1951, se reportan dos mujeres juezas, entre ellas Hortensia de las Casas Alonso,¹¹ graduada de Dra. en Derecho en la Universidad de La Habana en agosto de 1942. Ejerció como jueza de cuarta clase en el Juzgado de San Francisco, del Partido Judicial de Trinidad (distrito de Las Villas) en octubre de 1945. En 1949, aprobó el concurso de oposición, registrada en el escalafón judicial con el número 274 y no fue hasta 1951 que ocupó igual plaza en el Juzgado Municipal de Sagua de Tánamo (Partido Judicial de Banes, distrito de Holguín). Posteriormente, por traslado, regresó a la provincia de Las Villas, donde fungió como jueza suplente del Juzgado Municipal de San Diego del Valle y trabajó en los distintos tribunales de toda la provincia. En 1959, tomó posesión como magistrada de la Audiencia de Las Villas; allí, fue presidenta de la Sala de lo Criminal y de lo Civil, y, en 1963, se le designó Presidenta de la Audiencia, única mujer en Cuba que llegó a ocupar tan alta responsabilidad en aquel entonces, has-

10 La Ley No. 9 de 1950 fue llamada de equiparación civil de la mujer, complementaria al precepto constitucional que proclamaba la igualdad entre personas de distintos sexos.

11 Hortensia de las Casas Alonso nació el 20 de noviembre de 1919. En la actualidad, cuenta con 91 años de edad y reside en Santa Clara, su ciudad natal. Consagró su vida a la difícil y honrosa actividad de impartir justicia; se distinguió por su ejemplaridad ante el trabajo, responsabilidades asignadas y vida social. Tiene el mérito de haber preservado el majestuoso Palacio de Justicia de la actual provincia de Villa Clara.

ta 1973, cuando se constituyen los tribunales populares y se mantiene en el sistema como presidenta del Tribunal Regional de Santa Clara, hasta su jubilación en 1975.

En el año 1953, ingresaron a la carrera judicial ocho mujeres, nombradas juezas municipales: una, de octava categoría, como suplente, en el juzgado de Sancti Spíritus; tres, de novena, en los juzgados de Isla de Pinos, Remedios y Morón; y el resto, de décima, pertenecientes a los juzgados municipales de Viñales, Manzanillo, Arcos de Canasí y Carlos Rojas.

En general, la década del 50 estuvo marcada por un intenso movimiento popular, principalmente a partir del golpe militar de Fulgencio Batista, violatorio de lo establecido en la Constitución de 1940, cuya legitimidad trató de ser resuelta mediante la promulgación de los llamados Estatutos Constitucionales, el 4 de abril siguiente.

El tercer párrafo del Artículo 155 de la Ley Constitucional de 1952 reproduce, casi literalmente, el Artículo 180 de la Constitución de 1940, en lo concerniente al nombramiento de magistrados del Tribunal Supremo y al Colegio Electoral. Modificó lo referido a la aprobación del nombramiento, lo que se atribuyó al Consejo de Ministros, en vez del Senado. En esa época, muchos de los magistrados en ejercicio habían sido designados por el propio Batista.

Si bien fueron reformulados los poderes legislativo y ejecutivo, el judicial no hubo necesidad de disolverlo, por la identificación de la mayoría de los magistrados con el régimen.

Por tanto, los órganos de justicia apañaban todas las arbitrariedades e ilegalidades, incluidas las reiteradas violaciones a la Constitución y las leyes que cometía el gobierno.

ACCESO DE LA MUJER

El triunfo revolucionario de enero de 1959 significó el inicio de un profundo cambio social que removió, desde su base, la situación económica, política y social existente en el país, y dio lugar a transformaciones radicales, reivindicaciones sociales e igualdad jurídica; en todo ese proceso, se destacó la creciente participación de la mujer.

En 1959, la fuerza laboral femenina apenas llegaba al 12 por ciento, en su gran mayoría dedicadas al servicio doméstico, y solo dos magistradas: una, en la Audiencia de La Habana; la otra, en la de Villa Clara. Además, había 19 juezas en juzgados municipales, otras 26 en la categoría de juezas municipales suplentes, dos juezas municipales primer suplente, una de primera instancia e instrucción, y otra en la de primera instrucción. Estos apuntes resultan ilustrativos y definen que las mujeres estaban reservadas para cubrir plazas en tribunales de inferior jerarquía, y por excepcionalidad para la instancia provincial.

En 1963, se concreta el llamado "Plan Fidel", proyectado en reunión de 12 de octubre de 1962, cuando el Comandante en Jefe le encomendó a los profesores y estudiantes de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Habana la tarea

de constituir los tribunales populares, cuyo propósito esencial era que la impartición de la justicia tuviera un carácter genuinamente popular, obra del propio pueblo. En cumplimiento de dicho propósito, se crearon 35 tribunales experimentales en el país, cifra que posteriormente se cuadruplicó en número, integrados en su totalidad por hombres y mujeres, elegidos en asambleas masivas por sus propios vecinos, a quienes se les confirió la autoridad para juzgar a acusados por la comisión de delitos de escasa gravedad, lo que, a nuestro juicio, constituyó el primer antecedente de inserción mayoritaria de la mujer cubana en la administración de justicia.

En tanto se consolidaba el proceso revolucionario, coexistieron en el país, durante más de una década, varias instituciones judiciales, independientes unas de otras y con ámbitos de actuación diferenciados, hasta que se dicta la Ley No. 1250, "De Organización del Sistema Judicial", de 23 de junio de 1973, que instituyó la creación de un sistema único de órganos judiciales, integrado por los tribunales populares, para actuar en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, y los tribunales militares, encargados de juzgar los delitos vinculados con la esfera militar.

Todo el proceso de incorporación laboral de la mujer en Cuba, en el que se incluye el acceso a la actividad judicial, se hizo acompañar de

un consecuente y necesario apoyo material y legal, traducido en la voluntad política del Partido y el Estado cubano, discutido en todos los congresos del Partido, de las organizaciones de masas y sociales y, particularmente, en los de la Federación de Mujeres Cubanas, lo cual permitió dar pasos reales en el camino de la liberación de la mujer de la economía doméstica o de la doble jornada.

La presencia y participación de la mujer en distintas instancias, como juezas profesionales y no profesionales, desde el Tribunal Supremo Popular hasta los tribunales municipales populares, comienza a incrementarse notablemente después de 1974, pues en la estructura judicial existente hasta ese año fungían solo 48 juezas profesionales.

Nuestra investigación arrojó que, antes de 1975, ninguna mujer había ocupado plaza de jueza profesional en el máximo órgano de justicia en Cuba, lo que aconteció a partir del primero de octubre de ese año, cuando, por Acuerdo del Consejo de Ministros, se designó a la Dra. Marina Marta Hart Dávalos como jueza profesional de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, en la vacante por jubilación dejada por el Doctor José F. Fernández Piloto, por el resto del período para el que este había sido designado.¹² En tal desempeño, desplegó talento, inteligencia, preparación, sa-

12 *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1975 (ed. extraordinaria), p. 436. (Ver *Gaceta Oficial de la República*, no. 21, de 6 de octubre de 1975.)

piencia en la interpretación de las normas, lo quedó invariablemente reflejado en las numerosas sentencias dictadas y en los valiosos aportes realizados al Derecho de familia.

En 1978, al inaugurarse los nuevos tribunales populares, ajustados en su organización a la división político-administrativa del país, la cifra de mujeres ascendió al 23,2%¹³ del total de jueces profesionales y no profesionales, lo cual triplicó el número, en relación con las existentes anteriormente.

Sin lugar a dudas, para el logro de tales propósitos, resultó meritorio el papel desplegado por la Federación de Mujeres Cubanas,¹⁴ entre cuyos objetivos principales estaba lograr mayores niveles de participación femenina en todos los ámbitos de la vida del país, como fiel reflejo de la lucha llevada a cabo por lograr la igualdad de la mujer, recogida en la tesis "Sobre el pleno ejercicio de la igualdad de la mujer",¹⁵ del I Congreso del Partido.

La Ley Fundamental de la República, promulgada el 24 de febrero de 1976 establece que, en la selección de los jueces, no se hace discriminación alguna por motivo de raza, sexo, religión, ideología, origen social, posición económica u otro que vulnere el derecho a la igualdad.

EN AMÉRICA LATINA

La historia ha registrado que, en muchos países de América, de forma escrita o no, existió inhabilitación de las mujeres para impartir justicia. Por ejemplo, en la Ley de Organización Judicial de Bolivia, de 1857, se establecía que "no pueden ser jueces los locos, sordomudos, ciegos, los enfermos habituales, ni las mujeres", y no fue hasta 1954 que se habilitó a las mujeres para el ejercicio de la judicatura, lo que ocurrió dentro del denominado período revolucionario de las décadas de los 50 y 60, en las que se produjeron determinados cambios en cuanto a derechos y libertades.

En Chile, en las Actas de Decisión de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1874, se lee: "No se creyó necesario, atendidas las costumbres sociales de la época una inhabilitación especial para las mujeres, porque nadie puede pensar en darles puestos que se consideran de exclusivo desempeño de los hombres". Paradójicamente, como no había una prohibición expresa, se pudo nombrar la primera jueza en 1923.

Normas similares se registran en los códigos y leyes de los países de América Latina. Las décadas de los 40 y de los 50 es la que marca de forma más generalizada el nombramiento de mujeres juezas.

13 *Memorias del III Congreso de la Federación de Mujeres Cubanas*, [s. p.]

14 Organización de masas creada el 23 de agosto de 1960, que tiene como objetivo fundamental luchar por el desarrollo integral de la mujer, por su eficaz y total incorporación a las tareas de la sociedad, por la plena igualdad en todos los campos de la vida económica política, económica, social y cultural del hombre y la mujer.

15 Ver *Informe Central al I Congreso del Partido Comunista de Cuba*.

miento de juezas. De ahí que algunas expertas en justicia y género tengan la concepción de que “el sistema judicial es una institución creada por hombres y para hombres, por lo tanto los nombramientos se rigen por parámetros que fueron pensados con modelos masculinos”.

En la actualidad, en América Latina se aprecia que la presencia femenina en el sistema judicial es mucho más creciente, pero se destaca el hecho de que son destinadas mayormente a tribunales inferiores en cuanto a lo económico, o a aquellos vinculados con los roles tradicionales de las mujeres, como los de familia y trabajo, y tienen que enfrentar problemas para ascender debido a la rígida jerarquía establecida en ellos.

Las magistradas y ministras de los tribunales constitucionales, cortes o salas constitucionales y cortes supremas de justicia de América Latina y el Caribe llegan solo a 37 (dos son presidentas). En tanto en Cuba, en el Tribunal Supremo Popular, al cierre de febrero de 2008, había 17 juezas profesionales titulares, lo que representa el 54,8% del total.

Según el informe del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), las mujeres en Argentina se concentran en las instancias más bajas y en los fueros de menor prestigio o más devaluados; el porcentaje de mujeres en el fuero civil con especialización en familia supera el 50%; el otro fuero con presencia de

mujeres es trabajo; y la mayor participación femenina se da en los juzgados de primera instancia. Por otra parte, la mayor concentración de mujeres en el poder judicial, tanto en la primera instancia como en las cámaras, se da en la ciudad de Buenos Aires, 46,7%, en la justicia nacional de primera instancia (u ordinaria) y 29,2% en la federal. Sin embargo, para las mismas jurisdicciones, la participación femenina en las cámaras disminuye de manera sensible (26,7% y 19,2%, respectivamente).¹⁶

Mientras en varios países de la región, las mujeres se destinan a aquellas supuestas esferas más apropiadas a su género, y sus números decrecen en niveles de mayor jerarquía, en Cuba son designadas para impartir justicia en cualquiera de las materias del conocimiento de secciones y salas del sistema judicial.

Hoy día, en el mundo, se promueven demandas para el logro de una mayor inserción de la mujer en la profesión judicial y en diferentes foros, se debate sobre la escasa participación femenina en cargos jerárquicos y, por primera vez, juezas integrantes de cortes supremas, abogadas, funcionarias del poder judicial, investigadoras, docentes, estudiantes universitarias y representantes de organizaciones de mujeres de los más diversos países han sido convocadas para analizar la participación femenina en la administración de justicia.

16 “Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA)”, [s. p.]

Cuba, por su parte, exhibe otra situación, pues las mujeres constituyen mayoría en la administración de justicia: al cierre de 2010, del total de 912 plazas cubiertas en el sistema judicial, 662 son mujeres (el 73,6%). Destaca que 190 féminas ocupan puestos de dirección en las diferentes instancias, para el 67,6%; y, de 33 cargos en los más altos niveles, 14 están ocupados por mujeres (1 vicepresidenta del Tribunal Supremo Popular, 1 presidenta de la Sala de lo Laboral del TSP, 2 directoras y 10 presidentas de tribunales provinciales), lo que representa el 42,2%.

Esto demuestra categóricamente el pleno derecho de la mujer a ejercer, de una forma u otra, en cualquier instancia, atendiendo a los principios de elegibilidad, responsabilidad, revocabilidad y temporalidad.

La participación de la mujer en la carrera de Derecho representa más del 60 por ciento del total de los alumnos matriculados, lo cual se ve reflejado en una mayor presencia femenina en los distintos campos de la actividad profesional y, particularmente, en la impartición de justicia. A pesar de esto, casi no existen investigaciones al respecto, ni tampoco referidas a las características de la participación de las mujeres en las distintas esferas de las profesiones jurídicas y lo relativo a su impacto en la toma de decisiones.

En la actualidad, se perfila, como tendencia generalizada, el alto índi-

ce de mujeres estudiantes y profesionales del Derecho; sin embargo, contrario a lo que acontece en Cuba, esa alta proporción de mujeres sobre varones no se refleja en la región a la hora de ocupar cargos.

Por ejemplo, en México, en relación con el total, el número de magistradas representa un 15% y el de juezas un 31,5.

Situación similar ocurre en Bolivia, donde la Corte Suprema de Justicia tiene una mujer entre 12 ministros y solo dos en la historia del país. En el Tribunal Constitucional, hay una mujer entre 10 magistrados (cinco titulares y cinco suplentes). En las nueve cortes superiores, hay 26 vocales mujeres, de las cuales tres son presidentas. Inicialmente, las juezas eran nombradas en materia familiar o de menores; en la actualidad, se les designa en todas las especialidades y, en sentido general, de 777 jueces, el 26,89% son mujeres.

Beatriz Kohen, directora del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, apunta: "En una sociedad democrática lo lógico sería que el sistema jurídico represente a la sociedad en su conjunto. La mitad de la población argentina son mujeres" y, según su juicio, la presencia femenina en la justicia puede darle "mucha legitimidad a un poder hoy muy cuestionado".¹⁷

Es destacable el ascenso femenino en la Corte Penal Internacional, pues ya suman seis las magistradas (de 18 miembros), y se ve como un

17 *Ídem.*

paso de avance en la Organización de Naciones Unidas que se proyecte como una necesidad que, entre las condiciones de selección de los candidatos propuestos, exista representación equilibrada de mujeres y hombres, y que sean juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres y los menores, lo que, si bien no es una representación proporcionada, sí se proyecta como un movimiento importante y alentador para la mujer, en la noble y genuina aspiración de llegar a ocupar tan altos cargos en órganos judiciales de carácter mundial.

La participación de la mujer en la impartición de justicia no limita sus roles en la familia y en la vida social. La mujer no solo cuenta con capacidad de intuición, sino también con una gran capacidad de análisis y la sensibilidad necesaria para determinar lo justo, es decir, para impartir justicia.

Por lo novedoso del tema, y lo que fundamentalmente aporta a la historia, evolución y desarrollo de la administración de justicia en Cuba, resulta recurrente que el Sistema de Tribunales, a través de sus comisiones de Historia, profundice en la vida y obra de todas aquellas juezas que, a lo largo de estos años, han formado parte de los órganos judiciales. Y que, a nivel institucional, se promuevan investigaciones que caractericen la participación de las mujeres en los tribunales y lo relativo a su impacto en la toma de decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

- Abreu Rodríguez, Ángel Miguel: *Anuario de información fiscal, judicial, social y administrativo*, Editorial Neptuno S. A., Habana, 1942.
- Álvarez, Mercedes: "La participación de la mujer en la fuerza de trabajo en Cuba, 1899-1970", Centro de Estudios Demográficos, La Habana, 1978.
- Álvarez Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1985.
- Barreras y Martínez Malo, Antonio: *Diccionario biográfico del Poder Judicial de Cuba*, Cultural S. A., La Habana, 1936.
- Boletín del Tribunal Supremo Popular*, La Habana, 1975 (ed. extraordinaria).
- Borges Milo, A.: *Compilación ordenada y completa de la Legislación. Cuba, 1899 a 1950*, 2.ª ed., vol. I, Editorial Lex, La Habana, 1952.
- Caballero, Armando O.: *La mujer en el 95*, Editorial Gente Nueva, La Habana, 1982.
- Castro Ruz, Fidel: *La Historia me absolverá*, edición y notas de Pedro Álvarez Tabío y Guillermo Alonso Fiel, Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, 1993.
- Espín Guillois, Vilma: *Informe de Cuba*, Primer Congreso Latinoamericano de Mujeres, La Habana, 1959.
- "Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA)", en *El Panorama*, La Plata, miércoles 11 de abril de 2007.
- García Pedrosa, José R.: *Legislación constitucional de Cuba*, t. 2, La Habana, 1936.
- Hart Dávalos, Armando: "Mi padre", en *Justicia y Derecho*, año 1. no. 1, Tribunal Supremo Popular, La Habana, junio de 2003, pp. 66-69.

- Informe Central al I Congreso del Partido Comunista de Cuba*, Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité Central del PCC, La Habana, 1975.
- Íñiguez de Salinas, Elizabeth: "Las juezas en los tribunales, cortes o salas constitucionales" (ponencia), Santiago de Chile, septiembre de 2003.
- Jiménez Asensio, Rafael: "El acceso a la judicatura en España: Evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio", en Biblioteca Virtual de Derecho Judicial (CD-Rom), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- Kohen, Beatriz: "Más mujeres a la justicia" (ponencia), Viña del Mar, noviembre de 2003.
- Lazcano y Mazón, Andrés María: *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, t. 1, Editorial Selecta, La Habana, 1955.
- Lima, Edel: "Wilma entre nosotros", en edición digital del periódico *Tribuna de La Habana*, 2008, [s. m. d.]
- López Palau, Ixa: *Violencia contra la mujer*, Ediciones Lego, San Juan, 1999.
- López Segrera, Francisco: *Los orígenes de la cultura. Cuba (1510-1790)*, UNEAC, La Habana, 1969.
- Memorias del III Congreso de la Federación de Mujeres Cubanas*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1984.
- Meriño Brito, Eloy G.: "La organización del Sistema Judicial cubano", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 2, La Habana, octubre de 1972.
- Pérez Navarro, Lourdes: "Un símbolo de justicia en Cuba", en *Justicia y Derecho*, año 1, no. 1, La Habana, junio de 2003, pp. 70-71.
- Rodríguez Esquivel, Leoncio A.: *Capacidad civil de la mujer*, La Habana, 1955.
- Staff Wilson, Mariblanca: "La perspectiva de género desde el Derecho". [s. m. d.]
- Tejada, Adriano Miguel: "La carrera judicial en la República Dominicana", en *Revista del Poder Judicial*, número especial (CD-Rom), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba.
- "Estatuto del Juez Iberoamericano", en Cumbre Judicial Iberoamericana: [sin título], México, 2006.
- Ley provisional sobre organización del Poder Judicial, Madrid, 1870.
- Ley No. 3/1917, en *Gaceta Oficial de la República* (t. 57), de 4 de agosto.
- Ley Orgánica del Poder Judicial, en *Gaceta Oficial de la República* (t. 3), no. 45 (edición extraordinaria), de 18 de septiembre de 1919.
- Ley de 18 de mayo de 1922, en *Gaceta Oficial de la República* (t. 43), de 23 de mayo de 1922.
- Ley No. 9, en *Gaceta Oficial de la República*, de 28 de diciembre de 1950.
- Ley Fundamental de la República, de 7 de enero de 1959.
- Ley No. 1250, De organización del Sistema Judicial, de 23 de junio de 1973.
- Ley No. 4, De organización del Sistema Judicial, de 25 de agosto de 1977.
- Ley No. 70, de 1990, De los Tribunales Populares.
- Ley No. 82, De Los Tribunales Populares, de 11 de julio de 1997.
- Decreto-Ley No. 195, Reglamento para el proceso de selección y elección de jueces, de 23 de agosto de 1999.

PARA UNA DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Lic. Yéldiz Yin Cabrera,
profesor, Escuela Militar Superior Arides Estévez

EL CÓDIGO PENAL cubano regula con la condición de sujeto especial a aquellos individuos que por el cargo y funciones que desempeñan en la administración pública tienen deberes y obligaciones con la sociedad que los diferencia del resto, para lo cual utiliza las categorías *autoridad*, *funcionario* y *empleado público* en alusión a estos sujetos.

No obstante, el legislador cubano omitió definir los conceptos de *autoridad* y de *empleado público*, y definió solo al *funcionario público* en el Artículo 173 de la ley penal sustantiva, empleando para ello la técnica de cláusula definitoria:

A los efectos de este Título, se entiende por funcionario público a toda persona que tenga funciones de dirección o que ocupe un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia en organismo público, institución militar, oficina del Estado, empresa o unidad de producción o de servicio.

A lo antes explicado, se puede agregar que este es un tema poco tratado por autores cubanos, lo que provoca la ocurrencia de complicadas interpretaciones en su aplicación por la práctica judicial cubana actual, e incide, sobre todo, en la tipicidad delictiva, la delimitación entre autoría y participación y en la individualización de la sanción.¹

FUNCIONARIO PÚBLICO

Para su correcto desenvolvimiento, la administración pública² —en nuestro país se extiende a todos los ámbitos de la vida económica, política y

1 Sentencias 373/1966, 2186/82, 3946/1994, 5674/00, 6231/00, 801/01, 2651/01, 1895/01, 3309/03, 2690/03, 292/03, 3511/04, 3537/05, 4778/05, 5179/05 y 5161/00, todas de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular; y sentencias 13/2000, 74/2004 y 33/2005, de la Sala de lo Militar del propio tribunal.

2 *Administración* se deriva de la palabra latina *administratio*, que, a su vez, viene de *ad*, *a*, y *ministrare*, "servir"; su significado etimológico es "servir a", "acción", "actividad". Según Barcia, *administrador* viene de *administrare*, *ad manus trahere*; *trahere*, *hace tractum* y, de ahí, la terminación del sustantivo *administrador*, con el mismo origen de *ministro*.

cultural de la sociedad y, por tanto, a efectos penales, la protección de las funciones públicas abarca el contenido de las legislativas, gubernativas, administrativas y judiciales—, se vale de diferentes medios (materiales, financieros y personales). Estos últimos se denominan *autoridades, funcionarios, empleados*; y, en otras legislaciones, *agentes públicos*, lo que se regula en el Derecho administrativo.³

Pero si bien en el Derecho administrativo existe un concepto de *funcionario público*, y autores como Parada y Climent Durán estiman que es suficiente para responder civil y penalmente, otros (Muñoz Conde, por ejemplo) consideran que tal definición no es suficiente para el Derecho penal, ya que este tiene exigencias particulares que obstaculizan la recepción pura y simple de conceptos delineados en otras ramas; por lo que es preciso elaborar su propio concepto examinándolo a la luz de sus normas jurídicas y su objeto de protección, aunque toma por punto de partida la que aporta el Derecho administrativo, recurriendo de este modo a una técnica legislativa conocida por la doctrina como cláusula definitoria, que también emplea la ley penal cubana y parece más acertada.⁴

Funcionario y empleado en el Derecho administrativo comparado

En la antigüedad, el funcionario público tuvo un carácter sacerdotal y guerrero. En la Edad Media, se acentúa su carácter militar. En ocasiones, esta palabra es una expresión genérica, por la cual se distingue a todas las per-

Para la doctrina, el concepto de *administración pública* se define con un doble aspecto: Como sujeto, es un complejo de órganos armónicamente coordinados, unidos por relaciones jerárquicas y de coordinación, una organización que el Estado crea, utiliza y mantiene a través de la transformación de recursos públicos en acciones modificadoras de la realidad, mediante la producción de bienes, servicios y regulaciones. Como objeto es una acción, una actividad encaminada a cumplir finalidades estatales para canalizar adecuadamente demandas sociales y satisfacerlas. Es, por tanto, una compleja estructura orgánica que actúa para la obtención de finalidades estatales concretas, en beneficio de los intereses de la sociedad. (José Gascón y Marín: *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, pp. 27-29; Alejandra Noilet: "Teoría de la Administración I: Paradigmas y debates en torno a la Reforma Administrativa", en www.monografias.com/trabajos13/pardeparde.shtml; Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas: *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 384; Héctor Garcini Guerra: *Derecho administrativo*, p. 116; y Diego Fernando Cañizares Abeledo et al.: *Temas de Derecho administrativo cubano*, versión digital.)

3 Enrique Sayagués Laso: *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, pp. 255-256.

4 La cláusula definitoria es una técnica legislativa utilizada cuando el legislador penal necesita incluir nuevos conceptos que no están claramente definidos en las leyes extrapenales o que, pese a estarlo, pueden dar lugar a incertidumbres interpretativas, que cierran especulaciones de este tipo, o cuando desea alterar el significado que un término ostenta en otro ámbito del ordenamiento —por ejemplo, el Derecho administrativo— y constituye un instrumento legislativo para garantizar uniformidad y coherencia en la reacción punitiva que evita arbitrariedades e interpretaciones excesivas. (Parada:

sonas que por algún título están encargadas de un servicio permanente, general o especial de la administración, uno de los conceptos más imprecisos de cuantos se manejan en la doctrina jurídico-administrativa, debido a la discrepancia entre su sentido vulgar y técnico, y a la diversidad de criterios con que se emplea en el Derecho positivo.⁵

En Francia, se entiende como la persona que participa en el funcionamiento de un servicio público y ocupa un cargo permanente comprendido entre los cuadros administrativos, mientras en Italia son los titulares de los órganos —personas que ocupan los *publici officii*—, en cuyo carácter expresan la voluntad de la administración para la cual actúan; son dependientes, no funcionarios, las demás personas que trabajan en la administración. En tanto, el Derecho positivo español distingue entre una definición amplia de funcionario público: toda persona incorporada a la administración pública en una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo; y una estricta, que solo reconoce a los funcionarios de carrera, aquellos que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones presupuestarias.⁶

Por otro lado, el cubano Julián Ruiz —coincidiendo con la mayoría de los tratadistas del Derecho administrativo, como Ramón Parada y López Pellicer— estima que el funcionario público es toda persona física destinada a un servicio público realizado por la administración con carácter permanente, por lo que quedan excluidos quienes: sirven en funciones públicas desde un cargo no instituido de forma permanente; intervienen en funciones o servicios públicos sin tener determinada competencia, atribuciones; no tienen cargo; y los que la ejecutan de manera accidental o pasajera. Por lo tanto, en Derecho administrativo, funcionarios son las personas que, incorporadas a la administración por nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter profesional, permanente y retribuido con cargo a determinados presupuestos, y figuran en las plantillas correspondientes.⁷

De esto, se desprenden varias características:

- 1) El ejercicio de una función pública, sea administrativa, legislativa o jurisdiccional, aunque Morán Quijada opina que, además de realizarla, debe integrar la administración pública, y Pareja considera que no es un elemento esencial. Acerca de la función pública, existen dos criterios funda-

Derecho administrativo, p. 496; Carlos Climent Durán: *Delitos contra la libertad: Detenciones ilegales*; [s. p.]; Francisco Muñoz Conde: *Derecho penal, Parte especial*, p. 304; y Fermín Morales Prats: *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*, pp. 73-91.)

5 Julián M. Ruiz y Gómez: *Principios generales del Derecho administrativo: El personal de la administración pública, exposición doctrinal y de Derecho positivo y jurisprudencial cubano*, p. 37; y Rafael Entrena Cuesta: *Curso de Derecho administrativo*, p. 270.

6 Entrena Cuesta: *Op. cit.*, pp. 257-258.

7 Ruiz y Gómez: *Op. cit.*, p. 52; y Ramón Parada: *Derecho administrativo*, p. 495.

- mentales: a) Es el ejercicio de potestades públicas, autoridad o soberanía, círculo de asuntos del Estado que deben ser regidos por una persona ligada por la obligación de Derecho Público de servir al Estado; y b) Cuando alguien personifica ante terceros la voluntad de la administración desempeñando un puesto de relevancia con funciones y servicios públicos sometidos a un régimen jurídico.⁸
- 2) El ingreso a la función pública, donde la mayoría de los tratadistas del Derecho administrativo, como Laso, López Pellicer y Hernández Ron, consideran que debe ser por nombramiento o por elección, y estar sometidos al Derecho administrativo, que excluye a quienes se encuentran ligados a la administración por una relación de tipo laboral. Sin embargo, Pareja es del criterio que también se puede ingresar a la actividad funcional por vía contractual, concluyendo que debe ser primordialmente voluntaria, salvo casos excepcionales como el servicio militar.⁹
 - 3) Carácter permanente del cargo e incorporados a la administración pública, concedido por un sector de la doctrina, como Parada, Ruiz y Bielsa, que se manifiesta tanto en el sentido de ser inamovibles, como en figurar en la plantilla del *cuerpo o escala a que pertenecen*, y que es consecuencia del deber de satisfacer uniforme y constantemente las necesidades de interés general, excluyendo del carácter de funcionario a toda persona que ocasionalmente preste un servicio a la administración, aunque Sayagués Laso, Hernández Ron y Carlos Pareja son del criterio de que puede o no ser permanente.¹⁰
 - 4) Otro de los aspectos a los que hacen mención distintos autores, como Bielsa, es el referido al carácter de retribuido, dado por la profesionalidad de esta función, lo cual determina que el funcionario público haga de su profesión su medio de vida, al menos preferentemente; aunque Sayagués Laso, Pareja, Ruiz Gómez y López Pellicer afirman que no se necesario que esto sea así.¹¹

Funcionario público en el Derecho administrativo cubano

La doctrina cubana del Derecho administrativo no da muchas definiciones de funcionario público. Al respecto, Héctor Garcini opina que los funcio-

8 Carlos H. Pareja: *Curso de Derecho administrativo*, p. 241; Gascón y Marín: *Op. cit.*, p. 287; Parada: *Op. cit.*, p. 382; José M. Baño León: *Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa*, p. 13.

9 Pareja: *Op. cit.*, p. 241; J. M. Hernández Ron: *Tratado elemental de Derecho administrativo*, pp. 155-156; José A. López Pellicer: *Lecciones de Derecho administrativo I*, p. 369.

10 Ruiz y Gómez.: *Op. cit.*, p. 51; y Entrena Cuesta: *Op. cit.*, p. 272.

11 Entrena Cuesta: *Op. cit.*, p. 272; y Miguel Sánchez Morán: *Derecho de la función pública*, p. 77.

narios públicos están comprendidos dentro de los medios personales de la administración y son aquellos individuos que prestan servicios en esta, incluyendo a los agentes de la administración pública designados por un órgano competente, cuya fuerza de trabajo la dedican a las tareas administrativas de modo permanente, y son elegidos, nombrados o contratados.¹²

Según la opinión de Ruiz, las principales características para ser funcionario público en el Derecho administrativo cubano son: 1) Integración a la organización administrativa pública, que delimita a los funcionarios de aquellas personas que realizan ciertas funciones o prestaciones públicas, pero sin encontrarse en la administración; 2) La función pública que ejercen, de forma permanente o profesional, transitoria o temporal; el carácter profesional significa que el funcionario dedica su actividad o trabajo a la función pública de modo exclusivo; y 3) Incorporación a través de un título jurídico formal que lo habilita como funcionario público, ya sea mediante nombramiento o elección.¹³

Sin embargo, la legislación cubana ha sido pródiga para definir el concepto y las características del funcionario público. La Ley de impuestos municipales de 1908 le daba un carácter permanente y retribuido, mientras que, en la del servicio civil de 1906, podía tener un carácter temporal y, en la de jubilaciones y pensiones de 1920, solamente necesitaba ser retribuido para que ostentara tal condición.

Por su parte, en los conceptos de *empleado*, *funcionario* y *obrero público*, regulados en el Artículo 105 de la Constitución de 1940 —primera y única hasta hoy en pronunciarse con respecto a este particular, tomando como punto de referencia la Constitución de 1901—, se requería, previa demostración de capacidad y cumplimiento de los demás requisitos y formalidades establecidos por la ley, ser designados por la autoridad competente, ejecutar funciones o servicios públicos, y no tenían que ser siempre retribuidos.

Luego del primero de enero de 1959, se promulgaron varias disposiciones sobre el tema. El Decreto No. 1, de 23 de junio de 1978, “Reglamento general de los organismos de la Administración Central del Estado”, en el Capítulo V, Artículo 31, define como *funcionarios* a aquellos trabajadores con atribuciones específicas que, a veces, tienen a su cargo actividades como la asesoría, elaboración de dictámenes y otros documentos, estudios, investigación, inspección, supervisión u otras, o alguna esfera de decisión propia.

Esta definición fue mantenida por el Decreto Ley No. 36 de 29 de marzo de 1980, “Sobre la disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”, en el Artículo 1, tercer párrafo del Capítulo I, “Generalidades”. En ambos casos, agrega un concepto nuevo: los dirigentes, categoría propia del ordenamiento jurídico cubano, son funcionarios también, aunque con

12 Garcini Guerra: *Ob. cit.*, pp. 143 y 147.

13 Ruiz y Gómez: *Ob. cit.*, pp. 37-52.

una esfera de decisión mayor que la de los funcionarios simples. De aquí, se puede afirmar que todos los dirigentes son funcionarios, pero no todos los funcionarios son dirigentes.¹⁴

El Decreto Ley No. 36 fue derogado por el No. 197 de 1999, “Sobre las relaciones laborales del personal designado a ocupar cargos de dirigentes y funcionarios”, vigente a partir del 15 de abril de 2000. En el Artículo 2, se brinda un concepto mucho más acabado, pues recoge a todas las personas designadas para desempeñar cargos de carácter profesional de complejidad y responsabilidad en la función pública o en entidades de producción, servicios, administración y otras, con atribuciones específicas y alguna esfera de decisión limitada. Pueden organizar, distribuir y controlar la labor de un pequeño grupo de personas. Ocupan cargos de asesores, auditores, inspectores, supervisores, especialistas principales y otros análogos, aprobados en la legislación específica.

Los dirigentes son, entre los funcionarios, aquellos designados para desempeñar cargos de dirección en los órganos estatales de niveles superiores e intermedios, organismos de la Administración Central del Estado, entidades nacionales, uniones, empresas, entidades empleadoras, otras organizaciones económicas estatales y unidades presupuestadas, con independencia de la denominación que en cada lugar se utilice.

Coincidió en que las características del funcionario en todo el Derecho positivo cubano eran: a) ingreso por elección o nombramiento; b) participación en el ejercicio de funciones públicas o prestación de actividades en servicios públicos; c) carácter profesional del cargo; d) percepción de sueldo o haber; y e) formar parte de órganos, organismos o instituciones de la administración pública.

Clasificación de los funcionarios públicos

Por la función que realizan en el gobierno, los funcionarios pueden ser *gobernantes* —regulados por el Derecho constitucional, elegidos por el pue-

14 En cuanto a esta autóctona categorización, se pronunciaron los mencionados Decreto No. 1 y Decreto Ley No. 36. El primero, en el Artículo 28, más que un concepto, ofreció una relación de ellos: son dirigentes los jefes de los organismos, vicepresidentes y viceministros, jefes de unidades organizativas mayores, delegados y subdelegados de delegaciones territoriales, los que desempeñan las jefaturas de las restantes unidades organizativas y quienes participan con los jefes de estas en su dirección, conforme a la plantilla de cargos aprobada para el organismo. Esta situación es superada por el Decreto Ley No. 36, el que, en su Artículo 1, define esta categoría incluyendo a los trabajadores que en cualquier instancia de la administración estatal ocupan un cargo de dirección, permanente o provisionalmente, definido como tal en la estructura orgánica correspondiente; y responden por determinadas facultades, de decisión y mando, con las correspondientes funciones, atribuciones y obligaciones.

blo, al cual lo representan, detentan mayor fuerza social y política y realizan actos de gobierno—, y *no gobernantes* —regidos por el Derecho administrativo, son individuos que, bajo la autoridad o el simple control de los gobernantes, realizan las funciones que les competen—. A su vez, estas funciones en la administración pública pueden ser *legislativas, administrativas y judiciales*.

Según su permanencia, se clasifican en *funcionarios de carrera*, que permanentemente dedican su actividad al servicio público y reciben un sueldo, y *funcionarios honoríficos*, quienes cumplen un servicio público o un deber cívico, pero no de manera permanente ni retribuida. Según la esfera en que se desenvuelvan, pueden ser *civiles, policiales o militares*. Atendiendo al orden y la forma de designación, son *electivos* directa o indirectamente o *de nombramiento* por autoridad competente. Pueden ser *voluntarios o forzosos*, según se exija la prestación obligatoria de la función o no.¹⁵

Además, atendiendo a las potestades que detenten, se diferencian entre *autoridades o funcionarios de autoridad*, que tienen poder de mando —producen actos administrativos—, están encargados de dar órdenes y obligar su cumplimiento; y *agentes o funcionarios de gestión*, quienes sirven a la autoridad y ejecutan, aplican o hacen cumplir disposiciones de esta. Son funcionarios todas las autoridades y sus agentes, pero no a la inversa.¹⁶

Diferencia entre funcionario, empleado y autoridad

Estas definiciones traen como consecuencia que existan dos conceptos fundamentales: el de funcionario público y el de empleado, que se diferencian entre sí. Los funcionarios se distinguen de los empleados en que los segundos son auxiliares de los primeros, prestan un servicio al Estado mediante contrato, convenio colectivo, o excepcionalmente de otro tipo, donde se establecen las condiciones de empleo y son meros ejecutores de las órdenes que reciben, ya que no exteriorizan la autoridad ni la voluntad del Estado.

En contraste, los funcionarios están incorporados a la administración por una relación estatutaria de servicios profesionales y retribuidos regulados por el Derecho administrativo; sus condiciones de empleo se determinan por leyes o reglamentos que el Estado puede modificar unilateralmente, en los que

15 Gastón Jeze: *Los principios generales del Derecho administrativo*, p. 428; Gascón y Marín: *Op. cit.*, pp. 289-291; y Ruiz y Gómez: *Op. cit.*, pp. 50-56.

16 María Luisa Casares Villanueva: *Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad*; Andrés Arrieta: *Delito urbanístico, empresa y delito en el nuevo Código penal*, pp. 173-209; Pareja: *Op. cit.*, p. 293; Ruiz y Gómez: *Op. cit.*, pp. 55-56; Rafael Bielsa: *Derecho administrativo*, pp. 21-23; y Gascón y Marín: *Op. cit.*, pp. 290-291.

se fijan sus derechos y responsabilidades desde su nombramiento hasta la extinción del vínculo profesional. Su función supone el encargo especial de representar al Estado, en principio por ley o por designación —nombramiento o elección—, y expresa y ejecuta su voluntad de manera continua; existe una relación externa que les permite realizar actos jurídicos con una competencia legal determinada.¹⁷

Pero en la realidad jurídica cubana, la mayoría de los trabajadores labora al servicio del Estado socialista. Por tanto, a los efectos del Derecho administrativo, se encuentra como concepto general el de los *empleados públicos*, que son todos aquellos que reciben un salario del Estado por prestarle un servicio; y, como concepto particular, el de *funcionarios*, quienes poseen mayor nivel jerárquico, puesto que dirigen y representan al Estado o institución pública en distintos niveles y están legitimados por una designación especial para hacerlo, ya sea por elección o nombramiento.

Al mismo tiempo, se halla un concepto singular denominado *dirigentes*: especie de funcionarios designados para desempeñar cargos de dirección en la función pública, de niveles superior e intermedio que, a su vez, tienen la facultad de establecer, prescribir, o poder de decisión para ejecutar cuanto concierna, total o parcialmente, a la organización, conservación y régimen del Estado; tienen atribuciones para dictar normas y resoluciones, por lo que también puede denominárseles *autoridades* en el Derecho penal.

En opinión de Mejías Rodríguez, la esencia diferenciadora entre estos conceptos estriba en el poder de coacción concreto que compete a la autoridad, mientras que el funcionario no posee como necesario tal poder de coacción, que solo lo tiene de modo general y abstracto. La noción de funcionario es más amplia que la de autoridad, de tal manera que esta última presupone el carácter de funcionario público en su titular y cualifica su contenido por las facultades resolutorias que a aquella competen.

FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL

Debido a la necesidad que tiene el Derecho penal de definir su concepto de funcionario público, la doctrina ha establecido un conjunto de requisitos para elaborarla, en la que primeramente debe tenerse en cuenta la ejecución de una *función pública*, que viene de *fungor* y significa “hacer, cumplir, ejercitar”; para las ciencias jurídicas de cualquier clase, significará toda actuación por razón del fin jurídico, en su doble esfera de privado y público. Es

17 Sayagués Laso: *Op. cit.*, pp. 260-261; Pareja: *Op. cit.*, p. 237; Sánchez Morán: *Op. cit.*, pp. 22 y 77; Bielsa: *Op. cit.*, pp. 29-30; Gascón y Marín: *Op. cit.*, p. 288; y Carmen Inés González: “Empleados y funcionarios públicos”, [s. p.]

entendida, además, como las diversas formas de manifestación de la actividad del Estado, dirigida a satisfacer necesidades colectivas, y que se concreta en sus diferentes dimensiones: política, administrativa, legislativa y judicial.

Sin embargo, de una forma u otra se origina un problema cuando se asocia el Estado con el sector privado y origina organismos sometidos al Derecho público o privado —empresas mixtas, de capital totalmente extranjero y sociedades mercantiles—, donde la doctrina se debate en cuanto a dar la condición de función pública, o no, a la labor de estas, lo que tiene repercusión en la posterior consideración de funcionario público a los efectos penales. Existen cuatro posiciones al respecto.

- La primera, siguiendo un criterio formal, afirma que la función depende del giro que tenga el ente público en dependencia de que esté sometido al Derecho privado o al Derecho público.
- La segunda está dada por un criterio subjetivo, que reserva la función pública solo a los órganos del Estado.
- La tercera se presenta desde un criterio material finalista, seguida por Kindhäuser, Muñoz Conde y Cobo del Rosal, quienes afirman que la función pública es la proyectada al interés colectivo o social y realizada por órganos estatales o paraestatales de cualquier jerarquía. Aquí, lo importante es que se desempeñe en cierta medida como brazo ampliado del Estado.
- Por último, existe un criterio mixto restrictivo, seguido por Vives Antón y Rodríguez Puerta, por el cual la función pública debe tener un elemento subjetivo o pertenencia a un ente público, un elemento objetivo —sometido al derecho público— y un elemento teleológico: perseguir fines públicos, pues su ausencia privaría del carácter de funcionario público.¹⁸

Considero más efectiva la tercera postura, ya que engloba a los funcionarios de empresas privadas que prestan servicios públicos y con su actuar afectan intereses colectivos, como puede apreciarse en Europa, donde la privatización de servicios públicos ha generado una tendencia legislativa y jurisprudencial de considerar funcionarios públicos a los directivos de empresas privadas que gestionan los servicios públicos.¹⁹

18 Edgardo Alberto Donna: “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal”, [s. p.]

19 *Ídem*; María José Rodríguez Puerta: *El delito de cohecho: problema jurídico-penal del soborno de funcionarios*, p. 164; Francisco Alonso Pérez: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el Código penal*, p. 36; Adán Nieto Martín: *Ciudadanía europea y Derecho penal*, pp. 271-300; Muñoz Conde: *Op. cit.*, p. 971; y Urs Kindhäuser: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, [s. p.]

Pero otros autores, como Baño León y Mejías Rodríguez,²⁰ entienden que, en esta función pública, el funcionario debe poseer, además, lo que en el Derecho administrativo se llama “el uso de las potestades públicas”; lo cual se distingue de la función en la que el ejercicio de potestades se equipara con poderes que le permiten al funcionario incidir en la intimidad, libertad, propiedad de los ciudadanos sujetos a su influencia, y restringe o condiciona el ejercicio de sus derechos, como: órdenes de policía, inspección, sanciones, expropiaciones, acciones de oficio. Mientras que, en el ámbito empresarial, implica la administración y disponibilidad sobre los recursos materiales de la entidad; la sustanciación de procedimientos, propuesta de resoluciones y la producción de actos administrativos que beneficien a la colectividad; y establecer, exigir e imponer la disciplina laboral de sus empleados.²¹

Por último, diferentes autores reconocen tres requisitos relativos al ingreso a la función pública:

1. Por *disposición inmediata de la ley*. Es la atribución de la condición de funcionario público por la ley a efectos penales, que no se da en todos los casos de participación de no funcionarios en actividades con finalidad pública, sino solo allí donde la ley, expresa o tácitamente, lo dispone. Aunque, respecto a esta vía, Mejías Rodríguez²² considera que hay que tratar de evitar que la disposición legal se convierta en una norma penal en blanco, dados los peligros y la inseguridad que ella crea, para lo cual bastaría con estudiar la validez temporal y espacial de las normas administrativas, y observar su comportamiento en la realidad cubana, para desdeñar cualquier acercamiento a ellas.
2. Por nombramiento. Esta es la forma más frecuente de iniciar el ejercicio de funciones públicas. Constituye la designación hecha por una autoridad —la manifestación escrita de su voluntad—, un acto jurídico unilateral de ejercer las facultades conferidas por las leyes vigentes, en virtud de las cuales un ciudadano se convierte en funcionario. Sus elementos necesarios son: a) manifestación de voluntad del que nombra; b) basadas en las disposiciones en vigor; y c) capacidad de colocar al nombrado

20 Baño León: *Op. cit.*, pp. 9-24; y Carlos Alberto Mejías Rodríguez: “Hacia un concepto de funcionario público en el Derecho penal cubano” (ponencia).

21 En este sentido, la posición clásica alemana identifica dichas funciones con las limitativas o restrictivas de derechos —*Eingriffsverwaltung*—, donde el ejercicio de potestades públicas se equipara con poderes exorbitantes restrictivos de derechos individuales, es decir, órdenes de policía, inspección, sanciones, expropiaciones, acciones de oficio y, en general, potestades. Pero las funciones públicas no son solo las que ejercen típicos poderes restrictivos de los derechos de los ciudadanos. También la producción de actos administrativos que beneficien al destinatario se inserta en el conjunto de tareas que corresponden a los funcionarios públicos. (Baño León: *Op. cit.*, pp. 9-24.)

22 Mejías Rodríguez: *Op. cit.*, [s. p.]

en aptitud de ser investido para lo que fue designado. A su vez, el nombramiento puede ser:

- *Libre o discrecional*. No requieren conocimientos especiales para designar a la persona; tiene como ventaja que puede escoger a quien desee, pero existe el inconveniente del favoritismo y el nepotismo.
 - *Condicionado*. Quien nombra tiene que ajustarse a ciertos requisitos y exigir conocimientos de las funciones de que se trate, como en el ingreso por *concurso* —establece general y discrecionalmente las condiciones para hacer los nombramientos— o por *oposición* —se designa a aquellas personas que, reuniendo las condiciones exigidas por la ley, demuestren mayor aptitud mediante el sometimiento a un examen.
 - *Formal*. Se designa al mejor candidato entre un grupo de aspirantes, que pueden serlo por conscripción —consiste en la obligación de ciertas cargas o servicios (militar)— o por ingreso a través de escuela profesional, seleccionando al personal mediante exámenes de ingreso, para los que puede exigirse la posesión de títulos profesionales.
3. Mediante *elección*, la cual constituyó una reacción contra la venta o herencia de los empleos públicos en la Edad Media, fue introducida en Francia y los Estados Unidos por sus revoluciones. La elección es un acto político unilateral que se utiliza cuando se trate de cargos que deben desempeñarse de acuerdo con la opinión pública —de dirección y de control político o de designar representantes ante una entidad u organismo—, tiene las mismas modalidades que el nombramiento: libre, condicionada o formal, aunque suelen emplearse las dos primeras. Al tiempo que, según las personas que la efectúen, se clasifican en: *popular* —cuando se realiza a través del sufragio universal— o administrativa, cuando la ejecuta un conjunto de funcionarios actuando de consuno, como la que efectúa un congreso o partido político.²³

No obstante, Mejías considera que hacer alusión, en el concepto, a las formas de ingreso, pudiera restringir a los llamados funcionarios de facto, situación atípica que es más reconocida por el Derecho penal que por el administrativo. Sin embargo, Alonso Pérez²⁴ considera que puede accederse a la función pública a través de *encargo* o *encomienda* —le son encargadas determinadas tareas con facultades de funcionarios sin las formalidades que establece la ley— con alusión a los funcionarios de facto.

El funcionario público en el Derecho comparado

En el párrafo 11, apartados 2 y 4, del Código penal alemán del 15 de mayo de 1871, reformado en 1998, se considera al *Amstrader* —portador

23 Alonso Pérez: *Op. cit.*, pp. 34-35; Ruiz y Gómez: *Op. cit.*, pp. 86-90; Hernández Ron: *Op. cit.*, pp. 163-164; y Gascón y Marín: *Op. cit.*, p. 298.

24 Alonso Pérez: *Op. cit.*, pp. 34-35.

de la función pública— como aquel que mantiene una relación oficial de Derecho público —*Offentlich-rechliche Amsverhaltnis*— o de cualquier otra forma, que esté encargado del cumplimiento de tareas de la administración pública en oficinas o entes a sus órdenes. Basta con que se produzca cualquiera de las formas de participación que prescribe este párrafo para que pueda hablarse de funcionario.

El Artículo 109 del Código penal de la ex República Socialista Federativa Soviética Rusa, anterior a las reformas de 1958, reputaba funcionarios del Estado a quienes desempeñaran una función permanente o temporal en una institución del Estado, empresas, organizaciones o instituciones a quienes otorga la ley determinados deberes, derechos y facultades para la ejecución de trabajos económicos profesionales u otros de carácter público.

Asimismo, en el Artículo 357 del Código penal italiano de 1931, modificado en febrero de 1992, se entiende por funcionario a toda persona que ejerza una función pública, legislativa, administrativa o judicial, sin que se exija título alguno para su ingreso a la administración, al igual que en Francia, donde también es indiferente el título en virtud del cual se ejerza dicha función y donde no existe un concepto concreto, por lo que la doctrina, interpretando el Artículo 114 del Código penal, entendió por *funcionario público o agente o persona propuesta por el Gobierno* —fórmula empleada por dicho artículo— al detentador y depositario de autoridad o fuerza pública por un título cualquiera, como ministros, funcionarios de policía, guardias, jueces,... (artículos del 115 al 122). Carece de sentido uniforme *ab interno* del texto punitivo, obligando a indagar caso por caso, cuáles son los sujetos activos aludidos en cada disposición legal.

Este último concepto, a pesar de ser más limitado que el utilizado por el Código penal italiano y el alemán, es más amplio que el previsto en el Derecho penal español, donde los códigos penales de 1870 (Artículo 416) y 1995 (Artículo 24) lo definen como todo el que por disposición inmediata de la ley, elección popular o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas, ya que no cabe admitir la duración, permanencia o continuidad de la función ni la retribución, como elementos característicos para el Derecho penal. No obstante, autores como Arrieta, Rodríguez Puerta, Francisco Alonso, Eduardo Fabián y Orts Berenguer consideran más amplio este concepto en el Derecho penal español, respecto a su significado en el Derecho administrativo, ya que pueden tener carácter permanente o transitorio, oneroso o gratuito; por reglamento, encargo o comisión, revestido de autonomía y exclusividad, donde lo decisivo es el ejercicio de funciones públicas, y adquiere tal condición por las vías antes aclaradas.²⁵

25 Según Muñoz Conde, estas fuentes de incorporación pueden reducirse a la disposición de la ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que las determine. (Muñoz Conde: *Op. cit.*, p. 970; Martínez Arrieta: *Op. cit.*; Rodríguez Puer-

De igual forma, sucede en Latinoamérica, donde los códigos penales peruano, chileno y argentino exigen estos requisitos especiales de ingreso. Igualmente coincide Iturbide, quien, respecto al antiguo Código penal venezolano, explicaba que para ser funcionario era necesario estar investido como tal, de forma transitoria o permanente, remunerada o gratuita, por elección popular o nombramiento de autoridad competente; los administradores de sociedades civiles o mercantiles, si eran elegidos o designados por el Estado, los particulares encargados de inmuebles del Estado, los agentes de la fuerza pública, jurados, árbitros y los intérpretes durante el ejercicio de sus funciones.²⁶

Hasta aquí los requisitos que universalmente se aceptan para definir el concepto de *funcionario público* en el Derecho penal, que pueden apreciarse en la Convención de Naciones Unidas e Interamericana contra la corrupción, de la que Cuba no es signataria, pero que aclara como rasgos generales:

- a) Desempeñar una función pública en organismo, empresa pública o que preste un servicio público.
- b) Que esté definida como funcionario en el derecho interno del Estado parte.
- d) Que fuera designado o elegido, permanente o temporalmente y remunerado u honorario.

Funcionario público en el Código penal cubano

El Derecho penal cubano tuvo su primera definición de *funcionario público* con el Código penal español de 1870, vigente en Cuba a partir de 1879, cuyo Artículo 416 lo definía como *todo el que por disposición inmediata de la ley, elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas*, en lo que se observa un concepto material de participación en el ejercicio de la función sobre la vinculación orgánica propia del Derecho administrativo. El concepto de *funcionario pú-*

ta: *Op. cit.*, pp. 163-166; Alonso Pérez: *Op. cit.*, pp. 31-34; Eduardo A. Fabián Ciporrás: *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, p. 71; y Orts Berenguer: *Derecho penal económico*, p. 46.)

26 Estos códigos casi sin diferencia consideran *funcionarios* a quienes desempeñen un cargo o función pública en organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no reciban sueldo de este; al encargado de fondos, rentas o efectos de un establecimiento público. (José A. Grillo Longoria: *Los delitos en especie*, p. 188; Bielsa: *Op. cit.*, p. 25; Arnoldo García Iturbide: *Delitos contra la cosa pública y contra la administración de justicia*, p. 68; Rosa María Palacios: "Preguntas frecuentes relacionadas con aspectos penales en el caso Montesinos", [s. p.]; y Guillermo Piedrabuena Richard: "Conceptos generales sobre delitos de funcionarios", [s. p.]

blíco, empleado por el Derecho penal, es más amplio que el utilizado por el administrativo, al no requerirse ni la nota de incorporación ni la de permanencia a través de su incorporación a las plantillas de funcionario. Definió el tipo especial de funcionario que es la autoridad como la que, por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado, tenga mando o ejerza jurisdicción propia, pero no definió el concepto de empleado público.

Sin embargo, el Código de Defensa Social —Decreto Ley No. 802, de 4 de abril de 1936—, vigente en Cuba a partir de 1938, no definió la ausencia de tales definiciones, sobre todo la de funcionario público, trajo por consecuencia pronunciamientos al respecto del máximo órgano de justicia, de tal forma que la Sentencia No. 77, de 26 de febrero de 1966, dictada por el Tribunal Supremo, aunque no dio un concepto de *funcionario público*, otorgó tal categoría a dos sujetos que se desempeñaban como jefe de oficina y responsable de almacén de una unidad estatal, y extendió dicho concepto a los trabajadores de las empresas comerciales. A su vez, la No. 373, de 28 de junio del propio año, en el primer considerando, considera *funcionario* a los que, por razón de sus deberes como depositarios u órganos de poder, concurren con autoridad y jurisdicción propia o delegada al servicio de la administración pública, y calificó como *empleado* a los destinados a los servicios públicos que auxilien, sin autoridad ni jurisdicción, a la administración pública, ejecutando las órdenes y cumpliendo los deberes que por ministerio de la ley o mandato de sus superiores se les asignen.

Al mismo tiempo, la Instrucción No. 55, de 19 de noviembre de 1975, define lo que debía entenderse por *funcionario público*, a los efectos de la calificación del delito de malversación, previsto en los artículos 420 y siguientes del Código de Defensa Social.²⁷

Posteriormente, entró en vigor la Ley No. 21, de octubre de 1979, cuyo Artículo 194 delimitó el concepto de *funcionario público*, como toda persona que tenga funciones de dirección o que ocupe un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia en organismo público, institución militar, oficina del Estado, empresa o unidad de producción o de servicio; criterio que mantuvo el Artículo 173 de la Ley No. 62, vigente a partir de diciembre de 1987 y su modificación por el Decreto Ley No. 175 de 1997, vigente hasta el momento.

Pero ambas leyes definieron el concepto de *funcionario* solo a los efectos del Título II, “Delitos contra la administración y la jurisdicción”, y no precisaron qué entender por *autoridad* y *empleado público*, conceptos introducidos a partir de la Ley No. 21 de 1979, la que suprimió las referencias a los modos de ingreso a la función pública, quizás para no atarse a las fórmulas

27 *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, edición extraordinaria, 1975, p. 57.

diseñadas por el Derecho administrativo, y prefirió referirse a determinados presupuestos que son necesarios para el desempeño de las funciones públicas, según criterio de Mejías Rodríguez.²⁸ Esto, unido a otras deficiencias, trae ciertas consecuencias para la determinación del funcionario público en el Derecho penal cubano.

El primer problema que plantea la definición ofrecida por la Ley No. 62 de 1987, modificada por el Decreto Ley No. 175 de 1997, es que el Artículo 173 no es capaz de diferenciar al funcionario del empleado —artículos 129.1, 132.1, 152.1 y 6— o de la autoridad —se manifiesta en los artículos 171, 143, 144 y 150—, por lo que pueden suceder complicadas interpretaciones en su aplicación.²⁹

Según lo descrito en el Artículo 173 del Código penal cubano, el concepto de *funcionario público* solo es ajustable a las violaciones enmarcadas dentro del título de los delitos contra la administración y la jurisdicción, mientras que al parecer olvida que también puede ser sujeto activo en otras figuras, como la recogida en el Artículo 293, que se encuentra en el Título IX, “Delitos contra los derechos individuales”, o el apartado 3 de los artículos 250 y 253 —Título VII, “Delitos contra la fe pública”—, a los que no les sería aplicable tal definición, debido a que se circunscribe solo al título antes mencionado.

De ahí que se pronunciara el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en varias ocasiones, como en el caso del Dictamen No. 218 de 1985, que considera a los inspectores de las direcciones municipales de Arquitectura y Urbanismo, y los inspectores de vectores de Salud Pública debidamente identificados como tales y en el ejercicio de las actividades propias de su cargo, como agentes o auxiliares de funcionario público y sujetos pasivos del delito de desacato, previsto en el Artículo 160, apartado 1, del Código penal. El Dictamen No. 282, a los efectos de la punición de los deli-

28 Mejías Rodríguez: *Op. cit.*, [s. p.]

29 Trató de solucionarse con el proyecto de reforma del Código penal cubano del año 2004 —sin aprobar—, el que estableció una definición de *funcionario* en el Artículo 101, apartado 1; y *funcionario público*, a toda persona civil o militar que preste servicios retribuidos o gratuitos, transitoria o permanentemente, en organismo, órgano, institución o entidad estatal, en cualquiera de sus instancias —pudieran agregárseles las organizaciones políticas, sociales y de masas, teniendo en cuenta el papel que les asigna la Constitución a estos en los artículos 5, 6 y 7, y no utilizar el término *entidad estatal*, que puede excluir a entidades que cumplen una función pública y están sujetas a Derecho privado—, sea por disposición legal, nombramiento, designación o elección, y que esté investida de facultades legales para considerar y decidir, unipersonal o colectivamente, dentro de los límites de esas facultades, todo lo relacionado con la organización y realización de los servicios públicos que le han sido confiados; y *empleado público* “(...) el trabajador de organismo, órgano, institución o entidad estatal, que desempeña actividades auxiliares, de apoyo o administrativas en la producción o los servicios, que ejecuta por sí mismo”.

tos de atentado, resistencia o desobediencia y desacato, considera igualmente que los vigilantes nocturnos organizados por el Ministerio del Interior tienen idénticas funciones y carácter que los auxiliares de los agentes de la autoridad.³⁰

Del mismo modo, se centra como requisito cardinal el de ejecutar una “función de dirección”, que reside en la facultad de dar órdenes, mandatos, regir mediante normas que garanticen el funcionamiento de la actividad de que se trata,³¹ facultades propias de un tipo específico de funcionarios que son las autoridades; sin embargo, pueden quedar excluidas otras personas que no dirigen propiamente —como inspectores, auditores o especialistas—, pero tienen ciertas facultades que pudieran incidir sobre los derechos individuales y laborales de los ciudadanos bajo su esfera de influencia, lo que restringe o condiciona el ejercicio de sus derechos.

Al mismo tiempo, por estar formulado alternativamente recurriendo a la frase “(...) o que ocupe un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia (...)”, según Mejías Rodríguez,³² generaliza y amplía peligrosamente el concepto y la cualidad de estos sujetos, con la desnaturalización de la propia definición legal, lo cual provoca inseguridad jurídica y afecta el principio de taxatividad, ya que puede incluirse a quienes son contratados para cumplir esta función en cuerpos de vigilancia y, por tanto, no son funcionarios.

Conjuntamente, exige laborar en institución militar, oficina del Estado, empresa, unidad de producción o de servicio u organismo público, de donde se infiere que deben ser estatales; pero no se explica si el Partido, organizaciones sociales y de masas y sindicatos son organismos públicos, con lo que no existe un respaldo legal que considere expresamente a sus dirigentes como funcionarios públicos, cuando en realidad lo son, pues han sido elegidos o nombrados y cumplen una función pública. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, en la Sentencia No. 6231/00, otorgó la condición de *funcionario público* a un cuadro de la CTC, por considerar a esta última como organismo público, amparado en el Artículo 7 de la Constitución.³³

30 Instrucción No. 55 de 1975; dictámenes 162 (1983), 218 (1985), 282 (1987) y 365 (1995), del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

31 Rolando A. Ríos Ferrer: *El funcionario público en la ley penal sustantiva cubana. Análisis*, p. 25.

32 Mejías Rodríguez: *Op. cit.*, [s. p.]

33 En el Socialismo, los sindicatos estimulan a los trabajadores para la construcción de la economía nacional, siempre dirigidos por el Partido Comunista, vanguardia y fuerza dirigente de la sociedad. (Vladimir Ilich Lenin: “Acerca del papel y de las tareas de los sindicatos en las condiciones de la Nueva Política Económica”, pp. 671-678; *Constitución de la República de Cuba*; y Ríos Ferrer: *Op. cit.*, p. 26.

Según autores cubanos, como Mejías Rodríguez,³⁴ existe un vacío en la protección jurídico-penal contra el ejercicio indebido de las funciones administrativas en empresas mixtas sujetas a la Ley No. 77 de 1995, “Ley de inversión extranjera”, pues no ejecutan una función pública, puesto que no son del todo públicas y están asociadas a intereses privados, aunque muchas de ellas han sido creadas y constituidas por los organismos de la Administración Central del Estado, con una finalidad para la parte cubana, sobre la base al interés público.

El Artículo 33 de dicha Ley establece que los miembros de los órganos de dirección y administración de tales empresas, y las de capital totalmente extranjero, son designados por estas y se vinculan laboralmente a ellas y, por tanto, la forma de ingresar el funcionario a la actividad funcionarial no emerge de organismo ni de autoridad pública, aunque la Sala de lo Penal del máximo órgano jurisdiccional cubano, mediante las sentencias 5674/00 y 2651/01, otorgó la cualidad de funcionario público a funcionarios que laboran en empresas mixtas, con el argumento de que prestan un servicio público que trasciende los límites de los intereses privados y no pueden tomar decisiones a espaldas de los intereses colectivos, lo que deja entrever que cumplen una función pública.

Para ello, se basa en un criterio mixto restrictivo de la función pública, que exige un triple elemento: subjetivo, pues la función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público; objetivo, dado que la función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público; y teleológico, porque la función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos.

Dicho autor considera que la situación es diferente para los funcionarios de las sociedades mercantiles totalmente cubanas que son constituidas por el Estado, y sus directivos, por lo general, son nombrados o designados por funcionarios y autoridades públicas, facultadas para tales fines y, en consecuencia, nada impide que respondan penalmente. Aunque Cruz Rivera opina que dichos sujetos pueden ostentar tal estatus con la condición de extender su validez a toda entidad en que el Estado cubano tenga participación patrimonial; fundamenta que estas entidades surgen a partir de intereses públicos, ya que es el Estado quien autoriza su creación, dada una necesidad de la colectividad, o por lo menos garantizar bienes o servicios en beneficio de su misión fundamental: satisfacer las necesidades crecientes de la población.³⁵

34 Sentencias 5674/00 y 2651/01, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular; Vicenta Cervelló Donderis: “Los miembros de las corporaciones locales en la jurisprudencia penal de los años 1976-1986”, pp. 139-145; y Mejías Rodríguez: *Op. cit.*, [s. p.]

35 Reinaldo Cruz Rivera: “Por un concepto de funcionario público que garantice eficacia en el enfrentamiento a la corrupción administrativa en Cuba”, p. 31.

TOMA DE POSTURA

Sería conveniente modificar la presente definición de *funcionario público* asumiendo que, primeramente, debe ser poseedor de *potestades* que impliquen poderes para incidir en la intimidad, libertad, propiedades de los ciudadanos sujetos a su influencia; administración y disponibilidad sobre recursos materiales a su cargo, sustanciación de procedimientos, propuesta de resoluciones; establecer, exigir e imponer la disciplina laboral a sus empleados, actos administrativos que restrinjan, beneficien o condicionen el ejercicio de sus derechos a la colectividad en el ejercicio de una *función pública* —como pueden ser las órdenes de policía, inspección, sanciones, expropiaciones, acciones de oficio y otras—, donde la función pública es la manifestación de la voluntad del Estado, que se manifiesta en las diferentes esferas: legislativa, judicial y administrativa —que desarrolla mediante la administración pública—; esta última se materializa a través de la ejecución del servicio público, que puede ejecutar directamente.

Dado el cúmulo de atribuciones que posee el Estado moderno, es difícil su desempeño con el exclusivo empleo de sus propios medios y recursos, razón por la cual descentraliza o delega sus actividades a favor de colaboradores, que pueden ser entes creados por este, o de particulares, sin que ello signifique renuncia o abandono a tales tareas, porque las atribuciones que se derivan les siguen asignadas, mantienen la potestad de fiscalización y control en cuanto a la ejecución del propio servicio que debe prestarse, lo que demuestra la categoría de función pública de estas, que impide a los particulares ejecutarlas sin previa delegación.

Por tal razón, para ejecutar esta *función pública*,³⁶ el Estado tiene una opción doble: ejecutar directamente o indirectamente un servicio público, como el fomento, autorización, arrendamiento, concesión —más recurrida y ajustada a los requerimientos del desarrollo del sistema jurídico cubano—,³⁷ a través de la gestión de sociedades mercantiles netamente cubanas, empresas

36 Para ser una función pública, debe tenerse en cuenta su finalidad de satisfacer necesidades colectivas, como los presidentes de los Consejos populares, considerados funcionarios públicos, dada la alta autoridad de que están investidos, por lo que, además, pueden serlo los cuadros del Partido, organizaciones sociales, de masas y los sindicatos. No interesa que esté encuadrado en una entidad sujeta a Derecho privado, debido a que, según el Artículo 1 de la Constitución, el Estado, en representación de la colectividad, es propietario parcial o total de estas empresas y nombra a sus funcionarios, que se rigen por las leyes laborales, de seguridad social, administrativas, penales, cubanas; solo sería discutible en el caso de una empresa de capital totalmente extranjero que nombra a sus dirigentes y en la que el Estado cubano no tenga una participación directa. (Casares Villanueva: *Op. cit.*, pp. 174-214; y Dictamen 365/95, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

37 Diego Fernando Cañizares Abeledo *et al.*: *Temas de Derecho administrativo cubano*, t. 2, p. 402.

mixtas o de capital totalmente extranjero, mantener la potestad de fiscalización y control en cuanto a la ejecución del servicio que debe prestarse y cuyo sistema jurídico está directamente influido por el régimen jurídico del servicio público que, aunque concedido, no deja de ser servicio público; lo que determina su carácter público es la compulsión de su existencia a partir de un requerimiento objetivo de la colectividad usuaria de este.³⁸

Por tanto, la empresa, aunque sea jurídicamente privada, está obligada a cumplir una función que el Estado por sí solo no puede desempeñar, y acude al capital privado para auxiliarlo a lograr sus fines, con independencia de las ventas que reciba de esta asociación mediante un contrato de concesión³⁹ de Derecho administrativo, como el Decreto No. 190, de 17 de agosto de 1994, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, que otorga la concesión administrativa del servicio público de telecomunicaciones a ETECSA. Por ello, considero que sería justo tener en cuenta el criterio material finalista acerca de la función pública que puede ejecutar una entidad estatal o paraestatal, siempre con fines públicos.

Las exigencias para su ingreso, ya sea por disposición de la ley —para que puedan incluirse las personas que se establecen en los decretos leyes 196 y 197 de 1999, que se especifican en los correspondientes nomencladores ejecutados por los respectivos ministerios—, aunque es objeto de justas críticas por autores cubanos a causa de la inestabilidad e incoherencia de la legislación administrativa al respecto, no debe ser totalmente desdénable la opción de utilizar de forma parcial la norma penal en blanco, puesto que, si se desecha íntegramente lo dispuesto para el Derecho administrativo, también se estaría desnaturalizando el concepto de *funcionario público*, cuyo origen se remonta a dicha rama del ordenamiento jurídico, por lo que una propuesta al respecto debiera atravesar, en primer orden, por exigir que aparezca normada de alguna forma, en sede administrativa, la relación de los cargos que deben desempeñarse por funcionarios públicos, según el Derecho administrativo.

Del mismo modo, puede acceder a la función pública por las diferentes variantes de *nombramiento* o *elección*, requisitos que no están presentes en la actual definición, incluidos en esta categoría quienes ocupan cargos electivos, como delegados o diputados a las asambleas del Poder Popular, jueces, fiscales, dirigentes de organizaciones políticas, sindicales y de masas. Mientras tanto, aquellos funcionarios que tengan facultades de dirección propiamente dichas que, por sí mismos o como miembros de un órga-

38 *Ibíd.*, pp. 376, 379 y 396.

39 La concesión administrativa, entendida como una operación en la cual la administración regula la explotación y ejecución del servicio público instituido reglamentariamente, se entrega a un concesionario que efectúa la gestión y se subordina a la administración. (Cañizares Abeledo *et al.*: *Op. cit.*, p. 412).

no colegiado, tengan mando o ejerzan jurisdicción propia para regir, mediante normas que garanticen el funcionamiento de la actividad de que se trate, son catalogados como *autoridades*.

Respecto a las empresas sujetas a la Ley No. 77, de 5 de noviembre de 1995, "Sobre la inversión extranjera", el Artículo 33 establece que los miembros de los órganos de dirección y administración de las empresas de capital mixto, o totalmente extranjeros, son designados por esta y se les vinculan laboralmente, a causa del posterior contrato de concesión entre estas empresas y la administración. El concesionario —empresa— que, de por sí, en el conjunto de derechos y deberes que conforman su personalidad jurídica, no tiene incorporada la posibilidad de realizar o ejercer una actividad que tenga por finalidad inmediata la de procurar la satisfacción del interés general (función exclusiva de la administración pública, solo podrá efectuar ese tipo de actividad como derivación de la transferencia de facultades del ente público a su favor. Así, cuando se produce dicha transmisión, brotan en esta entidad derechos y deberes vinculados a funciones de la administración,⁴⁰ como los de nombrar a sus funcionarios para la ejecución de estos fines y, por tanto, suplantaría el papel de la administración con la legitimidad para hacerlo.

Por último, aunque colocar los modos de ingreso a la función pública pudiera excluir a los funcionarios de facto donde el nombramiento o elección es para ejercitar determinada función de forma temporal no debidamente formalizada, es menester tener en cuenta la opinión de Maggiore,⁴¹ quien estima que, si existe un nombramiento viciado en su forma y contenido, la nulidad que lo afectara pudiera tener importancia para otras ramas del Derecho —administrativo—, no para los efectos penales; en este último, basta el ejercicio de hecho de las funciones públicas. En cambio, si no hubo ningún nombramiento, lo que existiría sería un delito de usurpación de funciones públicas, previsto en el Artículo 148 del Código penal.

También podría solucionarse incluyendo el desempeño de tales funciones por reglamento, encargo o comisión, para que exista la posibilidad de sumarlo a esta categoría de funcionario, en lo que bastaría el hecho de tener determinadas potestades derivadas del ejercicio de la función pública, ya que, para el Derecho penal, lo verdaderamente decisivo es la apariencia de legitimidad en el ejercicio del cargo.

Debería definirse como empleado público al trabajador de organismo público, que ejecuta por sí mismo actividades auxiliares, de apoyo o administrativas, en la producción o los servicios.

De esta forma, se llenaría el vacío que hasta el momento existe en la legislación penal sustantiva cubana, y así se le daría cabal cumplimiento a los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Derecho penal.

40 *Ibíd.*, pp. 408 y ss.

41 Giuseppe Maggiore: *Derecho penal especial*, vol. III, p. 140.

CONCLUSIONES

1. La colocación actual del concepto de *funcionario público* en la parte especial de la ley penal sustantiva cubana, restringido a un solo título de esta, entorpece su aplicación en otras figuras donde aparece descrito, y provoca dificultades interpretativas en la práctica jurídica.
2. El concepto penal de *funcionario público* resulta más amplio que su similar en el Derecho administrativo y se diferencia en que no requiere permanencia ni carácter retribuido de la función que debe realizar, pues trata de proteger el correcto ejercicio de esta, sea temporal o permanente, onerosa o gratuita.
3. El Estado cubano puede ejecutar la *función pública* mediante una opción doble: directamente, o a través de la gestión de empresas mixtas o de capital totalmente extranjero, dada la potestad de fiscalización y control en cuanto a la ejecución del servicio que presta y cuyo sistema jurídico está directamente influido por el régimen del servicio público, que, aunque concedido, no deja de serlo, por lo que estas empresas ejecutan una función pública.
4. El concepto de *funcionario* es más amplio que el de autoridad (modalidad del primero con atribuciones y poder de decisión más amplios). Son funcionarios todas las autoridades, pero no a la inversa.
5. El concepto de *empleado* es válido para enmarcar a todas las personas que reciban una remuneración por la función que ejecutan para el Estado, incluyendo a los funcionarios y autoridades, aunque estos últimos no tienen que ser necesariamente empleados públicos para tener tal condición.

RECOMENDACIONES

1. Colocar los conceptos de *funcionario público*, *autoridad* y *empleado público*, en la parte general de la ley penal sustantiva para que puedan ser aplicables sus definiciones a todo el cuerpo legal.
2. Establecer una normativa, en sede administrativa, con la relación de los cargos que deben desempeñar los funcionarios públicos en el Derecho administrativo.
3. Debe entenderse como *funcionario* a todo el que, por disposición legal, nombramiento o elección, posea potestades en el ejercicio de una función pública, de forma permanente o temporal.
4. Como *autoridad*, debe concebirse una categoría especial de *funcionario* que, por sí solo o como miembro de un órgano colegiado, tenga mando o ejerza jurisdicción propia para regir mediante normas que garanticen el funcionamiento de la actividad de que se trate.

5. Para la ley cubana, *empleado público* es el trabajador que ejecuta por sí mismo actividades auxiliares, de apoyo o administrativas, en la producción o los servicios.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Pérez, Francisco: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- Arrieta, Andrés: *Delito urbanístico, empresa y delito en el nuevo Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- Baño León, José María: *Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- Bielsa, Rafael: *Derecho administrativo* t. 3, 5.ª ed., Roque Desalma, Buenos Aires, 1956.
- Bosmenier Cruz, Reinier y Zoraida Borrego Mujica: "Funcionarios y dirigentes en Cuba", en *monografías.com*. (Consulta: 23-10-07.)
- Cañizares Abeledo, Diego Fernando *et al.*: *Temas de Derecho administrativo cubano*, t. 2, Félix Varela, La Habana, 2006.
- _____ : *Temas de Derecho administrativo cubano* (versión digital).
- Casares Villanueva, María Luisa: *Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad*, Consejo General del Poder Judicial, no. 40, Madrid, 1995.
- Climent Durán, Carlos: *Delitos contra la libertad: Detenciones ilegales*, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- Cruz Rivera, Reinaldo: "Por un concepto de funcionario público que garantice eficacia en el enfrentamiento a la corrupción administrativa en Cuba" (ponencia, IV Encuentro internacional sobre la sociedad y sus retos frente a la corrupción), Fiscalía Provincial de Pinar del Río, 2007.
- Donna, Edgardo Alberto: "El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal", en www.juridicas.unam.mx/publicalibrevrevvlad-lcont4cn-tcnt7.pdf#search=%22funcionario%20publico%22.pdf. (Consulta: 12-10-06.)
- Entrena Cuesta, Rafael: *Curso de Derecho administrativo*, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- Fabián Ciporrás, Eduardo A.: *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.
- García Iturbide, Arnoldo: *Delitos contra la cosa pública y contra la administración de justicia*, vol. VIII, Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.
- Garcini Guerra, Héctor: *Derecho administrativo*, Pueblo y Educación, La Habana, 1984.
- Gascón y Marín, José: *Tratado de Derecho Administrativo* t. 1, 4.ª ed., Imprenta Clásica Española, Madrid, 1929.
- González, Carmen Inés: "Empleados y funcionarios públicos", en www.monografias.com/trabajos14/agent-publicosagent-publicos.shtml. (Consulta: 10-06-06.)

- Grillo Longoria, José A.: *Los delitos en especie*, t. 1, Pueblo y Educación, La Habana, 1983.
- Hernández Ron, J. M.: *Tratado elemental de Derecho administrativo*, t. 1, Tipografía Americana, Caracas, 1937.
- Jeze, Gastón: *Los principios generales del derecho administrativo*, Reus, Madrid, 1928.
- Kindhäuser, Urs: "Presupuestos de la corrupción punible en el estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", en www.politicacriminal.cl. (Consulta: 15-07-03.)
- Lenin, Vladimir Ilich: "Acerca del papel y de las tareas de los sindicatos en las condiciones de la Nueva Política Económica", en *Obras Escogidas*, t. 2, 5.ª ed., Editorial Progreso, Moscú, 1984.
- López Pellicer, José A.: *Lecciones de Derecho administrativo I*, Poblagrafic S.A., Barcelona, 1992.
- Maggiore, Giuseppe: *Derecho penal especial*, vol. 3, Temis, Bogotá, 1955.
- Manzini, Vicenzo: *Tratado de Derecho Penal*, t. 8, 2.ª parte, vol. III, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1961.
- Martínez Arrieta, Andrés: *Delito urbanístico, empresa y delito en el nuevo Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- Mejías Rodríguez, Carlos Alberto: "Hacia un concepto de funcionario público en el Derecho penal cubano" (ponencia), La Habana, 2006.
- Morales Prats, Fermín: *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho penal*, parte especial, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Nieto García, Alejandro: *La carrera administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- Nieto Martín, Adán: *Ciudadanía europea y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Noilet, Alejandra: "Teoría de la administración I: Paradigmas y debates en torno a la reforma administrativa", en www.monografias.com/trabajos13/pardeparde.shtml. (Consulta: 10-06-2006.)
- Orts Berenguer: *Derecho penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- Palacios, Rosa María: "Preguntas frecuentes relacionadas con aspectos penales en el caso Montesinos" en www.aprodeh.org.pedemocraciademocracia2-ci.htm.mht. (Consulta: 30-01-01.)
- Parada Ramón: *Derecho administrativo*, 16.ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2003.
- Pareja, Carlos H.: *Curso de Derecho administrativo*, t. 1, 2.ª ed., El Escolar, Bogotá, 1939.
- Piedrabuena Richard, Guillermo: "Conceptos generales sobre delitos funcionarios", en www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Delitos%20funcionarios/551%202003. (Consulta: 18-07-07.)
- Ríos Ferrer, Rolando A.: *El funcionario público en la ley penal sustantiva cubana. Análisis*, Fiscalía General de la República, Santiago de Cuba, 1994.

- Rodríguez Puerta, M^a José: *El delito de cohecho: Problema jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Arazandi, Navarra, 1999.
- Ruiz y Gómez, Julián M.: *Principios generales del Derecho administrativo: El personal de la administración pública, exposición doctrinal y de Derecho positivo y jurisprudencial cubano*, Cultural S. A., La Habana, 1935.
- Sánchez Morán, Miguel: *Derecho de la función pública*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- Sayagués Laso, Enrique: *Tratado de Derecho administrativo I*, Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1959.
- Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando: *Los delitos contra la administración pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba de 1901.
- Constitución de la República de Cuba de 1940.
- Constitución de la República de Cuba de 1976.
- Convención Interamericana contra la corrupción, Caracas, 1997.
- Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.
- Código de Defensa Social de Cuba, Decreto-Ley No. 802, de 4 de abril de 1936.
- Código penal de Alemania, de 15 de mayo de 1871, con la última reforma, de 31 de enero de 1998.
- Código penal de Argentina.
- Código penal de España, 1995.
- Código penal de España, 1870.
- Código penal de Italia, 1931, con la última reforma, de 2002.
- Ley No. 21, de 1979.
- Ley No. 62, de 1987.
- Ley No. 3, de 2002, "De las Cooperativas de Producción Agropecuarias y de Créditos y Servicios".
- Decreto Ley No. 196, de 1999.
- Decreto Ley No. 197, de 1999.
- Decreto Ley No. 175, de 1997.
- Sentencias de la Sala de lo Penal del TSP: 77/66, 373/ 66, 5674/00, 2651/01, 373/ 66, 2186/82, 3946/94, 5674/00, 6231/00, 801/01, 2651/01, 1895/ 01, 3309/03, 2690/03, 292/03, 3511/04, 3537/05, 4778/05, 5179/05 y 5161/00.
- Sentencias de la Sala de lo Militar del TSP: 13/00, 74/04 y 33/05.
- Disposiciones del Consejo de Gobierno del TSP: Dictámenes 162/83, 218/85, 282/87, y 365/95, e Instrucción No. 55/75.

APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

*M.Sc. Jetzabel M. Montejo Rivero,
profesora, Facultad de Derecho, Universidad de Camagüey
M.Sc. Luz Marina Hernández Sosa,
TPP de Las Tunas (presidenta)*

UNA NUEVA VISIÓN de la situación jurídica del menor de edad aflora en la actualidad: la consideración del niño como sujeto de Derecho, premisa esencial de la doctrina de protección integral que preconiza la Convención internacional sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989. Sustentada en este paradigma, enarbolada el principio del interés superior, cuya esencia reclama la sensibilización de la sociedad y del Derecho, en cuanto a la realidad de la niñez y la adolescencia. Al decir de Francisco Rivero Hernández, se trata de la “revalorización del menor en su condición de persona”.¹

Se erige, de este modo, un contexto internacional de protección a los derechos de la infancia y, por ende, un proceso de reformas normativas en la mayoría de las legisla-

ciones de menores en América Latina.² Empero, la Convención no define taxativamente el interés superior del niño y, en consecuencia, los ordenamientos jurídicos que la ratificaron no determinan su concreción, razón que explica su carácter de concepto jurídico indeterminado.

De lo anterior, pueden colegirse las notas de ambigüedad y subjetividad en las que se enmarca el concepto de interés superior del niño. Así, resulta insoslayable perfilar su contenido en cada caso concreto que permita al juez acercarse a la situación real en la que se encuentra el niño y decidir lo más favorable para su persona. Ello requiere, a todas luces, el establecimiento de pautas objetivas que delimiten la discrecionalidad del juzgador en función de lograr el pleno desarrollo de la personalidad del menor.

1 Francisco Rivero Hernández: “La filiación en el umbral del siglo XXI”, p. 101.

2 La mayoría de los estados signatarios de la Convención han gestado un movimiento de reformas en la legislación de menores; entre ellas, el Estatuto del niño y el adolescente (Ley 8.069, de 13 de julio de 1990, reformada por la Ley 10.764, de 12 de noviembre de 2003). España promulgó la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor; México, la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, de mayo de 2000; Paraguay, el Código de la niñez y la adolescencia (Ley 1680, de 30 de noviembre de 2001); Bolivia, la Ley 2026 ó Código del niño, niña y adolescente; Uruguay, la Ley 17.823, de 25 de septiembre de 2004; Argentina, la Ley 26.061, de protección a niños, niñas y adolescentes, en septiembre de 2005.

ALCANCE DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Cuando en el Artículo 3, la Convención establece “que debe dársele una consideración primordial y atención especial”, no define el contenido del principio de interés superior. Por ello, en aras de lograr una comprensión sistemática y armónica de las disposiciones de este tratado, se ha procurado desarrollar una interpretación de tal principio que supere las objeciones y favorezca una concepción jurídica precisa que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño.³

En este sentido, y con el propósito de reducir al mínimo el margen de discrecionalidad de los operadores del Derecho en la determinación de su alcance, numerosos autores incursionan en la búsqueda de soluciones loables que coadyuven a la concreción del principio.

El concepto de interés superior significa reconocerle derechos al niño en su condición de persona en desarrollo. En efecto, resultará de su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos, y se constituirá en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.

Desde esta perspectiva, podría asimilarse el concepto en la plena satisfacción de sus derechos, cuando en concreto se ventile si tenemos en cuenta que los del niño son derechos humanos, y el mencionado concepto se encuentra estrechamente vinculado a la protección de estos. *Ergo*, el contenido del principio está determinado por los propios derechos fundamentales reconocidos en el Estado de que se trate; de ahí que, a partir del contexto de protección integral, se valore su condición como sujeto de derecho.

En estrecha vinculación con ello, se suscitan problemas relacionados con la capacidad de obrar del menor, y su posibilidad de participar en relaciones jurídicas familiares que le afecten. En este sentido, se tiende a reconocer un mayor protagonismo del menor en el ejercicio de sus derechos; en dicha línea, parece lógico que, como regla general, a este se le considere capaz de obrar o, si se quiere, con una capacidad de obrar potencial⁴ que paulatinamente va desarrollando y adquiriendo, de acuerdo con la edad y madurez.

En consecuencia, la noción de interés superior del niño debe proyectarse como pronóstico que logre garantizar el reconocimiento de sus derechos *in concreto*, cuestión que a la postre promueve la participación del menor en la determinación de su propio interés.

3 Miguel Cillero Bruñol: “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño”, pp. 70-71.

4 María Linancero de la Fuente: *Protección jurídica del menor*, p. 32.

DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión”.⁵ Por su parte, el Artículo 12 de la Convención reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión, conforme a la edad y grado de madurez.

Nótese que el referido precepto no fija una edad mínima en el niño para expresar sus opiniones libremente. Se inclina por escucharlo, sea cual fuere su edad; apuntando únicamente al “suficiente juicio” del menor. Ello resulta inteligible, si tenemos en cuenta la preceptiva jurídica que incorpora el concepto de “evolución de las facultades” de este, por medio de un principio general, según el cual el niño adquiere el derecho a tomar decisiones por sí mismo, en relación con ciertas cuestiones, una vez que ha adquirido “suficiente entendimiento”, en consonancia con su nivel de discernimiento.

Los dos párrafos del Artículo 12 otorgan al niño el derecho a la participación en la toma de decisiones. Al hacer hincapié en la “evolución de las facultades” de este, contenido en el Artículo 5, se pone de manifiesto un desarrollo progresivo del infante, de acuerdo con su capacidad de entendimiento, lo cual significa que, a medida que evolucionan sus facultades,

va adquiriendo autonomía para el ejercicio de sus derechos. Dicha perspectiva “plantea establecer un equilibrio entre la autoridad de los adultos y el desarrollo progresivo de la capacidad de obrar de los niños que los propios adultos deben dirigir y orientar”.⁶

Todo ello en virtud de que el niño es una persona, y en esa condición ostenta el derecho de participar en los procesos de toma de decisiones que afecten a su vida, y de ejercer influencia en la concreción de su propio interés.

PAUTAS TEÓRICAS DE DEFINICIÓN

Cuando se habla de interés superior, ineludiblemente se debe revisar la participación del niño en instituciones jurídicas familiares concretas y la exploración de su opinión en cada caso; así, ha de valorarse el interés del menor en la filiación, en la adopción, en cuanto a su guarda y custodia, tras el divorcio de sus padres. Es decir, no debe protegerse un interés en abstracto, sino condicionado por las propias particularidades que el niño enfrenta en la determinación efectiva de su interés, ante lo cual debe acudir a los elementos de precisión que el Derecho proporciona.

La legislación familiar cubana ofrece numerosos ejemplos de la aplica-

5 Véase Artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos.

6 Olga Mesa Castillo: “Capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes. Un reto para el Derecho”, p. 7.

ción del principio de interés superior, entre los que pueden citarse: el contenido de los derechos y obligaciones de los padres (comprende también los adoptivos) se dirige, en primer lugar, a la satisfacción del interés del menor sujeto a patria potestad.⁷ Se atenderá a lo más conveniente para el niño en los procesos filiatorios de impugnación de la paternidad de quien ha reconocido como su hijo a un menor. Se aconseja no establecer el proceso durante su minoría de edad para evitar un desenlace que pudiese afectarlo psíquicamente;⁸ el fiscal está llamado a ser parte en los procesos en que se ventilen sus derechos,⁹ entre otros.

A nuestro juicio, la trascendencia jurídica de ese principio debe ser apreciada por el órgano jurisdiccional desde el propio menor, por lo que debe acogerse racionalmente el derecho del niño a ser escuchado, teniendo en cuenta la determinación de su propio interés en los asuntos que le afecten, a partir del reconocimiento de su personalidad y el otorgamiento de una necesaria autonomía en el ejercicio de sus derechos. En este sentido, se ofrece una propuesta de pautas teóricas, a los efectos de compulsar una aproximación a la definición del principio de interés superior del niño:

1. Valoración del criterio de la madurez o discernimiento del niño en el ejercicio de sus derechos personalísimos.

2. Reconocimiento de capacidad progresiva al menor, de acuerdo con su desarrollo evolutivo.
3. Valoración por el órgano jurisdiccional de la opinión del niño y su derecho a ser escuchado.

Sin ánimo de ofrecer una solución acabada de la problemática, se explicita de forma sistémica la propuesta anterior. En principio, para que pueda hablarse de suficiente discernimiento del menor, hay que atender, más que a una edad cronológica, a la edad mental o desarrollo psíquico que influye en su madurez, la cual no se alcanza en un momento idéntico para todas las personas, sino de manera progresiva y en relación con el desarrollo y la capacidad crítica. En efecto, nos parece más atinado apreciar su madurez que el dato objetivo de la edad, cuando de lo que se trata es del ejercicio de los derechos personalísimos, criterio admitido por algunos ordenamientos jurídicos modernos.

En esta línea, se aboga en la actualidad por la tendencia que reconoce una ampliación de la capacidad de obrar del menor, obviamente limitada a su grado de madurez y discernimiento, argumento que advierte una reformulación de la regulación de los supuestos de capacidad restringida en el ordenamiento jurídico civil cubano.

La figura de la capacidad restringida no es de data reciente (desde el

7 Código de familia, artículos 85, 89 y 90.

8 *Ibid.*, Artículo 81, segundo párrafo.

9 LPCALE, Artículo 48.

Derecho romano, existía la diferenciación de las personas en cuanto a su capacidad de obrar por razón de la edad). En este sentido, el legislador cubano en 1987 estableció una escala de edades con carácter general donde se presumió que, cuando el menor arriba a esa edad, normalmente se encuentra capacitado para realizar una serie de actos. Sin embargo, ofreció una fórmula ambigua, al no establecer con precisión los actos que satisfacen las necesidades de la vida cotidiana; entonces, habría que deducir tal condición de un razonamiento aplicado a cada caso concreto, pues no son iguales las necesidades de todos los sujetos ni se proveen o satisfacen del mismo modo.¹⁰

De lo anterior, puede colegirse la necesidad, en el ordenamiento jurídico cubano, de una nueva formulación del régimen de representación del menor, y ejercicio de actos en su nombre, cuando posea suficiente discernimiento y condiciones de madurez para tomar decisiones y actuar por sí mismo. Habrá que delimitar la esfera de capacidad, cuando el acto no se encuentre expresamente previsto en ley como excluido de la capacidad del menor.

De este modo, se entiende atinado el establecimiento de mecanismos efectivos que permitan una mayor participación del menor en consonancia con la nueva concepción de este como sujeto de derecho, cuya médula esencial la constituye su derecho a ser escuchado.

En este contexto jurídico, especial trascendencia adquiere el derecho del niño a ser escuchado y a formarse su propia opinión, previsto en el Artículo 12 de la Convención, el cual define el principio de participación en el sistema de protección integral. El Artículo 14 exige el respeto de “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” del niño, derecho en cuyo ejercicio serán guiados por sus progenitores “conforme a la evolución de sus facultades”, y el Artículo 15 reconoce “su libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas”.

La dinámica del ordenamiento jurídico familiar cubano, a partir de la Instrucción 187/2007, del Consejo de Gobierno del TSP, refleja una adecuación del procedimiento vigente a los principios enarbolados en la Convención. Se implementó experimentalmente, en dos tribunales, el reconocimiento del derecho del menor a ser escuchado en litigios sobre guarda y cuidado, extensivo a otros tribunales del sistema judicial, mediante la Instrucción 191/2008, a través de la cual se instrumenta el derecho del niño a ser escuchado. Por su parte, el Proyecto de Código de Familia, en cuanto a la regulación de la guarda y cuidado, pronuncia que, de no mediar acuerdo entre los padres, se escuchará previamente la opinión del menor de edad, tomando como pauta la madurez psíquica y emocional de este, comprobada por el equipo de especialistas y psicopedagogos. De este modo, se elimina el casuismo

10 Caridad del C. Valdés Díaz: “Comentarios al Código civil cubano” (inédito).

y la preferencia por la madre para el otorgamiento de la guarda y cuidado, y se aboga porque el tribunal decida lo más conveniente de acuerdo con el interés superior del niño. Se aprecia real correspondencia entre la normativa interna y la internacional en cuanto a la autonomía de su voluntad.

Los criterios precedentes permiten compulsar una aproximación a ese concepto, el cual debe entenderse como *criterio de valoración jurídica que sirve de pauta al órgano jurisdiccional en la solución de casos jurídicos concretos, acogiendo racionalmente la opinión del menor en consonancia con su edad y grado de madurez, y el reconocimiento de una mayor autonomía en el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.*

BIBLIOGRAFÍA

Cillero Bruñol, Miguel: "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño", en Emilio García Méndez, *Infancia: de los derechos y de la justicia*, 2.ª ed., actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Linancero de la Fuente, María: *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2003.

Rivero Hernández, Francisco: "La filiación en el umbral del siglo XXI", en *Revista de Derecho*, no. 4, Granada, 2001.

Mesa Castillo, Olga: "Capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes. Un reto para el Derecho", comunicación presentada en el *III Encuentro internacional sobre protección jurídica de los derechos del menor*, La Habana, 2-6 de noviembre de 2009.

Valdés Díaz, Caridad del C.: "Comentarios al Código civil cubano" (inédito).

Legislación

Constitución de la República de Cuba, modificada en junio de 1976 y en 2002, Editora Política, La Habana, 1992.

Código Civil, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 9, La Habana, 1987.

Código de Familia, Ley No. 1289 de 1975, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Instrucción No. 187/2007, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 20 de diciembre de 2007.

Instrucción No. 191/2008, del CGTSP, en vigor desde el primero de julio de 2009.

Proyecto del Código de familia, noviembre de 2007.

FUNCIÓN SANEADORA DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

*Esp. Laura Iliana Castillo Hernández,
Esp. Dianelys Machín Acosta,
juezas profesionales, TPP de Pinar del Río*

EL PROCESO REVISTE vital importancia para la existencia del Derecho, en tanto, si no se adoptan medidas por el Estado para hacer efectivos los deberes y obligaciones de los ciudadanos, desaparecería la confianza en las relaciones jurídicas; de ahí que “la actividad de los Órganos del Estado encaminada a la composición de la litis entraña la primera noción del proceso”;¹ pero, comoquiera que este suele traer para las partes una serie de diferencias en ocasiones insuperables, ello ha propiciado que los estados traten también de ofrecer a los ciudadanos, a lo largo del tiempo, medios como la conciliación, la transacción, el arbitraje, el compromiso o la hoy llamada audiencia preliminar, a los fines de evitar, simplificar o sustituir los mecanismos coactivos de que aquel dispone.

La audiencia preliminar, aunque no tuvo, como otras instituciones, un amplio tratamiento en el Derecho romano, desde su madurez y aplicación en el siglo XIX, a través de la Ordenanza Procesal Civil de Austria, introducida por Frank Klein, se extendió a varios países de Europa, Amé-

rica y, en menor expresión, Asia, y se convirtió en el acontecimiento de mayor relevancia procesal del siglo XX, en cuanto a la perspectiva que alimenta de alcanzar mayor eficacia en la administración de justicia.

El Código procesal civil modelo para iberoamérica, en su exposición de motivos, a los fines de fijar su alcance, deja sentado que la audiencia preliminar “es una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el Tribunal, con un complejo contenido, pero con el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el proceso”.²

Por la repetida idea que emerge de su regulación en las diferentes legislaciones, en cuanto a su carácter polifuncional, forma de desarrollo, actividades y finalidades que deben cumplirse en la audiencia, se trata de un medio de conciliación intraprocesal, que logra su expresión a través de funciones, materializadas a su vez por actividades diversas que se van concretando en virtud del encuentro del juez y las partes, a los fines de eliminar el litigio o simplificar las divergencias suscitadas en

1 Delio Carreras Cuevas: *Derecho Romano*, p. 38.

2 Renea Loutayf: “La audiencia preliminar”, p. 15.

los distintos trámites del proceso, intentando el adelanto temporal de su solución.

En el proceso, el demandado suele adoptar varias posiciones, que la doctrina agrupa en dos campos: uno, en el que se encuentran las posturas negativas caracterizadas, según nos enseña el Dr. Mendoza Díaz, “por el dato de la inactividad del demandado o por su ausencia”; y otro, que engloba las posturas positivas, que ofrecen a aquel un abanico de opciones, en el cual se le presenta, desde la simple comparecencia, hasta las formas de oposición más extremas en las que puede darse una inversión en la condición de partes.³

Refiriéndose a las posturas positivas, el referido profesor cubano, comentando la doctrina de Ramos Méndez, resume que existe “oposición a la demanda solo en los casos en que el demandado se limita a negar los hechos o fundamentos de derecho, defensas u objeciones cuando el mismo introduce nuevos hechos impositivos y extintivos, y excepciones cuando se han alegado hechos excluyentes”.⁴

Entre las posturas que puede asumir el demandado, ante la promoción inicial, y en la unidad de los campos anteriormente indicados en uno de resistencia, Montero Aroca, también citado por Mendoza Díaz,⁵ sostiene otra posición, inspirada en la exclusión del allanamiento.

De esta forma, entre las posturas positivas, la jurisprudencia coloca la actitud que asume el demandado, cuando denuncia la falta de presupuestos o excepciones procesales, cuyo análisis resulta de medular importancia, al ventilarse el tema de la función saneadora.

En el sistema de Derecho procesal cubano las excepciones se clasifican en dilatorias y perentorias, siguiendo la regulación heredada del Derecho español. En nuestra ley, las excepciones dilatorias están formuladas en el Artículo 233 de manera casuística, de forma tal que no es posible que el demandado pueda utilizar otras no contenidas en dicho precepto.

Como señala el Dr. Mendoza Díaz en su tesis doctoral, “los seis supuestos recogidos en la mencionada norma están encaminados a denunciar la carencia de algún presupuesto que afecte a la válida constitución de la relación jurídico-procesal y con ello impedir que se pueda dictar una sentencia de fondo sobre lo controvertido; excepto la de falta de carácter, que como se verá oportunamente, está referida a una cuestión de fondo, que por razones de orden histórico el legislador ha colocado su verificación al inicio del proceso”.⁶

El surgimiento de la audiencia preliminar o saneadora, como doctrinalmente se le reconoce, debe su aparición a la incorrección de ese sistema

3 Juan Mendoza Díaz: *Lecciones de Derecho procesal civil*, p. 36.

4 Ramos Méndez, *apud* Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 36.

5 Montero Aroca, *apud* Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 38.

6 Mendoza Díaz: “Las excepciones en el proceso civil cubano”, p. 54.

de excepciones dilatorias, en el que el juzgador carecía de facultades para proceder, de oficio, a la estimación de las excepciones que se presentaran durante la sustanciación del proceso, para su momentánea resolución, y en el que el saneamiento de obstáculos procesales a la compleción del *thema probandi* se verificaba de manera desconcentrada.

A partir de la primera mitad del siglo XX, ha tenido lugar un intenso movimiento doctrinal respecto al aumento de los poderes del juez y la sustitución del mencionado sistema por el concentrado, toda vez que este último tiende a facilitar la subsanación de vicios procesales y, en caso de que no fuera posible, evitar la tramitación de un proceso inútil, lo que redundaría en el fortalecimiento del interés público que requiere pureza en el sistema procedimental, toda vez que la *ratio legis* lleva implícita la protección del derecho de los sujetos intervinientes en el conflicto y, por otra parte, el fortalecimiento del ordenamiento jurídico en la garantía del interés estatal en conseguir, en el destinatario del derecho, la conducta prevista en el enunciado normativo.

En este último sistema, al ser saneadas las excepciones de manera concentrada en audiencia preliminar, pierden el nombre de dilatorias, tratándose entonces de excepciones procesales entre las cuales se encuentran los presupuestos procesales, aquellas exigencias que pueden ser apreciadas directamente por el órgano dirimente, como requisito indispensable para aceptar la demanda y los impedimentos que deben ser

alegados por las partes, que se regulan más comúnmente para ser resueltos en las distintas legislaciones que acogen la figura en examen, la inadecuación del procedimiento, la litispendencia, la cosa juzgada, el litisconsorcio, los que tienen que ver con la falta de capacidad, las relativas a los defectos de postulación, indebida acumulación de acciones y la falta de jurisdicción, vista esta última como un clásico presupuesto procesal por exigirse con carácter previo para que quede válidamente constituida la relación jurídica procesal.

Las excepciones perentorias no aparecen taxativamente reguladas en la ley adjetiva, dada la diversidad de situaciones que pueden corresponder a una desestimación de fondo, solo sustentable en el Derecho material. Por tales razones, centramos la atención en las excepciones dilatorias o procesales, que tienen como finalidad alcanzar el éxito del proceso, para entonces analizar dicha institución en el ámbito de la función saneadora de la audiencia preliminar.

Las tres primeras causales del Artículo 233 de la ley de trámites resultan, al mismo tiempo, excepciones procesales y ello propugna que tengan el doble carácter de impedimentos y presupuestos, ya que operan tanto *ope legis* como *ope exceptionis*, mientras que las restantes causales que enarbola este artículo pueden solamente ser atendidas y apreciadas en virtud de ser alegadas antes de contestar la demanda en la defensa cualificada del demandado, por lo que se enmarcan en estricto criterio de los impedimentos procesales.

Evaluando la utilidad de la audiencia preliminar en el aspecto relativo al saneamiento del proceso, cabe precisar que la falta de competencia por razón de la materia o la cuantía, denominada en la legislación procesal española precedente de manera impropia, desde el punto de vista técnico, como “incompetencia de jurisdicción”, sería tratada en la audiencia preliminar solo en el supuesto de que fuere planteada como tal por la parte demandada, porque en el supuesto de que se apreciara por el tribunal, estaría obligado a rechazar de plano la promoción, conforme a lo estipulado en el Artículo 21 de la propia ley, al que remite el Artículo 225, de modo excepcional, por tratarse de un presupuesto procesal.

El mismo resultado se obtendría si, alegada la excepción por la parte, en la audiencia se pusiere de manifiesto que se ha incurrido en el aludido impedimento, toda vez que la protección estatal de la función jurisdiccional llevaría, necesariamente, al rechazo de la promoción, aunque ya no sería de plano como en el caso anterior.

Ante el supuesto de una falta de jurisdicción, apreciada en la audiencia, ya fuere alegada por la parte, o no, el tribunal estaría obligado a decretar el cese de la instancia, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE); y ante el descubrimiento de que el asunto, por el principio de extensión de la jurisdicción, debía conocerse y resolverse por otro tribunal, estaríamos en presencia de

un caso de competencia funcional, que igualmente llevaría al fracaso de la instancia, por aplicación, en el primer supuesto, de lo dispuesto en el Artículo 21 de la citada ley.

Para que pueda darse la postulación, cual formalización correcta de la actuación como parte en el proceso contencioso, quedando así válidamente constituida la relación jurídica procesal, ya sea en la posición activa o en la pasiva que ella implica, es necesario atender cuidadosamente los aspectos relacionados con la capacidad, representación y legitimación, como presupuestos esenciales que la ley exige.

Las faltas de capacidad y defectos en la constitución de la representación pudieran subsanarse en la audiencia preliminar inquiriendo de las partes su rectificación o completamiento y, de no ser posible, o no cumplirse lo indicado, se concederá un término determinado para ello.

Los defectos en la representación, en el caso del demandado, no tendrán iguales consecuencias, pues, ante su ausencia, se seguirá el curso de la instancia.

De no cumplirse las exigencias antes referidas, recaerá una resolución en la que no se dará curso a la instancia, lo que igualmente acontece ante la falta de legitimación.

La legitimación en especial, por su doble incidencia como aspecto de carácter formal, que a la vez tiene vinculación con el fondo del conflicto en lo tocante al derecho material, resulta un presupuesto difícil de examinar, por su condición difusa, pero es práctica seguida por el Derecho español, a nuestro juicio ati-

nada, ser tratada en audiencia preliminar, que se resolverá plenamente cuando pueda diferenciarse del derecho material subyacente; si, por el contrario, no pudieren desvincularse de ese efecto, el juez o tribunal tendrá que resolver sobre dicho aspecto al entrar al fondo del asunto, no previamente.

La falta de personalidad, denominada en la ley procesal como “la falta de personalidad de las partes por carecer de la capacidad procesal para comparecer, o por no tener el carácter o representación con que reclama o se le demanda según se trate del actor o del demandado, o por no acreditar debidamente su representación en el proceso”, resulta una de las excepciones más complejas para su correcta inteligencia, toda vez que agrupa en un solo precepto tres situaciones jurídicas de naturaleza diferente.⁷

Si bien es cierto que se trata de una excepción dilatoria, que como tal corresponde ser planteada por la parte demandada, el precepto supra-mencionado involucra genéricamente a las partes, y es atípico que el actor pueda alegar falta de personalidad en relación con los sujetos que ha señalado como demandados, pero esa situación queda salvada con la vinculación que la propia ley realiza con dicho precepto y el Artículo 225, en el que se plantea también como un impedimento que el juzgador podrá apreciar de oficio.

En la audiencia preliminar, entonces, tendría el tribunal la doble po-

sibilidad de ponderarla como excepción, si así fuera planteada, al no percatarse de su existencia en fase de admisión, pero también pudiera apreciarla *ex officio*, si fueran otros los aspectos que se analizaran y aflorara adicionalmente dicho impedimento que, por su naturaleza, debe analizarse previamente, para lograr el saneamiento del proceso.

“El defecto legal en el modo de proponer la demanda por no ajustarse a lo ordenado en el Artículo 224” constituye una excepción dilatoria que, a primera vista, no ofrece una panorámica compleja; sin embargo, un análisis cuidadoso, a la luz de los problemas prácticos que han incidido, pudiera llevar a un criterio un tanto diferente.

El enunciado del Artículo 224 de la ley adjetiva exige los requisitos de forma que debe reunir el escrito promocional de una demanda, relativos a la consignación de las generales de las partes, la formulación de hechos, la exposición de los fundamentos de derecho y la pretensión. En consecuencia, la falta de alguno de dichos requisitos, o los problemas en que se puede incurrir al plantearlos, pudieran dar lugar, atendiendo a la fórmula del Artículo 225 del citado cuerpo legal, a la consignación de un reparo, con la consecuente posibilidad de inadmitir, si no se subsana el error en el término breve hasta de cinco días que puede conceder el tribunal a dicho efecto.

Los defectos identificados en el precepto aludido se extienden a di-

7 Artículo 233.2 de la LPCALE.

versas situaciones que se asimilan a esas causales, pues también la falta de firmas de los abogados o de las partes, errores que pueden existir en documentos de representación (como el convenio de servicios jurídicos o el poder notarial), idioma, redacción incoherente de las cuestiones fácticas, pretensión no concordante con los fundamentos fácticos y legales, fundamentos de Derecho mal planteados, falta de sellos del timbre, omisión de datos necesarios para llevar a efecto las diligencias de emplazamiento, no acompañar las copias de documentos y del escrito promocional según el número de partes, constituyen problemas por tratar en el rango de impedimentos procesales que, de oficio, debe atender el tribunal, que igualmente generan la posibilidad de ser alegados como una excepción procesal, lo cual implica que tienen una doble naturaleza jurídica que, además, requiere especial atención.

Por tales razones, autores contemporáneos cubanos, al evaluar el tema, señalan que “todas estas cuestiones de orden formal deben ser controladas de oficio por el tribunal, pues el incumplimiento de alguna de ellas faculta al órgano jurisdiccional a no aceptar la demanda que adolezca del defecto, en correspondencia con lo dispuesto en el Artículo 112. El hecho de que el tribunal pueda conceder un plazo al proponente para que subsane el error y en caso de que no lo haga, repeler la promoción, coloca a estas exigencias en la

categoría de los impedimentos procesales y como tal debían estar recogidos en el articulado de la ley que estamos estudiando y no ubicados fuera de contexto, como están actualmente”.⁸

Esta excepción, al igual que las anteriormente estudiadas, tiene la doble valoración de impedimento y presupuesto procesal, y debe ser analizada en audiencia preliminar, como garantía para lograr que el proceso alcance su finalidad, pues, de prevalecer, pudiera generar efectos de nulidad, según lo estipulado en el Artículo 178 de la ley de trámites, con la consecuente dilación en la solución del conflicto de intereses e, incluso, la imposición de correcciones disciplinarias a los infractores de la legalidad procesal.

El primer inconveniente con que se encuentra el tribunal ante esta excepción, denominada “Indebida acumulación de pretensiones”, es la ausencia total de antecedentes en la legislación española, vigente con anterioridad en Cuba.

El Artículo 78 de la ley procesal franquea la posibilidad de acumular y ejercitar simultáneamente las pretensiones que uno tenga contra varios, o varios contra uno, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir. El Artículo 79 establece precisiones, señala cuáles pretensiones no serán acumulables, e indica, entre otras, las que sean contrarias entre sí, cuando el tribunal que debe conocer de la pretensión principal sea incompe-

8 Mendoza Díaz: “Las excepciones...”, p. 101.

tente para la pretensión acumulada, por razón de la materia, y cuando, por razones legales, deban decidirse, en procesos de diferente naturaleza, pretensiones que se resolverán en un mismo proceso y una misma sentencia, con lo que se pone de manifiesto el principio de concentración, en armonía con las nuevas tendencias de la disciplina procesal.

De una parte, se pone de manifiesto el interés general de lograr un proceso ágil y pleno de garantías en el que se pueda dar respuesta a varias pretensiones sucesivas o alternativas, en lo que también se manifiesta el principio dispositivo, al quedar ello a opción de la parte, ya que los procesos son acumulables por interesarlos las partes o por disposición unilateral del tribunal actuante de oficio, mientras que la acumulación de pretensiones es una prerrogativa única del promovente y en ello se manifiesta el principio dispositivo.

Dicha excepción está concebida para denunciar la admisión por el tribunal de un proceso en el que se acumulen pretensiones que vulneren las exigencias anteriormente comentadas; constituyen un mecanismo de defensa cualificada utilizable por el demandado, el cual posibilitará que se declare *no haber lugar* a continuar el proceso, se archiven las actuaciones, sin perjuicio del derecho que se reservará al actor para ejercitar nuevamente la acción ante quien y como corresponda, según los dictados del Artículo 237, último párrafo, de la citada ley de trámites.

El tratamiento de esta excepción sería similar a las anteriormente referidas, en el sentido de ser analizada en la audiencia preliminar, para en definitiva arribar a la conclusión que corresponda con la prosecución del proceso o su archivo definitivo.

Hay que comenzar el estudio de la litispendencia a partir del acto jurídico procesal de iniciación, o sea, de la presentación de la demanda, pues en definitiva constituye uno de sus efectos, al crear la relación jurídica procesal.

Montero Aroca señala que, cuando se interpone una demanda, se produce una ruptura, pues se pasa de una relación jurídica privada en conflicto, mantenida solo entre titulares particulares, al planteamiento de un litigio que da origen a una relación jurídica de naturaleza pública; a ese momento de ruptura es posible identificarlo como el instante de surgimiento de la litispendencia.⁹

La pendencia judicial sirve para denunciar la existencia de un procedimiento en relación con determinada pretensión que pueda generar, a su vez, la cosa juzgada. Es esta en potencia. Es la atención que debe ofrecerse a los resultados procesales incipientes.

Su naturaleza jurídica, como excepción, se define como una institución procesal que tiende a impedir la adopción de resoluciones contradictorias por parte de un mismo tribunal, o de distintos; para ello, es necesario que se den o concurren los elementos subjetivos, obje-

9 Montero Aroca *et al.*: *Derecho jurisdiccional II*, p. 142.

tivos y causales, como también acontece en la presunción de la cosa juzgada, conforme establece el Artículo 352 de la LPCALE, de lo que se infiere la íntima relación que existe entre ambas instituciones, aunque lógicamente los efectos de los resultados procesales tienen alcance diferente, habida cuenta de la eficacia que genera la sentencia, en sentido positivo o negativo, según el caso, lo que no ocurre en la excepción de litispendencia que limita su efecto a impedir que se tramiten y resuelvan dos procesos con similares fines, que pudieran producir fallos contradictorios.

Esta excepción, enmarcada como dilatoria en nuestra ley, quedaría situada como una excepción procesal en el modelo de audiencia preliminar que se estudia, pues llevaría necesariamente al saneamiento del litigio, para eliminar los vicios que pudieran privarlo de validez y eficacia.

La litispendencia resulta insubsanable, una vez comprobada en la audiencia preliminar. El tribunal tendrá necesariamente que dictar resolución acogiendo y disponer el archivo de las actuaciones, contra cuya decisión podrá interponerse recurso de apelación o casación, según corresponda. En el supuesto de que el tribunal estime que no está presente, dispondrá continuar el curso del proceso, mediante resolución fundada que adoptará la forma de auto, el que podrá impugnarse en súplica; y, si se desestima, cabrá la correspondiente protesta para preparar el de casación.

En tanto la falta de estado del proceso por no haberse demandado a todas las personas que deban serlo

para quedar válidamente constituida la relación procesal, con mayor intensidad que las ya tratadas, tiende a lograr una correcta conformación del proceso, pues se refiere precisamente a la validación de la relación procesal, aunque tiene diferentes aristas que seguidamente abordamos para su mejor comprensión.

En primer lugar, no existen antecedentes de su formulación en la antigua Ley de enjuiciamiento civil española, y fueron precisamente la jurisprudencia y la doctrina especializada las que perfilaron el tema e ilustraron sobre la necesidad de crear esa institución de tanta importancia para el éxito del proceso.

Aun cuando es posible que alrededor de las partes principales giren sujetos secundarios, como pueden ser los terceros y coadyuvantes, existen otros que tienen intereses afines y, por tanto, igual condición de principales, que deben concurrir a la relación jurídico-procesal por estar legitimados en el caso concreto, en virtud de la especial condición que les atribuye el derecho material, cuya aplicación constituye el objeto del conflicto.

La ley regula la intervención de las partes en el proceso. Existen dos variantes: *voluntaria*, la que normalmente se produce con la correcta vinculación de todos los implicados; y *forzosa*, la que el tribunal, al percatarse de que existen otros que no han sido llamados como demandados o no figuran como actores y pueden ser alcanzados por los efectos de la sentencia, los llama para que formalicen su intervención, mediante el correspondiente traslado, lo que implica

siempre una carga, pues prevalece aun así el principio dispositivo que les posibilita asumir la posición que corresponde en la relación jurídico-procesal. La no utilización de estas prerrogativas llevará a la declaración de rebeldía en el caso de los demandados y de las consecuencias que de ello se derivan, pero se ha garantizado la válida constitución de la relación jurídica procesal.

La pluralidad de partes como actores o demandados genera el llamado litisconsorcio, que resulta ser una especie de comunidad de intereses vinculados por el objeto del proceso.

En la doctrina especializada, se ha elaborado una clasificación del litisconsorcio, en dos grandes grupos: uno, considerado facultativo o necesario, según la posibilidad u obligatoriedad de la parte actora de acumular su pedimento contra varios demandados; el otro corresponde a una nueva categoría que lo identifica como litisconsorcio necesario, impropio o cuasi necesario.

En este sentido, es correcto argumentar que la excepción que analizamos está referida precisamente a las variantes del litisconsorcio necesario y cuasi necesario, en el que la obligatoriedad de demandar a todos los interesados viene impuesta como un presupuesto de validez de la relación jurídico-procesal.

El litisconsorcio necesario al que se contrae el sexto apartado del Artículo 233, en virtud del cual han de venir al proceso varias personas en la posición de demandados, se presenta precisamente por imperativo del derecho material, el que determina la legitimación, ante la existen-

cia de relaciones jurídicas en ese ámbito.

La ley rituaría despeja la naturaleza jurídica de la excepción de falta de estado del proceso, sin lugar a duda, en adecuado uso de las reglas de la hermenéutica jurídica, que, para el proceso ordinario que regula, funciona como un presupuesto de la validez en la constitución de la relación jurídico-procesal. De ello, cabe inferir que, en el proceso, deben estar presentes o ser llamados todos los que la ley señala o puedan resultar afectados por la resolución judicial, en lo que se pone de manifiesto tanto el litisconsorcio necesario como el cuasi necesario.

Estamos en presencia de una excepción procesal a la que la ley le da un tratamiento previo al incluirla dentro de las dilatorias y que su apreciación impide la continuidad del proceso, como garantía que tributa a la justa solución de la contienda.

Un argumento atendible, entre los esgrimidos para sostener la obligatoriedad de este litisconsorcio, es proteger el principio de audiencia, lo que implica evitar la indefensión y que no dejen de tener la posibilidad de comparecer en el proceso personas que, de alguna forma, pudieran ser alcanzadas por los efectos *erga omnes* de la sentencia.

Al tratarse de una excepción (no permite la apreciación de oficio), se han presentado en la práctica judicial situaciones en las que, de la lectura de la fundamentación fáctica de la demanda, ha quedado evidenciado que se han omitido demandados y, al aflorar de esa forma, se ha asimilado el caso al tercer supuesto del

Artículo 233, en el sentido de estimar que se ha incurrido en un defecto legal en el modo de proponer la demanda, por no ajustarse a lo ordenado en el Artículo 224, vía de la apreciación del impedimento procesal por la que se llega a sanear el conflicto ante una verdadera falta de estado del proceso.

Consideramos que esta excepción de falta de estado debe ventilarse en la audiencia preliminar para sanear el proceso y llegar a esclarecer quiénes han de fungir como demandados; ante la ausencia de alguno, el órgano jurisdiccional puede otorgar un término para que se subsane la omisión y lograr la tutela jurisdiccional efectiva, sin perjuicio de llamar a terceros que deban intervenir para validar la instancia y lograr la adecuada postulación. Ante la falta de subsanación de la omisión prevista, el tribunal declarará inadmisibles la promoción y dispondrá el archivo de las actuaciones.

La cosa juzgada resulta una institución compleja por todos los matices que en su tratamiento afloran. En principio, constituye una excepción perentoria, de fondo; así se afirma en el Artículo 234 de la LPCALE, en el que se autoriza, no obstante, darle similar tratamiento procesal que a las dilatorias, cuando sea la única que se alegue. Esta solución procesal tiene como finalidad evitar la tramitación de un proceso, con todas las fases y actuaciones que ello implica, para después arribar a la conclusión de que no pueden aplicarse las consecuencias de la ley al caso concreto controvertido, en virtud de haberse ya resuelto por sentencia de

otro tribunal, o del propio, que ahora conoce del asunto.

La cosa juzgada, en el sentido amplio de su eficacia, tiende a dotar a las partes de la seguridad jurídica de sus derechos y, por su contenido, a la estabilidad de las relaciones sociales. Es, además, la necesidad de que los pleitos tengan un fin, que se cumpla la función jurisdiccional, como reguladora de las relaciones sociales que se dan en el ámbito de la administración de justicia.

La cosa juzgada, en sentido formal, se refiere a la eficacia de los resultados procesales que son inatacables dentro del propio proceso, bien porque no fue impugnada la resolución dictada oportunamente por las partes y causó firmeza, o porque el fallo no admite recurso alguno, atendiendo al tribunal que lo emitió o a la naturaleza del proceso mismo. Resulta un presupuesto necesario para que pueda apreciarse la cosa juzgada material, a la cual la doctrina le reconoce un efecto vinculante, y distingue un denominado efecto positivo y otro negativo.

El efecto positivo se define como la posibilidad de hacer valer en un proceso lo que se alcanzó en un fallo firme dictado anteriormente, atendido en fase previa de modo tal que el tribunal que está conociendo del asunto debe respetar el contenido de esa decisión, que resulta inalterable. En el otro caso, la cosa juzgada se puede alegar por el actor o por el demandado, para hacer valer lo que se resolvió anteriormente en la nueva contienda; abre la posibilidad de alegar con éxito en un proceso posterior lo ya alcanzado en el fallo fir-

me anterior, visto como cuestión prejudicial, de tal manera que el nuevo tribunal debe respetar el pronunciamiento anterior y ajustarse en su fallo a lo que fue objeto de la decisión.

Existen diversos criterios relacionados con la naturaleza jurídica de la cosa juzgada, en el sentido de si tiene un carácter procesal o si es material.

El Artículo 352 de la LPCALE establece que “para que la presunción de Cosa Juzgada surta efecto en otro proceso, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron”.

Este precepto define, en primer orden, que se trata de una presunción que, por su carácter cuestionable, se encuentra entre las denominadas *iuris tantum*; pero, además, introduce los elementos de identidad que deben tenerse en cuenta para su apreciación, los cuales se clasifican en objetivos, subjetivos y causales. Al referirse a los sujetos, exige que exista la coincidencia en cuanto a la calidad con que figuraron como partes en el anterior proceso, o sea, la posición activa o pasiva que mantuvieron en la relación jurídica procesal.

El procedimiento incidental al que debe acomodarse la tramitación de esta excepción de fondo, cuando sea la única que se plantee, a nuestro juicio, resulta obsoleto, pues, por su complejidad, requiere de mayores garantías, de la posibilidad de un papel más activo del juez en comunicación directa con las partes, de la

posibilidad de examinar, de conjunto con los interesados, los documentos y pruebas preliminares que se aporten en tal sentido, por lo cual sería idónea la regulación de la audiencia preliminar en el proceso ordinario como garantía de su saneamiento adecuado, toda vez que el alegado carácter material de la cosa juzgada no le priva de la posibilidad de que pueda ser valorada de forma previa.

La Instrucción No. 191, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, ha oxigenado la praxis judicial al introducir la posibilidad de que los tribunales de la jurisdicción civil, en los procesos ordinarios, sumarios e incidentes de que conozcan, puedan convocar a las partes a comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el Artículo 42 de la LPCALE, luego de la fase de alegaciones, para sanear el proceso de aquellas cuestiones litigiosas que constituyen manifestaciones de la figura en su función delimitadora y probatoria. Mediante la aplicación del Artículo 224, en relación con el 225 de la ley adjetiva, se da la posibilidad de que, aunque en forma escrita, se pueda depurar el proceso ante la concurrencia de los tres primeros supuestos del Artículo 233; pero no cabe dudar que queda el juez sin posibilidad de actuación ante la concurrencia de óbices procesales, como indebida acumulación de pretensiones, litispendencia, falta de estado, previstas en el propio precepto, las que, apreciadas en la fase de alegaciones y no denunciadas por las partes, alcanzaran el trámite de sentencia; y siendo así, el juez no podrá entrar a resolver sobre las cuestio-

nes de fondo planteadas, todo ello con independencia de haber transitado los litigantes por una fase probatoria, en muchos casos desgastante, que igualmente podría evitarse de contar con una fórmula procesal sobre la que comentamos, que, al propiciar la oralidad, viabilice el saneamiento del proceso en un momento más oportuno.

BIBLIOGRAFÍA

- Bonet Navarro, Ángel: *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*, Institución Fernando El Católico, C.S.I.C., Zaragoza, 1990.
- Carreras Cuevas, Delio: *Derecho romano* (compil.), Ministerio de Educación, La Habana, 1988.
- Capitán, Henri: *Vocabulario jurídico* (trad. de Aquiles Horacio Guaglianone), Desalma, Buenos Aires, 1979.
- Díaz Tenreiro, Carlos: "La Legitimación" (tesina), Universidad de Valencia, 2000.
- Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- Fairén Guillén, Víctor: *XII Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- Grillo Longoria, Rafael: *Derecho procesal civil*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Instituto Panamericano de Derecho procesal: *La simplificación procesal*, Buenos Aires, 1996.
- Kielmanovich, Jorge Luis: "Algo más sobre la audiencia preliminar", en *20004205.txtJA2000-IV-1160*.
- Loutayf, Renea: "La audiencia preliminar", en *www.adobe.com/acrobat*, 2005.
- Mendoza Díaz Juan: "Las excepciones en el proceso civil cubano" (tesis).
- _____ : *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Montero Aroca, J. et al.: *Derecho jurisdiccional*, t. 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Legislación

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

Ley de enjuiciamiento civil española, promulgada por Real Decreto, febrero de 1881.

"Ley de enjuiciamiento civil española", en *BOE*, no. 7, 8 de enero de 2000.

"Ley de reforma urgente de la ley de enjuiciamiento civil española", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre-octubre de 1983.

"Código procesal civil y comercial de la nación argentina", en *codigos/menc-car.htm*.

"Código de procedimiento civil de Bolivia", en *codigos/menc-car.htm*.

"Código de procedimiento civil de Chile", en *codigos/menc-car.htm*.

"Código procesal de Costa Rica", en *codigos/menc-car.htm*.

"Código de procedimiento civil de Colombia", en *codigos/menc-car.htm*.

"Código general del proceso civil de Uruguay", en *codigos/menc-car.htm*.

Código procesal civil modelo para iberoamérica, Rio de Janeiro, 1988.

Código de la provincia Río Negro, Uruguay, 1987.

"Decreto Ley No. 241", en *Gaceta Oficial de la República*, no. 33 (edición extraordinaria), La Habana, 27 de septiembre de 2006.

REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Lic. Yunieska Gómez Montero,
jueza, Sala de lo Económico, TPP de Villa Clara

EL ACTUAR DE la persona jurídica se hace cada vez más típico e importante dentro de la sociedad cubana. Sus diversos matices conforman el panorama de las complejas relaciones jurídicas de nuestros días. Su vida social, caracterizada por la constante interacción con terceros está ligada indisolublemente al quehacer de todo operador del Derecho. De ahí, la importancia que siempre tiene regresar, una y otra vez, sobre el tema de su eficaz representación.

Tal aseveración trata de conciliar las marcadas diferencias que existen entre la Teoría de la representación, desarrollada por Savigny, y la del Órgano, por la existencia de una representación necesaria. Ello ha motivado que el tema central del presente trabajo sea, precisamente, la representación en la actuación de la persona jurídica en la realidad legislativa cubana.

La idea que ha inspirado su realización, a partir del estudio de la representación en la actividad de la persona jurídica como centro de diversas problemáticas, ha sido la de

dotar a la legislación interna de una perspectiva contemporánea en torno a esta institución que le permita erigirse en instrumento que garantice la dinámica de esas entidades en la esfera de su acción; favoreciendo la solución de los problemas que enfrentan, viabilizar de una manera más efectiva la protección de sus derechos y, con ello, consolidar la preeminencia que alcanza esta institución.

El vocablo *representación* proviene del latín *representatio, onis*, "(...) acción y efecto de representar, sustituir a uno o hacer sus veces",¹ entendida, además, como la "institución en base a la cual una persona realiza uno o varios actos o negocios jurídicos por cuenta e interés de otra denominada representado".²

Para Rodríguez Corría, en la obra del profesor Díez-Picazo, se establecen novedosos puntos de vista que, en algunos casos, atacan directamente postulados básicos de la doctrina más tradicional; y coinciden en un concepto de representación, entendida "(...) como una situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una

1 Colectivo de autores: *Derecho civil, parte general*, [s. p.]

2 Gonzalo Ricardo Conde Díez: "La representación en las juntas generales", [s. p.]

gestión de sus asuntos en relación con terceras personas”.³

Para algún sector de la doctrina, en realidad la representación no es sino una especie de género más amplio: la gestión del negocio ajeno, concepto en el que quedara comprendido aquel que, en sustitución de otro u otros, realiza una conducta que en principio correspondería llevar a término al sustituido, entendiendo por *negocio* cualquier tipo de actividad o quehacer y, por *amenidad*, el desenvolvimiento en una esfera que pertenece a otra persona —concretamente, al dueño del negocio en cuestión—, en sustitución del cual obra el gestor.

Otros sectores han exigido, además, que el representante actúe pensando siempre en provecho y utilidad del representado; se concluye que no habrá representación cuando, o bien se actúe en interés exclusivo del representante (en todo caso, podría llegar a existir un negocio jurídico fiduciario que bajo la apariencia de la representación esconder un negocio transmisivo de derechos en favor del representante, utilizable como medio para burlar el ordenamiento jurídico), bien se actúe en interés exclusivo de terceros, pues, como significa Soto Nieto, “(...) al ser la representación un negocio jurídico unilateral —y no un contrato— creado consecuentemente por la sola voluntad del poderdante, no cabe convertirlo posteriormente en un contra-

to en interés de tercero, creándose una apariencia tras la cual se escondería la verdadera intención de las partes”.⁴

Parece admisible que el representante actúe en interés del representado y en el suyo propio, pues, ya no resulta exigible legalmente una actuación en “interés exclusivo” del dueño del negocio, sino que nada obsta para que el representante desempeñe su cargo en una esfera donde confluyan sus intereses comunes, por ejemplo, si ambos formaran parte de una sociedad.

Con relación a esa actuación “por cuenta del interesado, no existe acuerdo acerca de si el representante obra siempre en calidad de tal; ello debe implicar que los terceros que con él se relacionen han de saber que con quien celebran una convención no es con aquel que tienen físicamente delante, sino con la persona representada; si el representante silencia su condición a estos terceros, puede surgir la figura de la representación indirecta a la que luego haremos referencia, de forma más extensa, no sin antes apuntar que su inclusión dentro de la institución de la representación viene siendo discutida por algunos sectores de la doctrina.

“El representante, como sujeto de la relación representativa, junto con el representado y el tercero con quien o ante quien se realiza la gestión representativa, no es otro que el gestor o agente, que actúa en interés o

3 Reinerio Rodríguez Corría: “La autocontratación como forma de ejercicio anormal del poder de representación”, [s. p.]

4 Soto Nieto *apud* Conde Díez: *Op. cit.*, [s. p.]

por cuenta del principal”,⁵ que debe contar con la capacidad e idoneidad para serlo.

Los teóricos del Derecho, sin llegar a un consenso, han discutido si este sujeto necesita, o no, de tales cualidades para actuar. Compartimos el criterio de Díez-Picazo, cuando afirma que “(...) la plena capacidad legal de obrar es siempre necesaria para poder actuar como representante (...)”,⁶ pues, en el contenido de la relación representativa, este sujeto posee deberes y obligaciones que pueden ser exigidos por el representado y que el propio autor ha distinguido entre el “deber de fidelidad, el deber de llevar a acto la gestión encomendada, el de comunicación (consulta e información), deber de custodia y de conservación de los bienes y efectos que tenga en su posesión, entregados por el *dominus* o recibidos para este, y por último el deber de lealtad”.⁷

Con el devenir del tiempo, la representación adquirió una importancia trascendental, al convertirse en un instrumento útil y adecuado que posibilita la conclusión de negocios jurídicos, sin que a alguno de los intervinientes le resulte necesario desplazarse a un lugar concreto, siendo sustituida su presencia física por la de una tercera persona, emisora de una declaración de voluntad en nombre del representado, capaz de producir los mismos efectos jurídicos

que los que hubiese generado la suya propia.

Según el profesor Díez-Picazo, la representación deviene “(...) una figura muy difícil de sujetar a un esquema conceptual que cumpla al mismo tiempo los requisitos, de satisfactorio y de estar exento de críticas”.⁸ Como fenómeno jurídico en sí mismo considerado, es serie de problemas sociales típicos, por lo que, en su punto de partida, no hay probablemente nada más que un problema práctico que consiste, sucintamente, en hacer posible una cooperación o una colaboración entre los miembros de una misma comunidad, impulsada por razones de necesidad o de pura convivencia.

Surge así la representación como una respuesta del orden jurídico al problema social típico de cooperación en la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos; se convierte, de esta manera, en un instrumento de dinamización de la vida jurídica; en un medio que permite la ampliación de las posibilidades de obrar o de asumir los efectos de la actividad de otros.

La representación es, entonces, consecuencia de un lento proceso de evolución histórica; a decir de Díez-Picazo, “(...) el resultado o la resultante de una serie de factores históricos, que son las soluciones que a los problemas prácticos se han ido dando en cada una de las fases su-

5 Luis Díez-Picazo: *La representación en el derecho privado*, p. 68.

6 *Ídem*.

7 *Ídem*.

8 *Ibíd.*, p. 23.

cesivas de la cultura occidental y europea”.⁹

En cuanto a aportes a esta figura, entre otros, desempeñan un papel trascendental autores como Savigny, con su estudio de los actos jurídicos y de las declaraciones de voluntad; Buchka, mediante un acarreo minucioso de los materiales históricos; y Rodolfo Von Ihering, con la elaboración de su doctrina de la representación.

La doctrina ha dividido la figura en determinadas clases para comprender el alcance que pueden tener los actos realizados por medio de un representante: modelos clásicos (representación legal y voluntaria) y otros, como activa y pasiva, directa e indirecta, originaria y subsiguiente, y la orgánica. Esta última ha sido introducida por la doctrina moderna, para explicar la actuación de las personas jurídicas. Según Díez-Picazo,¹⁰ es la más aceptable, pues se confiere en el actuar de la persona jurídica, cuya representación no es estrictamente voluntaria ni legal; estas personas, a diferencia de las naturales, tienen que valerse de la colaboración de otras para llevar a cabo actos y negocios jurídicos. Se discute si las personas físicas que actúan en nombre o por cuenta de las personas jurídicas merecen el genuino calificativo de representantes o si son, por el contrario, “órganos de la entidad.

Existe una posición ecléctica que prefiere hablar de “representación orgánica”.¹¹

A decir de F. Capilla,¹² “(...) con independencia de cuál sea el sistema organizativo, la atribución de personalidad jurídica significa necesidad de que se articule un mecanismo, por virtud del cual se pueda adoptar decisiones imputables a las personas jurídicas. Estas decisiones serán tomadas por personas físicas a través de los procedimientos decisorios que el tipo organizativo determine. Gracias a ese mecanismo, que puede ser calificado como representativo en términos generales, existirán actos que jurídicamente serán considerados como propios de la persona jurídica y no como propios de las personas físicas actuantes. A este mecanismo se le conoce con el nombre de representación orgánica”.

Para el propio autor, las decisiones adoptadas y los actos realizados por los órganos son imputables a la persona jurídica tanto en el plano interno como en el externo; es en el segundo, de las relaciones con terceros, donde adquiere mayor relevancia, pues los dirigentes de la persona jurídica actúan de manera análoga a como lo hace un representante voluntario: “(...) para vincularlo debe actuar en nombre y por cuenta de la persona jurídica y dentro de las atribuciones legales y voluntarias que les

9 *Ibíd.*, p. 24.

10 *Ibíd.*, p. 72.

11 *Ibíd.*, p. 70.

12 Roncero Capilla, *apud* A. López y V. L. Montes (coord.): *Derecho civil, parte general*, p. 666.

hayan sido conferidas, aplicándose en consecuencia el régimen propio de la actuación del representante".¹³

Esta representación, como señaló con anterioridad, en sentido estricto, no es ni una representación legal ni una voluntaria: "(...) es desde luego una representación necesaria, la persona jurídica necesita del representante para actuar, lo que basta para situarla fuera del campo de la representación estrictamente voluntaria. Pero esto no basta sin más para llevarla al campo de la representación legal. La determinación de la persona o personas que han de ostentar esta representación no es obra de la ley, sino de los propios interesados, fundadores de la persona jurídica o miembros de ella".¹⁴

La Teoría de la representación orgánica se enfrenta a otras, que explican de manera diferente estos términos; así, aparece la Teoría de la representación, desarrollada por Savigny, a través de la cual la persona jurídica se piensa como un ser incapaz de obrar por sí mismo que, a semejanza de lo que ocurre con los demás incapaces, necesita valerse de un representante legal. Si la persona jurídica es incapaz de obrar, solo puede ser representada dentro de los límites de la representación, es decir, en el campo de los negocios jurídicos, de tal manera que, por los actos ilícitos realizados por su representante, sería responsable este y no la persona jurídica representada.

La Teoría del órgano concibe a la persona jurídica como un ser con plena capacidad de obrar que actúa por medio de sus miembros u órganos, de tal manera que los actos realizados, en el círculo de la competencia de cada uno de ellos, valen o se consideran actos de la persona jurídica, por lo que no existe ninguna intermediación. La persona considerada como órgano es la misma persona jurídica actuando. Se explica así la imputación de la voluntad humana a la de las personas jurídicas, mas no debe confundirse el órgano con el cargo que ocupa una persona física.

Los estudiosos del Derecho civil cubano en nuestros días, poco o casi nada conocen acerca de las circunstancias en que los redactores del Código civil vigente acometieron esta, sin duda, difícil obra, a la que algunos achacan ya una prematura obsolescencia.

Para muchos de ellos, todavía hoy resultaría de provecho que se difundiera la crónica detallada de los que participaron en tan magnífico suceso, ya sea en el carácter de autores o de colaboradores indirectos del proyecto, a fin de arrojar luz sobre los elementos que se tuvieron en cuenta al momento de diseñar cada una de las instituciones que regula, con relación a los que existe una casi absoluta oscuridad.

Tal es el caso de la postura asumida por el legislador de la citada ley sustantiva, cuando eludió ofrecer una conceptualización explícita de la fi-

13 *Ibíd.*, p. 667.

14 Díez-Picazo: *Op. cit.*, p. 72.

gura de la representación, limitándose a brindarle reconocimiento como fenómeno jurídico en el Artículo 56;¹⁵ pudiera pensarse que imitando la configuración técnica de otros cuerpos normativos, fruto del ideario jurídico oriundo de otras latitudes o quizás primó aquella percepción que el pensamiento romanista nos legara cuando atinadamente, o mejor, sabiamente, concluyó que cualquier definición en Derecho es peligrosa.

La respuesta, sin embargo, pudiéramos encontrarla en la propia presentación del Código civil, en la que se reconoce que, en el orden técnico, su característica más significativa está dada por el propósito de generalizar los enunciados legislativos e incorporar los más importantes a una parte general.

Otra muestra de raigal tradicionalismo nos ofreció el legislador de 1987, al acogerse a los modelos más conocidos hasta entonces para la clasificación de la figura que nos ocupa, únicamente en legal y voluntaria, cuando en el Artículo 57,¹⁶ alude a la fuente u origen de las facultades del llamado representante. En este artículo, el Código civil pone de relieve su apego a aquella tendencia de la doctrina que afirma que el fenómeno representativo se manifiesta solo cuando el representante actúa en nombre de otro. Se descarta así que pudiéramos catalogar de

“generalizador”, parafraseando su presentación, la posibilidad de considerar la representación indirecta como una verdadera representación.

Si bien las herramientas doctrinales a las que he apelado para la elaboración de este trabajo acudieron en auxilio para permitirme reconocer, en la referida norma legal, la limitación expuesta en el párrafo que precede, también me han posibilitado apreciar una ventaja en el citado precepto, facilitada esta por la técnica jurídica empleada en su redacción, al concebirse, de forma independiente, la inclusión del instituto de la representación dentro del complejo entramado de figuras jurídicas que pueblan el Código.

Apenas una digresión que estimo necesaria para dejar sentado que nuestro Código civil, primero de orientación socialista promulgado en América, superó a su predecesor, el Código civil español de 1889, que únicamente establecía la figura del mandato para regular las relaciones entre personas que se obligan a prestar servicios o hacer otra clase de actos jurídicos, incluidos los no negociables; por ejemplo: los actos de ejercicio de los derechos, tales como la reclamación del acreedor frente al deudor.

Un sector importante de la doctrina moderna, entre los que destacan Albadalejo¹⁷ y Díez-Picazo,¹⁸ recono-

15 Código civil, Artículo 56: “El acto jurídico puede realizarse por medio de un representante”.

16 Artículo 57: “El que actúa en nombre de otro es su representante legal, o voluntario, según sus facultades emanadas de la ley o de un acto jurídico”.

17 Albadalejo: *Comentarios al Código civil*, [s. p.]

18 Díez-Picazo: *Op. cit.*, [s. p.]

ce la existencia de una representación indirecta, mediante la cual se actúa en interés ajeno y a nombre propio (*agüere in nomin proprio*), lo que ha originado un debate en torno al fenómeno de si existe, en este caso, un vínculo entre el representado y el tercero, relación que se evidencia en la representación directa. Los estudiosos del tema coinciden mayoritariamente en que lo determinante es la actuación en interés ajeno, pues son variadas las razones en la vida práctica que propician que la identidad del representado deba quedar oculta, pero, no por ello, ha de considerarse que no existe representación.

La doctrina cubana más actual, generada en torno al asunto que me ocupa, también se ha afiliado a las clasificaciones tradicionales de la institución; en este sentido, destaca Tirso Clemente,¹⁹ para quien solo la representación directa es verdadera y propia representación, es el medio por el cual una persona realiza un acto jurídico a nombre de otro y para que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente en la persona del representado.

Fernández Martínez,²⁰ en su estudio sobre esta institución, plantea que ha de entenderse la representación voluntaria como la autorización concedida por una persona (representado) a otra (representante) para que actúe por su cuenta. Tiene su origen en la voluntad del primero, que

manifiesta desde un inicio el querer actuar por medio de otra persona, autorización que necesita de un poder bastante, por lo que se puede hablar de representación directa.

El propio Fernández Martínez²¹ reconoce la representación legal como la autorización concedida por la ley para que una persona actúe en nombre y en interés de otra. Esta modalidad de representación se caracteriza por el hecho de que su origen se encuentra en la ley y no en la voluntad del representado, partiendo del presupuesto de que este no es capaz para la realización de actos jurídicos, bien porque está declarado incapaz (enfermedad, edad), por ser un impedido (ausente) o porque represente ciertos bienes o negocios cuya gestión se le confían (*naciturus*). Es la ley quien determina el alcance y la extensión de los poderes del representante legal.

En mi opinión, no puede negarse la existencia de representación cuando el representante actúe en nombre propio, si lo hace en interés del representado.

El Código civil, a diferencia de su antecesor español, que rigiera casi centenariamente en Cuba, establece un concepto de personas jurídicas en el Artículo 39, al concebirlas "(...) como entidades que, poseyendo patrimonio propio, tienen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones".²² En el segundo apar-

19 Tirso Clemente: *Derecho civil, parte general*, p. 878.

20 Marta Fernández Martínez, en Colectivo de autores: *Derecho civil, parte general*, [s. p.]

21 *Ídem*.

22 Código civil, Artículo 39.1.

tado, enumera los tipos legales de personas jurídicas que se reconocen en nuestro ordenamiento. Nuestra legislación sustantiva no parte de un criterio reconocido de clasificación de estas, solo se limita a enumerarlas taxativamente. Entre las personas jurídicas que reconoce nuestra ley civil, encontramos:

- El Estado
- Las empresas y uniones de empresas
- Las cooperativas
- Las organizaciones políticas, de masas, sociales y sus empresas
- Las sociedades y asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes
- Las fundaciones
- Las empresas no estatales autorizadas
- Las demás entidades a las que la ley confiere personalidad jurídica

El Código civil español reconocía, en el Artículo 41, la representación legal para las personas jurídicas; sin embargo, el Código civil cubano se afilia a la Teoría de los órganos de representación, al establecer, en el Artículo 42, apartado 1, que "(...) las personas jurídicas realizan sus actividades por medio de sus órganos de dirección designados (...)", cuestión no recogida en el Código civil de 1889. Desde dicha normativa, se prevé un verdadero fenómeno representativo por la propia naturaleza incorporada que estas poseen; pero, de la manera que ha sido diseñada en el

Código civil cubano la actuación de estas, en correspondencia con sus regulaciones específicas, tiende a confundir la teoría a la cual se afilia nuestra legislación.

El procedimiento de elección o designación lo determinan los estatutos, reglamentos, o disposiciones legales correspondientes, según se establece en el propio texto legal en el Artículo 42, apartado 2. Se admite, por tanto, que dichos órganos pueden estar conformados por personas naturales integrantes de la persona jurídica o por personas extrañas a ella.

Para estas personas jurídicas, podrían ser de aplicación, además, las normas referidas a la representación recogidas en los artículos del 56 al 66, ambos inclusive, del propio cuerpo de normas sustantivas; por lo que, llegado a este punto del análisis, pudiera poner en duda mi convicción inicial, a partir de la interpretación del texto plasmado en el Artículo 42, apartado 2, en cuanto a la filiación del Código civil cubano a la Teoría de los órganos.

Como un método válido para salvar esta posible confusión, apelo a recursos ya empleados por otras legislaciones para formular el instituto, acudiendo directamente a admitir una definición de representación en el actuar de las personas jurídicas. Por ejemplo, el Código civil argentino²³ establece que las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que ese código establece, y ejercer los

23 Código civil de Argentina, de 1869, Artículo 36.

actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido. Expresamente, este artículo reconoce la representación que deben ostentar las personas jurídicas en su actuar.

El Código civil de Nicaragua,²⁴ también se expresa de conformidad con esta definición, al establecer que las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley, ordenanzas o estatutos respectivos o, a falta de una y otros, un acuerdo de la corporación, ha conferido ese carácter.

El Artículo 40, apartado 1, del Código civil cubano preceptúa que la constitución, régimen y disolución de las personas jurídicas se establecen y regulan en la ley, sus estatutos y reglamentos, presentes en estos la capacidad para ejercer sus actividades, según el Artículo 41 de la citada norma sustantiva.

La doctrina cubana se ha pronunciado, además, por establecer una relación entre la entidad y el tercero que pueda representarla y, a tales efectos, China Guevara, en su estudio sobre la representación de las sociedades anónimas, refiere que "(...) pudiéramos hablar de representación voluntaria cuando una persona distinta a los miembros de la persona jurídica comparece en su representación ante los órganos de justicia, pues ha sido voluntad de ésta atribuirle las facultades que determina la ley para ello".²⁵

Por consiguiente, si de representación de personas jurídicas se trata, necesariamente hay que acudir a las leyes específicas que estas crean.

Las personas jurídicas en Cuba comparecen en los procesos, de conformidad con los requisitos exigidos por la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), la que, en el Artículo 64, recoge que por las personas jurídicas actuarán quienes las representen, conforme a las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias por las cuales se rijan, presumiendo que, para la comparecencia en el proceso, será el presidente, gerente, director general o funcional, el que ejerza la máxima autoridad o esté facultado para ello.

Prima facie, pudiera apreciarse una contradicción entre lo que la ley sustantiva dispone y lo que reconoce la ley de trámites, pues para el legislador procesal cubano el órgano no es el que ejerce la representación, sino una única persona física, que se encuentra investida de autoridad por las leyes que la rigen; esta divergencia la estimo aparente o de orden semántico porque la intención de la norma procesalista no fue más allá de resaltar que las personas naturales, a diferencia de las jurídicas, pueden actuar por sí, pues, como entes corpóreos, no necesitan de otra para realizar sus actos, y este es, en sentido general, el principal contraste que existe entre ambas personas, definición que, por la propia naturaleza de la ley a que me refiero, debía quedar clara.

24 Código civil de Nicaragua, de 1904, Artículo 80.

25 Josefina China Guevara: "La representación de las sociedades anónimas", [s. p.]

Cada una de las personas jurídicas que reconoce nuestro ordenamiento posee sus propias leyes, estatutos y reglamentos, por lo que merecen un estudio diferenciado para comprender el ámbito donde desarrollan sus actividades.

El Estado

El Estado, como persona jurídica, ha sido objeto de estudios profundos, desde su aparición hasta la modernidad, no solo por parte de los juristas interesados en el tema, sino por sociólogos, politólogos y por todos aquellos representantes de las diferentes esferas del saber humano que lo han abordado, a quienes sin duda los ha inspirado la posibilidad de desentrañar los misterios de esta maquinaria, hasta ahora de poder de unos sobre otros.

Por la complejidad que implica asumir el tema en un trabajo cuyos límites resultarían insuficientes para entender cabalmente la representación de este tipo de persona jurídica, estudio también apropiado para la disciplina del Derecho constitucional, y comoquiera que Estado y Derecho nacen a la misma vez, me auxilio solamente del pensamiento del jurisconsulto Ferrara²⁶ para explicar que "(...) la constitución y personalidad del Estado es congénita y originaria, se desarrolla en el interior y en virtud de una fuerza propia, se elabora necesariamente en el seno de una suprema organización de la vida social".

Esta máxima resume magistralmente la esencia del fenómeno y, con ella, aspiro a motivar a los estudiosos con relación a la idea de que la representación de esta particular estructura, surgida como resultado de la evolución de la humanidad, amerita un análisis emprendido, sobre todo, bajo el signo de las transformaciones que esta persona jurídica viene sufriendo en la actualidad.

Empresas y uniones de empresas

"Las empresas y uniones de empresas son aquellas entidades económicas con personalidad jurídica propia, que constituyen el eslabón primario de la economía y, como tal, la base del complejo sistema de relaciones de la economía nacional".²⁷

Existen empresas de subordinación local dirigidas operativamente por la instancia correspondiente del Poder Popular que se responsabiliza con la definición de su plan, nombra su director y representa a la empresa ante los órganos globales; sin embargo, desde el punto de vista técnico y metodológico, son orientadas por organismos especializados que establecen a nivel nacional las normas de operación de sus actividades.

Se encuentran, además, las empresas de subordinación nacional, reguladas jurídicamente mediante las "Normas sobre la unión y la empresa estatal de subordinación na-

26 Ferrara, *apud* Fernández Martínez: *Op. cit.*, [s. p.]

27 Decreto No. 42, "Reglamento general de la empresa estatal", Artículo 1.

cional”, aprobadas por acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, en abril de 1988, donde se establece que la empresa es una forma organizativa de dirección de la producción y los servicios en la que se estructura y desarrolla la actividad económica del Estado, con el objetivo de lograr la satisfacción de las necesidades sociales. Constituye, junto a la unión, el eslabón fundamental para la organización y funcionamiento de la economía nacional, basado en el principio del cálculo económico.

En el Artículo 12 de las Normas, se establece que “(...) la solicitud de autorización para la creación del resto de las empresas y entidades económicas, se somete por los organismos a la aprobación de la Comisión Nacional del Sistema de Dirección de la Economía, según el caso y de acuerdo con el procedimiento que se establezca. Los organismos una vez autorizados crean uniones y unidades básicas mediante resolución conforme al procedimiento establecido”.

Para conocer cómo actúan estas, me remito al Decreto 42, de 24 de mayo de 1979, el que, en el Artículo 76, dispone que el dirigente máximo de la empresa será su director, el cual será designado y removido por el jefe del organismo de la Administración Central del Estado o por el órgano del Poder Popular a que se subordina la empresa. Y, en el Artículo 79, se definen cuáles son las facultades,

atribuciones y deberes de ese director, entre las que se encuentra: “(...) representar a la empresa en sus relaciones con el organismo superior, otros organismos, empresas y unidades presupuestadas”.²⁸

Cooperativas

El Artículo 19 de la Constitución de la República de Cuba establece que el Estado cubano refrenda la propiedad de los agricultores pequeños sobre las tierras que legalmente les pertenecen y el Artículo 20 les reconoce el derecho de asociarse según los requisitos y en la forma que establece la ley.

En Cuba, existen cooperativas de producción agropecuaria, y de créditos y servicios, según la ley correspondiente.²⁹ El Artículo 4 de esta norma define el concepto, cuando establece que cooperativa de producción agropecuaria “(...) es una entidad económica que representa una forma avanzada y eficiente de producción socialista con patrimonio y personalidad jurídica propios, constituida con la tierra y otros bienes aportados por los agricultores pequeños, a la cual se integran otras personas, para lograr una producción agropecuaria sostenible”.³⁰

El Artículo 5 define el concepto de cooperativa de créditos y servicios como “(...) la asociación voluntaria de los agricultores pequeños que tie-

28 *Ibíd.*, Artículo 79.

29 Ley No. 95, “Ley de cooperativas de producción agropecuaria y de créditos y servicios”.

30 *Ibíd.*, Artículo 4.

nen la propiedad o el usufructo de sus respectivas tierras y demás medios de producción, así como sobre la producción que obtienen. Es una forma de cooperación agraria mediante la cual se tramita y viabiliza la asistencia técnica, financiera y material que el Estado brinda para aumentar la producción de los agricultores pequeños y facilitar su comercialización. Tiene personalidad jurídica propia y responde de sus actos con su patrimonio”.³¹

La representación de estas personas jurídicas aparece claramente estipulada en los artículos 24 y 25.³² La Asamblea general es su órgano superior de dirección; está integrada por todos los miembros, quienes, por el voto secreto y directo, eligen al presidente de la Junta directiva, que lo será a su vez de la Asamblea, y es quien ostenta la representación legal de la entidad, pues así lo dispone el Artículo 26, cuando expresa que el presidente asegura y responde por el cumplimiento de los acuerdos y decisiones de ambos órganos, ostenta la representación legal de la cooperativa y rinde cuenta periódicamente de su gestión ante estos.

Organizaciones políticas, de masas y sociales

Estas organizaciones, en sentido amplio, agrupan a todos los ciudadanos de Cuba. La Constitución reconoce como organizaciones políticas al Partido Comunista de Cuba y la Unión de Jóvenes Comunistas, en los artículos 5 y 6. Define a la primera como la vanguardia organizada de la nación, la fuerza dirigente superior de la sociedad, que garantiza y orienta los esfuerzos comunes hacia la construcción del socialismo y el avance de la sociedad comunista; a la segunda, como la organización de avanzada de la juventud cubana con la función primordial de promover la participación activa de sus masas juveniles en las tareas de edificación del socialismo, y de preparar a los jóvenes como ciudadanos conscientes y capaces de asumir responsabilidades cada día mayores en beneficio de nuestra sociedad.

Las organizaciones sociales y de masas son organizaciones no gubernamentales. Entre ellas, están los Comités de Defensa de la Revolución, la Federación de Mujeres Cubanas y la Central de Trabajadores

31 *Ibíd.*, Artículo 5.

32 *Ibíd.*, Artículo 24.- La Asamblea General es el órgano superior de dirección de las Cooperativas de Producción Agropecuaria y las de Créditos y Servicios, se integra por todos los miembros, quienes eligen de su seno mediante el voto secreto y directo al Presidente y demás miembros de la Junta Directiva. La Asamblea se considera válida para esta elección cuando están presentes las dos terceras partes de sus miembros. Artículo 25.- La Junta Directiva es el órgano de dirección de la cooperativa, está integrada por no menos de cinco ni más de once miembros, se subordina a la Asamblea General y le rinde cuenta periódicamente de sus actos y decisiones. Ejerce sus funciones cuando no está reunida la Asamblea General.

de Cuba. El Artículo 7 de la Constitución reconoce que las organizaciones de masas y sociales agrupan a distintos sectores de la población, representan sus intereses específicos y los incorpora a las tareas de edificación, consolidación y defensa de la sociedad socialista.

Los máximos representantes de estas entidades son elegidos según las reglamentaciones de sus estatutos, siguiendo el principio socialista del centralismo democrático.

Sociedades y asociaciones

El Artículo 54 de la Constitución establece que "(...) los derechos de reunión, manifestación y asociación son ejercidos por los trabajadores manuales, intelectuales, los campesinos, las mujeres, los estudiantes y los demás sectores del pueblo trabajador para lo cual disponen de los medios necesarios para tales fines".

La Ley 54, de 27 de diciembre de 1985, en el Artículo 2, reconoce cuáles son las asociaciones que pueden constituirse conforme a ella:

- 1) Científicas o técnicas, que persigan con sus trabajos contribuir al desarrollo de la investigación, y la aplicación de los logros en estos campos.
- 2) Culturales y artísticas que se propongan fomentar y desarrollar la educación artística, la vocación para la creación, y el cultivo del arte y la cultura.
- 3) Deportivas, que tengan por finalidad el desarrollo y la práctica de los deportes, además de la educación y la recreación física.

4) De amistad y solidaridad, que se propongan desarrollar las relaciones de amistad entre los pueblos, y el estudio de su historia y cultura.

5) Cualquiera otra que, conforme a la Constitución y esta ley, se proponga fines de interés social.

El propio artículo excluye a las organizaciones de masas y sociales a que se refiere el Artículo 7 de la Constitución, asociaciones eclesiásticas o religiosas, cooperativas de producción agropecuaria, de créditos y servicios, y otras autorizadas por la ley. Su personalidad está determinada por la inscripción en el registro correspondiente, requisito sin el cual no se tendrán por válidamente constituidas en el tráfico jurídico.

En cambio, las sociedades civiles se crean a partir de un presupuesto normativo plasmado en el Artículo 396, apartado 1, del Código civil, el cual establece que, por el contrato de sociedad, los socios se comprometen a aportar dinero u otros bienes, o su participación laboral, con el fin de alcanzar objetivos que estén en armonía con los intereses sociales. Regula que, para la constitución de la sociedad, se requiere la forma escrita y la autorización del organismo estatal competente, y que adquieren personalidad jurídica por su inscripción en el registro público. Nos remite a las disposiciones especiales, para conocer otros términos, como constitución, capital, aportaciones, ... Se diferencian de las asociaciones en que no tienen ánimo de lucro.

El Artículo 18 del Reglamento de la citada Ley 54 establece que la Junta directiva o el ejecutivo designados procederán a firmar, conjuntamente con el representante del órgano de relaciones, el documento contentivo de las normas y a inscribir la asociación en la oficina registral que corresponda.

El Artículo 25 dispone que los estatutos y reglamentos internos de las asociaciones deben contener, entre otros requisitos, la organización, forma de gobierno y de su designación, órganos internos, cargos y duración de los mandatos.

Estas entidades regulan, además, sus relaciones con el órgano, organismo o dependencia estatal a la que se subordinan, a los efectos de controlar y supervisar la actividad no lucrativa fundamental que poseen estas personas jurídicas.

Fundaciones

El propio Código civil, en el Artículo 39, apartado 2ch), ofrece el concepto de *fundación* al entenderla como el conjunto de bienes creados con patrimonio separado por acto de liberalidad del que era su propietario, para dedicarlo al cumplimiento de determinado fin permitido por la ley, sin ánimo de lucro, y constituida de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes.

A pesar de la fuerte tradición de fundaciones que existe en Cuba, no

hallamos en el universo jurídico nacional una normativa especial que regule su actuar. Desde 1997, se ha laborado en un proyecto de ley aún no aprobado, según pude conocer, mientras acopiaba información para nutrir este trabajo.

La constitución de las fundaciones se realiza mediante escritura pública y no existe un Registro de fundaciones en Cuba. Cuentan con los protocolos de los notarios de la Notaría especial del Ministerio de Justicia; hasta el presente, se rigen por la Ley 54, de las asociaciones. Las fundaciones Fernando Ortiz, Alejo Carpentier, Nicolás Guillén, Caguayo y Ludwig se encuentran entre las más conocidas que poseen su domicilio legal en territorio cubano.

Para ilustrar los elementos expuestos, examino los estatutos de la fundación Nicolás Guillén. El Artículo 14 establece que "(...) el órgano de gobierno, dirección y administración de la Fundación será el Consejo de Dirección".³³ Dispone el Artículo 15 que dicho Consejo es la máxima autoridad de la Fundación y representará la universalidad de sus miembros y de los bienes, derechos y acciones que conforman su patrimonio.

El Artículo 16 consigna que el Consejo estará regido por un presidente, un secretario y un tesorero, electos entre sus miembros; como detalle singular que avala el carácter *sui generis* de este tipo de persona jurídica, se estipula que este órgano siempre tendrá algún heredero de Nicolás Guillén.

33 Artículo 14 de los Estatutos de la Fundación Nicolás Guillén.

Los artículos 19 y 20 de esta suerte de reglamento, en que devienen los mentados estatutos, establecen los deberes del Consejo de dirección y del presidente; previendo, para el primero, la representación, dirección y administración de la fundación; y, para el segundo, la representación formal de la fundación. El vicepresidente, a su vez, tendrá el deber de representar al presidente, cuando se estime necesario, y el secretario tendrá el de representar a la Fundación, cuando así lo disponga el Consejo de dirección.

Empresas no estatales

La empresa no estatal, por excelencia, de la sociedad cubana actual es la sociedad anónima, lo que supone, según los presupuestos teóricos de su configuración en la doctrina, la formación de una persona jurídica distinta a la de las partes, previamente refrendada en la Constitución, en el Artículo 18, donde se deja establecido qué entidades realizan las operaciones de comercio exterior.

Hasta la promulgación de la Ley No. 77, de 5 de septiembre de 1995, “Ley de la inversión extranjera”, estas personas jurídicas no desplegaron una vida jurídica muy amplia. La salida a la luz de esta ley posibilitó el fomento de su actividad, dadas las características económicas del país en esos años. En ese entonces, se reanimó la norma legal que autenti-

caba a las sociedades económicas en Cuba, el Código de comercio, que no obstante su permanente estado de inercia legal, aún permanecía vigente.

La citada ley, en el Artículo 12, regula como formas de inversión extranjera:

- a) La empresa mixta
- b) Los contratos de asociación económica internacional
- c) La empresa de capital totalmente extranjero

También impone la adopción de la sociedad anónima como tipo social para las empresas mixtas; y, aunque hay leyes que fomentan el surgimiento de otras clases de sociedades, en la práctica, todas las mercantiles constituidas a su amparo han adoptado la forma de sociedad anónima.³⁴

El Código de comercio, en el Artículo 155, establece que “los administradores de las Compañías anónimas serán designados por lo socios en la forma que determine su escritura social, estatutos o reglamentos”. El Artículo 156 establece que dichos administradores “son sus mandatarios y, mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales; y si por la infracción de las leyes y estatutos de la Compañía o por la contravención a los acuerdos legítimos de sus juntas generales, irrogaren perjuicio y fueren varios los responsables, cada uno de ellos responderá a prorrata”.

34 Comentario realizado en el libro de texto de Derecho mercantil, [s. m. d.]

Los administradores constituyen el órgano de gestión y representación de la sociedad cuyo nombramiento corresponde a los socios; el procedimiento para su designación o elección se establece en los estatutos sociales o reglamentos.

El Artículo 155 del Código de comercio, y el 42, apartados 1 y 2, del Código civil se pronuncian por su designación en la escritura constitutiva; sin embargo, el Artículo 13, apartado 4, de la Ley de la inversión extranjera, preceptúa para la empresa mixta constituida en sociedad anónima que, si en la escritura social no se procede a designar a la persona o personas que han de administrarla, posteriormente, en la primera junta general de accionistas, deberán designarse los miembros de su órgano de dirección y administración, según los estatutos.

En síntesis, las personas jurídicas, para ejercitar la capacidad jurídica que les confiere el ordenamiento legal, necesitan de personas físicas que actúen por ellas, las cuales pueden estar vinculadas a un cargo que les permita esa actuación, en virtud de lo dispuesto en la ley o en los estatutos —supuestos en que la voluntad de la persona representante del órgano social es la voluntad de la persona jurídica por la cual actúan— o pueden los órganos sociales conferir su representación a otras personas ajenas a la entidad e, incluso, a personas que se encuentran vinculadas a estas permanentemente para otro tipo de actua-

ciones, las que serían representantes voluntarias.

Tanto en uno como en otro caso, los actos realizados por los órganos de la entidad o por representantes de estos recaen sobre la sociedad, sin engendrar responsabilidad alguna en la persona física que los realizó, salvo que se hayan extralimitado en su actuación. Lo realizado por el órgano solo vinculará a la persona jurídica cuando aquel ostente las facultades necesarias para la realización del acto, lo que se advierte al interpretar el Artículo 156 del Código de comercio, y el 41 y el 42, apartado 3, del Código civil.³⁵

Otras entidades a las que la ley confiere personalidad jurídica

La Ley de la inversión extranjera, en el Artículo 2h), reconoce la empresa de capital totalmente extranjero como entidad mercantil sin la concurrencia de ningún inversionista nacional. En cuanto a la representación que esta ostenta, el Artículo 15, apartado 1, establece que el inversionista extranjero ejerce la dirección, disfruta de todos los derechos y responde por las obligaciones prescritas en la autorización.

En el apartado 2 del propio artículo, se precisa que el inversionista en empresas de capital totalmente extranjero puede actuar como persona natural o jurídica dentro del territorio nacional cubano:

35 China Guevara: *Op. cit.*, [s. p.]

- a) Creando una filial cubana de la entidad extranjera de la que es propietario, bajo la forma de una compañía anónima por acciones nominativas, la que inscribirá en el Registro de la Cámara de Comercio de la República de Cuba; o
- b) Inscribiéndose en el Registro de la Cámara de Comercio de la República de Cuba y actuando por sí mismo.

Independientemente de la forma a la que se afilie la entidad en el extranjero, aquí adoptará la forma de sociedad anónima, pero le reconoce al inversionista un doble carácter: actuar por sí, y como representante de la entidad.

Considero que el análisis para establecer la clase de representación que adoptan este tipo de personas jurídicas ha de centrarse, fundamentalmente, en la inscripción que de ellas se realice, para determinar si es la persona natural la que actúa por sí o es una actuación en nombre de la entidad, a la que necesariamente habrá que aceptársele los requisitos de constitución que presentan, pues las actas se desarrollan en país extranjero.

En relación con la representación de los diferentes tipos de personas jurídicas que concurren en el tráfico jurídico en Cuba, las argumentaciones expuestas pueden conducirnos a dejar establecidas las siguientes semejanzas y diferencia:

Semejanzas

- Las personas jurídicas, sin distinción entre ellas, actúan por me-

dio de sus órganos de dirección legalmente designados o elegidos, afirmación que dimana del contenido expreso del Artículo 42 del Código civil cubano.

- No existe una diáfana correspondencia entre la representación orgánica que establece el Código civil para las personas jurídicas con la clase de representación que para cada una de ellas se regula en las leyes especiales.
- Las asociaciones, fundaciones y sociedades tienen leyes específicas en común, por lo que su representación se establece de manera similar.

Diferencia

En las empresas o uniones de empresa, el jefe del organismo de la Administración Central del Estado o el órgano del Poder Popular a que se subordina esta, designa al dirigente máximo, que será el director; mientras que, en las cooperativas, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas, los miembros, mediante el voto secreto y directo, eligen al máximo representante, quien ostentará la representación legal de la entidad.

A modo de colofón de este acápite, baste una nota para reafirmar que el estudio individualizado de cada una de las personas jurídicas me permitió corroborar que la representación de estos sujetos del derecho es materia complicada, en cuanto a diseño legislativo se refiere, y ello dificulta la realización de sus actividades en la actuación práctica, al observarse una marcada tendencia

a confundir, en los textos legales consultados, al agente con el órgano cuyos actos son reputados a la persona jurídica, cuando en realidad este es el encargado de la función del órgano.

Por último, quiero enunciar algunos criterios en cuanto a la actuación *per se* de las personas jurídicas, partiendo de reconocer la capacidad que la ley les brinda, pues lógico resulta que ningún ente incorporado puede hacer valer por sí sus acciones; necesita, por ello, de personas naturales para llevarlas a vías de hecho.

Este aspecto fue tenazmente discutido en la círculos jurídicos nacionales de principios del siglo XX, hasta que la jurisprudencia española, de reconocida ascendencia en estos, por razones harto conocidas, puso fin a la polémica, cuando las sentencias 12 y 13, ambas de 21 de mayo de 1927, declararon que "(...) una asociación puede comparecer por sí misma o sea por medio de su representante".³⁶

El Artículo 66 de la ley de trámites civiles vigente en Cuba reconoce la posición de que las personas comparezcan a los procesos civiles por sí; es decir, que no medie representación alguna en cuanto a su actuación, a pesar de que estas deban estar dirigidas por letrado (incluso, se exceptúan las reclamaciones cuya cuantía no exceda los 500 pesos, las reclamaciones de alimentos y los actos de jurisdicción voluntaria).

No existiendo precepto alguno que distinga quiénes concretamente son estas partes a las que se refiere el legislador procesalista cubano, obvio resulta que las personas jurídicas pueden perfectamente comparecer al proceso por medio de sus órganos, sin que, en cuanto a estas, medien representaciones diferentes.

Más específicamente el Artículo 753 de la ley procesal, cuando se pronuncia sobre los sujetos legitimados para comparecer ante las salas de lo económico, establece que estos lo podrán hacer por sí, siempre que estén dirigidos por letrados, con independencia de que no existe precepto alguno que prohíba la actuación *per se*.

Considero que la actuación por sí alcanza una relevante importancia desde el punto de vista práctico. Nótese que, de verificarse esta y, a pesar de que las partes estén dirigidas por letrados, los trámites y notificaciones en el asunto se entenderán con la persona, no con el que lo haya dirigido, por lo que resulta más eficaz la consecución del asunto debido a que el director, gerente o administrador tiene todo el dominio de la actividad que desarrolla, y es más viable para nuestros órganos de justicia obtener de ellos cualquier documento o información que sea necesario aportar al proceso.

A esto se añade una circunstancia de índole subjetiva, dada por la ya casi habitual incomparecencia de

36 Manuel Martínez Escobar: *La revolución de la personalidad*, p. 344. El autor realiza el comentario de las sentencias que resolvieron las opiniones contradictorias en cuanto a esta problemática.

los letrados que representan a las personas jurídicas en los actos de justicia, problemática a la que el órgano judicial no siempre ha podido poner coto. Por razones a la vista de todos, se constata que los máximos dirigentes de las entidades, en su mayoría, acuden al llamado del tribunal, por lo que una actuación por sí de la persona jurídica contribuiría al rescate de esa presencia en los estrados que, a veces, se torna imprescindible.

Resulta fácilmente presumible que sean muy escasos los procesos en que se conozca que la persona jurídica haya actuado por sí, para no pecar de absolutistas y afirmar sin un estudio riguroso previo que no se ha conocido ninguno; lo cierto es que no pudimos encontrar resoluciones como testimonio de haberse abordado el asunto en juicio, o al menos resolvieran alguna posible excepción dilatoria formulada en su momento, con relación a este particular.

Lo abordado permite afirmar que, dada la vastedad del tema escogido, se impone prometer dar continuidad al estudio iniciado, a través de otras investigaciones que contribuyan a proveer al ordenamiento interno de una regulación más actualizada de la institución de la representación, que le permita erigirse en garante de los más preciados derechos de las personas jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

Acedo Castilla, J. F.: "La representación orgánica en el pensamiento tradicionalista", en *www.geocities.com*.

Ayala Añazco, Emilio: "Modos de actuación de las personas jurídicas en nuestro derecho positivo", en *www.revista-juridica.uca.edu.py*.

Barba de Vega, José: "Ámbito del poder de representación de los factores", en *Revista del Poder Judicial*, no. 4, de diciembre de 1986 (versión digital).

Carmenate Núñez, Georgina y Zahira Ojeda Bello: "Las personas jurídicas. Estudio doctrinal", en *monografias.com*.

China Guevara, Josefina: "La representación de las sociedades anónimas", en *www.derecho.sociales.uclv.edu.cula%20representacion%20de%20las%20sociedades%20anominas.htm*.

Clemente, Tirso: *Derecho civil, parte general*, t. 2, La Habana, 1987.

Colectivo de autores: "Derecho civil, parte general", La Habana, 2000 (versión digital).

Conde Diez, Gonzalo Ricardo: "La representación en las juntas generales", en *www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones*.

Díez-Picazo, Luis: *La representación en el Derecho privado*, Editorial Civitas, S. A. 1978.

Fernández Sessarego, Carlos: "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, no. 52, Lima, abril-diciembre de 1999 (versión digital).

García Llaguno, René: "Del mandato en las compañías", en *www.monografias.com*.

González García, Jesús María: "La representación procesal y la defensa técnica", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 1, 2000 (versión digital).

Gimeno-Bayón Cobos, Rafael: "Aproximación a la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades", en *Cuadernos de De-*

- recho Judicial, no. 5, 1999 (versión digital).
- López, A. y V. L. Montes: *Derecho civil, parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Martínez Escobar, Manuel. *La revolución de la personalidad*, 2.^a ed., Cultural S. A., La Habana, 1956.
- Montero Aroca, Juan: "Personalidad y legitimación", en *Revista del Poder Judicial*, no. 24, 1994 (versión digital).
- Ore Chávez, Iván Amheh: "El ocaso del sistema representativo. Una crítica al absolutismo político", en *www.monografias.com*.
- Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: "Personalidad jurídica", en *www.monografias.com/trabajos17/personasjuridicas/personas-juridicas.shtml*.
- Pelluz Robles, Luis Carlos y Carles Cruz Moratones: "Teoría del velo de la persona jurídica", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 18, 1999 (versión digital).
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: *Código civil (anotado y concordado)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2007.
- Rodríguez Corría, Reinerio: "La autocontratación como forma de ejercicio anormal del poder de representación" (tesina), Universidad de Valencia, junio de 1999.
- Squella, Agustín y Carlos Santiago Nino: "Elementos de la personalidad jurídica: representación y capacidad", en *www.es.shvoong.com/law-and-politics/law/law-and-society/1734890-elementos-la-personalidad-jur%C3%ADdica-representaci%C3%B3n/*.
- Solís Villavicencio, José A.: "La Sociedad civil cubana: Papel rector del Estado en la provincia de Villa Clara" (tesina), 2007.
- Tamayo y Salomón, Rolando: "El concepto de persona jurídica", en *www.monografias.com*.
- Torres Manrique, Fernando: "Litigar en representación de persona jurídica o ente autónomo", en *www.monografias.com/trabajos37/litigar-en-representacion/litigar-en-representacion.shtml*.
- Uría, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, 24.^a ed., Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1997.
- Villavicencio Ramos, Marisela: "La representación legal, la responsabilidad y la intermediación comercial. Una separación ficticia e imperdonable", 2.^a ed., Universidad de Barcelona, 2006.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y en 2002.
- Código civil, 1889.
- Código civil de España, de 6 de octubre de 1888.
- Código civil de Nicaragua, 1904.
- Código civil de Argentina, 1869.
- Código de Comercio de Cuba, de 22 de agosto de 1885.
- Decreto No. 42, "Reglamento general de la empresa estatal", de 24 de mayo de 1979.
- Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, Código civil de Cuba.
- Ley No. 77, "Ley de la inversión extranjera", de 5 de septiembre de 1995.
- Ley No. 54, "Ley de asociaciones", de 27 de diciembre de 1985.
- Ley No. 95, "Ley de cooperativas de producción agropecuaria y de créditos y servicios", de 2 de noviembre de 2002.
- Normas sobre la unión y las empresas estatales, de abril de 1988.
- Reglamento No. 53, "Reglamento de la Ley 54", de 14 de julio de 1986.

DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS TERCEROS

*M.Sc. Caridad K. Pimentel Rueda,
Lic. Gladys Peña Palomino,
juezas profesionales, TPP de Las Tunas*

DEDICAMOS ESTE ARTÍCULO a la intervención de los terceros en el proceso civil cubano, con el propósito de exponer las amplias garantías que posee esta figura y que, a pesar de su regulación en nuestra ley de trámites civiles, en ocasiones es para muchos un tema poco conocido, lo que no se justifica, sobre todo en los operadores del Derecho encargados de impartir justicia, fundamentalmente por la necesidad de lograr la más amplia equidad en los procesos que se ventilan en nuestros tribunales civiles.

Nuestra legislación ofrece amplias garantías en los procedimientos civiles, en virtud de los principios de equidad y justicia en los que se inspira nuestra legislación, toda vez que la eficacia de una ley de procedimiento se encuentra en razón directa con la medida en que esta, al tiempo que posibilita la solución de los procesos, garantiza a cada una de las partes interesadas el máximo de posibilidades para exponer sus razones y defender sus derechos, lo que permite al mismo tiempo al tribunal dictar sus fallos con la más estricta sujeción a la verdad y la justicia, libre de ataduras formales que le impidan o limiten las

posibilidades de otorgar el derecho a quien realmente corresponda.

Por eso, al exponer las *amplias garantías que posee el tercero* en el proceso civil cubano, no podemos olvidar que la Constitución (reformada en 1992), en el Capítulo XIII, en relación con la actividad de los tribunales y la Fiscalía, Artículo 120, establece que “la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida en nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye”.

Este precepto deja establecido que la ley es la encargada de refrendar los principales objetivos de la actividad judicial, lo cual hace la Ley No. 82, aprobada el 11 de julio de 1997, en vigor desde el primero de enero de 1998. Regula la organización de los tribunales en Cuba: en el Artículo 5 establece que “los tribunales están en la obligación de cumplir la Constitución (...)”, y el inciso 2 del Artículo 1 regula que los tribunales se regirán por los principios consagrados por la Constitución para normar la organización y funcionamiento de los órganos estatales.

El Derecho procesal regula la actividad de los órganos estatales encargados de administrar justicia y la

de los particulares ante ellos, la que es necesaria a fin de que pueda declararse y realizarse los deberes y derechos nacidos conforme al Derecho material.

De ahí que el cumplimiento de los objetivos de nuestra ley procesal supone el cumplimiento de dos presupuestos fundamentales:

- El celoso cumplimiento del principio de que nadie puede ser vencido en juicio sin previamente haber tenido oportunidad de alegar y defender sus derechos en igualdad de condiciones y posibilidades que las que pudieron otorgarse a favor de quien la demanda (por ello, no se permite en proceso sumario hacer demanda reconventional).
- La posibilidad por parte de quien resulte vencido ante primera instancia de acudir en defensa de sus derechos ante las instancias superiores autorizadas por la ley, de acuerdo con la naturaleza del proceso en que se litigue.

Esos presupuestos, al estar regulados en la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), evitan que persona alguna pueda alegar, fundadamente, haber sufrido un perjuicio o una afectación cualquiera con una resolución dictada por alguno de los órganos de la administración de justicia del sistema judicial, sin haber disfrutado del máximo de posibilidades para defender sus intereses y alegar sus razones.

El ordenamiento jurídico procesal despliega su eficacia sobre el com-

plejo mundo de relaciones que se producen entre las partes durante el proceso, de forma que, en su gran mayoría, las normas que configuran dicho ordenamiento tienen como finalidad preservar los derechos procesales de las partes litigantes y, en concreto y por lo que aquí nos interesa, impedir la introducción indiscriminada en el proceso de otras personas, evitando con ello no solo distorsiones exógenas en la marcha de un proceso que, de por sí, puede verse profundamente alterado por las grandes posibilidades de actuación concedidas a las partes en el proceso (determinantes, en muchos casos, de dilaciones en su desarrollo, aunque esto sería motivo de otra reflexión), sino también el atentado tanto al principio dispositivo como a la integración del contradictorio que supondría la intervención de personas ajenas al litigio.

Por otra parte, aun no siendo habitual, pudiera suceder que el proceso en su devenir (actividad procesal de las partes litigantes), resultado inmediato (sentencia), o resultado final (ejecución de lo resuelto), suponga consecuencias jurídicas que afecten, de modo directo o reflejo, los derechos e intereses legítimos de otras personas extrañas al proceso; incluso el proceso puede verse instrumentado dolosamente por las partes litigantes, a fin de dañar, en beneficio propio, ajenos intereses, con lo que se configura una situación de fraude procesal que, como veremos, pretende evitar, entre otras finalidades, el fenómeno de la intervención procesal.

El proceso civil está encaminado a servir a los fines de la justicia y constituye un método para la solución justa de los asuntos y litigios sobre Derecho civil y de familia; de esta forma, salvaguarda el régimen socioeconómico del país, al coadyuvar a la conservación del orden jurídico del Estado que, en este aspecto, equivale a dar validez práctica a la ley; ello se manifiesta en el reconocimiento del derecho a quien lo tiene y la negación al que no lo posee, aspiración que solo se alcanza a través del descubrimiento de la verdad material en el propio proceso.

Entre los principios fundamentales que informan nuestro proceso, están el de igualdad en el debate, conocido también como el principio de la bilateralidad de la audiencia (nadie debe ser condenado sin ser oído y vencido en juicio), el cual constituye una manifestación particular del principio de igualdad de todos los individuos ante la ley y el tribunal, pues lo que realmente resulta necesario es el descubrimiento de la verdad material, con lo que se garantiza el cumplimiento del ordenamiento jurídico. Las aplicaciones más importantes de este principio en Cuba son: la comunicación de la demanda al demandado, según se requiere por la ley; otorgar a este un plazo para comparecer y defenderse; poner las pruebas en conocimiento de la otra parte, antes de que se practiquen; citar a los litigantes para la práctica de estas, las cuales pueden ser impugnadas; y sustanciar toda petición incidental que se formule en el proceso, con audiencia de las partes e

iguales posibilidades para formular sus alegatos y proponer pruebas.

También el principio de impulso procesal de oficio, que significa una verdadera garantía para alcanzar la verdad material en los litigios, en el sentido de que le otorga al órgano de justicia amplias facultades para dirigir y encauzar el debate, lo que no solo permite mayor celeridad en la tramitación y solución de los asuntos, sino que, además, fortalece la posición del tribunal como sujeto director del proceso.

Entre las principales manifestaciones de este principio, está el hecho de que, una vez iniciado el proceso a instancia de la parte interesada, la dirección y decisión de este es facultad del tribunal, el que impedirá su paralización y, de oficio, al vencer el plazo establecido para cada actuación judicial, ordenará el paso al trámite o diligencia siguiente.

El desistimiento y la transacción judicial, figuras recogidas en nuestro proceso como formas de extinción de este, representan una importante limitación a las partes, expresión pura del principio de impulso procesal de oficio, cuando su admisión se supe-dita a que dichas instituciones no contravengan los intereses de la sociedad y los derechos de terceros, lo que faculta al tribunal para disponer la continuación del proceso hasta su terminación.

Aunque la carga de la prueba se reserva mayoritariamente a las partes, al órgano jurisdiccional se le otorgan amplias facultades para acordar, de oficio, esa práctica (no se deja a las partes la facultad de disponer

exclusivamente del elemento probatorio), y para resolver sobre cuestiones no planteadas por las partes. Es decir, con independencia de que el órgano de justicia resuelva la totalidad de las cuestiones oportunamente propuestas, tiene la facultad de apreciar nuevos aspectos que sean consecuentes o estén íntimamente relacionados con las pretensiones originalmente deducidas. De ello, se instruye a las partes para que hagan alegaciones y propongan pruebas.

También está la legitimación para recurrir, la que se manifiesta en la posibilidad de todas las partes de interponer medios de impugnación contra las resoluciones judiciales, facultad que incluso ostentan los terceros, quienes pueden intervenir en los procesos, siempre que demuestren tener un interés legítimo, con las mismas cargas y potestades que el resto de los litigantes.

De igual forma, se encuentran tuteladas las garantías procesales de las partes y terceros que intervienen, al acogerse plenamente los principios de igualdad en el debate y de publicidad; este último coadyuva a la divulgación del Derecho y la formación de una verdadera conciencia jurídica en la población, lo que establece las bases para la obtención de mayores aciertos en las decisiones de los órganos de justicia, al implementarse el principio de la inmediatez, que potencia una relación directa del tribunal con las partes y el objeto del proceso.

El proceso civil cubano se caracteriza por la combinación armónica de los principios técnicos configura-

tivos antes expuestos, entre otros, con especial predominio del impulso procesal de oficio, que coloca al órgano jurisdiccional en una posición activa en el proceso, tanto en la dirección como en la decisión de los asuntos sometidos a su arbitrio, con amplias facultades en el sentido de poder practicar pruebas de oficio, decidir no solo sobre las cuestiones planteadas por las partes, a las que incluso puede hacer comparecer e interrogarlas en cualquier estado del proceso; este principio, en unión del de concentración, preclusión y economía procesal, permite una mayor celeridad en la tramitación de los asuntos y en el descubrimiento de la verdad material, como premisa del cumplimiento del ordenamiento jurídico, objetivo supremo de todo proceso.

Una de las fundamentales ventajas de nuestra ley de procedimiento es que todas las personas interesadas en un proceso tengan garantizada su intervención en él. Diversos preceptos, y hasta capítulos enteros de la LPCALE, se encargan de hacer efectivas estas garantías, que surgen del principio fundamental antes expuesto y que recoge al Artículo 154, refiriéndose a la sentencia, al expresar: "No podrá hacerse pronunciamiento en perjuicio de quienes no hayan sido partes en el proceso ni hayan sido llamados a él"; de ahí, la importancia de que, en los procesos en los cuales resulte demandada una persona cuyo estado civil sea casada y donde se dispondrá sobre determinado bien que pudiera ser común, deberá traerse a su cónyuge,

para que quede válidamente constituida la relación procesal o, en su defecto, estará la demanda falta de estado para continuar su tramitación.

Por su parte, los artículos del 92 al 97 de la LPCALE se encuentran destinados a regular la intervención del tercero en el proceso civil; precisan las amplias garantías de que este se encuentra investido y se ponen de manifiesto dos formas fundamentales de intervención: *la voluntaria*, dirimida así por derivarse de una determinación de la voluntad del tercero, quien toma la iniciativa de intervenir en el proceso judicial; y *la forzosa o coactiva*, por ser provocada por el tribunal o las partes.

Según establece el Artículo 92 de la citada ley, cualquier persona que demuestre interés legítimo puede intervenir en el proceso para hacer valer, con relación a quienes sean partes, su derecho sobre la cosa objeto de litigio o derivada del título en que se fundamenta la pretensión del actor. En tales casos, el tercero podrá formalizar su intervención voluntaria en el proceso en cualquier estado en que este se encuentre, antes del trámite de sentencia; sin embargo, la aparente limitación no supone, en modo alguno, que el tercero que no haya formalizado su intervención antes del aludido trámite no pueda ser notificado de la sentencia dictada, pues el Artículo 97 expresa que, *si alguna de las partes lo solicita*, la sentencia se notificará a quien, sin haber sido parte, pueda ser afectada por la ejecución de esta, a los efectos del derecho que le cabe de establecer el recurso contra ella.

No se trata solamente de que el tercero pueda ejercitar el derecho de establecer recurso contra la sentencia, sino de que, si no se le notifica, tampoco quedaría obligado por dicha sentencia; en ese caso, tiene expedita la vía para promover a su favor el proceso de amparo en actuaciones judiciales, que se regula en los artículos del 393 al 400 de la LPCALE.

La intervención del tercero en el proceso civil no solo podrá efectuarse por su iniciativa o interés, como apuntamos, sino que el propio tribunal, *de oficio o a instancia del demandado*, podrá llamarlo al proceso, cuando considere que el pleito deba desarrollarse con su intervención, por estimar que la sentencia pudiera afectar un derecho o interés legítimo de este. En tales casos, el tribunal dispondrá el emplazamiento al tercero, para que comparezca en el término señalado, con el apercibimiento de que los efectos de la sentencia le alcanzarán plenamente, comparezca o no a sostener el derecho de que pueda estar asistido; así, queda obligado con todos los efectos de la sentencia que se dicte. Pero esta actuación del tribunal está limitada a efectuarla en el trámite de contestación a la demanda; de ahí de que sea muy importante la preparación del juez con el despacho de las actuaciones, para advertir la necesidad de traer al tercero posible afectado, cuando no se haya interesado por las partes, pues, vencido el término de la contestación, no habrá otra oportunidad para que el tribunal determine traerlo de oficio, ni siquiera puede disponer que la sentencia dictada

se le notifique, derecho que solo queda reservado a instancia de parte.

No obstante, carece de derecho esa persona a quien se le haya notificado la sentencia, como tercero interesado, para ejercitar, mediante recurso de apelación, pretensión distinta a la originalmente deducida en la demanda. En tal caso, su actuación viene limitada a defenderse de que la sentencia recurrida no lesione el derecho de que se cree asistido, por cuanto no se trata de establecer, en un recurso contra una resolución, una demanda reconventional, sino de ampararse de aquella.

Aquí, se pone de manifiesto el papel activo del juez civil, sobre todo en los procesos en los que alguna de las partes haya abandonado el territorio nacional y exista un interés estatal sobre los bienes objeto del proceso, por lo que el tribunal debe traer, como tercero, al fiscal o al Departamento de Patrimonio de la Dirección Provincial de Justicia, conforme regula el Artículo 46 de la LPCALE. En los litigios relativos al reconocimiento de contrato de compraventa, donación o permuta, entre otros, en los que el objeto del proceso implique el cambio de dominio de vehículos automotores, es indispensable que se llame, también como tercero interesado, cuando no fuera expresamente demandado, al jefe del Departamento Nacional de Vehículos (en los casos de los tribunales de La Habana) y al jefe de la sección provincial de este órgano, en los demás tribunales, conforme autoriza el Artículo 94 de la LPCALE.

En el proceso civil, el actor está obligado a demandar expresamente a todas las personas que, de forma evidente, pudieran tener interés en el objeto de la demanda, cuando estos le fueran conocidos, y así garantizar los derechos de quienes, conociéndose su interés en el asunto, pudieran resultar consciente o inconscientemente excluidos del proceso, pues, en ocasiones, suele demandarse con la denominación genérica de “herederos, sucesores, causahabientes o cualquier otra persona que pudiera tener interés en el asunto que se ventila”, con el que se pretende cubrir formalmente el requisito de demandar a todos los que deban serlo, a quienes correspondería emplazar únicamente por medio de la tablilla de avisos del tribunal, lo que pudiera suponer un total estado de indefensión de estas personas, aun cuando a este tipo de emplazamiento se le debe dar toda la divulgación requerida, conforme establece la ley de trámites, con lo que resulta garantizada la actuación de oficio del tribunal de conceder un término al actor para que expresamente sea demandada la otra parte en el proceso, incluido en esta denominación genérica, al menos con su nombre y domicilio o paradero, y de ignorar estos al último conocido, conforme establece el Artículo 225 en relación con el 233.3 de la aludida ley procesal.

No obstante, el demandado, al personarse, y antes de contestar la demanda, puede alegar la falta de estado del proceso, como excepción dilatoria, por no haberse demandado a todas las personas que debie-

ron serlo, para que quedara válidamente constituida la relación procesal, lo que provoca el archivo de la demanda, sin perjuicio del actor de repetirla, según se regula en el Artículo 233.6, en relación con el 224.1, ambos de la LPCALE.

Reiteradas sentencias de nuestro máximo órgano de justicia han precisado la obligación, por parte del actor, de llenar debidamente esta formalidad en la demanda; y, por parte del tribunal, velar por su estricto cumplimiento. Podemos señalar algunas de ellas; no obstante, nos remitimos a la Sentencia No. 23, de 12 de marzo de 1981, la cual, en su único considerando, expresa que "(...) opuesta la excepción de falta de estado del proceso (...) estimada dicha excepción por no haberse demandado todas las personas que debieron serlo, a fin de que quedara válidamente constituida la relación procesal, no obsta que la sala de instancia continuara el proceso hasta su terminación y se abstuviera de resolver el fondo de la cuestión sometida a debate, ya que con el expresado proceder dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 154 de la mencionada Ley de Procedimiento que prohíbe hacer pronunciamientos en perjuicio de quienes no sean parte en el proceso ni hayan sido llamados a él".

Tratándose la falta de estado de una excepción dilatoria, alegado así por el demandado, previo a la contestación de la demanda, como está establecido, no hay necesidad de esperar a la sentencia para resolver en cuanto a estos particulares, pues, como recogen los artículos 233 y si-

guientes de la ley procesal, la declaración de *haber lugar* a esta excepción dará lugar, a su vez, a la declaración de *no haber lugar* a continuar el proceso, y se reservará el derecho al actor para ejercitarlo ante quien y como corresponda.

Si analizamos el Artículo 44 de la ley adjetiva, en el que se dispone la obligatoriedad del tribunal de decidir sobre la totalidad de las cuestiones oportunamente propuestas por las partes, salta a la vista la garantía que para los terceros entraña el Artículo 96 del citado cuerpo legal, al imponerle al órgano de justicia la obligación de resolver todas las cuestiones propuestas mediante la intervención del tercero en las sentencias, lo que permite que el tribunal decida o, al menos, se pronuncie según sea el caso, sobre los aspectos interesados por el tercero, aun cuando su intervención se haya producido con posterioridad al momento procesal para alegar y pedir la tutela correspondiente al órgano de justicia.

Aun cuando en la LPCALE se estipula un grupo de garantías para los terceros intervinientes, la plena equiparación en el proceso de conocimiento, en cuanto a cargas y garantías con respecto a las partes originalmente personadas, se alcanza cuando estos intervienen, ya sea de forma voluntaria o forzosa, durante la fase expositiva, pues aquí tendrían la posibilidad de alegar cuantas cuestiones interesen en el momento procesal oportuno, lo que le permite agotar la carga de la prueba y así acreditar la certeza de sus exposiciones, requisito indispensable para que el tribunal pue-

da resolver justamente el litigio, reconociendo, de resultar procedente, el derecho que cree asistirle.

Suerte distinta corren las garantías de los terceros en la fase probatoria, toda vez que su intervención ocurre en una etapa destinada a la demostración de las alegaciones formuladas en la fase expositiva ya precluida, a la que no se puede acceder nuevamente atendiendo a que la intervención del tercero, conforme regula el Artículo 93 de la aludida ley, no da lugar a la retroacción del proceso y, al no haber tenido este la posibilidad de alegar oportunamente las cuestiones de interés, no procede la admisión de las pruebas de que intentaría valerse, puesto que estarían encaminadas a la justificación de los hechos articulados en los escritos polémicos; así, se reducen sus garantías a la posibilidad de *participar activamente en la práctica de las pruebas propuestas por las demás partes*, y recurrir lo resuelto por el tribunal en la sentencia que ponga fin al proceso.

Como podemos apreciar de las valoraciones realizadas, el legislador sabiamente ha protegido la figura del tercero en nuestro proceso civil, garantizando su intervención de varias formas, de tal manera que, una vez

dictada una resolución judicial, sea cumplida estrictamente, por ser obligatoria su ejecución por quienes han sido parte en el proceso; y decimos que es sabia la intención del legislador porque sería contradictorio que, habiéndosele negado la condición de parte a una persona, se le obligue a cumplir la sentencia. Tal actuación constituiría motivo de disgusto para quienes pudieran resultar afectados; por eso, nuestro ordenamiento procesal garantiza a todo individuo el máximo de posibilidades de defender sus legítimos intereses y derechos ante los órganos judiciales y, para ello, a nuestro juicio, resulta necesaria una estricta observancia de lo establecido en la LPCALE, para dar cumplimiento a las garantías que esta ofrece a las partes y lograr igualdad, con independencia de su posición en el proceso, invitándolos a reflexionar sobre tales observaciones y a profundizar en el estudio de esta figura, en especial por parte de quienes tienen la función de administrar justicia, donde el juez debe desempeñar un papel cada vez más activo en el comando efectivo del proceso, para así lograr una correcta y racional aplicación de las leyes y garantizar la igualdad de las partes en el debate.

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRAVENCIONALES

Esp. Yoel Quinta Arango,
juez profesional, TPP de Matanzas

EL DELITO DE incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones, previsto y sancionado en el Artículo 170 del Código penal, es una de las figuras delictivas de mayor incidencia y presencia en la actividad consuetudinaria de los tribunales municipales en materia penal. La razón esencial de existencia de esta figura delictiva, como parte de la gama de delitos recogidos en la ley penal sustantiva, no es más que contribuir a salvaguardar el régimen de obligaciones derivadas de la aplicación del Derecho administrativo sancionador, en el cual las contravenciones desempeñan un rol medular.¹

Tomando en cuenta la trascendencia que implica esta particular especie delictiva para la actividad judicial —específicamente para los órganos de justicia de nivel municipal—, pretendo abordar aquí cuestiones cardinales sobre los elementos típicos de este ilícito penal, parcamente tocados con anterioridad por los tratadistas

penales del país, por lo que imperiosamente en sus análisis tendremos que insertar cuestiones que constituyen juicios de valoración particulares del autor.

Resulta muy adecuada la ubicación de este delito en el Código penal como integrante del Título II, “Delitos contra la administración y la jurisdicción”, dado que es evidente que quien se hace comisor este atenta directamente contra la actividad administrativa que compone la objetividad jurídica de los ilícitos penales agrupados en dicho título, máxime si se tiene en cuenta que el elemento fáctico punible en este delito nace de la comisión de contravenciones, las cuales, por su propia naturaleza, tienen carácter y regulación jurídicos estrictamente administrativos.

SUJETO ACTIVO

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona natural, habida cuenta de la utilización en el pre-

1 Según Ángela Gómez Pérez, se suelen diferenciar dos grupos de contravenciones: uno, constituido por las que se llaman *contravenciones delictuosas o delitos veniales* que, coincidiendo en su esencia con los delitos, son de menor importancia que estos, como hurtos de menor cuantía, lesiones que tardan poco tiempo en curar, etc.; al segundo grupo pertenecen las contravenciones que se caracterizan por la ausencia de intención, que no causan daños y se castigan con el fin preventivo de evitar posibles males, son las denominadas *faltas contravencionales o de carácter reglamentario*, ya que, por lo general, violan normas de la Policía, la higiene, etcétera, establecidas a favor de la comunidad.

cepto legal de la terminología gramatical de “el que (...)”. Esta figura excluye la posibilidad de ser cometida por personas jurídicas, pues, aun cuando pueden incurrir en conductas (acciones u omisiones) que constituyan contravenciones y, en consecuencia, se les pueden imponer las multas correspondientes, nunca serán procesadas por un tribunal por el incumplimiento en el pago, pues siempre existirá un mecanismo de cobro o de gestión anterior; toda la normativa administrativa contentiva de la vía de apremio, y reguladora de los procedimientos que cabe seguir para formular posibles denuncias por este delito, están concebidas exclusivamente para ser aplicadas contra personas naturales.

En tales casos, no siempre existe coincidencia entre el sujeto infractor (comisor de la contravención) y el sujeto activo del delito. Entre estos, puedo mencionar: contravención cometida por un hijo menor de 18 años no vinculado laboralmente o hijo incapacitado mayor de esa edad, que vive en compañía de sus padres (responden los padres o tutores); contravención cometida por un determinado grupo familiar, sin que se pueda determinar cuál de los convivientes la cometió (responde el jefe del citado grupo, siempre que haya incumplido su deber de prevenirla o impedirla); contravención cometida en un centro o área de trabajo, donde no

se puede definir quién lo hizo (responde el jefe inmediato), etcétera.²

Según la cualidad del sujeto activo, el ilícito en cuestión se integra al conjunto de figuras delictivas categorizadas como *delitos de sujetos generales*, a partir del hecho de que puede ser cometida por cualquier persona natural, sin condiciones específicas concretas. Además, apreciando el criterio del número de sujetos, esta figura se encuadra indudablemente en el grupo de *delitos unipersonales o unisubjetivos*, pues el tipo penal se halla concebido o estructurado de tal manera que para su integración basta la actuación de un sujeto.

SUJETO PASIVO

No hay dudas de que, en este caso, el titular del bien jurídico protegido por el delito que analizo es el Estado —y, dentro de este, el aparato administrativo—, pues, de los argumentos expuestos, es innegable que, con este ilícito penal, se defiende, en última instancia, el interés público, dado que las contravenciones expresan protección a cuestiones que, en primer lugar, atañen a los ciudadanos, pero, desde otra instancia, han sido previamente identificadas por la administración para, en consecuencia, actuar con la finalidad de procurar su satisfacción y salvaguarda.

2 Los casos de incoincidencia entre el sujeto infractor (comisor directo de la contravención) y el sujeto activo del delito abordado aparecen expresamente enunciados en el Decreto-Ley No. 99/87, “De las contravenciones personales”.

VERBO RECTOR Y ELEMENTO SUBJETIVO

En cuanto al verbo rector de esta especie, la conducta ilícita respaldada penalmente en el supuesto estipula una abstención (“no cumpla”) por parte del infractor para evadir el cumplimiento de lo que por ley viene obligado. En este contexto, en correspondencia con la parte objetiva del delito, la figura delictiva que analizo califica como típico *delito de simple omisión*, pues, acorde con el contenido de su articulado evocador, la conducta prohibida consiste en la no realización de una acción exigida por la ley (no cumplir la obligación concreta derivada de la contravención cometida). A esta, en tales casos, le interesa que se realice una determinada acción y, para ello, asocia su incumplimiento a una determinada sanción: el sujeto no hace lo que la ley le ordena hacer.

Desde el punto de vista del elemento subjetivo, es un delito de dolo genérico, que, en ningún caso, admite la culpa.

CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica de esta figura —como se deduce del propio articulado— consiste en “no cumplir las obligaciones derivadas de una resolución que haya agotado sus trámites procesales, dictada por autoridad o funcionario competente, relativa a contravenciones”.

La primera cuestión que se estima meritoria destacar en este ámbi-

to es la determinación del alcance y extensión del término *obligaciones*, empleado en el precepto, pues, en la práctica diaria, el único incumplimiento que genera denuncia y procesamiento por este delito se concreta de manera exclusiva, en el incumplimiento del pago de la multa que se imponga por la comisión de la contravención que se estime concurrente. De esta forma, prácticamente, se ha limitado el término *obligaciones* al deber de pago de multa, y se obvia la pluralidad del término que indica otras modalidades de aplicación de este supuesto legal.

Opino que esta posición asumida en la práctica es errada, habida cuenta de que también pueden ser procesados y sancionados por este aquellos infractores que no hayan cumplido con las cuestiones relacionadas con la “obligación de hacer” que, de conformidad con el Artículo 9, inciso a), del Decreto-Ley No. 99/87, se impone al infractor, junto a la multa correspondiente, con lo que se puede establecer, si se quiere representar de alguna forma, una relación de jerarquía entre la multa, como respuesta principal, y la obligación de hacer, como respuesta accesorio.

El Artículo 29 del mencionado Decreto-Ley establece que “en los casos en que se haya impuesto al infractor una obligación de hacer, la autoridad facultada le concederá un plazo razonable para su cumplimiento”, mientras el Artículo 30 indica que “si el infractor no cumpliere la obligación de hacer en el plazo concedido, la autoridad competente gestionará que se cumpla dicha obligación

por una entidad estatal, con cargo al infractor. El precio o tarifa correspondiente deberá ser satisfecho por el infractor inmediatamente que se le notifique, a no ser que por su elevada cuantía, la autoridad facultada otorgue plazos para abonarlo”, lo cual nos debe llevar a concluir que el hecho que determinará un futuro proceso penal contra el infractor, en estos casos, no tendrá como fundamento fáctico el incumplimiento de la “obligación de hacer” propiamente dicha, dado que, conforme expresa el último artículo mencionado, en caso de inobservancia de esta obligación, la entidad estatal que se designe por la autoridad facultada asumirá el cumplimiento de lo dispuesto, pero lo realizará *con cargo de gastos al infractor*.

Aquí es donde surge, o nace, la obligación monetaria del infractor, cuyo impago —después de agotada la vía de apremio establecida, sin resultados positivos— pudiera dar paso al delito que analizo y, en ese sentido, se expresa el Artículo 38 del Decreto-Ley No. 99, cuando expone que “si el infractor se negare a pagar la multa o en su caso, incumpliera las demás medidas que hubieren sido dispuestas, sin que fueran conocidos ingresos periódicos ni localizados cuenta bancaria o bienes muebles del infractor sobre los cuales tramitar la vía de apremio, la Oficina de cobros denunciará estos incumplimientos por si pudieren constituir delito”.

Como ejemplos prácticos de “obligaciones de hacer” que pueden dar lugar a la concurrencia de la situa-

ción que analizo, puedo enunciar las siguientes, extraídas del Decreto-Ley No. 141, de 24 de marzo de 1988, en materia de “Contravenciones del orden público”:

- a) Arroje a la calle o sitios públicos piedras, escombros, agua u otras sustancias u objetos que pudieran causar daño o molestias a las personas: \$10.00 pesos y la obligación de recoger lo arrojado.
- b) Tenga en paredes exteriores o balcones de su vivienda objetos que pudieran causar daño o molestias a los transeúntes: \$10.00 pesos y la obligación de retirar o asegurar los objetos.
- c) Destruya, modifique o suprima los dispositivos públicos de seguridad para prevenir inundaciones o derrumbes u otra amenaza de un peligro: \$100 pesos y *la obligación de restituirlos, repararlos o abonar su importe*.

La segunda reflexión que se precisa realizar, con respecto a la conducta típica, es la relacionada con el empleo del término *resolución* en el precepto, pues, su lectura —al vincularse este término con el verbo *dictar* (resolución dictada)— sugiere la idea de que se trata de una resolución eminentemente escrita o plasmada documentalmente.

Considero que, en este caso particular, no debe identificarse ni describirse esta terminología como “documento o escrito donde se haga constar la decisión o fallo de una autoridad legalmente facultada”, o sea, no debe equipararse a la “resolución” propiamente dicha, como las que a diario conocemos los juristas en

nuestro quehacer laboral (resoluciones judiciales, resoluciones de las administraciones de los centros de trabajo en las que se aplican medidas disciplinarias, resoluciones dictadas por las direcciones municipales de Vivienda en el ámbito de su competencia, etc.), sino que el término *resolución*, en este caso, debe interpretarse en su sentido formal, como la decisión o determinación de la autoridad o funcionario competente de proceder a imponer la multa y/o correspondiente obligación de hacer, cuya expresión documental es el talón de multa entregado al infractor, sin que sea necesario emitir un documento escrito, aunado de formalidades, que contenga los fundamentos de hecho y de derecho, y otros particulares que amparan de tal decisión.

La tercera y última cuestión que amerita resaltar en este ámbito está vinculada con tres elementos que se plasman en el Artículo 170 del Código penal, los cuales constituyen requisitos exigidos por el legislador para encuadrar una conducta como constitutiva de este ilícito penal. Son los siguientes:

- 1) Que la resolución —entendida en los términos antes expuestos— “haya agotado sus trámites legales”.
- 2) Que la resolución haya sido dictada por “autoridad o funcionario competente”.
- 3) Que la resolución sea “relativa a contravenciones”.

Acerca del primero, no cabe duda de que, cuando el legislador se pronunció en ese sentido, tuvo la única y exclusiva intención de dar por sen-

tado el cumplimiento estricto de todas las gestiones de índole administrativa establecidas en la legislación, como paso previo e indispensable a la jurisdicción penal, dando curso a esta última solamente en los casos en que, consumidos los trámites tendientes a garantizar el cobro de la multa o cumplimiento de la obligación (vía de apremio), ello no haya sido posible.

Con relación al segundo de los elementos referidos, la condición de *autoridad o funcionario competente*, en estos casos, es otorgada exclusivamente por la disposición legal especial reguladora o contentiva de la contravención específica de que se trate, de conformidad con lo establecido en el Artículo 11 del Decreto-Ley No. 99/87: “estarán facultados para imponer multas y otras medidas administrativas las autoridades que determine la legislación complementaria”, de donde se deduce que, si el actuante impositor no posee tal condición, no puede dársele curso a lo dispuesto por él en cuanto a imposición de multas y a cuantas otras medidas haya resuelto aplicar.

Como ejemplos de estas autoridades o funcionarios competentes, puedo citar:

- a) Decreto-Ley No. 141, de 24 de marzo de 1988, sobre contravenciones de las regulaciones del orden interior. Artículo 9: Los miembros de la Policía Nacional Revolucionaria serán las autoridades facultadas para imponer las medidas correspondientes por la comisión de las contravenciones que se regulan en este Decreto.

- b) Decreto No. 260, de 9 de diciembre de 1988, sobre contravenciones personales de las regulaciones del servicio eléctrico. Artículo 4: Las autoridades facultadas para comprobar la comisión de las contravenciones previstas en este Decreto y para imponer las multas y establecer las medidas correspondientes, serán los inspectores estatales del consumo eléctrico designados por el Ministerio de la Industria Básica.
- c) Decreto No. 199, de 10 de abril de 1995, sobre contravenciones de las regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos. Artículo 2: Las autoridades facultadas para conocer las contravenciones a que se refiere este Decreto, y para imponer las correspondientes medidas, serán los inspectores designados a esos efectos por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, debidamente acreditados.

Con relación al tercero de tales requisitos, considero que el legislador, con esta expresión gramatical, además de dejar bien sentado el objeto mismo de la existencia y aparición de tal figura delictiva en el Código penal —el debido respeto y eficacia del sistema contravencional establecido en nuestro país (efectividad del Derecho administrativo sancionador)—, contribuye directamente a instituir los límites de extensión de este ilícito, para evitar incorrectas interpretaciones que pueden ocasionar una desnaturalizada aplicación del precepto.

En tal sentido, puedo aseverar que esta especie punible bajo ningún concepto es adaptable, por ejemplo, a aquellas personas a las que se les hayan impuesto multas al amparo de lo que establece el apartado 3 del Artículo 8 del Código penal, y no abonen su importe en el término de 72 horas establecidas para ello; lo procedente, en estos casos, es el envío de las actuaciones al tribunal competente.

En igual situación están los jueces, instructores, fiscales, abogados, secretarios, auxiliares y demás personal de los tribunales, multados en calidad de corrección disciplinaria en proceso judicial; y los testigos en un proceso penal, al amparo de lo que expresa el Artículo 173 de la Ley de Procedimiento Penal (LPP). En este sentido, se proyectó el Acuerdo No. 35, Dictamen No. 334, de 29 de julio de 1992, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), el cual deja bien claro que “en los casos de multas procesales el tribunal impositor debe ineludiblemente asegurarse de que se han agotado todas las diligencias de apremio de bienes para que se declare realmente la insolvencia de la persona multada, de manera que la multa impuesta se haga efectiva en todos los casos en que resulte factible, sin que sean aplicables en estos supuestos la imposición de sanción por el delito de Incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones, ni tampoco lo establecido en el Artículo 35 del Código penal sobre el pago de multas impuestas por un delito”.

OTROS ASPECTOS TÉCNICOS DE INTERÉS

Relacionados con el *iter criminis*

Este ilícito penal, por su propia esencia fáctica, solo puede darse en la modalidad de “delito consumado”, sin ofrecer espacio alguno al “delito tentado” ni a los “actos preparatorios” como otros momentos del *iter criminis*.

En los delitos de omisión —teniendo en cuenta la exigencia del “principio de ejecución” (Artículo 12, apartado 2, del Código penal)— no es posible la tentativa porque en ellos la omisión del acto exigido por la norma penal se realiza con un hecho instantáneo: la posibilidad de un fraccionamiento de la conducta —como en los delitos de mera actividad— no parece admisible. La conducta anti-jurídica, en estos casos, se caracteriza por “no hacer lo que la ley ordena hacer”. Por consiguiente —según el criterio del profesor Quirós Pires, al que me afilio—, “mientras la obligación de hacer perdura, el cumplimiento satisfactorio del deber de actuar es posible y, llevándose a cabo dentro de ese término, no se ha integrado el correspondiente delito de simple omisión; si el acto impuesto por la norma se ejecuta fuera del término fijado, el delito está consumado y la sucesiva acción (incluye si se realizó con la finalidad perseguida por la norma) no ilumina la precedente omisión culpable del mundo de los fenómenos jurídicos”.³

En este contexto, por las particularidades del tipo penal estudiado, resulta bastante polémica la cuestión de determinación del momento consumativo del delito.

El concepto jurídico de *consumación* (también denominado *consumación formal*) abarca la realización completa de todas las características esenciales, objetivas y subjetivas, comprendidas en la figura del delito de que se trate.

Siguiendo el análisis anterior —tomando como base el criterio enunciado en cuanto a que el delito de simple omisión no se considera integrado, mientras el cumplimiento satisfactorio del deber de actuar sea posible en el término de perduración de la obligación de hacer—, a mi juicio, en cuanto al momento consumativo del delito abordado, pudieran sustentarse tres posiciones fundamentales:

- a) los que pudieran considerar que el delito queda consumado desde que el infractor no cumple con la obligación derivada de la contravención en el término de 30 días inicialmente señalados para ello, incluso cuando, en un primer contacto con los gestores de cobro, expresó su voluntad de no cumplir con aquella, sin ejecutar los restantes trámites que estipula el Derecho administrativo para gestionar dicho cumplimiento.
- b) Los que pudieran considerar que el delito no se consuma hasta tanto se dicte sentencia condenatoria contra el infractor en primera

3 Renén Quirós Pires: *Manual de Derecho Penal*, t. 2, pp. 137-138 y 183.

- instancia, a partir de que la propia norma jurídico-penal que recoge el tipo delictivo extiende la posibilidad de cumplir satisfactoriamente con la obligación de hacer (apartado 3 del Artículo 170 del Código penal, posibilidad de archivo de la causa, si se garantiza el cumplimiento de la obligación antes de dictarse sentencia).
- c) Los que pudieran considerar que el delito se consuma únicamente en el momento en que se ha agotado la vía administrativa por la oficina de cobros de multas actuante, y se formular la denuncia correspondiente.

Me afilio a este tercer criterio, ya que el hecho mismo de que se haya agotado todo el aparato administrativo, con conocimiento y vivencia expresa del infractor —en la mayoría de los casos—, y no haya resultado posible garantizar el cumplimiento efectivo de la obligación derivada de la contravención concreta de que se trate, implica de por sí una alteración plena y dolosa al bien jurídico individual protegido por la figura, y esta alteración del bien jurídico que le interesa proteger al Estado implica que ha cesado para el infractor el término de perduración de la obligación de hacer, pues ya se ha causado la lesión o daño que se pretendía evitar.

Considero que acoger el primer criterio implicaría una posición excesivamente restrictiva del término de la posibilidad de asumir el cumplimiento satisfactorio del deber de actuar (cumplimiento de la obligación), pues la mera negación, dada a conocer expresa o tácitamente por el

infractor en punto al cumplimiento del deber jurídico que le es exigible, no puede implicar en sí una alteración meritoria al bien jurídico protegido por la figura, esencialmente porque la consecuencia directa de esta negación es la procedencia de aplicación del andamiaje administrativo (vía de apremio) establecido para gestionar el cumplimiento de la obligación y, por tanto, no se ha concretado la ineffectividad, atribuible al infractor del Derecho administrativo sancionador (lo que, en definitiva, se pretende evitar).

También debe valorarse que el propio contenido del articulado de esta figura exige para su corporificación “que la resolución haya agotado todos su trámites legales” —refiriéndose al agotamiento de la vía de apremio administrativa—, lo que fortalece aun más la improcedencia de acoger el primer criterio para determinar el momento consumativo de esta infracción punible.

Respecto al segundo criterio, que también desecho —en contraposición con los alegatos expuestos en torno al primero—, considero que hacerlo suyo supondría un enfoque supraextensivo del término de posibilidad de asumir el cumplimiento satisfactorio del deber de actuar, pues suponer que el delito no se consumaría hasta tanto se dicte sentencia condenatoria contra el infractor, en primera instancia, sería negar la alteración palpable, que necesariamente —desde que se realiza denuncia contra el infractor por imposibilidad del Derecho administrativo de asegurar el cumplimiento de la

obligación—, se le ha causado al bien jurídico individual protegido por la figura; por tanto, la previsión contenida en el apartado 3 del Artículo 170 del Código penal, desde el punto de vista técnico-jurídico, debe calificarse como *causa objetiva posterior al hecho que anula la punibilidad*, de índole particular, pues reúne los elementos cardinales que doctrinalmente se reconocen para alcanzar esa cualidad: a) circunstancia objetiva, relacionada estrictamente con el hecho; b) se produce con posterioridad a este; y c) elimina, con carácter retroactivo, la punibilidad, ya surgida del hecho. Es equivalente, por ejemplo, a la retractación en el delito de perjurio (Artículo 157, Código penal), y a la aprehensión del prófugo, en el delito de infidelidad en la custodia de presos o detenidos (Artículo 164.4, Código penal).

Formulación de características del tipo penal

Desde este punto de vista, el delito estudiado se enmarca como *figura simple*, pues define una sola modalidad de omisión (“no cumpla”), entendida en su sentido más amplio, o sea, comprensiva de la conducta y del resultado. En este caso, el término *resultado* se debe desentrañar en su sentido formal, es decir, como ofensa o alteración del bien jurídico penalmente protegido, ya que, realmente, en esta figura, no se corporifica el *resultado* en su sentido material, dado que no acontece con la

configuración de la conducta descrita una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, distinta y separada del estricto comportamiento humano.

Posibilidad de concurrencia del carácter continuado

Como otra cualidad específica de esta figura delictiva resalta la imposibilidad de que se pueda apreciar la ficción jurídica del carácter continuado que recoge nuestro texto penal sustantivo en el Artículo 11, imposibilidad que viene dada por las propias características fácticas del tipo.

Tal afirmación se sustenta aun más, para la práctica judicial cubana, con el análisis del contenido del Dictamen No. 303, de 14 de marzo de 1989, adoptado por el CGTSP que, al pronunciarse en cuanto al tema, dejó establecido que, por la propia naturaleza del ilícito, no pueden estimarse como un solo delito de carácter continuado las diversas violaciones de esta clase, en correspondencia con el carácter formal de la figura; específica, además, con estrecha relación a este análisis, que procede incoar una sola causa, cuando se produzcan varias denuncias contra una persona y no hubiese sido aún juzgada, dado lo dispuesto en el Artículo 13, apartado 5, de la LPP, con la imposición de una sanción única por cada delito de *incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones*, y una sanción conjunta.

Relacionados con los apartados 2 y 3 del Artículo 170

En el apartado segundo del Artículo 170 del Código penal, se le concede la facultad (puede) al tribunal juzgador de sustituir la sanción de privación de libertad únicamente por trabajo correccional con internamiento, aun cuando existe el Dictamen 305, de 11 de julio de 1989, del CGTSP, que lo faculta, en casos muy excepcionales, a sustituirla por otras subsidiarias, distintas a la de trabajo correccional con internamiento.

Ya me referí al apartado 3 del Artículo 170 del Código penal, en el que se formula la obligación (carácter preceptivo) del tribunal actuante de disponer el archivo de las actuaciones, siempre que el acusado, antes de dictarse sentencia, satisfaga la obligación incumplida (lo que hemos calificado, desde el punto de vista doctrinal, como una *causa objetiva posterior al acto delictivo que elimina la punibilidad*), lo cual se lleva a efectos mediante resolución fundada y razonada (auto) que debe ser notificada al acusado, dado su carácter de resolución definitiva, ya que pone fin al proceso penal iniciado.

Resulta evidente que la existencia en este artículo de la previsión

del archivo de las actuaciones, ante el pago asumido por el acusado antes de dictarse sentencia, constituye manifestación expresa de la defensa que sostiene la sistemática de nuestra legislación penal sustantiva de no convertir el impago de multa contravencional en inmediata privación de libertad, de manera que esta tenga cabida exclusivamente cuando sea irremediablemente necesaria.⁴

Sobre el ejercicio de esta previsión, se han generado polémicas entre los operadores del Derecho penal; algunos defienden la posición de que el tribunal provincial popular pudiera disponer, en segunda instancia (apelación), el archivo de las actuaciones, si el inculcado abonara la multa o cumpliera la obligación antes de resolverse el citado recurso, tomando en cuenta que, hasta tanto el tribunal haya dictado sentencia, se estima que aún no ha recaído fallo sentencial firme contra el acusado.

Sostengo la tesis de que el tipo penal referido es de naturaleza formal y el texto del precepto es nítido, cuando establece y fija el deber exigible al órgano jurisdiccional de archivar el asunto, si el acusado abona o cumple la obligación administrativa *antes de dictarse sentencia*, sin que quepa discusión, a mi juicio, que se refiera

4 Maier es muy claro al afirmar que no es posible seguir convirtiendo la pena pecuniaria en encierro. Propone que se procure "(...) en primer lugar, su prestación y agotamiento, estableciendo, según la situación de fortuna y trabajo del condenado, la posibilidad de agotarla en prestaciones consecutivas, teniendo en cuenta que la división no opere en una verdadera desnaturalización de la pena. Lo efectivo es reducir el nivel de vida del condenado en un porcentaje suficiente, pero tolerable, que incluso, pueda ser solventado con un esfuerzo laboral adicional. La ejecución de bienes es otra posibilidad que se ofrece para impedir la conversión en encierro". (Julio Maier: "Comentarios al proyecto del mejoramiento de la administración de la justicia penal", p. 66).

expresa y de manera determinante a la sentencia que dictará el tribunal municipal popular, una vez realizado el acto de juicio oral en esa primera instancia, pues este es el momento para disponer el archivo, sin menoscabo de la facultad que le asiste a la sala superior de tener en cuenta la conducta asumida por aquel en cuanto al pago en efectivo de la multa, antes de que se dicte sentencia resolutoria de la apelación, al momento de acordar la pena que necesariamente deberá imponer.⁵

Coincidente con este criterio, resultan reproducibles las previsiones realizadas por el CGTSP, mediante el Dictamen No. 311, de 30 de mayo de 1990, que dejó claramente plasmada la improcedencia de que el tribunal municipal, iniciado o convocado el juicio, pueda discrecionalmente ofrecer la oportunidad al acusado de abonar la multa, ya que esa oportunidad no se enmarca en el desarrollo del juicio oral, dejando claro que tampoco es legal permitirle pagar la multa en los momentos en que el tribunal —después de haberse retirado de estrados para deliberar— se constituye para dar a conocer la decisión acordada, pues este actuar también entraría en manifiesta incompatibilidad con las citadas nor-

mativas reguladoras del juicio oral, ya que lo correcto, en este último caso, es que el fuero judicial proceda de estricta conformidad con lo establecido en el apartado 8 del Artículo 374 de la ley rituarial penal.

El propio apartado exige como *requisito de procedibilidad* la mediación de una denuncia por parte de la autoridad o funcionario que dictó la resolución, por lo que entra a colación una elemental contradicción entre lo estipulado en este precepto y lo ordenado en el Artículo 38 del Decreto Ley No. 99/87, que reconoce únicamente a la oficina de cobros de multas la posibilidad de denunciar, después de agotada infructuosamente la vía de apremio, y no reconoce esta facultad a la autoridad o funcionario que dispuso la obligación de forma directa (en la práctica, quien denuncia es el Jefe de la oficina de cobros que tramitó la vía de apremio).⁶

VALORACIONES FINALES

Con los análisis y razonamientos expuestos, he demostrado que la aparente sencillez que, desde el punto de vista jurídico-penal, se atribuye al delito de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comi-

5 Uno de los aspectos que preceptúa el Artículo 47, apartado uno, del Código penal, como presupuesto de adecuación de sanción, es el *comportamiento del inculcado con posterioridad a la ejecución del delito*, lo que permite evaluar el pago de la multa, antes de dictarse sentencia en segunda instancia, como un elemento de hecho que conlleva el análisis valorativo a su favor, con latente trascendencia a la pena que se le debe imponer.

6 Para la formulación y presentación de la denuncia ante el tribunal por parte del jefe de la oficina de cobros de multas, se utiliza el Modelo OC-26, "Modelo de presentación de denuncia", que formará parte del expediente único que estipula la Instrucción No. 190, del CGTSP.

sión de contravenciones, del Artículo 170 del Código penal, no es tal; y que, en posición contraria, es una especie delictiva que amerita estudio y profundización en sus elementos de tipicidad, cuyo dominio deviene indispensable para todos los funcionarios judiciales de manera general, y muy especialmente para los jueces que conforman la intervención judicial penal en los tribunales municipales populares, en los que este particular tipo criminal asume un alto nivel de presencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Gómez Pérez, Ángela: "Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en la legislación penal cubana" (tesis doctoral), Universidad de La Habana, 2001.
- Maier, Julio B.: "Comentarios al proyecto del mejoramiento de la administración de la justicia penal", San José (Costa Rica), ILANUD, 1986.

Quirós Pires, Renén: *Manual de Derecho penal*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Legislación

- Ley No. 7, Ley de procedimiento penal, de 18 de agosto de 1977.
- Ley No. 62, Código penal, de 29 de septiembre de 1987.
- Decreto-Ley No. 99, de 25 de diciembre de 1987.
- Decreto-Ley No. 141, de 24 de marzo de 1988.
- Decreto No. 260, de 9 de diciembre de 1988.
- Decreto No. 199, de 10 de abril de 1995.
- Instrucción No. 190, de 11 de febrero de 2009, CGTSP.
- Acuerdo No. 24, Dictamen No. 303, de 14 de marzo de 1989, CGTSP.
- Acuerdo No. 43, Dictamen No. 305, de 11 de julio de 1989, CGTSP.
- Acuerdo No. 28, Dictamen No. 311, de 30 de mayo de 1990, CGTSP.
- Acuerdo No. 35, Dictamen No. 334, de 29 de julio de 1992, CGTSP.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL ANTE UN ILÍCITO PENAL

*Esp. Carmen Julia López Gavilán,
presidenta, TMP de San Juan y Martínez, Pinar del Río*

LA INFRACCIÓN DEL deber de respeto a la persona y la lesión de algunos derechos de la personalidad casi siempre tipifican conductas delictivas sancionadas por los códigos penales.

La ley penal sustantiva cubana regula (título VIII, libro II) los delitos contra la vida y la integridad corporal y, en el título XII, los delitos contra el honor. Al amparo del Artículo 275 de la Ley de procedimiento penal (LPP), la acción para reclamar la responsabilidad civil que se deriva de un delito se ejercita junto con la penal. Según el Artículo 70.1 del Código penal, el tribunal que conoce del delito declara la responsabilidad civil y su extensión, aplica las normas correspondientes de la legislación civil y ejecuta la reparación del daño moral. El apartado 2 dispone que, cuando el sancionado se niega a realizar los actos tendientes a la satisfacción del daño moral, el tribunal impondrá sanción subsidiaria, que no puede ser inferior a tres meses ni mayor de seis; y, una vez que el sancionado cumpla con la obligación, se dejará sin efecto lo que le reste por cumplir de la sanción subsidiaria.

Lo anterior constituye una forma de protección de esos derechos, aunque no debe recaer la referida protección, únicamente, en el Derecho

penal, que es de última instancia, pues se debe tutelar de manera adecuada, y en su máxima expresión, en el Código civil, el que rige supletoriamente, respecto a materias civiles y otras reguladas en leyes especiales, a tenor del Artículo 8 del citado cuerpo legal.

No resulta habitual que en los procesos penales se pida la reparación de los daños morales, a pesar de tener su amparo legal, a diferencia de los daños materiales que sí son exigidos por la víctima.

A tenor del Artículo 149 de la LPP, para la determinación de la competencia o la calificación de un delito o sus circunstancias, en el cual sea necesario precisar el valor de la cosa que haya sido objeto del proceso, o el importe del perjuicio causado, se estará al dicho del perjudicado, independientemente de la facultad de las partes para proponer o aportar otros medios de comprobación; y del tribunal, para valorar este particular en la sentencia, con vistas a pronunciarse y, de esta forma, lograr una reparación o indemnización a los perjudicados de manera equitativa. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿por qué las víctimas de los daños morales ocasionados por un ilícito penal no interesan que se les repare en este sentido? La respuesta hay que

buscarla en el tratamiento a esta figura en nuestra legislación civil.

Es principio escrito en la conciencia de todos los seres humanos que, quien ocasione un daño a otro debe reparar el mal causado, máxima recogida por el Derecho, desde sus primeros momentos; así, encontramos que el *ius* romano consagraba, entre sus tres preceptos clásicos, dirigidos a fijar pautas en el comportamiento social, el de no dañar a otro, como expresara Ulpiano: *alterum non laedere*,¹ principio destinado al logro de cierta paz y estabilidad, y a hacer pacífica, en lo posible, la convivencia entre los seres humanos.

Con la evolución progresiva de la civilización, las relaciones se han hecho más complicadas; los contactos sociales hacen imposible obrar sin riesgo de causar daño a otros. Esta situación trae consigo la responsabilidad jurídica de reparar los daños provocados; pero ¿cómo lograrlo, cuando se trate de daños morales o extrapatrimoniales? Sin lugar a dudas, se trata de un tema controvertido y complejo, una figura que, si bien no es novedosa, transita por un proceso lento de aceptación en la doctrina, no en cuanto a su existencia o definición, pues la generalidad de los autores consideran, como objeto de protección del daño moral, los llamados derechos inherentes de la personalidad, aunque no solo ellos son protegidos, ya que este abarca otros elementos de la esfera personal.

Dirigida la controversia sobre su modo de reparación, y muy específi-

camente en torno a la admisión de la indemnización pecuniaria, o no, son cada vez más los países que se pronuncian a favor de esta, ya sea en sus legislaciones o a través de la jurisprudencia, y existen diversos postulados dirigidos a argumentar, positiva o negativamente, su procedencia; al respecto, ofrecen definiciones, modos de reparación, formas en que pueden realizarse de manera equitativa, y alcanzarse, en consecuencia, una debida protección de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, para lograr reparar, en la medida que sea posible, el daño moral, aunque considero que, muy pocas veces, este logra repararse, en el sentido pleno de la palabra.

No obstante, como he expresado, el intento por dotar a las legislaciones de alternativas para su reparación, constituye una premisa en estos tiempos, y quedan atrás criterios arcaicos y obsoletos; sin embargo, en nuestro país no se logra, de manera general, una satisfacción o reparación más acabada, al establecer el Código civil, como única forma de reparación, "la satisfacción a la víctima, mediante la retractación en público de su ofensor", al amparo del Artículo 88. En el caso de que se afecte el patrimonio y el honor de su titular, el perjudicado puede exigir a aquel, o a sus causahabientes, de ser posible, el cese inmediato de la violación o eliminación de sus efectos, y la indemnización de daños y

1 Antonio E. Dihigo y López Trigo: *Derecho Romano*, t. 1, p. 235.

perjuicios, a tenor del Artículo 38 de la propia ley.

Responder por los daños causados no siempre ha estado vinculado a los bienes de carácter material o patrimonial, sino también con otros bienes o derechos que, por su naturaleza, han sido clasificados como extrapatrimoniales. Antecedentes de la actual figura del daño moral, se recogen desde el Derecho romano, cuyo genio jurídico se preocupó por resolver ciertos supuestos en los que resultaba agraviada la moral de las personas.

La *iniuria* abarcaba todo comportamiento injusto y, de forma muy específica, el delito de lesiones inferidas a la integridad personal, tanto física como moral, de las personas libres, acerca de lo cual Ulpiano expresó que "(...) toda *iniuria*, o bien se hace al cuerpo o atenta contra la dignidad y contra la fama. Se hace al cuerpo cuando se golpea a alguien; atenta contra la dignidad cuando se quita el acompañante a una señora; y contra la fama cuando se ataca al pudor".²

Si bien, desde el Derecho romano, la integridad física y la moral se han considerado como inestimables, al no poder medirse económicamente, la estimación se entendía como la apreciación que hacía el propio ofendido, la cual se valoraba discretamente por el juzgador,³ lo que, sin duda, constituye un antecedente de

la compensación pecuniaria del daño moral.

En el Derecho español, Las partidas (en el título IX, de la Partida VII), regularon los daños producidos por las injurias que se hacían de palabra u obra a los vivos o contra los muertos y de los famosos libelos.⁴

Los orígenes del daño moral se encuentran en la doctrina francesa. Sin embargo, el Código napoleónico hizo omisión de este, al igual que aquellos que se inspiraron en él; solo el Código civil español de 1888 admitió la posibilidad de reparar el daño moral con repercusiones patrimoniales, y no sin ellas. Si bien, en un principio, la jurisprudencia fue la que se encargó de pronunciarse con respecto a la reparación económica del daño moral de carácter puro, aumentan, cada vez más, los países que lo admiten en sus cuerpos legislativos.

Han sido múltiples los conceptos que históricamente se han elaborado sobre los daños morales, y se puede constatar que, mayoritariamente, el daño moral es entendido como la angustia, la humillación, la aflicción física o espiritual y los padecimientos provocados a la víctima por un evento dañoso, y la modificación en el desarrollo de su capacidad de entender, querer o sentir, los cuales pueden ser resarcibles, a condición de que se provoque la lesión a una facultad de actuar que impida o frustre la satisfacción o goces de

2 Reinerio Rodríguez Corría: "La protección civil de los bienes morales o derechos inherentes a la personalidad", en *derecho,sociales.uclv.cu/la20%protección%20 htm_ftn15*.

3 *Ibid.*

4 José María Manresa Navarro: *Comentarios al Código civil español*, t. 12, p. 642.

intereses no patrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico, pero ¿cuáles son los intereses no patrimoniales reconocidos a las personas que se ven lesionadas por el daño moral?

En cuanto a lo anterior, se han seguido varias líneas, como las que distinguen entre daño moral subjetivo y objetivo, o los que dividen en parte social y parte afectiva del patrimonio moral, característicos de la doctrina italiana y francesa, respectivamente. Otros diferencian entre aspectos objetivo y subjetivo, pero todas estas distinciones no son más que delimitaciones que han formulado la jurisprudencia y las propias legislaciones para concretar los daños morales resarcibles.

En definitiva, soy partidaria del concepto de daño moral que entiendo como tal aquel resultado perjudicial que sufre una persona con motivo de lesión o menoscabo de bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho. Esta definición no restringe el campo de protección del daño moral a los derechos inherentes de la personalidad, sino que abarca cualquier otro atributo de la persona, cuyo menoscabo provoque a la víctima sufrimientos físicos, afectivos (importancia que subjetivamente tiene lo lesionado para ella) o psíquicos, sobre los cuales se tenía un interés digno de protección jurídica.

Desde el punto de vista doctrinal, la reparación de los daños morales ha comprendido la publicación en la prensa, o en otros medios de comunicación, de la sentencia condena-

toria del culpable, la retractación en público de quien ocasionó el daño o la reparación económica, entendidas las dos primeras como reparaciones específicas del menoscabo causado al honor, al darse a la víctima la facultad de exigir el cese, si es posible, del acto que provocó el daño y hacer suprimir el medio con el que este lo haya realizado y pueda ser divulgado; no obstante, se le da la oportunidad al perjudicado de acceder a la reparación pecuniaria, cuando la específica sea insuficiente o imposible.

De las alternativas expuestas, solo la reparación económica se torna controvertida, pues en la actualidad existe el criterio de admitir la procedencia de esta. En la doctrina, nunca ha sido objeto de discusión el resarcimiento del daño exclusivamente patrimonial, ni tampoco en cuanto a las repercusiones patrimoniales del moral, pero sí la reparación de este último, sin considerar su trascendencia al patrimonio.

Manresa plantea que "(...) podemos llamar clásica la opinión que rechazaba el resarcimiento del daño moral, no sólo fundándose en la omisión que del mismo hizo el Código de Napoleón y los en él inspirados, sino además en la imposibilidad de hallar una equivalencia entre el daño moral y la reparación pecuniaria (...)" y, a continuación, amplía acerca de que, con el desarrollo de una teoría contraria que equipare el daño moral al patrimonial, resulta válido que, refluendo el primero sobre el patrimonio del ofendido y siendo de más graves consecuencias que el segun-

do, resulta injusto negarle la posibilidad de reparación.⁵

De esto, se intuye que la reparación pecuniaria del daño moral puro constituye una de las cuestiones más discutidas en sede de responsabilidad extracontractual, y existe una tendencia favorable en cuanto a ello.

ARGUMENTOS CONTRA LA REPARACIÓN ECONÓMICA

Han sido múltiples los postulados que se han argumentado, en cuanto a la reparación del daño moral. A mi modo de ver, los más importantes son los siguientes:

1. La indemnización del daño moral constituye un enriquecimiento sin causa.
2. No se logra la efectiva recuperación del bien infringido.
3. Es inmoral recibir dinero a cambio de un atentado a bienes fuera del comercio.
4. No existe equivalencia entre el daño y la suma de dinero que se pretende entregar, en concepto de reparación.
5. Los que consideran improcedente la reparación económica del daño moral, desde el punto de vista filosófico, ético y religioso.

El primero, tal como han rebatido los que consideran procedente la reparación pecuniaria del daño moral (dar por sentado que ello constituiría un *enriquecimiento sin causa*), resultaría válido, desde esquemas

estrictamente patrimonialistas, en los que se identifica toda la teoría del Derecho, con una visión reducida de las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegen derechos y bienes patrimoniales. Tiene lugar el enriquecimiento sin causa, cuando se cumplen los siguientes requisitos o presupuestos:

- a) Enriquecimiento que puede producirse tanto por el aumento del patrimonio como por la no disminución de este.
- b) Empobrecimiento de otra persona.
- c) Relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.
- d) Falta de causa de desplazamiento patrimonial.

Cuando se producen daños morales puros, ciertamente el patrimonio de la víctima no sufre afectación, pero en modo alguno lograr su reparación pecuniaria significa enriquecimiento sin causa, dado que, una vez admitida jurídicamente la responsabilidad civil por daños y perjuicios morales, la causa del enriquecimiento estaría originada por el menoscabo de un bien jurídicamente tutelado por el Derecho civil, con lo que se elimina el principal requisito que exige esta figura: la ausencia de causa.

Quienes plantean que la reparación monetaria del daño moral *no logra efectivamente la recuperación del bien infringido* parten del criterio de que con ello no se hace desaparecer el daño provocado, lo que resulta incuestionable no solo para aquellos que se oponen a la indem-

5 Ibid., [s. p.]

nización del daño moral, sino también para los que se pronuncian a su favor, pues no se trata de que, con la reparación pecuniaria del daño, este va a desaparecer, ni atenuarse ni recuperarse el bien infringido, como apuntan los sostenedores de esta tesis, pues de lo que se trata es de brindar al perjudicado una satisfacción por los sufrimientos y dolores morales padecidos.

Es posible acotar, además, que ni siquiera ello se logra siempre en los daños patrimoniales, y hay que acudir, entonces, a un equivalente en dinero, como forma de resarcimiento, equivalencia que tampoco se aplica al daño moral, pues, como se apuntara, el dinero que se entrega al afectado no es por este concepto.

Existen opositores que argumentan la imposibilidad de reparar este tipo de daños *por cuestiones morales*, y alegan que no resulta moral recibir dinero a cambio de daños provocados a derechos tan importantes como el honor, la libertad, la vida y otros extramatrimoniales, cuando no se trata de cambiar o reducir en pecunias tales derechos, pues estos no tienen precio de ninguna índole ni en ese sentido es que se proyecta la reparación económica.

Entre quienes niegan la posibilidad de reparación del daño moral *por razones económicas*, están los que consideran que no existe una equivalencia entre el bien dañado y la entrega de una suma de dinero. Para los sostenedores de dicha teoría, el

resarcimiento presupone la posibilidad de una valoración exacta del daño; por ello, este tiene que ser patrimonial, y es, por tanto, imposible de medir, con respecto a las lesiones morales, ya que estas no son susceptibles de cuantificación y, en consecuencia, cualquier suma que se entregue por concepto de indemnización será necesariamente arbitraria, aunque es posible argumentar contra tal tesis la finalidad de satisfacción que tiene el dinero, en las afectaciones de carácter moral.

En los últimos tiempos, el problema en torno a la posibilidad de la reparación económica del agravio moral ha tratado de enfocarse *desde un punto de vista filosófico, ético o religioso*. Llambias estima que aceptarlo implicaría partir de una filosofía moral francamente errónea. “No es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por la cual los sentimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces. Repugna al sentido moral que los dolores físicos o espirituales puedan ser remediados o aplacados por las sucedáneas placenteras que el dinero puede comprar; semejante tesis se apoya, tal vez inconscientemente, en una filosofía materialista de la vida y en una implícita negación del orden natural”.⁶

En cuanto a la naturaleza de la reparación económica del daño moral, se puede resumir que esta cons-

6 Yoleida Vielma Mendoza: “Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual”, [s. p.]

tituye una auténtica reparación, al estar dirigida a la atención a la víctima y al logro de cierta satisfacción por la lesión padecida.

DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

A los efectos de fijar la medida de la cuantificación de los daños morales, se han planteado en la doctrina diversos criterios. Un sector considera su estimación, tomando como base el daño material, lo cual resulta improcedente, ya que no siempre el daño moral coexiste con aquel, pues puede ocurrir que uno sea de gran magnitud y, sin embargo, el otro apenas pueda inferirse.

Otros autores toman como referencia la gravedad del acto ilícito, al considerar el factor subjetivo de responsabilidad implicado. Por otro lado, están los que estiman que el juez no ha de tener en cuenta la consideración del dolor soportado en un caso particular por la víctima, sino el que sufrirían los demás individuos que se encontraran en una situación semejante, lo que se ha tenido en cuenta como una forma o intento de objetivación de las consecuencias dañosas no patrimoniales, lo que tampoco resulta atinado, ya que se requiere un análisis de cada caso en específico. Uno de sus máximos exponentes es Bolimin.⁷

Existen otros criterios que se apoyan en el establecimiento de bare-

mos indemnizatorios oficiales para equiparar el tratamiento que debe seguirse en casos análogos, con lo que se elimina la arbitrariedad que presupone dejar la determinación de la cuantía al juez, para lo cual se deben respetar ciertos principios relacionados con la gravedad del hecho, entidad del dolor o aflicción de ánimo infringido al perjudicado; esto, sin duda alguna, puede llevar a manifestaciones de injusticia social, ya que cuantificar el daño moral es demasiado subjetivo y variable en cada caso, como para tipificarlo en una tabla.

Prevalece el criterio de que la determinación de la cuantía, a los efectos de la reparación del daño moral, debe fijarse según el criterio racional y equitativo del juez, posición que asumen la mayoría de los países que admiten la figura en cuestión. El juez analizará cada caso en particular, teniendo en cuenta diversos aspectos, como magnitud, intensidad y duración del dolor, sufrimiento provocado, capacidad económica del ofensor, condiciones de la persona víctima del daño (antes y después de haber sufrido este), efectos que provoca la lesión, y cualquier otro factor que pueda ser apreciado por el juzgador, que le permita pronunciarse de una manera justa.

Es posible concluir al respecto que existe una aceptación generalizada de la figura del daño moral, y de su reparación económica en sede de responsabilidad extracontractual

7 Bolimin, *apud* Vielma Mendoza: *Op. cit.*, [s. p.]

y contractual, cuyo monto debe quedar fijado según el criterio del juez, quien, al analizar el caso concreto y las circunstancias necesarias, puede determinarlo de manera justa.

REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CUBANO

Para adentrarnos en cómo se regula esta figura en la ley civil sustantiva actual, hay que partir de que en Cuba rigió el Código civil aprobado por la Corte española el 11 de mayo de 1888, el cual fue puesto en vigor el 5 de noviembre de 1889, y mantuvo su vigencia, con algunas modificaciones, hasta ser derogado por la Ley No. 59, de 16 de julio de 1987.

La jurisprudencia española, al amparo del Artículo 1.902, desde fecha muy temprana, como el 6 de diciembre de 1912, se pronunció a favor de la reparación pecuniaria del daño moral, posición que ha mantenido hasta la actualidad. La jurisprudencia cubana, teniendo en cuenta el espíritu de dicho Código y la tradición de que brotó, estimó que la redacción del referido artículo solo era para los casos de daños con repercusiones patrimoniales, concepción que dejó sentada para las reclamaciones que en tal sentido se formularan; y así se constata en las sentencias No. 32 (26 de septiembre de 1925) y No. 165 (26 de mayo de 1936), ambas del Tribunal Supremo Popular.

De lo anterior, se deriva que la omisión contenida en el Código civil español no fue interpretada de igual

modo por la jurisprudencia cubana, al entender que las lagunas y defectos del ordenamiento jurídico, toca remediarlos al legislador, no a los tribunales de justicia, a menos que, entre estos preceptos, existan bases suficientes para que, por la vía de la interpretación —no de la creación— pueda reparar sus deficiencias.

El actual Código civil reconoce la posibilidad de reparar el daño moral como contenido de la responsabilidad jurídica civil, al amparo del Artículo 83ch), que no define en qué consiste, mientras el 88 prevé solamente “la satisfacción al ofendido, mediante la retractación en público del ofensor (...)”, cual forma de repararlo, fórmula que la doctrina ha tomado como tipo de reparación específico para los daños que se provocan a los derechos al honor. En nuestro caso, se establece, como regla general ante la existencia de daño moral, al no distinguir al respecto el referido precepto legal.

El Artículo 38 del Código civil ofrece la posibilidad de que las víctimas o causahabientes, ante la lesión de los derechos inherentes a la personalidad, consagrados en la Constitución, que afecte el patrimonio y el honor, además de la medida de reparación dispuesta en el Artículo 88, exijan el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible, y la indemnización de daños y perjuicios, indemnización que también preceptúa el Artículo 111d) de la ley civil sustantiva, como forma de protección de los derechos civiles, que obliga a recurrir al referido Artículo 88, cuando el menosca-

bo sea de naturaleza moral. Por ende, solo se admite la reparación pecuniaria del daño moral con repercusiones patrimoniales. Este criterio se corrobora en la letra de los artículos apuntados, y en la propia interpretación del Tribunal Supremo Popular, contenida en la Instrucción No. 109, de 27 de enero de 1981, que señala la improcedencia de indemnizar a los herederos de un padre de familia que fallece, si este no ostentaba la condición de alimentista.

A esa posición de nuestra ley sustantiva se ajustó la Demanda del pueblo de Cuba al Gobierno de los Estados Unidos por daños humanos. En el caso del sufrimiento por los hechos que allí se narran, los que, como alega la demanda, resultan de carácter perenne y casi inestimable, que impiden su cuantificación exacta, no fue incluida su indemnización, sin que ello implicara renunciar a hacerlo oportunamente, por ajustarse al contenido del daño moral que prescribe el Código civil. La sentencia que resolvió esta demanda ofreció un atinado y válido concepto de daño moral: "(...) es la lesión de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal del sujeto de derecho y que repercuten de alguna manera en sus intereses de índole afectivo y emocional (...)"

Con posterioridad, se promulgó el Decreto Ley No. 209, de 20 de marzo de 2000, que sí reconoce, en el Artículo 1, la posibilidad de la reparación económica del daño moral a las víctimas de las agresiones provocadas por la actitud hostil mantenida por el Gobierno de los Estados

Unidos de América, sus agentes o funcionarios, contra nuestro país, por otras personas naturales o jurídicas, alentadas o amparadas por dicho Gobierno, o por los que —sin estar específicamente en esas situaciones—, en beneficio personal, aprovechan el contexto de agresión para realizar cualquier actividad que contribuya al mantenimiento o desarrollo de estas políticas.

El referido Decreto Ley estipula las lesiones o menoscabos sufridos por las personas que se entienden incluidas en el daño moral, no circunscribiéndolo únicamente a los derechos de la personalidad, sino a cualquier daño de naturaleza extrapatrimonial que cause o provoque a la víctima dolor psíquico, afectivo o físico (Artículo 2.1 y 2c).

El cálculo de la cuantía que se debe abonar por concepto de daños morales queda a criterio del juez, tal como se consagra en el Artículo 4, reparación que no solo se hace al perjudicado, sino también a los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, o al cónyuge, cual compensación del dolor que se siente en caso de muerte o incapacidad de la víctima.

Nuestro Código civil tendrá que definir quiénes están legitimados para reclamar la reparación por daños morales, además de la víctima directa; si los va a extender a los causahabientes, como establece el Artículo 38 de la ley, o si los va a limitar hasta el segundo grado de consanguinidad y el cónyuge, según preceptúa el Decreto Ley 209, en lo relativo a la reparación económica del daño

moral, o va a adoptar otra posición al respecto. Para lograr una adecuada protección de los derechos inherentes de la personalidad, en la ley se deben definir intromisiones ilegítimas que, en definitiva, provocan el daño moral.

Partiendo de que nuestro Código civil es omiso en cuanto a la definición del daño moral, contenido y efectos, estimo, en primer orden, la inclusión, en ese cuerpo legal, de las lesiones o perturbaciones que quedan comprendidas en el daño moral, como hacen casi todas las legislaciones, y aceptadamente se pronuncia el Decreto Ley No. 209.

Deben comprenderse, como alternativas de la reparación del daño moral, la reparación económica, la eliminación de la fuente que origina el evento dañoso, o ambas, cuando sea posible, y la fórmula que prevé el Artículo 88 del Código civil, al haberse demostrado en la práctica que este puede ser efectivo con respecto a los agravios al honor, lo que brinda la posibilidad de que la víctima pueda reclamar la reparación pecuniaria, cuando la referida fórmula no sea suficiente o resulte imposible su cumplimiento.

La determinación de la cuantía que debe indemnizarse queda al criterio del juez, quien, para ello, tomará como base la intensidad y naturaleza del daño, consecuencias, capacidad económica del infractor, condiciones personales de la víctima antes y después del hecho dañoso, y todas las circunstancias que el tribunal estime necesarias a los efectos de su determinación.

CONCLUSIONES

Ciertamente, no existen pronunciamientos por parte de nuestros tribunales, cuando, como consecuencia de un ilícito penal, se producen daños morales, a pesar de su regulación legal, pues la fórmula que franquea la ley civil sustantiva actual resulta inoperante y, por lo tanto, debe incluirse en el Código civil, como forma de reparación del daño moral.

No solo puede ser efectiva la variante que prevé la ley para ciertos casos, sino también la eliminación de la fuente que origina el daño, la reparación económica con carácter de compensación y, de esta forma, permitirá a los tribunales penales pronunciarse en cuanto a la responsabilidad civil ante este tipo de lesión, pues las víctimas de ellos accionarán al respecto, no como acontece en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Cevera y Jiménez Alfaro, F.: *Diccionario de Derecho privado, civil, común, foral, notarial, registral y canónico*, t. 2, Editorial Labor S. A., Barcelona-Madrid, 1954.
- Colectivo de autores: *Derecho civil, parte general* (versión digital), Universidad de La Habana, 2000.
- Dujarric Hart, Rafael: *Conferencias, especialidad civil*, La Habana, 2000.
- Díaz Pairó, Antonio: *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, MES, La Habana, 1990.
- Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. 1, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.^a ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

- Dihigo y López Trigo, Antonio E.: *Derecho romano*, t. 1, MES, La Habana, 1988.
- Gobetti, María Esther: “Daños y perjuicios en la legislación de argentina”, en www.ambitojuridico.com.br/ai/dcivil0037.htm.
- Hernández Hil, A.: *Derecho de obligaciones*, vol. III, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1989.
- Manresa Navarro, José María: *Comentarios al Código civil español*, t. 12, Editorial Reus S. A., Madrid, 1921.
- Moreno Fernández, Luis: “Un baremo europeo de valoración del daño corporal”, en civil.udg.es/Cordoba/Moreno2.htm.
- Planiol, Marcelo Jorge: *Tratado práctico de Derecho civil francés* (tr. de Mario Díaz Cruz), t. 6, Editorial Cultural, La Habana, 1946.
- Rodríguez Corría, Reinerio: “El daño moral contractual y la patrimonialidad de la obligación”, en www.derecho.sociales.uclv.edu.cu/el%20dano%20moral.htm#_ftn1.
- _____ : “El resarcimiento del daño moral”, en www.derecho.sociales.uclv.edu.cu/el%20resarcimiento.htm#_ftn3.
- Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho civil, bienes, derechos reales y sucesiones*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- _____ : *Compendio de Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, t. 3, Editorial Porrúa, México, 1999.
- Vielma Mendoza, Yoleida: “Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual”, en www.udg.es/cordoba/com/vielma.htm.
- Villafuerte Daniel, Fernando: “La patrimonialidad del contenido de las obligaciones”, en www.ferjusbizlan.com/templates/bandwidth.bml.

Legislación

- Código civil de Alemania, en www.dejure.org/gezetze/BGB.
- Código civil de Chile, en www.colegiodeabogados.org/normas/codice/codigocivilc/html.
- Código civil de Cuba, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987.
- Código civil español, en www.civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/INDEXCC.html.
- Código civil de Francia, en www.legifrance.gouv.fr/citigen/code.ow?leure=271965566511almque=fr.
- Código civil de Italia, en www.infocattmtrade.com/cgiwin/catalogexe1?browse:catalog=ius:quero=2.codciv:lang=ita.
- Código civil federal de México, en www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/txt/2.txt.
- Código civil del estado de Sonora, en www.cgeson.gob.mx/serviciosleyes/estatal/codigos/codigocivil.
- Código penal de Cuba de 29 de diciembre de 1987 (Decreto Ley No. 209, de 20 de marzo de 2000).
- Ley de procedimiento penal, de Cuba.
- Ley orgánica No. 1, de 5 de mayo de 1982, “De protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen”.
- Decreto Ley No. 209, de 20 de marzo de 2000.
- Instrucción No. 109, de 27 de enero de 1981, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.
- Demanda del pueblo de Cuba al Gobierno de los Estados Unidos por daños humanos*, Editora Política, La Habana, 1999.

ACTUALIDAD JUDICIAL

Lic. Sergio Ravelo López,
J' del Dpto. de Divulgación e Información, TSP

TOMA DE POSESIÓN

El 23 de abril tuvo lugar la toma de posesión del coronel Ismael Lema Águila como presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Popular (TSP), en acto solemne realizado en el Bosque de los Mártires de la Seguridad del Estado, presidido por Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado, y por Rubén Remigio Ferro, presidente del máximo órgano de justicia en Cuba, con la presencia del Consejo de Gobierno, el coronel Carlos Luis Vives Molina, de la Dirección Política de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, y jefes de departamentos de la Dirección de Tribunales Militares.

Durante la toma del juramento, el Presidente del TSP enfatizó en las cualidades, preparación profesional y significativos resultados de trabajo del coronel Lema Águila. Además, resaltó la valiosa labor desempeñada por el coronel Juan Marino Fuentes Calzado, quien, con una larga trayectoria desde las filas del Ejército Rebelde, y más de 23 años de presidente de esa sala, pasó a retiro como oficial de las FAR.

HOMENAJE A FERNANDO ÁLVAREZ TABÍO

Como parte de la Jornada Nacional por el Día del Trabajador Jurídico,

dedicada este año al Dr. Fernando Álvarez Tabío, el 7 de junio, en el Tribunal Supremo Popular, se efectuó un conversatorio, en el que Rubén Remigio Ferro resaltó los altos valores profesionales, revolucionarios y humanos del eminente jurista e hizo un resumen de los aspectos más destacados de su vida; la Dra. Ana María Álvarez Tabío, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, rememoró anécdotas de su abuelo y la familia; el Dr. Manuel Urrutia Bernal, juez titular de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Provincial Popular de La Habana, se refirió a diversos momentos de la labor de este como juez y jurista; y la Dra. Thalía Fung, profesora emérita de la Universidad de La Habana, brindó una conferencia sobre aspectos medulares de la obra del reconocido profesional.

Al cierre, el Presidente presentó el libro *Fernando Álvarez Tabío: Paradigma del Derecho en Cuba*, preparado e impreso en el TSP, que incluye tres trabajos del homenajeado: "El juez activo en el proceso civil", "Función política de lo contencioso-administrativo" y "Cien años de lucha en sus documentos fundamentales".

FRUCTÍFERO ENCUENTRO

Patrocinado por la Casa de la Amistad del ICAP, y la Unión Nacio-

nal de Juristas de Cuba, el 24 de marzo tuvo lugar un encuentro de Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, con un grupo de jueces de la Corte Suprema de Justicia de Tennessee, encabezados por Sharon G. Lee.

Tras ofrecerse una breve panorámica sobre la organización y funcionamiento del Sistema de Tribunales en Cuba, se efectuó un amplio intercambio entre los asistentes acerca de temas de interés para los visitantes.

Al concluir el encuentro, Remigio Ferro dio a conocer la noticia del fallecimiento del destacado abogado norteamericano Leonard Weinglass, y explicó el relevante papel que este desempeñó en la defensa de los cinco antiterroristas cubanos encarcelados injustamente en Estados Unidos.

VISITA DE TRABAJO

Entre los días 15 y 18 de mayo, una delegación del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, encabezada por su presidenta, Dra. Luisa Estrella Morales Lamuño, e integrada por Omar Alfredo Mora Díaz, primer vicepresidente de ese órgano de justicia, presidentes de salas y otros magistrados, sostuvo un fructífero intercambio de trabajo con Rubén Remigio Ferro y el Consejo de Gobierno del TSP.

Al inicio del encuentro, la presidenta de la delegación venezolana, junto al Presidente del TSP, concedió una entrevista a la prensa nacional, y extranjera acreditada en el

país, y realizó una declaración especial sobre la solicitud de extradición a Venezuela del connotado terrorista Luis Posada Carriles, entre otros asuntos de interés.

INTERCAMBIO ACADÉMICO

Auspiciada por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento al Delincuente (ILANUD), el Instituto Raoul Wallenberg de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de Suecia (RWI) y el TSP, entre el 3 y el 6 de mayo, representantes del sistema judicial y académico cubanos realizaron una visita de trabajo a Costa Rica. La delegación estuvo integrada por el Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez, vicepresidente del TSP; la M.Sc. Hortensia Bonachea, directora de control de la legalidad en los establecimientos penitenciarios de la Fiscalía General de la República, y el Dr. Vicente Julio Arranz Castellero, profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de La Habana. El encuentro permitió brindar información sobre temas de interés a las principales autoridades judiciales de esa nación.

Como parte del intercambio, del 25 al 27 de mayo, se realizó, en La Habana, el Taller-conversatorio sobre la reforma procesal penal en América Latina y en Cuba. La reunión contó con la participación del Presidente del TSP, el Consejo de Gobierno, jueces de este alto órgano de justicia, representantes de la Fiscalía

General de la República, del Ministerio de Justicia, abogados, profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, y una delegación de ILANUD, encabezada por su director, Elías Domingo Carranza e integrada por otros cinco funcionarios. El encuentro se realizó con el propósito de intercambiar información y experiencias, en relación con los procesos de reforma procesal penal en la región y profundizar en la formulación de un proyecto de intercambio entre el TSP e ILANUD.

COLABORACIÓN FORTALECIDA

Como parte de la colaboración entre el TSP y del Superior Tribunal de la República Federativa de Brasil, entre el 4 y el 8 de junio, se efectuó una visita institucional del presidente de este, el magistrado Ari Pargendler.

Durante su estancia, en la sede del TSP, pronunció la conferencia magistral “La reforma del poder judicial, modernización y transparencia”. Posteriormente, sostuvo encuentros con Darío Delgado Cura, fiscal general de la República, y María Esther Reus González, ministra de Justicia. Además, junto con Rubén Remigio Ferrero, presidente del TSP, en la sede de este órgano de justicia, presidió una reunión para valorar y aprobar el proyecto de Protocolo de cooperación que para el área de informatización promueven ambas partes y, con ese fin, efectuó una visita a la Universidad de Ciencias Informáticas (UCI), donde recibió detalles del proceso de informatización de los tribunales en Cuba.

Como resultado de la estancia del distinguido visitante, se fortalecieron y precisaron líneas de intercambio y cooperación entre los altos órganos superiores de justicia de ambas naciones.

EVITEMOS INCORRECCIONES (III, FINAL)

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez,
Editor-corrector, TSP

PODRÍA CONTINUAR ESTA serie indefinidamente, pero prefiero cerrarla con la selección de hoy, pues se haría interminable, si pretendiera incluir en ella todos los elementos que encontrarían cabida bajo el título “Evitemos incorrecciones”.

Confieso que, de la extensa lista de términos y expresiones confeccionada día a día, con el fin de abordarlos aquí, no me fue fácil determinar con cuáles poner el punto final. Todos revisten particular importancia para la redacción de textos de cualquier índole, incluidos los jurídicos.

Me decidí por estos cuatro: *aun-aún* en relación con *incluso*, *todavía* y la manida frase *aun* y *cuando*; la terminación verbal *-re* en sentido de pretérito; *conforme-conforme a*; y la escritura de algunos números, tanto cardinales como ordinales.

AUN-AÚN

Ya es conocido que *aun* significa “incluso” y *aún*, “todavía”; pero no me detendré en este detalle, significativo, sin dudas. A partir de él, emprendo un análisis que llega mucho más lejos. Se trata de un aspecto casi imperceptible que va abriéndose camino, y es necesario atajarlo a tiempo, si verdaderamente queremos saber cuándo emplear *aun* con tilde o sin ella.

El meollo del problema radica en que muchos de quienes escriben están usando *aún* pretendiendo sustituir un supuesto “todavía” que no cabe en ese contexto. Todo parece indicar que se olvidan del valor únicamente temporal de la palabra entrecomillada.

Si se analizan bien las frases que siguen, se comprende, con relativa facilidad, que realmente la idea corresponde a “incluso” y, por tanto, debe escribirse sin tilde. Veamos:

1. *Habida cuenta que aun con el desacierto que implica...* En la fuente de donde tomé esta expresión, *aun* aparece erróneamente con tilde, cuando está claro que su único posible significado, en ese contexto, es “incluso”. No podría pensarse en “todavía” porque ella, aquí, no tiene valor temporal.
2. *Aun siendo bastantes los fundamentos...* También, la encontré con tilde; aunque, en este caso, podrían valorarse dos posibilidades. Si la idea es que ya no existen varios fundamentos de los que antes había, pero “todavía” son bastantes, tiene que escribirse con dicha marca gráfica; pero,

a mí, no me parece que esa sea la esencia de lo que se ha querido decir. Yo la entiendo más apropiada en el sentido de “incluso” y, en consecuencia, sin tilde.

Más allá de *aun*, está la estructura *aun cuando*: “Conjunción concesiva [que] se emplea introduciendo una oración subordinada adverbial concesiva del tipo irreal: *aun cuando quisiera, no podría hacerlo*”.¹

Ese es el criterio, también, de otros autores, respecto a dicha conjunción, en la que no aparece el menor rasgo de temporalidad, lo cual indica que, en ella, *aun* significa “incluso”. Valgan estos dos ejemplos para acotar tal idea:

1. “(...) *aun cuando* tenga que cumplimentar las regulaciones (...)”.
2. “*Aun cuando* no hice anotación alguna (...)”.

En ambos, esa palabra apareció con la marca gráfica; sin embargo, en ninguno de los dos casos, tendría sentido sustituir *aun* por *todavía*, según lo indicado antes. Pruebe hacerlo con *incluso* y comprobará que las dos frases tienen un significado lógico.

Pero puedo añadir algo: si en determinada situación, nos parece apropiada la estructura, en la que *aun* alcanza sentido temporal, algo está de más y lo mejor es eliminar su primer elemento. Bastaría solo con *cuando*.

Un caso muy especial es el uso de lo que llamé “la manida frase *aun y cuando*”, escrita lo mismo con tilde que sin ella. No obstante, esto no es lo más importante aquí, sino que tal estructura (con la *y* intercalada) no existe en español; es un vicio que debe y puede evitarse.

LA TERMINACIÓN EN -RE

Cualquier consulta bibliográfica que se haga al respecto se convierte en un ir y venir de conceptos especializados que no aclaran mucho al desconocedor de esos términos; en todo caso, complica más la incompreensión o el consultante desiste de continuar hurgando. Por eso, prefiero no citar lo que dicen los estudiosos en este sentido, sino interpretar sus criterios e intentar explicar el asunto con palabras más “digeribles”.

Históricamente, la terminación en *-re* se ha correspondido con el tiempo futuro —simple (imperfecto) o compuesto (perfecto, también denominado antefuturo²)— del subjuntivo, y siempre ha expresado ideas hipotéticas, dentro de la subjetividad de este modo verbal.

Desde *hiciera* hasta *hubieren hecho*, no hay más que futuro (salvo una leve noción de presente, en algunos casos: *De no ser tan complejo el asunto, lo emprendiere ahora mismo*). Aunque, de todas formas, se trata de un futuro inmediato, porque la tarea aún está por iniciarse.

1 Manuel Seco: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, p. 53.

2 Según la propuesta de Andrés Bello (Caracas, 1781-Santiago de Chile, 1865), escritor, filólogo, poeta, jurisconsulto y político venezolano.

Quiso la evolución del idioma que, a lo largo de la historia, las formas en *-re* comenzaran a confundirse, fonéticamente, con las terminaciones en *-ra* (*hubiera*) y en *-se* (*hubiese*), propias, en ese orden, de los pretéritos imperfecto y pluscuamperfecto del subjuntivo (para Bello, pretérito y antepretérito). Y, de aquí, hasta la pérdida absoluta del futuro perfecto de subjuntivo (el que *hubiere delinquido*), primero en el habla y, después, en la escritura; y, en menor proporción, del futuro imperfecto (futuro, según el filólogo venezolano).

Por eso, hoy día, muchos textos de gramática omiten el futuro de subjuntivo, y lo consideran inexistente en el español actual; nada extraño, si se tiene en cuenta que la misma suerte corrió el pretérito anterior (quien *hubo cometido* el delito), del cual ni se habla ya.

Independientemente de lo dicho con anterioridad, la mayoría coincide en que, cual arcaísmo, el futuro de subjuntivo (en especial, la forma simple —*cometiere*—) sobrevive aún en el lenguaje jurídico. Y es cierto. Lo compruebo día a día, pero no siempre usado con la idea de futuro que le es propia, sino en sustitución de las formas en *-ra* y en *-se* del pretérito, lo cual no es correcto en español.

Buscando ejemplos, hurgué en varios textos jurídicos y, excepto los propiamente legislativos, rara vez encontré algún caso en el que la forma en *-re* apareciera usada de manera acertada. He aquí, uno: *Un problema que pudiere suscitarse*. (Es decir, que *puede* o *podiera* suscitarse en el futuro. Añado esta aclaración porque, aunque se acepta la variante en *-re* en la terminología jurídica, también cabría sustituirla por el pretérito imperfecto de subjuntivo —*podiera*— o el presente de indicativo —*puede*—, según el caso.)

Cuánta diferencia entre la frase anterior y las tres que siguen:

- 1.- Contrario a como lo *hiciera* el tribunal de instancia.
- 2.- No consta prueba que demuestre que la relación a que se refiere la demanda *hubiere sido reconocida* por tribunal competente (...)
- 3.- Al haber modificado la medida originalmente impuesta, o esta, si *hubiere sido ratificada* por el órgano prejudicial.

Los tres ejemplos, evidentemente, son incorrectos porque, en todos, la idea es de pretérito. Para cada caso, las posibles correcciones serían: 1.- *Hiciera, hiciese* o *hizo*; 2.- *Hubiera* o *hubiese sido reconocida* o, más simple, *fuera* o *fuese*...; 3.- *Hubiera* o *hubiese* sido ratificada.

En fin, en todas las situaciones, puede evitarse la variante en *-re* (en desuso actualmente) y sustituirla por las formas en *-ra* o en *-se* u otras, siempre en dependencia de la situación. Pero, si decidimos a favor de aquella, únicamente es válida con una noción de futuro.

CONFORME-CONFORME A

Para “refrescar” entre tanto quehacer lingüístico (con reiteraciones y ejemplos necesarios), valga una pequeña acotación, cual tiquismiquis gramatical, que nos permita delimitar cuándo usar *conforme* o *conforme a* (conjunción y frase prepositiva, respectivamente). Como, en esta oportunidad, todos conocemos de qué se trata, más allá de ofrecer regla alguna, me limito a sugerir un recurso que puede seguirse siempre:

Si al escribir una u otra, hay duda en cuanto a cuál es la forma correcta, basta un simple análisis: si lo que viene a continuación es una estructura verbal, lo apropiado es *conforme*. Si se trata de una estructura nominal (sustantiva), que puede incluir adjetivo, artículo, pronombre, ..., debe colocarse *conforme a*. Ejemplos: *Conforme establece el Artículo 25*; *Conforme a lo establecido en el Artículo 25*.

CON NÚMEROS CARDINALES Y ORDINALES

La revisión diaria de textos generados en el Sistema de Tribunales me ha permitido comprobar que hay diversos tipos de errores en la escritura de los números, ya sea mediante cifras, ya con letras. Ciertamente, la aclaración de estos con sus pormenores exigiría una amplia explicación al respecto que, sin dudas, complicaría aun más el asunto.

Por eso, me limito a tomar textualmente algunas normas actuales para la escritura de números cardinales en cifras y de ordinales en letras, incluidas en la primera edición del *Diccionario panhispánico de dudas*, publicado en 2005 (con asteriscos, aparecen encabezadas las variantes incorrectas o no recomendadas).

Ortografía de los números escritos con cifras. Para escribir correctamente los números expresados en cifras, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Al escribir números de más de cuatro cifras, se agruparán estas de tres en tres, empezando por la derecha, y separando los grupos por espacios en blanco: *8 327 451* (y no por puntos o comas, como, dependiendo de las zonas, se hacía hasta ahora: **8.327.451*; **8,327,451*). Los números de cuatro cifras se escriben sin espacios de separación: *2458* (no **2 458*). En ningún caso deben repartirse en líneas diferentes las cifras que componen un número (...).
- b) Nunca se escriben con puntos, comas ni blancos de separación los números referidos a años, páginas, versos, portales de vías urbanas, códigos postales, apartados de correos, números de artículos legales, decretos o leyes: *año 2001*, *página 3142*, *código postal 28357*.
- c) Para separar la parte entera de la decimal debe usarse la coma, según establece la normativa internacional: *el valor de π es 3,1416*. No

obstante, también se admite el uso anglosajón del punto, extendido en algunos países americanos: *el valor de π es 3.1416*.

d) Las cantidades que tienen como base un sustantivo de significación numeral como *millón, millardo, billón, trillón y cuatrillón*, siempre que, al menos, las tres últimas cifras de su escritura en números sean ceros, podrán abreviarse mezclando el uso de cifras y letras en su escritura: *327 millones, 3,6 billones, 2 cuatrillones*. Son sustantivos, entre otras cosas, porque si se expresa el elemento que cuantifican, este debe ir precedido de la preposición *de*: *327 millones DE habitantes (...)*. Este método abreviado no es válido para las cantidades en miles, ya que *mil* no es un sustantivo (la forma sustantiva es *millar*), sino que forma parte de adjetivos numerales compuestos de dos palabras, en cuya escritura no deben mezclarse cifras y letras; así, no debe escribirse **154 mil personas* o **12 mil millones*, por la misma razón que no escribimos **30 y siete* ni **cincuenta y 4*. Debe escribirse *154 000 personas, 12 00 millones (o doce mil millones...)*.

e) En la expresión abreviada de los numerales ordinales (...), se utilizan cifras seguidas de letras voladas. Como corresponde a las abreviaturas, se escribirá punto entre la cifra y la letra volada (...): 1.^o (*primero*), 2.^a (*segunda*), 3.^{er} (*tercer*).³

En cuanto a los **ordinales**, elimino el primer elemento porque no es de interés en este corte que he realizado, y continúo con los siguientes:

2. Existen ordinales simples, los que tienen forma propia, y ordinales compuestos, los formados por la suma de ordinales simples:

a) Son ordinales simples los correspondientes a los números 1 al 10 (...): *primero, segundo, tercero*, etc.; los correspondientes a todas las decenas (del 20 al 90): *vigésimo, trigésimo, cuadragésimo*, etc.; y los correspondientes a todas las centenas (del 100 al 900): *centésimo, ducentésimo, tricentésimo*, etc. También son simples los ordinales correspondientes a 1000 y a las potencias superiores, que se forman añadiendo al numeral cardinal correspondiente la terminación *-ésimo*: *milésimo, millonésimo, billonésimo*, etc.

b) El resto son compuestos y se forman por yuxtaposición o por fusión de formas simples. Así, los correspondientes a las series de las decenas y las centenas se forman posponiendo al ordinal de orden superior los ordinales correspondientes a los órdenes inferiores: *decimotercero, vigesimocuarto, trigésimo noveno, ducentésimo segundo (...)*.

3 Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, p. 462.

c) Los ordinales correspondientes a los números 11 y 12 presentan hoy dos formas: las etimológicas simples *undécimo* y *duodécimo*, que son las preferidas en el uso culto, y las compuestas *decimoprimer* y *decimosegundo*, creadas modernamente por analogía con la forma que adoptan los ordinales del resto de las series (vigésimoprimer, vigésimosegundo, trigésimo primero, trigésimo segundo, etc.)

3. De los ordinales compuestos, los correspondientes a la primera y a la segunda decena se pueden escribir en una o en dos palabras, siendo [sic] hoy mayoritaria la grafía simple (*decimoprimer*, *decimocuarto*, *vigesimoprimer*, *vigesimoctavo*, etc.). A partir de la tercera decena solo se emplean las grafías complejas (*trigésimo primero*, *cuadragésimo segundo*, *quincuagésimo tercero*, etc.). Si el ordinal se escribe en dos palabras, el primer elemento mantiene la tilde que le corresponde como palabra independiente: *vigésimo segundo*; pero si se escribe en una sola palabra, el ordinal no debe llevar tilde, pues no le corresponde llevarla según las reglas de acentuación (...): *vigesimosegundo* (no **vigésimosegundo*). Los ordinales compuestos escritos en una sola palabra solo presentan variación de género y número en el segundo componente: *vigesimoprimer*, *vigesimoprimeros*, *vigesimoprimeras*; pero si se escriben en dos palabras, ambos componentes son variables: *vigésima primera*, *vigésimos primeros*, *vigésimas primeras*.

4. Los ordinales *primer* y *tercer* se apocopan en las formas *primer* y *tercer* cuando preceden a un sustantivo masculino, aunque entre ambos se interponga otra palabra; esta apócope también se produce cuando forman parte de ordinales compuestos: *el primer ministro*, *mi tercer gran amor*, *el vigésimoprimer aniversario*. La apócope es opcional si el ordinal aparece antepuesto y coordinado con otro adjetivo: *mi primer y último amor* o *mi primer y último amor*. Constituye un arcaísmo, que debe evitarse en el habla culta actual, la apócope de estos ordinales ante sustantivos femeninos: **la primer vez*, **la tercer casa*.⁴

En la misma fuente, no al alcance de todos, hay muchísimos otros elementos importantes relacionados con los *numerales* (palabras correspondientes a los números); pero pienso que los incluidos aquí abarcan lo suficiente como para contribuir a enmendar los errores que frecuentemente aparecen en nuestros textos.

Solo me queda agregar que, independientemente de que, en algunos casos, sean posibles (aceptables) más de una forma, deberíamos seguir una norma definida, es decir, cuál de ellas tomar como permanente para nuestros textos porque, cuando estos aparecen aislados, no se echa a ver

4 *Ibid.*, pp. 476-477.

contradicción alguna; pero, si es necesario compendiarlos e incluirlos en una publicación (como el *Boletín del Tribunal Supremo Popular* y la revista *Justicia y Derecho*), tal diversidad complica el trabajo y desdice de aquella, por falta de unidad de criterio.

BIBLIOGRAFÍA

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2005.

Seco, Manuel: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, 2.^a ed. [s.m.d.]