

**ESTUDIOS**

*Pobreza y exclusión social en la infancia: concepciones teóricas para su estudio.*

Silvia Padrón Durán

3

*La interpretación de los contratos como actos jurídicos civiles.*

Grisel Galiano Maritan

19

*Breve panorama acerca de algunas de las corrientes asumidas por las legislaciones y la doctrina sobre el bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero (visto como figura accesoria y como figura principal). Parte 1 (Bien jurídico del delito previo y bien jurídico propio: la seguridad del estado y la administración de justicia).*

Diana Hernández de la Guardia

50

*Declaración Post Mórtem de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima.*

Leonardo B. Pérez Gallardo

72

**CLASICOS CUBANOS**

*Extinción de la propiedad.*

Vicente Rapa Alvar ez

96

**COLABORACION EXTRANJERA**

*Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

Christophe Swinarski

100

**NOTAS BIBLIOGRAFICAS**

*Obras generales de Derecho Penal*

108

## POBREZA Y EXCLUSIÓN SOCIAL EN LA INFANCIA: CONCEPCIONES TEÓRICAS PARA SU ESTUDIO

*MSc. Silvia Padrón Durán*  
*Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas*

La visibilidad de un concepto como el de exclusión, en sus inicios, parece proceder de una preocupación europea por los efectos de la globalización, según refieren Estanislao Gacitúa y Shelton H. Davis (2000). Los autores explican que los primeros análisis giraban alrededor de la relación entre la efectividad de las políticas públicas y un conjunto de problemáticas tales como: el empleo precario, el subempleo; la inserción económica, política y cultural de los inmigrantes y la desintegración social resultante de diferencias étnicas. Desde entonces, al problema de la exclusión a pesar de que sigue remitiendo a las políticas en su vínculo con el empleo y los ingresos, se le han agregado otras cuestiones como el acceso a la educación, a la salud, a los servicios y a la seguridad social. El área de inquietudes y comprensiones por la exclusión se ha ligado a cuestiones sociales tales como la pobreza, la desigualdad, la marginalidad, los derechos, la participación y la ciudadanía. La permanencia de este concepto en las ciencias sociales, a pesar de las debilidades que posee— como se enunciará más adelante—radica en la apuesta moral y la evaluación crítica de la realidad que implica.

«No hay exclusión sin imprecisión constitutiva» escribió el filósofo y sociólogo Saül Karsz (2004: 205) y difícil es definir cuáles son sus límites, en tanto agrupa procesos muy diversos y aparentemente inconexos. Por estas razones, este artículo más que agotar un minucioso recorrido epistemológico sobre el tema de la exclusión social y la pobreza y brindar una conceptualización acabada, se propone exponer algunas pistas, referentes y coordinadas teórico-metodológicas que puedan servir para dialogar con otras aproximaciones<sup>1</sup>. O sea, en este texto se apuesta más por un mar-

<sup>1</sup> La elaboración de este artículo es parte de la propuesta teórico-metodológica que desarrollada para la realización del resultado de investigación Padrón 2007 «¿Nuevas formas de exclusión social en niños? Consumo cultural infantil y procesos de urbanización de la pobreza en la capital cubana», (La Habana: CLACSO-CROP/CIPS), como becaria junior del Programa CLACSO-CROP 2006 «Pobreza urbana y exclusión social en América Latina y el Caribe». Una versión similar de este artículo fue presentado como ponencia en inglés en el Taller «Rethinking Poverty and Children in the New Millennium: Linking Research and Policy» (Oslo: CROP y Childwatch), 17-19, septiembre.

co de significados, que por conceptos acabados de pobreza y exclusión social.

Este acercamiento teórico-metodológico dialoga con criterios de exclusión menos ortodoxos y flexibles, que van más allá de los criterios homogeneizantes que tradicionalmente se utilizan para medir la pobreza como proceso de exclusión social; parte del consumo cultural como vía para acercarse a dimensiones relevantes para la infancia. Además, se plantea una perspectiva cualitativa que indague en la subjetividad infantil. Por ello, se detallan algunas coordenadas metodológicas y se propone el dibujo como recurso para explorar la vivencia de los/as niños/as con respecto a este importante tema; así como otras técnicas abordadas en el estudio. La lógica de exposición será primero, insertar la comprensión de la exclusión social y la pobreza para el caso de la infancia en los marcos de estas cuestiones de manera general, para luego, ahondar en su especificidad.

### **Pobreza y exclusión: coordenadas teóricas**

Parece existir un consenso en la literatura que aborda estos temas a la hora de entender la exclusión como proceso multidimensional y no como un estado. Este es el punto de partida de una discusión inacabada entre el tema de la pobreza y la exclusión social. La pobreza es conceptualizada por algunos autores como un estado más apegado a lo material y por ello, plantean que la exclusión es la evolución y superación del concepto pobreza (Levitas et. al. 2007; Pilotti 2006). Sin embargo, la pobreza es también un proceso, y no un hecho dado; un proceso social que está marcado por condicionamientos sociales en sus más diversas variantes históricas, culturales, materiales, geográficas, políticas, raciales, de género, etc. En este sentido, se valida una comprensión multidimensional de este fenómeno, pues restringir su conocimiento a los ingresos y a la satisfacción de necesidades básicas sería ignorar sus dimensiones culturales, éticas, políticas y en muchos casos, trazar líneas homogenizadoras de las realidades en las que se expresa.

La raíz económica que tiene la pobreza debe valorarse allí donde es necesaria para explicar, en su integración, el resto de las dimensiones que están atravesándola. El ángulo cultural, tal y como lo ha trabajado el investigador Lázaro I. Rodríguez (2005), permite un criterio más abierto y explicativo de las relaciones y expresiones con-

cretas de la pobreza pues posibilita acercarnos a ella en tanto productora de modelos de comportamiento, percepciones, acciones y estrategias, de modos de vida, sin desestimar las condicionantes específicas de su formación y reproducción. Por ello, es pertinente incorporar la noción de reproducción que aporta la categoría *habitus*<sup>2</sup> de Pierre Bourdieu. El enfoque de Bourdieu permite un análisis de los elementos subjetivos y culturales relacionados con la experiencia de la pobreza, con los recursos y las capacidades de las personas para enfrentar o reproducir esta condición. Por supuesto, estos son considerados en su relación con el contexto y la estructura social en la que el individuo ha crecido y se encuentra actualmente; por lo que aporta un análisis desde las interinfluencias entre ambos elementos y no de manera aislada.

Consideramos que la pobreza es, como ya anunciamos, un proceso que tiene como base tanto una estructuración económica política como un problema de diferenciación cultural. Se convierte entonces no solo en un problema material y económico sino también en un problema de reconocimiento social y de autorreconocimiento, de cómo es sentida esa pobreza y cómo constituye nuestra conciencia de mismidad. En la superación de la pobreza está comprometida entonces la construcción que tienen las personas de sus horizontes, de sus oportunidades, de sus capacidades y todo ello comprometido con los espacios sociales en los que participa o desea participar.

Siguiendo algunas pistas de la relación entre pobreza y exclusión planteamos que estar excluidos no significa necesariamente ser pobre. La exclusión es una categoría que abarca otros procesos de discriminación a los que puede contribuir la pobreza; es el caso de lo que ocurre a partir de las religiones, la orientación sexual, el territorio, las etnias, etc. Sin embargo, ser pobre sí entraña estar excluido pues supone una posición desventajosa para alcanzar determinados bienes y servicios y significa la dificultad de disfrutar o de acceder a oportunidades o relaciones que otros sí poseen (López 2004). Las oportunidades que existen para todos, según los criterios

<sup>2</sup> Bourdieu asume el habitus como «principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones que pueden estar objetivamente adaptadas a su fin sin suponer la búsqueda consciente de fines y el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos» (2002: 97)

de la invención moderna de la ciudadanía, para los pobres no lo son en la misma medida que para el resto. La pobreza, en su vínculo con la exclusión, tendría que ser vista como un conjunto de relaciones sociales de las cuales las personas quedan excluidas de participar a partir de un patrón de la vida social. En este sentido, es necesario aclarar que este trabajo no aborda la exclusión en sí misma sino aquella producida por la condición de ser pobre. De esta manera se profundiza en las interconexiones que se dan entre estos dos procesos sociales.

Por tanto, coincido en que la pobreza constituye, en su multidimensionalidad, una forma «de exclusión de los individuos y de las familias del eje de los procesos productivos, de la integración social y del acceso a la estructura de oportunidades (...) Asimismo la pobreza constituye una de las más claras manifestaciones de falta de equidad y, por su dinámica de reproducción, ella limita las oportunidades de las que disponen los individuos, y condiciona, en buena medida, las posibilidades futuras de movilidad social para los niños, niñas y adolescentes que nacen y crecen en hogares pobres» (Forsselledo 2002: 9). En este sentido, la exclusión se desarrolla en un terreno donde lo social no es el espacio de la igualdad de oportunidades, de la equidad, sino de las desigualdades y de la extensión de las distancias sociales.

Por otro lado, los ya citados Estanislao Gacitúa y Shelton H. Davis (2000) explican el sentido inverso del proceso. Advierten que la exclusión «refleja un proceso que puede llevar a distintos resultados (pobreza, desigualdad, marginalidad)». Si ser pobre implica para nosotros estar excluido también comprendemos esta unidad como una relación dialéctica donde estar excluido genera y reafirma la condición de ser pobre.

Como han señalado Burchardt y su grupo (2002) y Levitas y su equipo (2007), habría que añadir a esta perspectiva la significación y el valor que tiene el objeto para la persona. Estimar la exclusión en abstracto sin tener en cuenta su sentido para las personas puede conducir a sobrevalorar o subvalorar este proceso. Un individuo puede tener ámbitos o espacios de su vida donde se considera (o está) incluida, que coexisten con otros en los que vive procesos de exclusión debido a que la expresión de lo que podríamos llamar el patrón de inclusión/exclusión, es dinámico y relativo. Sobre este aspecto,

Saül Karsz afirma: «no por ser excluido de un lugar o una corporación (...), no por sentirse excluido subjetivamente (...) es uno efectivamente excluido o se encuentra en situación de exclusión» (2004: 146). Este autor sugiere pensar que hay exclusiones y exclusiones, y juega con el carácter «polisémico», «especular» «generalista», «desmesurado» y «paradójico» del asunto.

La exclusión social se realiza también en lo simbólico, en los usos y apropiaciones de los productos de la cultura y de las oportunidades de la sociedad del sujeto. Por tanto, en un análisis como este, donde lo material lo atraviesa, sería un error reducir la pobreza a ello, puesto que es mucho más compleja y multifacética: otorgando casas, dando empleo, salud gratuita, etc.; no se incluye a las personas de manera automática; no se soluciona la exclusión social producida por desarrollar la vida en condiciones de pobreza. Por ello, es necesario estudiar las prácticas cotidianas de las personas pobres y excluidas pues tienen el valor de permitir conocer las arbitrariedades culturales—a decir de Bourdieu—que se producen en una sociedad, así como los procesos de subjetivación de la pobreza.

Es necesario advertir que desde estas reflexiones no se reniega de disposiciones, escalas o normas construidas internacionalmente, sino se enfatiza, como necesario, un nivel de análisis contextualizado, que mida la exclusión al interno de la sociedad cubana, con respecto a la calidad de vida que puede brindar como sistema y también con respecto a la que se proponen alcanzar.

Las dimensiones e indicadores más recurrentes sobre la exclusión en relación con la pobreza suelen tener en cuenta el acceso y la calidad del empleo; la educación gratuita (al menos hasta la secundaria); también gratuita el acceso a la salud y a sus servicios básicos; los ingresos en tanto permiten el acceso a la alimentación necesaria y a los bienes y servicios básicos; el acceso a agua potable y la sanidad; la vivienda y el transporte. Son escasos los textos que abordan otro tipo de consumo, menos apegado al nivel elemental y material de acceso. Los que lo hacen se refieren, escasamente, a las redes sociales a nivel local, la interacción en la comunidad, la ayuda entre vecinos, el apoyo de la familia y su cercanía. Sin embargo, la esfera del consumo cultural—entendido más allá de lo artístico, lo literario y lo estético—lleva a comprender dimensiones cualitativas de esos procesos de acceso social y permite dar cuenta de dinámicas de exclusión que matizan ese «acceso» en abstracto que suelen comentar los textos.

## **Consumo cultural y subjetividad: recursos para el estudio de la pobreza y la exclusión social**

El estudio de los procesos de la pobreza y la exclusión social desde el consumo permite ver cómo este es un área fundamental de construcción de la diferencia y la distinción social, a partir de los usos sociales que los sujetos le dan a bienes y a servicios insertos en su sistema de prácticas cotidianas (García Canclini 2005). El análisis de la compleja relación entre consumidores y ciudadanos planteada por este autor lleva a la necesidad de desarrollar un instrumental en materia de inclusión, que permita justamente dar cuenta de las referidas nuevas modalidades de exclusión. De hecho, el consumo cultural es un «sitio» desde el cual es posible leer tanto las configuraciones hegemónicas de una sociedad, como las «soluciones» alternativas de sujetos que no se reconocen en ella, un escenario de disputa, en tanto integra un «conjunto de procesos socioculturales en que se realiza la apropiación y los usos de los productos» (García Canclini 2005: 105). Precisamente ha sido este un eje ausente tanto en los estudios sobre pobreza en general como en los que se proponen explorar las particularidades de la pobreza infantil.

El consumo, que se defiende en este artículo, se refiere al proceso mediante el cual se satisfacen necesidades, se realizan aspiraciones, donde se concretan percepciones del mundo, modos de vida, que no aluden solo a lo material sino también al significado que tiene ese hecho para la persona. Precisamente Jesús Martín Barbero señaló que el consumo no es únicamente «reproducción de fuerzas sino lugar de producción de sentido» (2001:91). El consumo se convierte en gran medida en un criterio que refleja qué somos, qué queremos ser, qué tenemos, a qué podemos acceder y a qué no. La ubicación de la problemática del consumo más allá de los inventarios de gustos y actitudes que las encuestas de mercado realizan, pueden dar cuenta de las disparidades de participación en la estructura productiva, de la distribución y apropiación de los bienes y sentidos que remiten a la trama de la exclusión social. Este ejercicio reflexivo permite conocer cuán acertados pudieran ser hoy, en el panorama cubano de la referida igualdad de oportunidades, los mínimos—no solo biológicos y sociales, sino culturales—de las necesidades humanas sentidas y su satisfacción por los mecanismos existentes.

En este sentido, es útil centrarse en la dimensión simbólica del consumo, no en su valor mercantil o utilitario de los productos o bienes, y por ello, el análisis del consumo cultural se debe ampliar a la vida cotidiana, articulándolo con lo tradicionalmente visto como cultural: asistencia a museos, espectáculos, conciertos, exposiciones, la lectura, etc. El interés por cómo las personas—en el caso de mi investigación me refiero a la familia y el/la niño/a—le dan significado y sentido a sus prácticas cotidianas refuerza la necesidad para el estudio de la exclusión social, del rescate de un análisis de la pobreza en sus dimensiones subjetivas, complementarias a otros enfoques de análisis. En materia de estudios sobre pobreza y exclusión social relativas a la infancia, el examen de elementos de la subjetividad se revela como una vía imprescindible para superar los enfoques que minimizan la capacidad de los/as niños/as de descubrir su realidad y participar de su cambio.

Precisamente, la Psicología Social contribuye al abordaje desde su caudal de conocimientos sobre las configuraciones de sentido, los recursos y las capacidades de las personas para enfrentar, producir o reproducir las condiciones de pobreza y exclusión social que sobrepasan los límites a los que se circunscriben con frecuencia las investigaciones con respecto a aspectos de la subjetividad: la auto-identificación o no como pobres o excluidos. De hecho, el sujeto tiene un rol en la producción de un orden social y subjetiviza los espacios sociales, les da significados y es parte constitutiva de la realidad que no se puede desconocer a la hora de estudiarla, pensarla o intervenirla. Por ello, sería fructífero que la Psicología Social participara con más frecuencia de los estudios sobre pobreza—con más razón si se trata del caso de la infancia—, aportando desde una mirada sobre las características y necesidades de los sujetos para el desarrollo humano, hasta una visión donde este las construye a través de la relación dialéctica con su medio social.

### **La infancia objeto de investigación: un acercamiento diferente**

De manera general, el marco teórico ofrecido antes sobre la pobreza y la exclusión social agrupó ciertos asuntos cardinales sobre estos temas. En este acápite se reflexiona sobre la especificidad de la experiencia de la pobreza en la infancia, teniendo en cuenta los apuntes anteriores.



No resulta sorprendente el debate en torno a la cuestión de la distinción o no de la pobreza familiar, de la pobreza infantil. Si bien las circunstancias de la vida de un/a niño/a son, por lo general, las mismas que están viviendo las otras personas de su espacio doméstico y resulta difícil hablar de un/a niño/a no pobre que vive en una familia pobre; tal y como sugiere el informe de UNICEF (2004) es necesario diferenciarlas. Pues el hecho de que la familia no sea pobre, no garantiza que el/la niño/a crezca sin privaciones que atenten contra su desarrollo. Además, la experiencia de la pobreza en la infancia, se considera trascendental en tanto le deniega oportunidades que le pueden afectar para el resto de su vida (Vandemoortele 2000, UNICEF 2004; CHIP 2004).

Además, coincido plenamente con las críticas de Paul Spicker et al. (2007), Alberto Minujin et al. (2005), CHIP (2004) y Jan Vandemoortele (2000) a las posiciones que tratan de medir la pobreza infantil por indicadores de ingreso familiar, ignorando que las necesidades de los/as niños/as son diferentes de las de los/as adultos/as. Además, la distribución de los recursos de la familia no les permite necesariamente a los/as niños/as un acceso justo. Por tanto, para los estudios sobre pobreza infantil, los análisis enfocados en la familia son útiles y necesarios, pero solo en la justa medida que sirvan para no desconectarlos/as de su grupo de socialización primario y permitan situar al/la infante como protagonista.

En el más reciente glosario internacional de pobreza, del Programa de Estudios Comparados de Pobreza (CROP), se asume el concepto de pobreza infantil brindado por la UNICEF en el Estado Mundial de la Infancia 2005. Este texto señala que los/as niños/as que viven en la pobreza son aquellos/as que «sufren una privación de los recursos materiales, espirituales y emocionales necesarios para sobrevivir, desarrollarse y prosperar, lo que les impide disfrutar sus derechos, alcanzar su pleno potencial o participar como miembros plenos y en pie de igualdad de la sociedad» (2004: 18). Desde esta posición, se defiende a la infancia como una etapa crítica en el desarrollo, con necesidades y derechos que difieren de las de los/as adultos/as y se brinda una perspectiva multidimensional de la pobreza.

Hay otros elementos provechosos para perfilar una perspectiva multidimensional sobre la pobreza pues van dando pistas sobre su vínculo con la exclusión social en la infancia y, que rescatarían ma-

teriales tales como la publicación del Centro de Investigación y de Políticas sobre Pobreza Infantil (CHIP) (2004); Daniel Wordsworth et al. (2005); la encuesta británica PSE (Millennium Survey of Poverty and Social Exclución, citada por Levitas et al. (2007). Entre estos elementos se encuentran:

- \* crecer sin un sustento adecuado que le permita el acceso a diferentes tipos de recursos (económicos, sociales, culturales, físicos, nutricionales, ambientales y políticos) para desarrollar sus potencialidades y/o que son vitales para el bienestar;
- \* crecer sin—o con escasas—oportunidades para el desarrollo humano, o desde una posición de desventaja tal, que para alcanzar la oportunidad requiera mucho más esfuerzo que para el resto;
- \* crecer sin una estructura familiar y comunitaria potenciadoras y protectoras: padres ausentes o sin deseo, tiempo o habilidades para cuidar de ellos; una comunidad que no proteja, con escasos recursos sociales y culturales;
- \* crecer sin oportunidad de ser escuchado: la falta de poder y participación (recursos políticos) muchas veces está sujeta a aspectos de la pobreza;
- \* crecer sintiéndose menos o inferior a los demás. O sea, donde convergen elementos de estigmatización y rechazo social y sentimientos de vergüenza y humillación.

A lo que le sumaría el problema de la naturalización e interiorización de la exclusión (sentir que así es el mundo y que eso es lo que «te toca»); todo lo cual afecta(rá) su universo de relaciones. Muchas de estas cuestiones pueden tener en la edad infantil repercusiones tan significativas como las producidas por las carencias materiales.

Las dimensiones de análisis que se proponen para la infancia en materia de exclusión en su vínculo con la pobreza son amplias. Se enfocan tanto en índices a nivel macroeconómico como en elementos más subjetivos tales como el bienestar emocional. Sin embargo, este último tipo de cuestión vinculada a sentirse queridos, atendidos y aceptados por la familia y por sus pares, es menos común y ocupa posiciones menos importantes en las jerarquías que produce la literatura sobre el tema. Sin embargo, para los niños y niñas este es un elemento fundamental en su construcción del bienestar (Ridge 2007; Padrón 2007). Así, se pueden visualizar ciertas ausencias, muy a

pesar de ser aspectos enmarcados por la Convención de Derechos del Niño y de la visión integral que propone este documento sobre el desarrollo infantil. Esto demuestra cómo existen todavía vacíos en el conocimiento y el reconocimiento de las vivencias de los/as infantes sobre estas cuestiones y predominan los postulados desde las visiones adultas.

En este mismo sentido, en los abordajes se revela otra insuficiencia relacionada con la dimensión del consumo cultural. El juego y la recreación, actividades fundamentales para el desarrollo personal y social son minimizadas. De los cerca de sesenta textos consultados, solo en tres aparece este tema. Uno de ellos, la publicación *Poverty and Social Exclusion among Urban Children* del Instituto Innocenti de la UNICEF (2002) donde se menciona explícitamente el acceso a lugares de juego como indicador de exclusión. Sin embargo, se toma solo en cuenta que tengan acceso a lugares seguros, sin riesgos de contraer enfermedades o de producir accidentes. No se toma en cuenta el contenido de las propuestas, ni los aportes al desarrollo intelectual, afectivo y/o relacional para la infancia.

Otro texto donde se menciona es la obra de Adelman y Middleton (2003)<sup>3</sup> encontrada en la sistematización elaborada por Anne Daly (2006). Estos investigadores añadieron a la arista del acceso a lugares seguros para jugar el componente socializador del juego y la recreación. Por último, en el documento de la UNICEF (2005) titulado «Deporte, recreación y juego» aparece como «herramienta para la paz» y se explican sus beneficios en el rendimiento académico, en el desarrollo físico, en el aumento de la autoestima y su utilidad en la prevención del tabaquismo, la drogadicción y la delincuencia.

Un acercamiento como el que propongo, revaloriza el vínculo entre necesidades y derechos de los niños/as como vitales para los análisis sobre exclusión que intentan superar la mirada adultocéntrica. La literatura científica se concentra en el acceso de la infancia a la educación por el valor que tiene el estudio para el desarrollo de capacidades; sin embargo, olvidan que el juego es también una actividad fundamental para el desarrollo intelectual, físico, emocional,

<sup>3</sup> Se refiere a Adelman and Middleton 2003 «Social exclusion in childhood: why and how it should be measured. Some thoughts from Britain», ponencia presentada a Australian Social Policy Conference. (University of New South Wales: Sydney). Disponible en [www.sprc.unsw.edu.au](http://www.sprc.unsw.edu.au).

moral y estético del Niño<sup>4</sup>. Esto se debe a que el juego contribuye al desarrollo de la memoria, la atención voluntaria, la imaginación, el pensamiento, el lenguaje, la interiorización de normas, la expresión de emociones, la sociabilidad y la apropiación de los elementos de la cultura (Piaget [1959] 1967; Venguer 1981). Asimismo, es uno de los derechos universales de los niños, según el artículo 31 de la Convención de Derechos del Niño donde se postula el «derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes» (UNICEF 1990:15).

Si bien no es propósito de este texto profundizar en todos los aspectos teóricos y éticos de esta postura que coloca el consumo cultural, y específicamente el juego y la recreación, en el centro del estudio y desarrollo de políticas enfocadas en la pobreza y la exclusión social en la infancia, sería provechoso precisar que deben ser dimensiones a tener en cuenta pues son factores que si están deteriorados amenazan «de alguna manera su capacidad [de los/as niños/as] para participar plenamente algún día en la sociedad», a decir por la UNICEF (2005a:7). De cualquier otra forma, se desconocen las características y las demandas de la infancia, y se concibe a los/as infantes como ciudadanos del futuro y no como ciudadanos del presente.

Para ello, el único remedio es asegurar que la mirada y los puntos de vista de los niños sean parte en la construcción de los conceptos, concepciones, indicadores y medidas de las cuestiones sociales que les conciernen. Al mismo tiempo que participen de forma activa en la superación de ellos.

### **Algunos apuntes (cualitativos) para la investigación de la pobreza y la exclusión social**

En materia de principios éticos, uno fundamental es el de no revictimizar o producir victimizaciones secundarias. Cualquier trabajo

<sup>4</sup> En la edad temprana (1-3años) la actividad medular para el aprendizaje y la adquisición de nuevas estructuras cognitivas, es la acción con los objetos, como forma de juego. A partir de esa edad y hasta antes que comiencen la escuela, la actividad más desarrolladora son los juegos de roles o de representaciones, al ser la vía por la cual interiorizan las normas sociales, aprenden a relacionarse, expresan sus vivencias y percepciones del mundo en el que viven; a la vez que es condición para el desarrollo de los procesos cognitivos como la memoria y la atención. A partir del comienzo de la vida escolar, aunque la actividad de estudio es la protagonista, el juego sigue siendo fundamental.

investigativo debe procurar que la expresión de ciertos contenidos conflictivos como los que pueden girar alrededor del tema de la pobreza, no produzca angustia o vergüenza. Por esta razón, en el trabajo con niños/as aprecio la utilización de técnicas indirectas o proyectivas tales como el dibujo, el sociograma (incluyendo el gráfico), de juegos y dinámicas grupales; el completamiento (oral o escrito) de frases; la narración de historias a partir de láminas o del propio dibujo, etc.

Estas técnicas tienen la fortaleza de sintetizar lo cognitivo-afectivo en el acercamiento a la vivencia de la pobreza. A la vez consiguen una expresión más espontánea, auténtica y libre ya que, al ser indirecta, disminuye defensas o resistencias que le pueden impedir al niño/a mostrarse y que de hacerlo de manera forzada, se constituyen en formas de violencia para el sujeto. Esto no quiere decir que los niños no puedan hablar sobre sus realidades o que, el hecho de hacerlo, constituya de por sí una agresión o una forma de victimización. No obstante, cuando se trata de abordar situaciones vivenciadas por ellos/as como embarazosas o delicadas, el acto de tener que revivirlas, puede constituir potencialmente, un hecho revictimizador. En este sentido, privilegiar técnicas indirectas en la investigación favorece la expresión sin experimentar sentimientos de disminución, de embarazo o de coacción.

Un ejemplo de técnica aportadora es el dibujo. Deseo detenerme en ella un instante pues ha sido insuficientemente empleada en los estudios de las desigualdades, incluso en el caso de perspectivas subjetivas. En él son plasmados—de forma simbólica, creativa y por ende, auténtica—aquellas preocupaciones, malestares, deseos, inquietudes, estados de ánimo, ideas, etc. con respecto a un objeto (García Morey 1995); en este caso la pobreza y la exclusión social. O sea, los niños manifiestan en el dibujo su relación con respecto a lo que están dibujando. El dibujo se constituye entonces en un medio a través del cual el niño puede expresar sus ideas, conceptos o sentimientos con respecto a la pobreza y la exclusión social infantil, revelando sus experiencias y percepciones.

Una cuestión pendiente en la agenda de estudios de pobreza es la perspectiva histórica. Ayudaría a comprender las distintas configuraciones que ha adoptado la pobreza en el proceso evolutivo social; de lo cual surgirían importantes datos, tanto sobre las constantes como sobre las mutaciones históricas de ella. Arrojaría luces sobre

las especificidades de cada lugar y época y sobre los factores causantes y explicativos de la pobreza en la actualidad. Para el caso cubano, sería de gran utilidad en tanto completaría el análisis sobre los motivos y las raíces que subsistieron en el modelo socialista cubano que posibilitó un resurgimiento de las brechas de desigualdad y de la pobreza a raíz de la crisis de los '90 (Espina 2004; Ferriol et al. 2004).

Otro eje para potenciar desde la investigación sobre pobreza es el de los estudios comparados. Si bien la contextualización y la relatividad propia de la pobreza (y de la exclusión social) complejiza este tipo de aproximación, resultan necesarios análisis que indaguen en lo común de estas realidades ya sea entre países o entre regiones (ej. entre zonas urbanas y rurales) dentro de la misma nación. Desde una visión sociocultural y psicológica, esta perspectiva pudiera ser fructífera para la profundización del conocimiento sobre lo común de la experiencia de la pobreza para la infancia y la construcción de conceptos y medidas de la pobreza que se acerquen más a sus necesidades y derechos.

Finalmente, es necesario indagar en la diversidad infantil. Desconocer las características y demandas de las edades comprendidas dentro de la infancia y darles un tratamiento equivalente a la hora de escoger las técnicas de una investigación, interpretar los resultados o proponer recomendaciones a la política social es un error que desconoce las singularidades de cada etapa evolutiva. De igual forma, el estudio de la pobreza infantil es mucho más provechoso si toma en cuenta diferencias culturales, raciales, territoriales, de género, étnicas y clasistas. El reconocimiento de la universalidad y la diversidad propia de la infancia es el único camino para conocer mejor nuestras sociedades y diseñar políticas más acertadas para alcanzar la equidad y la justicia social, en un marco de derechos humanos e infantiles.

### ***Bibliografía referenciada***

- BOURDIEU, PIERRE : *La distinción. Criterios y bases sociales del gusto* (Ed. Taurus, México, [1979] 2002).
- BURCHARDT ET AL. 2002: «Degrees of exclusion: developing a dynamic multidimensional measure» en J. Hills, J. Le Grand and D. Piachaud (eds.) *Understanding social exclusion* (Oxford: Oxford University Press) pp 30-43.
- CHIP «Briefing I 2004 Children and poverty: some questions answered». Disponible en: [www.unicef.org/policyanalysis/files/child\\_poverty\\_final\\_draft\\_4\\_05.pdf](http://www.unicef.org/policyanalysis/files/child_poverty_final_draft_4_05.pdf) (04-01-07).
- Daly, Anne Social «Inclusion and Exclusion among Australia's Children: A Review of the Literature» Discussion Paper no. 62 (Australia: National Centre for Social and Economic Modelling-University of Camberra, 2006).
- ESPINA, MAYRA 2004 «Efectos sociales del reajuste económico: igualdad, desigualdad y procesos de complejización en la sociedad cubana». En Pérez Villanueva, Omar (comp.) *Reflexiones sobre economía cubana*. (La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2004) pp. 385–419.
- FERRIOL, ÁNGELA Y OTROS: *Reforma económica y población en riesgo en Ciudad de La Habana. Informe de Investigación*, (La Habana, Fondos del INIE, 2004).
- FORSELLEDO, ARIEL: *La planificación de políticas de infancia en América Latina. Hacia un sistema de protección integral y una perspectiva de derechos* (Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 2002) Disponible en [www.iin.oea.org/Conferencia.pol.pub.pdf](http://www.iin.oea.org/Conferencia.pol.pub.pdf) (04-01-07).
- GACITÚA, ESTANISLAO Y SHELTON H. DAVIS 2000 «Introducción. Pobreza y exclusión social en América Latina y el Caribe» en Estanislao Gacitúa, Carlos Sojo, Shelton Davis (editores) «Exclusión Social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe». (FLACSO, San José, C.R: Banco Mundial) Disponible en: [www.aciamericas.coop/spip/IMG/CP\\_Exc\\_Social.pdf](http://www.aciamericas.coop/spip/IMG/CP_Exc_Social.pdf) - (04-01-07).
- GARCÍA CANCLINI, NÉSTOR 2005 «Los estudios sobre comunicación y consumo: el trabajo interdisciplinario en tiempos neoconservadores» En Toirac, Yanet y Rosa Muñoz (comp.)

*Selección de lecturas sobre Fundamentos de Publicidad.*  
(Editorial Félix Varela, La Habana).

- GARCÍA MOREY, AURORA: «Indicadores para el estudio del dibujo libre infantil». Tesis de Doctorado. (Facultad de Psicología, La Habana, 1995).
- LEVITAS, RUTH ET AL. The multi-dimensional analysis of social exclusion (Department of Sociology and School for Social Policy, Townsend Centre for the International Study of Poverty and Bristol Institute for Public Affairs University of Bristol, 2007) Disponible en: [www.cabinetoffice.gov.uk/social\\_exclusion\\_task\\_force/documents/research/chapters/0.pdf](http://www.cabinetoffice.gov.uk/social_exclusion_task_force/documents/research/chapters/0.pdf) (03.03-07).
- OSCAR LÓPEZ (coord.) *Nociones elementales para entender la pobreza. Textos básicos No. 1.* (FLACSO, Guatemala- ASDI, 2004).
- MARTÍN-BARBERO, JESÚS 2001: *Al sur de la modernidad*, Instituto Internacional de literatura iberoamericana. Universidad de Pittsburg, Estados Unidos, 2004).
- PADRÓN, SILVIA 2007 «¿Nuevas formas de exclusión social en niños? Consumo cultural infantil y procesos de urbanización de la pobreza en la capital cubana». Informe de investigación, CLACSO/CROPS-CIPS, La Habana.
- PIAGET, JEAN : *La formación del símbolo en el niño*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, [1959] 1967.
- PILOTTI, FRANCISCO 2006 «Marco para el Análisis de las Políticas Públicas dirigidas a la Infancia» en Irene Rizzini et al (coord.) «Niños, adolescentes, pobreza, marginalidad y violencia en América Latina y el Caribe: relaciones indisociables». Centro Internacional de Estudios e Investigaciones sobre Infancia – CIESPI, (Río de Janeiro: p.34-44. Disponible en [www.uam.mx/cdi/redesinv/publicaciones/mariana/menezes.pdf](http://www.uam.mx/cdi/redesinv/publicaciones/mariana/menezes.pdf) (12-02-07).
- RIDGE, TESS 2007 «Negotiating childhood poverty: children´s subjective experiences of life on a low income» en Wintersberger, Helmut et al. (eds.) *Childhood, Generational Order and the Welfare State: Exploring Children's Social and Economic Welfare* (Denmark: University Press of Southern Denmark).
- RODRÍGUEZ, LÁZARO I. «Políticas públicas de cultura y pobreza como condición cultural en Cuba hoy». Informe de investigación inédito, Buenos Aires, CLACSO-CROP, 2005.



- SAÜL KARSZ «La exclusión: concepto falso, problema verdadero» en Saül Karsz (coord.) La exclusión: bordeando sus fronteras. Definiciones y matices. Barcelona, Editorial Gedisa, pp.133-214.
- SPICKER, PAUL ET AL 2007 (eds.) Poverty. An International Glossary. Nueva York. Zed-CROP).
- UNICEF 1990 Convención sobre los derechos del niño, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia.
- UNICEF 2002 «Poverty and exclusion among urban children», en Innocenti Digest No. 10, noviembre (Florenia).
- UNICEF 2004 Estado mundial de la infancia 2005: Childhood under threat. (Nueva York) Disponible en: [http://www.unicef.org/sowc05/english/press\\_facts.html](http://www.unicef.org/sowc05/english/press_facts.html). (15-08-07).
- UNICEF 2005 «Deporte, recreación y juego», Nueva York. Disponible en: <http://www.unicef.org/spanish/sowc06/press/> [www.unicef.org/](http://www.unicef.org/) (01-09-07).
- UNICEF 2005a Estado Mundial de la Infancia 2006: excluidos e invisibles. Nueva York.
- Vandemoortele, Jan Absorbing social shocks, protecting children and reducing poverty: the role of basic social services, UNICEF, New York, 2000. Disponible en: [http://www.unicef.org/evaldatabase/files/Global\\_2000\\_Absorbing\\_Social\\_Shocks.pdf](http://www.unicef.org/evaldatabase/files/Global_2000_Absorbing_Social_Shocks.pdf) (12-12-07).
- VENGUER, LEONID, *Temas de Psicología preescolar*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1981.
- WORDSWORTH, DANIEL ET AL. Working Paper 1: Understanding Children's Experience of Poverty, (2005) An Introduction to the DEV Framework (Virginia: Christian Children's Fund) Disponible en: [https://.../news/Relief\\_professionals/ChildrenandPoverty-%20Paper%201%20-20Intro%20to%20DEV.pv5.pdf](https://.../news/Relief_professionals/ChildrenandPoverty-%20Paper%201%20-20Intro%20to%20DEV.pv5.pdf) (23-01-07).

## LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO ACTOS JURÍDICOS CIVILES

MSc. Grisel Galiano Maritan<sup>1</sup>

*Es verdad que los jueces tienen el deber de apegarse a la ley, pero no apegarse servilmente porque entonces no serían jueces, sino siervos, no se les sienta en ese puesto para maniatar su inteligencia, sino para que obre justa, pero libre. Tienen el deber de oír el precepto legal, pero también tienen el poder de interpretarlo.*

**José Martí**

### RESUMEN

La presente ponencia titulada «La interpretación de los contratos como actos jurídicos civiles» aborda un tema novedoso y de gran importancia para la plena aplicación del Derecho contribuyendo a la eficacia y plenitud del ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista doctrinal, se desarrolla un estudio pormenorizado sobre todas las definiciones y supuestos que se deben tener en cuenta para desarrollar una correcta interpretación de las normas jurídicas desde la teoría del Derecho como sustento para finalmente estudiar la hermenéutica del contrato como paradigma negocial, a fin de alcanzar una plena validez y garantía para la existencia del contrato, se realiza un análisis jurídico de todas las conceptualizaciones y supuestos que se deben tener en cuenta para efectuar la interpretación contractual en nuestro Código Civil, a fin de compararla con legislaciones latinoamericanas y europeas para llegar a la conclusión de la insuficiencia que presenta nuestro artículo 52 en sede de interpretación.

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho. Profesora de la Facultad de Derecho. Universidad de Ciego de Ávila. Abogada a tiempo parcial del Bufete Colectivo No. 2 de Ciego de Ávila.

## **Introducción**

El tema de la interpretación de los contratos es una de las cuestiones técnicas y teóricas que adquiere en la actualidad gran importancia en la acción del jurista y, específicamente, en la práctica del Derecho por ser un tema novedoso. Como afirma GALLARDO<sup>2</sup>, con la interpretación de los contratos se pretende y se logra conocer cuáles son los derechos y obligaciones que las partes posteriormente deberán cumplir, obteniéndose la reconstrucción del pensamiento y la voluntad de ellas; pues no solo se indaga la concreta intención de los contratantes, sino también se atribuye sentido a las manifestaciones de voluntad. Esta figura proporciona la correcta aplicación, y de ahí la salvaguarda de los derechos subjetivos, incluso del principio de legalidad, pues para nadie es un secreto que la correcta interpretación del contrato es garantía de justicia y proporciona la plenitud y eficacia del negocio jurídico. De igual forma, una mala interpretación abre camino a la iniquidad. Un estudio certero de este fenómeno, así como las vías para llevarlo a cabo, constituye una garantía para la supervivencia del negocio jurídico contractual, coadyuvando al principio de conservación de los contratos, aun cuando el acto negocial no haya previsto solución expresa para el caso concreto.

Con la celebración del contrato se demuestra la importancia de que las relaciones contractuales sean expresamente pactadas, por lo que el contrato no se reduce a la idea de ser un mero acto, sino es también el comportamiento de cada una de ellas en el negocio, del cual ellas mismas son las autoras; por ello se habla de *lex privata* o *lex contractus*, porque lo que fue pactado por su propia voluntad será obligatorio cumplirlo. Todo ello precisamente adquiere singular valor en la realización de la interpretación, pues hay que evaluar la idea de que esa celebración será por tanto acto y norma de carácter privado y habrá entonces que interpretar según sea el caso atendiendo a ello.

La interpretación contractual, también denominada hermenéutica de los contratos, es aquella operación por la que se trata de investigar la búsqueda de la común intención de las partes.

<sup>2</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. «De la interpretación e integración contractual», Derecho de Contratos en Colectivo de Autores, Tomo I, Teoría General del Contrato. Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 231.

El artículo 52 de nuestro Código Civil contiene solo un precepto de alcance general dedicado a la interpretación del acto jurídico, cuyo tenor literal: «Cuando los términos de una manifestación de voluntad no son suficientemente claros, deben ser interpretados teniendo en cuenta la voluntad presumible del que la emitió, la significación generalmente aceptada de las palabras y las demás circunstancias concurrentes».

Por ello, aunque contamos con un precepto dedicado a la interpretación de todo acto jurídico, no resulta suficiente para aplicarlo a un negocio jurídico como el contrato, pues como señala GALLARDO<sup>3</sup> tenemos la necesidad de particularizar en cada acto; puesto que en sede de interpretación, las reglas de interpretación de los contratos no son iguales a las de las normas jurídicas.

Sin embargo, en nuestros tribunales se hace frecuente la tarea de interpretar. Precisamente por la necesidad de perfeccionar la regulación de la interpretación contractual, para facilitarle la tarea a los operadores del Derecho, he escogido este tema.

### **I. Interpretación de las normas jurídicas. Generalidades**

La labor interpretativa no se refiere únicamente a los preceptos legales de general disciplina, sino que puede hallarse dirigida hacia el descubrimiento de normas más individualizadas, esto sucede por ejemplo cuando interpretamos un contrato, como acto jurídico bilateral, consistente en la manifestación de voluntad de dos o más personas, de la cual se deriva una relación jurídica obligatoria. Teniendo en cuenta el criterio de DELGADO VERGARA<sup>4</sup> el contrato es, ante todo, un fenómeno económico consistente en una acción voluntaria de los interesados que produce efectos jurídicos; es decir, es un acto jurídico, específicamente un negocio jurídico.

En ese sentido, se afirma<sup>5</sup> que el contrato no es solo un mero acto, sino también la ordenación de la conducta de las partes, de lo cual ellas mismas son las autoras, por lo que podríamos entonces hablar del contrato como acto y como norma; se le denomina a ello *lex*

<sup>3</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B: ob. cit., pp. 236 - 237.

<sup>4</sup> DELGADO VERGARA, Teresa. «El negocio jurídico contractual». Derecho de Contratos en Colectivo de Autores, Tomo I, Teoría General del Contrato. Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 11.

<sup>5</sup> *Ídem.*

*privata* o *lex contractus* porque lo que las partes pactaron es de obligatorio cumplimiento.

Por ello, aunque esta investigación está referida específicamente a la interpretación de los contratos, debo realizar un análisis pormenorizado de la interpretación de toda norma a fin de estudiar la interpretación del negocio jurídico y, en primer orden, del contrato como paradigma negocial.

### **I.1. Breve referencia histórica acerca de la interpretación**

A finales del siglo XIX se creyó por los partidarios de la concepción filosófica preponderante en esa época, que la interpretación del Derecho no era necesaria, pues las normas jurídicas como creaciones exclusivas de la razón, que formaban los Códigos y leyes, podían prever todos los conflictos posibles entre los individuos. La interpretación de las normas jurídicas llegó a prohibirse. En la época presente no se discute siquiera la necesidad de la interpretación. La realidad de la imperfección de las leyes como producto lógico-formal, las circunstancias reales siempre cambiantes, el desarrollo de la lógica dialéctica materialista y otras razones más, también de carácter científico, hacen que la interpretación de las normas jurídicas constituya una operación indispensable para la aplicación del Derecho, pues la sola comprensión y lectura de la norma presupone una actividad interpretativa<sup>6</sup>.

### **I.2. Análisis teórico doctrinal sobre la interpretación de las normas jurídicas**

La primera fase o momento de la aplicación del Derecho es la interpretación del mismo. Si bien en muchas ocasiones parece que la simple lectura de una norma ya ilustra sobre su contenido, en muchas otras ello no basta, haciéndose necesario un estudio mas profundo. De cualquier modo, y como se ha puesto muchas veces de relieve, la sola comprensión del contenido de la norma presupone una actividad interpretativa. En esta línea, varios autores, principalmente españoles han dado su criterio al respecto. Según PÉREZ LUÑO<sup>7</sup> «interpretar» significaría atribuir un significado a manifestacio-

<sup>6</sup> DIEGO CAÑIZARES, Fernando: Teoría del Estado, Ed. Pueblo y Educación. 1ra. ed., Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, Cuba, 1996, pp. 209 - 210.

<sup>7</sup> Citado en Colectivo de Autores: Introducción a la Teoría del Derecho. Ed Félix Varela, La Habana, 2006, p. 344.

nes de un determinado lenguaje, mientras que la «interpretación» sería el conjunto de procesos lógicos y prácticos a través de los cuales se realiza esa atribución de significado.

Al respecto, el profesor CAÑIZARES precisa que interpretar es la actividad que tiene por objeto establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas a los fines de su aplicación al comportamiento de los individuos en sociedad<sup>8</sup>.

Al decir de ALBALADEJO<sup>9</sup>, el fin de la norma es regular la vida social, y ese fin se conseguirá aplicándola, pero para aplicarla hace falta conocer su sentido; lo que se consigue mediante la interpretación, y refiere que la interpretación es la investigación del sentido de la norma a través de los datos y signos mediante los que esta se manifiesta. (Así, por ejemplo, a través de la letra de la ley).

Según LÓPEZ SANZ, la existencia de la norma no soluciona el problema del juez, que deberá investigar el sentido de la misma, su espíritu como antecedente de su aplicación. O sea, que la norma, que ha sido dictada en un tono general y abstracto, debe ser interpretada para su más adecuada aplicación<sup>10</sup>.

Afirma VALDÉS DÍAZ<sup>11</sup> que para poder aplicar la norma adecuadamente, se hace necesario conocer su sentido y alcance, desentrañar su significado y espíritu, tarea que se denomina interpretación.

Añade WINDSCHEID<sup>12</sup>, que la interpretación es la «fijación del sentido que el legislador ha unido a sus palabras,» de tal manera que el intérprete tiene que penetrar lo más completamente que sea posible «en el alma del legislador».

Después de haber realizado un estudio pormenorizado de todas las conceptualizaciones tratadas por los diferentes autores, haré un breve resumen sustentado en el criterio del profesor FERNÁNDEZ BULTÉ, el cual comparto.

<sup>8</sup> CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D: ob. cit., p. 209.

<sup>9</sup> ALBALADEJO, Manuel: Derecho Civil, 2da. ed. Editorial Bosch, Barcelona, 1965, p. 37.

<sup>10</sup> LÓPEZ SANZ, Salvador: Curso elemental de Derecho Civil. 2da Ed, Valencia, 1983, p. 25.

<sup>11</sup> VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, et. al: Compendio de Derecho Civil. Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 131.

<sup>12</sup> Citado por Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón Ballesteros: Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica, 4ta. Ed. Editorial Tenos, S.A., Madrid, 1982, p. 168.

Según BULTÉ son diversos los juristas que tienen la creencia errónea—que de igual forma comparten muchas personas—de que solo requieren de interpretación las normas oscuras y de difícil comprensión. Empero, para la Ciencia del Derecho queda claro que en toda acción de aplicar está implícita la inevitable interpretación de la norma jurídica, pues toda norma por clara y sencilla que nos parezca, si se va a aplicar, requiere de la inexorable interpretación<sup>13</sup>.

Finalmente, adhiriéndome al criterio de nuestro profesor, la interpretación es el conjunto de procedimientos mediante los cuales se busca encontrar el sentido, el alcance de las normas jurídicas a los fines de la norma para su correcta aplicación, asegurando con ello la justicia<sup>14</sup>. Y, como afirma FERRARI YAUNNER, tal concepto introduce elementos importantes que nos conducen a considerarlo el más completo, primeramente, la consideración de que es el conjunto de procedimientos, ya que ciertamente interpretar el Derecho es un proceso complejo. Por otra parte, su objetivo debe ser la búsqueda de los fines de la norma, con lo que se afilia al criterio objetivo, opinión que compartimos mayoritariamente. Todo ello se realiza con vistas a la correcta aplicación, elemento que, aunque aparentemente simple, tiene una gran significación, pues no se busca la simple aplicación sino la más correcta, asegurando así la justicia<sup>15</sup>.

### **I.3. Objeto de la interpretación de las normas jurídicas**

Como se ha apuntado anteriormente, en principio, todas las normas jurídicas han de pasar por un proceso de interpretación para ser aplicadas. No solo la ley, sino también la costumbre y los principios generales del Derecho requieren una tarea interpretativa, pero lo cierto es que el objeto y, en general, el tema de la interpretación de las normas suele tratarse tomando como centro de referencia las normas legales, teniendo en cuenta que el sistema jurídico de los países de Derecho codificado es fundamentalmente un sistema de

<sup>13</sup> Los romanos afirmaban *in clarit non fit interpretatio* (en lo claro no se necesitaba interpretación), criterio que rechazamos, pues partimos del principio de que toda norma por más sencilla que esta sea, requiere de interpretación. Citado por: 3 Cañizares Abeledo, Fernando: *ob.cit.*, p. 210.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: *Teoría del Estado y el Derecho*, 1ra. ed., Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba. pp. 208 - 209.

<sup>15</sup> FERRARI YAUNNER, Majela. «La interpretación del Derecho y de los contratos». *Revista Jurídica* Número 12, Año 2005, Editorial MINJUS, pp. 104-105.

Derecho escrito. Los diferentes autores a la hora de definir lo que entendemos por objeto de la interpretación hacen referencia al texto de las normas como base para la indagación del sentido de las mismas<sup>16</sup>.

En ese sentido, FERNÁNDEZ BULTÉ<sup>17</sup> afirma que interpretar la norma o el Derecho, aun en los casos en que la letra sea bien diáfana, es tarea que presenta múltiples escollos; con respecto al objeto de la interpretación para él existen dos vertientes iniciales: la *ratio legislatoris*, es decir, la voluntad del legislador, lo que el legislador quiso, porque ahí está, supuestamente, el secreto de lo que dice la ley, este es el llamado sentido subjetivo de la interpretación. Pero frente a este criterio se abrió paso, en tiempos más modernos, el entendido contrario que sustenta el llamado criterio objetivo, por el cual lo que hay que perseguir en la interpretación no es la voluntad del legislador, sino la voluntad de la ley, la llamada *ratio legis*, la razón misma de la norma que puede separarse de la del legislador<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: Temas de Derecho Civil I. Centro Editorial, S. A., Valencia, 198, p. 211.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: ob. cit., p. 208.

<sup>18</sup> Sobre el objeto de la interpretación de las normas jurídicas el Tribunal Supremo en su expediente cuarenta y ocho, sentencia número sesenta y siete, declara CON LUGAR la revisión interpuesta por Juan Faustino Quintana Barbosa, Director de la Unidad Básica de Transporte La Maya, señalando en el primero de los considerandos que dada la naturaleza del proceso que se resuelve; estudiado los expedientes ordinario y de revisión, y, lo sostenido por la actora en su escrito promocional, así como lo consignado por el órgano juzgador en la sentencia recurrida refiriendo que: Del estudio y análisis de los documentos aportados al proceso, todo lo cual se valora teniendo en cuenta los principios rectores de la razón y la ciencia, ha quedado fehacientemente demostrado que entre la promovente y la demandada, se firmó el Contrato cero cinco de Transporte Automotor, «Carga General», en virtud del cual se pactó en la Cláusula Tres, «Precio y Forma de Pago que, el transportista facturara al cliente (Unidad Presupuestada, Dependencia Interna del Poder Popular), entregándole la Factura acompañadas de las Cartas de Porte, que amparan las transportaciones realizadas, conforme al resultado de las conciliaciones con los representantes del cliente, en el domicilio del transportista»; y concluye que: «La demandada no debe alcanzar éxito, pues del examen de la factura cero tres raya ocho dos cero, de diez de septiembre de dos mil dos, obrante a foja diez de las actuaciones, se advierte que dicho documento no aparece firmado por persona alguna, no pudiendo por ende demostrarse, que la demandante hiciera entrega del citado documento (factura) contrayendo la demandada la obligación de pago por la transportación objeto de reclamación, y por lo que presentará demanda ante este órgano». El Tribunal que resuelve en esta instancia fue situado en la obligación de pronunciarse de conformidad con lo dispuesto por ley, y lo informado por los principios generales del Derecho, según los cuales; para la recta interpretación de toda ley, sea formal o sustancial y al contenido de las alegaciones de los litigantes, no solo debe entenderse a lo literal de las palabras, sino en primer término, a su espíritu, o sea a la intención del legislador y actuaciones de las partes y sus propios actos.



## **II. La interpretación del negocio jurídico contractual. Análisis de su regulación en el Código Civil cubano**

Afirma DíEZ-PICAZO que de la misma manera que existen reglas que presiden y disciplinan la interpretación de las normas jurídicas, tienen que existir las que gobiernen la interpretación de los contratos<sup>19</sup>. Precisamente a la distinción entre la interpretación de las normas jurídicas y la que se realizará respecto al negocio jurídico contractual se dedicará un espacio de esta investigación en el que se realizará un análisis de la regulación del Código Civil cubano, en cuanto a la interpretación de los contratos a partir de su comparación con los presupuestos expresados por la doctrina científica y la regulación en el Derecho comparado; cuyo objetivo es determinar las principales insuficiencias que presenta la regulación de la interpretación contractual en el Código Civil cubano.

### **II.1. Comparación entre interpretación de la ley e interpretación del contrato**

A pesar de las notables diferencias existentes entre la interpretación de la ley y del contrato, comparto con PÉREZ GALLARDO<sup>20</sup> el criterio de que tanto la una como la otra buscan la eficacia y la aplicación del material interpretativo<sup>21</sup>, o sea, de la ley o del contrato, según el caso, llegándose a la conclusión de que se aproxima la labor del intérprete del contrato al de la norma jurídica.

En la comprensión de la ley, continúa explicando el citado autor<sup>22</sup>, no puede dejarse de considerar sus antecedentes históricos, de igual forma en la interpretación contractual, la formación del contrato tie-

<sup>19</sup> DíEZ-PICAZO, Luis: Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, vol I, Introducción. Teoría del Contrato, p. 260.

<sup>20</sup> PÉREZ GALLARDO. Leonardo B: ob. cit., p. 232.

<sup>21</sup> En ese sentido se pronuncia la Sala de lo Económico de nuestro Tribunal Supremo en su sentencia ciento cincuenta y tres de quince de marzo del año dos mil cinco cuando en el séptimo considerando aborda que « ... toda interpretación, tanto de las normas como de los negocios jurídicos exigen esencialmente captar la voluntad e intención de los sujetos figurados en el acto jurídico, sin limitarse al sentido aparente que resulte de las palabras de manera que la calificación jurídica de un acto o contrato no vincula al Tribunal, pues no se trata de premisas obligadas de hecho, sino de un problema doctrinal, de interpretación, exclusiva del juzgador... ».

<sup>22</sup> Pérez Gallardo, Leonardo B: ob. cit., p. 232.

ne relevancia para determinar el significado de la declaración de voluntad, por lo cual estamos en el supuesto de la interpretación histórica del contrato. En la comprensión de la ley, también han de tenerse en cuenta las palabras del legislador, pues si todo se redujera a la interpretación gramatical, se perdería de vista el verdadero sentido de la norma que se busca. Del mismo modo, las expresiones literales de la declaración de voluntad contractual, o sea, las palabras de los contratantes, deberán ser aprehendidas como la genuina declaración de voluntad, pero siempre teniendo en cuenta que hay que atenerse, más que a lo literal de la expresión de la voluntad, a la voluntad real y común de los contratantes.

Cuando interpretamos una ley siempre se ha de buscar el buen resultado a alcanzar, o sea, dentro del marco de posibilidades que la regla legal brinda al intérprete, se debe preferir aquella comprensión de la ley que ofrezca mayor satisfacción a las exigencias morales, sociales y económicas. Asimismo, en la interpretación contractual ha de preferirse aquella que tienda a dar validez a todas las cláusulas contractuales frente a la que le niegue eficacia (principio de conservación del contrato), si con ello brindamos satisfacción a los propósitos perseguidos por los contratantes en cuanto tales móviles no ofendan la regla moral imperativa y las exigencias de la conciencia social y política.

En el orden de las diferencias tenemos en la doctrina española a Díez-PICAZO que señala que mientras la tarea del intérprete, en cuanto a la interpretación de las normas jurídicas, debe limitarse a liberarlas de dudas y oscuridades, siendo por tanto una interpretación esencialmente objetiva, la tarea de quien interpreta un contrato es más ardua y compleja, porque debe, además de eliminar las eventuales dudas y ambigüedades del contrato, tratar de encontrar la concreta voluntad de las partes contratantes; por lo cual la interpretación del contrato ha de cumplir una función que es al mismo tiempo objetiva y subjetiva<sup>23</sup>.

Continúa Díez-PICAZO abordando que, aunque el contrato y la ley son reglas jurídicas, la ley es una regla abstracta y general, mientras que el contrato es un precepto concreto; y mientras la ley es un precepto heterónimo, el contrato es un precepto de autonomía privada. En tema de interpretación, ello lleva a la conclusión de que

<sup>23</sup> Díez-PICAZO, Luis. ob. cit., p. 260.

mientras la interpretación de la ley debe estar orientada en orden a su ratio general, la interpretación de la regla contractual debe hacerse en una conexión mayor con el propósito de sus autores entre quienes va a surtir su efecto obligatorio; así la interpretación de las normas ha de ser siempre una atribución de sentido y de significado a algo que por su naturaleza se presenta como una formulación abstracta de un deber ser jurídico. La interpretación de un contrato es, por el contrario, interpretación de un supuesto de hecho concreto que es un comportamiento humano<sup>24</sup>.

En ese sentido se pronuncia LÓPEZ Y LÓPEZ al señalar que la interpretación de las normas, aun teniendo en cuenta su intrínseca dificultad, es, como se ha puesto de relieve, mucho más circunscrita, porque se limita a liberar a las normas de las dudas y ambigüedades que eventualmente pueden afectarlas; y es, por consiguiente, interpretación esencialmente objetiva, mientras que la segunda (interpretación de los contratos) debe cumplir la misma finalidad con respecto a una regulación de intereses que alcanza tan solo su verdadero significado si se refiere a la concreta voluntad de los que la crearon: se deduce que la interpretación del contrato deviene a un tiempo, objetiva y subjetiva<sup>25</sup>. La interpretación de la norma es la de un principio jurídico abstracto; la interpretación del contrato es la de un supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas, es decir, la interpretación de algo concreto<sup>26</sup>.

Al decir de PÉREZ GALLARDO<sup>27</sup>, el precepto a interpretar en una ley no puede rebasar la fórmula elegida, en los negocios jurídicos si se

<sup>24</sup> *Ídem*.

<sup>25</sup> En ese mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al declarar SIN LUGAR la revisión del expediente numero diecisiete, sentencia numero ciento sesenta y tres del año dos mil cinco, donde en el séptimo de los considerandos plantea que toda interpretación, tanto de las normas, como de los negocios jurídicos, exigen esencialmente captar el elemento espiritual, es decir, la voluntad e intención de los sujetos figurados en el acto jurídico, sin limitarse al sentido aparente que resulta de las palabras, de manera que la calificación jurídica que las partes hagan de un acto o contrato, no vincula al Tribunal, pues no se trata de premisas obligadas de hecho, sino de un problema doctrinal, de interpretación, privativa del juzgador.

<sup>26</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. «La interpretación del contrato». Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Valpuesta Fernández. Ma. R. et al. Valencia 1998. Tercera Edición.p.412.

<sup>27</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. ob. cit., p. 233.

puede reconstruir un precepto, más allá de la expresión verbal, dudosa, inexacta o incompleta, siempre que pueda determinarse por otras circunstancias atendibles.

Finalmente creo que la principal diferencia consiste que en el caso de la ley la norma expresada es general y abstracta, mientras que, en el otro, se trata de normas que obligan a personas individualmente determinadas.

## II.2 Interpretación de los Contratos. Definición

LÓPEZ Y LÓPEZ, al citar a DE CASTRO, aborda que el origen más remoto de las reglas de interpretación de los contratos es romano. La procedencia más inmediata de las contenidas en los Códigos civiles se encuentra en la obra de POTHIER, simplificación, como en tantas otras ocasiones, de la exposición de la materia de DOMAT.

Durante algún tiempo, y por la doctrina más antigua, se sostuvo que las reglas legales de interpretación carecían de verdadero carácter jurídico, viendo en las mismas simples consejos dirigidos al juez, a modo de orientaciones lógicas, o axiomas de sentido común, que le auxiliarían en su tarea, pero siempre considerándolas íntimamente vinculadas a la cuestión de hecho, de modo tal que entraban dentro de un ámbito de soberanía del juzgador, no sometible a revisión. Como se sabe, hoy la doctrina «se inclina decididamente a favor del carácter vinculante de las reglas de interpretación, por ser mandato del legislador y por ser precisamente un remedio frente a la arbitrariedad judicial»<sup>28</sup>.

Numerosos han sido los autores que se han pronunciado al respecto dando su criterio de qué entienden por interpretación contractual, y en ese sentido ESPÍN CÁNOVAS refiere que la interpretación del contrato tiene por finalidad precisar el sentido exacto de su contenido, y, por tanto, de las obligaciones que dimanen del mismo a cargo de una o de ambas partes. La interpretación afirma, es ante todo una cuestión de hecho<sup>29</sup>.

Al decir de DíEZ-PICAZO Y GULLÓN<sup>30</sup> interpretar un contrato tiene como principio rector la búsqueda de la voluntad real de las partes, su común intención al celebrar el contrato, qué es lo que se propusieron.

<sup>28</sup> López y López, A.M. ob.cit., p. 415.

<sup>29</sup> ESPÍN CÁNOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Volumen III. Obligaciones y Contratos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975. pp. 422 y 423.

<sup>30</sup> DíEZ-PICAZO, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio. Volumen II. Teoría General del Contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. Madrid, 1977. Editorial Tecnos. S.A p. 60.

En igual sentido, se pronuncia PUIG BRUTAU expresando que con la interpretación contractual se pretende determinar, a través de la conducta de cada parte, lo que una y otra han querido, o sea, es la búsqueda de la común intención de las partes contratantes<sup>31</sup>.

Según LACRUZ BERDEJO interpretar un contrato es declarar cual sea la virtualidad de las palabras en que se ha expresado la voluntad de las partes<sup>32</sup>. Por otra parte, se pronuncia MOSSET ITURRASPE, expresando que interpretar un contrato significa observar las manifestaciones negociales, las cláusulas o estipulaciones, para determinar su sentido y alcance<sup>33</sup>.

Recientemente ROGEL VIDE expone también su criterio al respecto, señalando que por interpretación de los contratos se entiende la actividad dirigida a colegir la voluntad de los contratantes a través de los diversos signos, declaraciones e incluso comportamientos empleados para expresarla. Dicha actividad adquiere singular importancia en los casos de discrepancia entre las partes sobre el alcance y significado de los acuerdos habidos entre las mismas, siendo intérprete por excelencia, a la postre, el juez encargado de resolver el conflicto de intereses sometido a su consideración<sup>34</sup>.

En cuanto a las diferentes definiciones comparto la expresada por PÉREZ GALLARDO quien expone que la interpretación del negocio contractual es una operación intelectual que persigue delimitar el sentido y alcance de las estipulaciones del contrato a los fines de que este produzca los efectos destinados a causar y con ello su ejecución. A tal motivo prevalecerá la búsqueda de la común intención de los artífices del contrato y no de una u otra intención<sup>35</sup>.

### **II.3. Interpretación y calificación del contrato. Distinción**

La calificación del contrato guarda estrecha relación con la interpretación del mismo pero a la vez existen entre ellas notables diferencias.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> LACRUZ Berdejo, José Luis. et al: Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, vol II. Teoría General del Contrato, Barcelona, 1987, Segunda Edición. p. 283.

<sup>33</sup> Citado en: Pérez Gallardo, Leonardo B. ob.cit., p. 230.

<sup>34</sup> ROGEL VIDE, Carlos. Derecho de Obligaciones y Contratos. Madrid 2007. p. 136.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

Para CASTÁN TOBEÑAS la interpretación sirve para fijar el sentido de lo querido y manifestado por las partes, mientras que la calificación hace referencia a la disciplina jurídica del contrato<sup>36</sup>. Como apunta MESSINEO, «a menudo, sin la interpretación (esencialmente la correctiva), no se puede llegar a la exacta calificación del contrato; pero no por eso las dos operaciones pueden identificarse. La interpretación sirve para establecer qué se ha querido efectivamente decir con las palabras empleadas por las partes; y es una investigación que versa sobre el hecho. La calificación sirve, en cambio, para establecer mediante una investigación la naturaleza del contrato y qué normas jurídicas han de aplicársele y, mediatamente, qué efectos derivan de la voluntad de las partes»<sup>37</sup>.

GIL RODRÍGUEZ<sup>38</sup> señala que la calificación del contrato es tarea que presupone la culminación de la interpretación propiamente dicha. Afirma que solo una vez que hemos averiguado la voluntad de los contratantes puede dictaminarse, con garantías de acierto, a qué tipo contractual corresponde, pues la interpretación es una tarea previa a la calificación si bien esta se interrelaciona con aquella.

<sup>36</sup> En igual sentido se pronuncia el Tribunal Supremo cubano al declarar SIN LUGAR la Revisión del expediente numero sesenta, en su sentencia cuarenta y cuatro del año dos mil cinco en el segundo de los considerando siendo ponente el Lic. Ulises Abad Hernández quien abordó que no aportado el Contrato por ninguna de las partes durante la sustanciación del proceso ordinario, no es posible acoger en esta instancia las alegaciones de la promovente relacionado con los extremos que pretende sostener sobre lo pactado en el Contrato, máxime cuando trata de imponerle al comprador establecer reclamaciones al transportista, apartándose de lo establecido al respecto en las Condiciones Generales del Contrato de Suministro; siendo importante destacar que: «La naturaleza de los contratos depende de sus condiciones esenciales, no de la calificación que le hayan dado los contratantes, y según se ha reiterado en la doctrina, no es el nombre que las partes den a sus convenciones el que han de prevalecer cuando se trate de precisar sus consecuencias jurídicas, sino de la naturaleza que ellas tengan realmente de acuerdo con la intención de los contratantes»; y la observancia de los presupuestos a que se contrae en lo estipulado en el artículo siete del Decreto Ley Número quince, «Normas Básicas para los Contratos Económicos», de tres de julio de mil novecientos setenta y ocho, conforme al cual: «Los contratantes, en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones, deberán prestarse la debida colaboración y actuar en la forma que resulte más eficiente para la economía nacional; lo que se hace más necesario en este tipo de relación jurídico-económica, dado el papel que corresponde a las mismas en el suministro de alimentos, y así se integra también en las exigencias sobre la proteína vegetal.

<sup>37</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Derecho de Obligaciones. Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Madrid, 1974. p. 514.

<sup>38</sup> Gil Rodríguez, Jacinto. «Interpretación y modificación del contrato»>. Manual de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato. Puig I Ferriol, LLuís et. al. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996, pp. 591 y 592.

Continúa explicando el citado autor que cualquiera que sea el momento en que se realice, la calificación consiste en hallar la naturaleza del contrato que se interpreta y que además para realizar dicha calificación, a diferencia de la interpretación, no ha de ser determinante lo que las partes dijera o quisieron al respecto, sino el significado objetivo de aquello que realmente pactaron. Mediante la calificación se averigua la compatibilidad y encaje del propósito contractual de las partes respecto de los esquemas tipificados por el legislador<sup>39</sup>.

Citando a nuestro profesor PÉREZ GALLARDO; quien refiere que la calificación resulta un quehacer fundamental para clasificar el contrato entre las categorías jurídicas existentes, ya sea en la ley, o en la propia doctrina y para acertar en su interpretación. La calificación se convertirá entonces en un presupuesto mismo de la interpretación resultando de las disposiciones legales que definen y caracterizan la figura contractual. Agrega, citando a p MOSSET ITURRASPE que los problemas de calificación se suscitan entre las partes contratantes, principalmente cuando una de ellas intenta evadir una reglamentación legal de la figura jurídica que no se acomoda a sus intenciones o necesidades<sup>40</sup>.

#### **II.4. Tipos de interpretación: interpretación subjetiva e interpretación objetiva**

La doctrina considera que dentro de la interpretación de los contratos existe la interpretación subjetiva e interpretación objetiva respectivamente.

DÍEZ-PICAZO<sup>41</sup> postula que en la interpretación contractual se manifiestan dos tipos de interpretaciones, la subjetiva y la objetiva. La interpretación subjetiva es aquella que se dirige a la averiguación o

<sup>39</sup> Un ejemplo del Tribunal Supremo en esta materia lo constituye el proceso de Revisión resuelto en la Sala de lo Económico en su sentencia cuarenta y cinco de treinta de junio de dos mil cinco cuando en su segundo considerando dispone.. «existiendo (...) discrepancias entre las partes acerca de la calificación del contrato con incidencia cierta en la determinación de sus Derechos y obligaciones y en la norma sustantiva a aplicar, en su caso, corresponde al tribunal su calificación, teniendo en cuenta además de la aludida intención de los contratantes, la naturaleza y finalidad del contrato, el principio de buena fe y lealtad negocial, y el sentido común en las relaciones contractuales».

<sup>40</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. ob.cit., pp. 233-234.

<sup>41</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, vol I, Introducción. Teoría del Contrato. ob. cit., pp. 260-261.

búsqueda de la voluntad real o intención común de los contratantes (voluntas spectanda). Es por consiguiente una interpretación histórica del contrato que persigue una reconstrucción del pensamiento y del propósito de los autores de la regla contractual.

La interpretación objetiva, en cambio, es aquella operación que trata de eliminar las dudas o las ambigüedades de la declaración contractual, atribuyendo a la misma un sentido y un significado objetivo incluso con independencia de la voluntad real de los contratantes.

Según el citado autor, parece llegarse a la conclusión que la interpretación subjetiva es el primer estadio de la interpretación, y que la objetiva deberá funcionar cuando no pueda reconstruirse de una manera indudable la concreta intención común o esta no haya existido.

El Código Civil español dedica a la interpretación contractual los artículos 1281 al 1289, todos ellos integrados en el capítulo IV «De la interpretación de los contratos» de su libro IV. Tales disposiciones, afirma ROGEL VIDE<sup>42</sup>, en opinión de la mejor doctrina, no son simples máximas de lógica o sentido común sino verdaderas normas jurídicas cuyos destinatarios son los ciudadanos, en general, y los jueces, en particular. Pueden ordenarse en dos grandes bloques, referido el primero a la interpretación llamada subjetiva artículos 1281 al 1283, y el segundo, artículos 1284 al 1289 a la llamada interpretación objetiva.

A pesar de que el Código español regula ambos tipos de interpretación como señalaba, vid. *supr*, se inclina por la interpretación subjetiva del contrato dado que la investigación se orienta a la búsqueda de la intención de las partes.

Por otra parte, el Código Civil de Bolivia regula la interpretación subjetiva en el artículo 510.1 y 2, y la interpretación objetiva en los artículos 511 al 518, de lo que se puede colegir que aunque la mayoría de sus artículos los dedica a la interpretación objetiva se afilia a la interpretación subjetiva del contrato, atendiendo a la importancia que reviste la autonomía de la voluntad.

Por su parte el Código de Chile regula la interpretación subjetiva en los artículos 1560 y 1561, y la interpretación objetiva en los artículos 1562 al 1566. Mientras el Código Civil de México regula la interpretación subjetiva en los artículos 1851 y 1852, y la interpretación objetiva en los artículos 1853 al 1857. En ese sentido el Código Civil

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 136 - 137.



de Nicaragua regula en los artículos 2496 al 2498 la interpretación subjetiva, y la interpretación objetiva en los artículos 2499 al 2503.

Adhiriéndome al criterio emitido por GALLARDO<sup>43</sup> en la regulación del Código Civil cubano, el artículo 52 combina ambos tipos de interpretación, a saber la subjetiva y la objetiva. La primera cuando expresa que la interpretación de los actos jurídicos ha de hacerse teniendo en cuenta «la voluntad presumible» el que la emite o de los que la emiten como supone el contrato, o sea, se busca la voluntad de los contratantes, común intención, diría la doctrina dominante. La segunda cuando el legislador hace referencia a «la significación generalmente aceptada de las palabras y las demás circunstancias concurrentes», elementos que también podrán ser tenidos en cuenta para la interpretación del contrato, o sea, para una interpretación filológica o gramatical, sistemática, conservadora y hasta histórica del contrato.

Tampoco ofrece prevalencia de un tipo de interpretación sobre otra, continúa abordando el citado autor, pues el legislador en la redacción del precepto separa los criterios interpretativos con el uso de la coma, situándolos al mismo nivel. El empleo de la conjunción «y» para referirse a «las demás circunstancias concurrentes» refuerza nuestro criterio de yuxtaposición de ideas, ubicadas en paridad de trato, si bien pudiera pensarse que el empleo en primer orden del criterio subjetivo podría constituir un indicio de la preferencia de nuestro legislador por el valor de la búsqueda de la voluntad interna de las partes contratantes.

No obstante, PÉREZ GALLARDO<sup>44</sup>, al citar a PÉREZ FUENTES, comparte el criterio de que finalmente prevalece la interpretación subjetiva, dado que la investigación se orienta a la búsqueda de la intención de las partes. Aun cuando a posteriori reflexiona sobre tal aseveración y no descarta la presencia del elemento objetivo en el precepto.

## **II.5. Los sujetos de la interpretación contractual**

La doctrina ha cuestionado quién es el destinatario de las normas sobre interpretación de los contratos y por consiguiente quién es el autor de la interpretación. Se considera por muchos autores, en este caso por DíEZ-PICAZO, que el destinatario de tales normas es el juez, puesto que a él corresponde decidir sobre el significado de las cláus-

<sup>43</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. ob.cit., p. 237.

<sup>44</sup> *Ídem*.

sulas dudosas. Esto es cierto, afirma el citado autor, sin embargo, parece que pueda decirse que el juez sea el único posible autor de la interpretación. Las normas sobre interpretación, afirma, se dirigen tanto al juez como a las partes del contrato, e incluso a los terceros que pueden de algún modo quedar afectados por él<sup>45</sup>. Atendiendo a la interpretación contractual, se ha llegado a la conclusión por varios autores en la doctrina, que existen según los sujetos que participan en ella en primer lugar una interpretación auténtica del contrato, que es la interpretación llevada a cabo por los autores del mismo conjuntamente. La interpretación auténtica del contrato dará lugar a un negocio de fijación en el que desembocará la eventual discusión de las partes. Dicho negocio vinculante para ellas dejará establecido el sentido en que el contrato debe entenderse y excluirá al menos entre las partes cualquier otra interpretación. En segundo lugar, podríamos hablar de una interpretación judicial del contrato; esta, sin embargo, no es una actividad autónoma, el juez en ella interpretará el contrato, en caso de litigio, como premisa para resolver la controversia acerca de su ejecución. La interpretación llevada a cabo por el juez vincula a las partes en relación con el litigio decidido. Cabe por último hablar de una interpretación doctrinal del contrato llevada a cabo por un tercero en función dictaminadora o asesora. Esta interpretación, naturalmente, no es vinculante<sup>46</sup>.

## II.6 Los principios rectores de la interpretación del contrato

Los principios rectores de la interpretación contractual van a ser las líneas primordiales que son necesarias tener en cuenta y cumplir para lograr los propósitos fundamentales a la hora de perseguir la verdadera voluntad de las partes contratantes. Según DÍEZ-PICAZO<sup>47</sup>, para él existen tres que considera de vital importancia: 1) El principio de búsqueda de la voluntad real de los contratantes; 2) El principio de conservación del contrato; 3) El principio de buena fe.

Al decir de PÉREZ GALLARDO<sup>48</sup>, según el rubro de la búsqueda de la voluntad real de los contratantes, denominada también *voluntas spectanda*, se debe buscar en primer orden la intención común de los

<sup>45</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. ob. cit., p. 261.

<sup>46</sup> *Ídem*.

<sup>47</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. ob. cit., pp. 261- 262.

<sup>48</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. ob. cit., pp. 242 - 243.

mismos y no la individual de cada uno de ellos, lo que tuvieron en mira ambas partes y no lo que cada uno pudo percibir para su finalidad personal.

Han sido numerosos los Códigos Civiles que han regulado en sus normas este importante principio.

En ese sentido, el Código de España lo regula en el segundo párrafo del artículo 1281<sup>49</sup>, el artículo 510.1<sup>50</sup> del Código Civil de Bolivia, el artículo 1298<sup>51</sup> del Código Civil de Uruguay, el Código Civil de Chile lo regula en el artículo 1260<sup>52</sup>, el artículo 1851<sup>53</sup> del Código Civil de México de 1928, el artículo 2496<sup>54</sup>, y en el segundo párrafo del Código Civil de Nicaragua.

De esta forma, la mencionada regla se regula en el artículo 4.1<sup>55</sup> denominada «intención de las partes» de los Principios UNIDROIT y de igual forma en los Principios del Derecho europeo de contratos en su artículo 5:101(1)<sup>56</sup> «denominado Reglas generales de interpretación».

Nuestro Código Civil regula este principio como sede primordial para la interpretación del acto jurídico en su artículo 52, cuando refiere: « [...] Cuando los términos de una manifestación de voluntad no

<sup>49</sup> El mencionado artículo refiere «[...] Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas[...]».

<sup>50</sup> El citado artículo plantea. «En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras».

<sup>51</sup> En ese sentido refiere que: «Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos».

<sup>52</sup> Dicho artículo expone que: «Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras»

<sup>53</sup> De esta manera refiere: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas». Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas.

<sup>54</sup> El mencionado artículo refiere que: « [...] Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas [...]»

<sup>55</sup> El citado artículo refiere en su primer apartado que: «El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes» y en el segundo: «Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas que la misma condición de las partes, colocadas en las mismas circunstancias».

<sup>56</sup> En ese sentido refiere el citado artículo que: «Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas».

son suficientemente claros, deben ser interpretados teniendo en cuenta la voluntad presumible del que la emitió[...]».

El principio de Conservación del contrato: PÉREZ GALLARDO<sup>57</sup> afirma que también se le denomina favor contractus, teniendo como función salvar la eficacia del contrato y que las partes obtengan el fin económico perseguido. Con su aplicación, continúa explicando el citado profesor se logra que, en caso de duda de si una cláusula contractual es o no válida, se prefiera la comprensión que le brinde validez a la misma, y ello aun cuando la duda exista frente a todo el contrato.

En ese sentido varios Códigos lo regulan, el Código Civil de Chile en su artículo 1562<sup>58</sup>, el Código Civil de Uruguay en el artículo 1300<sup>59</sup>, el Código Civil español en el artículo 1284<sup>60</sup>, el artículo 1853 del Código Civil de México de 1982, el artículo 2499 del Código Civil de Nicaragua, y por último el Código Civil de Bolivia lo regula en su artículo 510<sup>61</sup> en sus dos apartados.

Este principio es regulado también por importantes cuerpos normativos como los Principios de UNIDROIT en su artículo 4.5<sup>62</sup>, y por los principios del Derecho europeo de los contratos en su artículo 5:106<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. ob.cit. pp. 246 y 247.

<sup>58</sup> El mencionado artículo refiere que: «El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno».

<sup>59</sup> De esta manera expresa el artículo que: «Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Sin ambos dieren igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad».

<sup>60</sup> Dicho artículo plantea que «Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto», así el Código Civil de México y de Nicaragua.

<sup>61</sup> De esta manera expresa el artículo en su primer apartado: «En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras». Y en el segundo apartado: «En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de estos y las circunstancias del contrato».

<sup>62</sup> El artículo 4.5 de los Principios UNIDROIT denominado «Interpretación dando efecto a todas las disposiciones» donde refiere que: «Las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efecto a alguna de ellas».

<sup>63</sup> El citado artículo se denomina «Interpretación inútil» y refiere: «Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen».

En nuestro Código Civil no se hace referencia expresa a este principio, sin embargo, en la práctica jurídica se debe tener en cuenta para la interpretación de los contratos, pues es de gran importancia para lograr la validez y eficacia del mismo.

El principio de buena fe: Una consecuencia muy importante del principio de buena fe en materia de interpretación es la llamada regla *interpretatio contra stipulatorem*. Este principio en su aplicación a la interpretación contractual adquiere especial importancia; al decir de Díez-PICAZO<sup>64</sup>, los contratos deben interpretarse de acuerdo con la buena fe. Considera este autor la buena fe como un standard de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante, arribando en materia de hermenéutica de los contratos a las siguientes conclusiones: 1) Los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades. 2) La buena fe además de un punto de partida ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas, la buena fe impone también la aplicación de las ideas de confianza y de autorresponsabilidad en la interpretación. Si una de las partes, con su expresión o su declaración suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso. Las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más conforme con la confianza que hayan podido suscitar de acuerdo con la buena fe<sup>65</sup>. En va-

<sup>64</sup> Díez-PICAZO, Luis: ob .cit., pp. 263 - 264.

<sup>65</sup> Otro ejemplo del Tribunal Supremo lo constituye el expediente número cuarenta y ocho, sentencia número sesenta y siete del año dos mil cuatro, que en su segundo considerando expresa: «Que examinado y deducido el contenido de las alegaciones de las partes; las pruebas documentales obrantes a fojas de los expedientes ordinario y de revisión, entre estas, las Cartas de Porte; el Acta de Conciliación y la factura, para el establecimiento de la correspondencia entre estas y las posiciones sostenidas por las mismas en observancia del principio que informa que «Es de equidad que se tenga en cuenta la buena fe de los contratantes»; sin que pueda entenderse individualizando las actuaciones de los principales directivos, de las implicaciones y consecuencias derivadas de los actos de sus funcionarios, como es el caso de lo sostenido respecto a las condiciones en que fueron firmadas las Cartas de Porte, y la oposición por la no firma de la factura que, si bien refrenda la conformidad con el servicio prestado, es lo cierto que las primeras constituyen un concierto que obliga a las partes durante perfeccionamiento de los servicios de transportación, entiéndase, el cumplimiento de las obligaciones de los contratantes; y en consecuencia durante el pronunciamiento sobre el fondo del asunto por el Tribunal en la instancia agotada se produjo una apreciación inadecuada de elementos de hecho y de Derecho, integrándose de tal razón los presupuestos en los cuales sostiene la promovente la solicitud de revocación de la mencionada Sentencia número trescientos cincuenta y ocho; artículo ciento once, inciso «c» de las «Reglas de Procedimiento». Y en consecuencia, de los hechos que resultaron probados, es de aplicación lo establecido en el artículo noventa y dos, inciso «d» del Decreto ochenta y siete de mil novecientos ochenta y uno, «Reglamento de las Condiciones Generales del Contrato de Transporte de Carga».

rios Códigos Civiles como el nuestro nada se establece sobre la buena fe como principio para la interpretación de los contratos, y como dijera GALLARDO<sup>66</sup>, no puede negarse el valor informante que como principio del Derecho positivo cubano tiene la buena fe, al amparo de lo que se prevé en el artículo 6<sup>67</sup> de nuestro Código Civil, empero, a pesar de que nuestro Código no regule la buena fe como principio hermenéutico, nada impedirá a los operantes del Derecho ofrecer una ajustada interpretación del negocio contractual.

Sin embargo en el artículo 1 del Decreto-Ley No. 15 sobre «Normas Básicas para los Contratos Económicos» de 3 de julio de 1978, se regula la buena fe<sup>68</sup>; y el Código de Comercio también lo preceptúa en su artículo 57<sup>69</sup>.

Amén de todos estos principios que son imprescindibles para la interpretación de los contratos, existen reglas que también contribuyen a desentrañar la verdadera voluntad de las partes del contrato.

## **II.7.Principales reglas de interpretación contractual**

De la misma manera que existen principios que presiden y disciplinan la interpretación de las normas jurídicas, tienen que existir también reglas que gobiernen la interpretación de los contratos a fin de auxiliar a los operadores del Derecho a la hora de desentrañar la verdadera intención de las partes. Y en ese sentido tenemos:

### **II.7.1. *In claris non fit interpretatio***

Coincidiendo con PÉREZ GALLARDO<sup>70</sup>, este axioma significa que la interpretación solo opera cuando los términos del contrato no resul-

<sup>66</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B: ob. cit., p. 253.

<sup>67</sup> El citado artículo refiere: «La buena fe se presume cuando el Código la exige para el nacimiento o los efectos de un Derecho».

<sup>68</sup> A tenor del citado artículo: Las partes en un contrato económico están obligadas a actuar de buena fe y a prestarse la debida cooperación en su concertación, interpretación y ejecución.

<sup>69</sup> El artículo 57 del Código de Comercio refiere: «Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones».

<sup>70</sup> PÉREZ GALLARDO. Leonardo B. ob. cit., pp. 239-242.

tan claros, o sea, dudosos, ambiguos, contradictorios; significa que ante expresiones claras y precisas se excluye todo tipo de interpretación. Cuando se llega a la conclusión, afirma el citado autor, que los términos empleados por las partes resultan totalmente claros, alejando cualquier intento de recurrir a las normas de interpretación, implica per se que se ha interpretado el contrato, aun cuando no se hubiese podido entender lo que las partes quieren, a no ser a través de la indagación de esa voluntad, patente con una mera lectura del documento en el que aparece contenido el contrato. Pero es que la lectura también es una operación hermenéutica.

Gran parte de los Códigos Civiles vigentes, regulan el viejo axioma, como diría GALLARDO<sup>71</sup>, así el artículo 1851, párrafo primero del Código Civil de México de 1928<sup>72</sup>, el artículo 2496 párrafo primero del Código Civil de Nicaragua, el Código Civil de España también lo regula en su artículo 1281 en su primer apartado.

Nuestro Código Civil también regula esta regla en su artículo 52<sup>73</sup>, del cual se puede concluir que de ser claros los términos sujetos a interpretación no habrá que acudir a ella, reflexión que se manifiesta en sentido contrario a la ratio de la propia interpretación negocial.

## II.7.2 El canon hermenéutico de la totalidad

Esta regla está estrechamente vinculada con el principio de conservación del contrato y dentro de la lógica tiene una gran importancia lo que BETTI ha llamado el canon hermenéutico de la totalidad o interpretación sistemática del contrato<sup>74</sup>; esta regla vale tanto para hallar la voluntad común de los contratantes, como para resolver las dudas del intérprete, porque «la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiéndose encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye»<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p.239.

<sup>72</sup> El mencionado artículo refiere: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas», de igual forma el Código Civil de Nicaragua y de España.

<sup>73</sup> El vigente Código Civil en su artículo 52 refiere que se acudirá a la interpretación del acto jurídico: «Cuando los términos de una manifestación de voluntad no son suficientemente claros [...]».

<sup>74</sup> DíEZ-PICAZO, Luis. ob. cit., p. 265.

<sup>75</sup> DíEZ-PICAZO, Luis: y Antonio Gullón ballesteros: Sistema de Derecho civil, vol II. Teoría General del Contrato, ob.cit., p.66.

PÉREZ GALLARDO<sup>76</sup>, por su parte, expone que a esta regla también se le denomina interpretación contextual y en ella la interpretación del contrato se ha de realizar teniendo en cuenta que este constituye un todo indivisible, hallándose sus cláusulas encadenadas las unas por las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del contexto general. Para encontrar la común intención de las partes hay que buscarla en todo el contexto del contrato y no en cláusulas aisladas.

La interpretación contextual o sistemática, según como se le llame, aparece también consagrada en los Principios de UNIDROIT en el artículo 4.4<sup>77</sup>, denominado interpretación contextual del contrato; y en el artículo 5:105<sup>78</sup>, de los Principios de Derecho europeo de Contratos con el nombre «Referencia al contrato como unidad».

Esta regla es regulada por varios Códigos Latinoamericanos, como por ejemplo: el Código Civil de Chile en su artículo 1564<sup>79</sup>, el artículo 1854 del Código Civil de México de 1928, el Código Civil de Bolivia lo regula en su artículo 514 denominado «Interpretación por la totalidad de las cláusulas», el Código Civil de Nicaragua lo regula en el artículo 2500, y el Código Civil español lo regula en su artículo 1285.

Nuestro Código Civil aunque no regula expresamente esta regla, de la lectura del artículo 52 cuando refiere: [...] «y las demás circunstancias concurrentes», se puede inferir que debemos interpretar el contrato como un todo y no aisladamente, atendiendo a todas las circunstancias que influyen y el contrato en su totalidad.

### **II.7.3. Interpretatio contra proferentem**

La regla en cuestión tiene sus antecedentes en el Derecho Romano afirma, PÉREZ GALLARDO<sup>80</sup>, y expone que es una consecuencia muy importante del principio de buena fe en materia de contratación. Ha sido llevada a norma positiva por aquellos Códigos Civiles que han seguido la fórmula del Code Napoléon, a saber: el Código Civil

<sup>76</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B: ob.cit., pp. 248 -249.

<sup>77</sup> Refiere el citado artículo que: «Las cláusulas y expresiones se interpretarán en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren».

<sup>78</sup> De esta forma expresa: «Los términos de un contrato deben interpretarse a la luz de dicho contrato en su conjunto».

<sup>79</sup> El mencionado artículo refiere: «Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad», así el Código Civil de México, Bolivia, Nicaragua y España.

<sup>80</sup> PÉREZ GALLARDO. Leonardo B: ob. cit., p. 250.



de Uruguay lo regula en su artículo 1304<sup>81</sup>, segundo párrafo, el Código Civil de Bolivia en el artículo 518 denominado «Interpretación contra el autor de la cláusula», el Código Civil de Nicaragua en su artículo 2503<sup>82</sup>, el Código Civil de España lo regula en el artículo 1288, y el Código Civil de Chile lo regula en el artículo 1566<sup>83</sup>, segundo párrafo.

Continúa explicando el citado autor que teniendo en cuenta esta regla, la interpretación de aquellas cláusulas oscuras o dudosas de un contrato redactado unilateralmente por una de las partes no ha de favorecer a la parte que, por expresarse indebidamente, ha ocasionado la oscuridad<sup>84</sup>. Dicha regla interpretativa, constituye una carga adicional para quien redacta unilateralmente el contrato y, en consecuencia, supone una ventaja para quien lo suscribe sin haber intervenido en la fase de su redacción.

La *interpretatio contra proferentem* también aparece consagrada tanto en los Principios de UNIDROIT en su artículo 4.6<sup>85</sup>, denominado de igual forma que la regla, y también en los Principios del Derecho europeo de contratos en su artículo 5:103<sup>86</sup>, regla contra *proferentem*.

Esta regla tampoco aparece consagrada en nuestro Código Civil a pesar de la importancia que reviste para la interpretación de los contratos.

<sup>81</sup> El citado artículo refiere: «En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación», de igual forma lo preceptúa el Código de Bolivia.

<sup>82</sup> En él se expone que: «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato, no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad», así también lo regula el Código Civil de España.

<sup>83</sup> Así refiere que: «Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella».

<sup>84</sup> Sobre este particular la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo cubano da solución al proceso de revisión en las sentencias setenta y nueve y ochenta respectivamente del año dos mil cinco, teniendo como ponente el juez Abad Hernández, donde refiere en el primer considerando de ambas sentencias que: «En la interpretación de los Contratos o Actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencias, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes; teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y la buena fe [...]».

<sup>85</sup> El mencionado artículo refiere que: «Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte».

<sup>86</sup> Dicho artículo expone: «En caso de duda, los términos del contrato que no se hayan pactado de manera individual, se interpretarán preferiblemente contra la parte que los hubiera propuesto».

## II.8. Los resultados de la interpretación

Según Díez-PICAZO<sup>87</sup> la interpretación tiene un resultado práctico, consistente en la fijación del sentido atribuible a los pactos y estipulaciones contenidas en los contratos como premisa previa e ineludible para decidir las encontradas pretensiones mantenidas por las partes en la ejecución del contrato. Con arreglo a sus resultados, la interpretación de un contrato puede ser:

- a) Literal, cuando el sentido, definitivamente atribuido al contrato, coincide con la manera común de entender las expresiones.
- b) Restrictiva, cuando el sentido definitivamente atribuido comporta una limitación de los deberes y derechos contractuales.
- c) Extensiva, cuando la disposición contractual se extiende a supuestos no comprendidos en el contrato.

Finalmente, agrega, puede hablarse de una interpretación derogatoria del contrato, para aludir a los supuestos de imposibilidad de interpretación. El contrato deviene ininteligible y esto permite una imposibilidad de realizar la función económica o económico-social proyectada. La imposibilidad de interpretación y la ininteligibilidad conducen entonces a la ineficacia del contrato.

### Consideraciones Finales

Teniendo en cuenta que el contrato también es una norma, no podemos igualar la interpretación de la ley a la interpretación del contrato, pues mientras –esta debe orientarse en orden a su ratio general, la interpretación de la regla contractual debe realizarse teniendo en cuenta a las partes contratantes entre quienes va a surtir su efecto obligatorio. El precepto a interpretar en una ley no puede rebasar la fórmula elegida, en los negocios jurídicos sí se puede reconstruir un precepto, más allá de la expresión verbal, dudosa, inexacta o incompleta, siempre que pueda determinarse por otras circunstancias atendibles.

Nuestro Código Civil no regula expresamente la interpretación de los contratos sino que dedica un solo precepto a la interpretación del acto jurídico de alcance general. Este precepto ha sido muy poco estudiado; no obstante, de él se puede razonar el siguiente análisis siguiendo el criterio de GALLARDO<sup>88</sup>. En el Libro I se regula todo lo

<sup>87</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B: ob. cit., pp. 248 - 249.

<sup>88</sup> *Ídem*.

relacionado a la relación jurídica civil y en particular al acto jurídico, enunciando solamente reglas de alcance general aplicables a todo tipo de acto jurídico, aun cuando existe la necesidad de particularizar en cada acto puesto que en sede de interpretación las reglas de interpretación del contrato no tienen por qué ser idénticas a las del testamento, o a las del matrimonio. En el citado artículo se combinan ambos tipos de interpretación, a saber la subjetiva y la objetiva. La primera cuando expresa que la interpretación de los actos jurídicos ha de hacerse teniendo en cuenta «la voluntad presumible» del que la emite o de los que la emiten como supone el contrato, o sea, se busca la voluntad de los contratantes, común intención, diría la doctrina dominante. La segunda cuando el legislador hace referencia a «la significación generalmente aceptada de las palabras y las demás circunstancias concurrentes», elementos que también podrán ser tenidos en cuenta para la interpretación del contrato.

Para la interpretación de los contratos es necesaria la utilización de una serie de principios a fin de desentrañar la verdadera voluntad de las partes contratantes. En ese sentido tenemos el principio de búsqueda de la voluntad real (*voluntas spectanda*) consagrado en nuestro artículo 52; la conservación del contrato asume como función salvar la eficacia del contrato, esto significa que en caso de duda de si una cláusula contractual es o no válida debe preferirse la comprensión que le brinde validez a la cláusula, y ello, aún cuando la duda exista frente a todo el contrato, este principio, a pesar de la importancia que reviste para la hermenéutica contractual, no aparece consagrado en nuestro Código Civil. La buena fe como principio interpretativo se presenta como una directiva básica y elemental en sede de interpretación contractual, pues presupone que el comportamiento de las partes contratantes, desde el inicio del contrato hasta la etapa posterior al cumplimiento de este, debe estar informado por un actuar honesto, leal, o sea, sin apartarse de las ideas de confianza y de autorresponsabilidad por parte de los contratantes. A pesar de que nuestro Código Civil enuncia este principio en su artículo 6 como valor informante, no lo regula como principio hermenéutico, sin dejar de reconocer por la doctrina cubana el valor y la importancia que reviste para nuestro Derecho positivo.

De la misma forma que existen principios que presiden la interpretación contractual, también debemos tener en cuenta que existen reglas para desentrañar la intención de las partes al celebrar el

contrato, y en ese sentido tenemos el viejo axioma *in claris non fit interpretatio*, que significa que ante expresiones claras y precisas, se excluye todo tipo de interpretación. Sin embargo en nuestro Derecho se defiende la idea de que el solo hecho de llegar a la conclusión de los términos empleados por las partes sean claros, implica que ya se ha interpretado el contrato; esta regla aparece regulada en nuestro Código Civil en su artículo 52. La *interpretatio contra proferentem*, derivación del principio de buena fe, estableciendo que la interpretación de aquellas cláusulas oscuras o dudosas de un contrato redactado unilateralmente por una de las partes no ha de favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad, tampoco aparece regulado en nuestro Código Civil. El canon hermenéutico de la totalidad refiere que las cláusulas del contrato se han de interpretar teniendo en cuenta todo el contenido del contrato y no en cláusulas aisladas, nuestro Código Civil a pesar de no regular esta regla expresamente, de la simple lectura del artículo 52, cuando aborda «[...] y las demás circunstancias concurrentes [...]» se infiere que está aludiendo a que el contrato se interprete a la luz de su contexto general.

## **Recomendaciones**

En el orden normativo:

Para poder lograr la regulación de los principios reconocidos por la doctrina y las legislaciones modernas, en cuanto a interpretación debemos, además de respetar la sistemática actual del Código Civil que regula la interpretación en su parte general:

1. Incluir en la regulación del Código Civil cubano, en cuanto a la interpretación de los actos jurídicos, un artículo que permita el reconocimiento expreso del principio de la conservación del contrato, la redacción del mismo podrá ser:  
ARTÍCULO \_\_\_\_ «Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto».
2. En cuanto a la apreciación de la buena fe, en la interpretación debe cumplirse la regulación de ese principio en el artículo 6 de nuestro Código Civil, de tal forma que se reconozca no solo para el nacimiento o efecto de determinados derechos, sino que constituya un principio a tener en cuenta por las partes en toda la relación jurídica; en ese sentido debe incluirse un artículo que sea del tenor siguiente:  
ARTÍCULO \_\_\_\_ «Las partes en el acto jurídico están obligadas a actuar de buena fe y a prestarse la debida cooperación en su concertación, interpretación y eficacia».
3. En relación a las reglas de interpretación debe valorarse la inclusión en el Código Civil cubano de un artículo que reconozca el canon hermenéutico de la totalidad, en tal sentido podrá establecerse:  
ARTÍCULO \_\_\_\_ «Las cláusulas y expresiones se interpretan en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren».
4. También en cuanto a las reglas debe tenerse en cuenta la *Interpretatio contra proferentem*, su inclusión puede expresarse en la forma siguiente:  
ARTÍCULO \_\_\_\_ «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que ocasionó la oscuridad».

## **Bibliografía**

- ALBALADEJO, M. (1965); *Derecho Civil*. (2da. ed.), Editorial Bosch, Barcelona.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1974): *Derecho Civil Español Común y Foral. Derecho de Obligaciones*. (11na. ed., Vol. III). *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Editorial Reus S.A., Madrid.
- DIEGO CAÑIZARES, F. (1996): *Teoría del Estado*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba.
- DÍEZ PICAZO, L. (1983): *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*. (2da. ed.), Editorial Tecnos S.A., Madrid.
- DÍEZ PICAZO, L Y A GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil. Teoría General del Contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular*. (2da. ed., Vol. II), Editorial Tecnos, Madrid, 1976.
- \_\_\_\_\_ : *Teoría General del Contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular*. Editorial Tecnos, S.A., (3ra. ed., Vol. II), Madrid, 1977.
- \_\_\_\_\_ : *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*. Editorial Tecnos, S.A., (4ta. ed.), Madrid, 1982.
- \_\_\_\_\_ : *Sistema de Derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi Contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad Extracontractua*. Editorial Tecnos, S.A., 6ta. ed., Vol. III, Madrid, 1989.
- ESPÍN CÁNOVAS; D: *Manual de Derecho Civil Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, (2da. ed.), Madrid, 1968.
- \_\_\_\_\_ : (1975): *Manual de Derecho Civil Español. Obligaciones y Contratos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. III.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J. (2002). *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba.
- FERRARI YAUNNER, M. «La interpretación del Derecho y de los contratos», en *Revista Jurídica*, (12): 102-111, Editorial MINJUS, La Habana, 2005.

- GIL RODRÍGUEZ, J., GENTE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, PUIG I FERRIOL, LL. «Interpretación y modificación del contrato», en *Manual de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato*. Editorial Marcial PONS, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 590 – 611, Madrid, 1996.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1987): *Temas de Derecho Civil*, Centro Editorial, S.A., Valencia.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELAGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1987): *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Teoría General del Contrato* Editorial José María Bosh, (2da. ed., Vol. III), Barcelona.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, MA., BLASCO GASCÓ, F., CAPILLA LONCERO, F., MONTÉS PENADÉS, V.L. Y ET.AL. «La interpretación del contrato». *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. (3ra. ed.), Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 409 – 429, Valencia, 1998.
- LÓPEZ SANZ, S. (1983): *Curso elemental de Derecho Civil*. Editorial Bello, 2da. ed., Valencia.
- LUCAS, JAVIER DE., JOSÉ AÑÓN, MARIA, APARISI, ÁNGELA, BEA, EMILIA, FERNÁNDEZ, ENCARNACIÓN y et. al. *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA CARIDAD, PÉREZ GALLARDO, L.B., VALDÉS DÍAZ, C.C., DELAGADO VERGARA, T., TOLEDANO CORDERO, D: *Derecho de Contratos. Teoría General del Contrato*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- ROGEL VIDE, C: *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Madrid, [s.n.], 2007.

### ***Fuentes Documentales***

Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto Número 1937, de 29 de noviembre de 1976 del Ministerio de Justicia.

Código Civil de la República de Cuba, Ley 59 de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 16ta. edición, Civitas, Madrid, 1993.

Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge Obregón Heredia (concordado), Porrúa, México, 1988.

Código Civil de la República Oriental de Uruguay sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline Barreiro de Gallo, Barreiro y Ramos S. A. Editores, Montevideo, 1994.

Código de Comercio de 1886.

Ley 77 sobre la Inversión extranjera, 1995.

Decreto-Ley 15 sobre Normas Básicas para los Contratos Económicos, 1978.

Principios de derecho europeo de los contratos traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93. La versión inglesa de los principios es la versión original.

Principios UNIDROIT para la celebración de los contratos comerciales internacionales.

Proyecto de Resolución sobre normas generales de contratación económica.

### ***Sentencias***

Sentencia 76 de julio de 2004 del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia 44 de agosto de 2004 del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia 153 de marzo de 2005 del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia 163 de abril de 2005 del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia 45 de 30 de junio de 2005 del Tribunal Supremo Popular.



**BREVE PANORAMA ACERCA DE ALGUNAS DE LAS  
CORRIENTES ASUMIDAS POR LAS LEGISLACIONES Y LA  
DOCTRINA SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL  
DELITO DE LAVADO DE DINERO (VISTO COMO FIGURA  
ACCESORIA Y COMO FIGURA PRINCIPAL). PARTE 1 (BIEN  
JURÍDICO DEL DELITO PREVIO Y BIEN JURÍDICO PROPIO: LA  
SEGURIDAD DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA)**

*Dr. C. Diana Hernández de la Guardia*

*PALABRAS CLAVE*

Derecho penal, delito previo, figura autónoma, bien jurídico patrimonial, bien jurídico salud pública, bien jurídico seguridad del estado, bien jurídico administración de justicia.

*RESUMEN*

El conjunto de artículos propuestos, organizados en tres partes con un mismo título, busca abordar la temática brindando una visión general de los principales planteamientos de la doctrina acerca del tema, con un repaso de la legislación comparada para arribar a conclusiones en el caso de nuestro país.

Este primer trabajo, de un total de tres, analiza posibles bienes jurídicos del delito de lavado de dinero desde un prisma amplio, abarcando distintas corrientes y legislaciones, tanto las que lo consideran como una figura accesoria, hasta las que lo valoran como una figura principal.

**1. El delito de lavado de dinero como figura accesoria: el bien jurídico del delito previo de contenido patrimonial**

Una de las figuras jurídicas más controvertidas en lo que a caracterización del bien jurídico se refiere, es la de lavado de dinero. Dada su relativa novedad dentro del contexto jurídico-penal y a la inclusión apresurada en diferentes títulos en los Códigos penales de distintos países, se ha llegado a valorar la tutela de uno u otro bien jurídico.

De este modo, el tipo penal ha transitado por ser considerado como una figura accesoria, y por tanto, el bien jurídico protegido está de-

terminado por el de la figura principal. También se ha valorado como un delito que protege para unos, la administración de justicia, o el orden socioeconómico, o la hacienda pública, o la seguridad del estado, o tal vez, todos esos bienes jurídicos.

Siendo un delito de reciente creación, en sus inicios se le consideró como figura accesoria, entendiendo el bien jurídico como dependiente del tutelado en el acto ilícito inicial. Con las primeras formulaciones no existió suficiente claridad acerca del bien jurídico lesionado por las nuevas conductas reguladas y se consideró que el delito como tal no protegía bienes jurídicos propios, sino aquellos afectados con los delitos realizados previamente y que habían dado como consecuencia beneficios, cuyo disfrute no se quería permitir.

Por ello se creyó prudente penar conductas derivadas de la realización de actos iniciales graves que posibilitaban también beneficios económicos para personas que no habían participado en el delito previo, pero resultaban favorecidas económicamente con su comisión<sup>1</sup> y se entendió el bien jurídico dependiente de la acción delictiva principal.

En particular, la legislación italiana trascendió como promotora de este enfoque luego de buscar alternativas para impedir el enriquecimiento de secuestradores y similares<sup>2</sup> y creó en 1978 una figura que penaba a los ejecutores de *«hechos o actos encaminados a sustituir dinero o valores procedentes de los delitos de robo agravado, extorsión agravada o secuestro de personas con finalidad extorsiva por otro dinero u otros valores, con el objeto de lograr un provecho*

<sup>1</sup> «Pero tampoco parece acorde con los postulados que rigen el Derecho penal moderno considerar que la punición del blanqueo de capitales sirve para dotar de ulterior protección a los bienes jurídicos de los delitos de los que el beneficio económico trae causa. Esta solución no puede resultar satisfactoria porque entonces no halla explicación por qué para prevenir la comisión de un delito se impone una pena a un sujeto distinto a aquel cuyo comportamiento se quiere evitar»: SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS J.; «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», en Cuadernos de Política Criminal, No. 58, Edersa, Madrid, 1996, pág. 145.

<sup>2</sup> Al extremo de llegar a congelar los activos de la familia de la víctima para evitar así que se pudiera realizar el pago instado, lo cual ha sido criticado por Colombo: COLOMBO, GHERARDO; *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari illeciti con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, págs. 60 y ss.

*propio o ajeno, o de ayudar a los autores de los citados delitos a asegurarse el provecho del delito»<sup>3</sup>.*

Se dirigió así la política criminal a frenar y coartar posibles acciones a favor de autores de determinados delitos de franco contenido patrimonial (robo, extorsión y secuestro extorsivo), -pues por esa época proliferaron en Italia-, e impedir los actos propiciatorios de tales conductas<sup>4</sup>, en cuanto permitían asegurar el fin último para el cual fue cometido<sup>5</sup>, siendo este el enriquecimiento. Otra de las finalidades también perseguida por los delincuentes era garantizar la ocultación de huellas que condujeran a delatar el delito principal<sup>6</sup>. Esa regulación italiana se colocó a continuación del delito de recepción<sup>7</sup> y por tanto, dentro de los delitos contra los derechos patrimoniales, criterio seguido en un momento u otro, por varias legislaciones, como las de Austria<sup>8</sup>, Australia, Canadá, Francia, Suiza<sup>9</sup>, Bélgica y Dinamarca<sup>10</sup>.

Por tal razón en España, en su primera versión, el ilícito de lavado de dinero, fue contemplada dentro de los delitos contra el patrimonio, pues tenía lugar cuando su objeto provenía de una infracción «contra los bienes». Si bien la doctrina criticó esa decisión<sup>11</sup>, concluyó con-

<sup>3</sup> Recogido en el artículo 648 bis del Codice Rocco: FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A.; El delito, ob. cit., pág. 186. También el 648 ter, BLANCO CORDERO; El delito de blanqueo de capitales, Madrid, Colex, 1998, pág. 192. MAZZACUVA, N.; «Criminalità organizzata ed attività economica: il fenomeno del riciclaggio», en Verso un nuovo Codice Penale, itinerari, problemi, prospettive, Giuffrè Editore, Milán, 1993, pág. 379. DONADIO, GIANFRANCO; «Le fattispecie incriminatrici nel diritto italiano», en Il riciclaggio dei proventi illeciti, tra politica criminale e diritto vigente, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1996, págs. 163 y 167.

<sup>4</sup> COLOMBO, G.; Il riciclaggio, ob. cit., pág. 80 y ss.

<sup>5</sup> Enlazándose con la institución conocida como «delito agotado o perfecto»: CONDEPUMPIDO FERREIRO; C.; encubrimiento y receptación, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 19.

<sup>6</sup> MAZZACUVA, NICOLA; «Criminalità organizzata ed attività economica: il fenomeno del riciclaggio», en Verso un nuovo Codice Penale, itinerari, problemi, prospettive, Giuffrè Editore, Milán, 1993, pág. 381 y ss.

<sup>7</sup> «Esta ubicación sistemática ha llevado a AZZALI a considerar que, en línea con la interpretación tradicional del art. 648, los intereses tutelados por los arts. 648 bis y 648 son los mismos que los lesionados por el delito previo»: BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., pág. 192. También sobre el tema, ZANCHETTI, MARIO; Il riciclaggio di denaro proveniente da reato, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1997, págs. 132 y ss.

<sup>8</sup> BACIGALUPO, E.; «Studio comparativo del diritto penale degli Stati membri della UE sulla repressione del riciclaggio o «lavaggio» di denaro illecitamente ottenuto», en Il riciclaggio dei proventi illeciti, tra politica criminale e diritto vigente, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1996, págs. 102 y ss.

<sup>9</sup> ZANCHETTI, M.; Il riciclaggio di denaro proveniente da reato, ob. cit., págs. 170-173.

<sup>10</sup> E. A.; El delito, ob. cit., pág. 198.

<sup>11</sup> Díez Ripollés; «El blanqueo de capitales», ob. cit., pág. 595. FABIÁN CAPARRÓS; «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, Fascículo II, mayo-agosto, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1993, pág. 613, Nota 60.

siderando: «tal opción, basada en la existencia de ciertas afinidades de orden criminológico... se debe a la imposibilidad de encontrar un lugar más adecuado para un delito propio de las postrimerías del presente siglo en unos cuerpos legales que fueron redactados para regular a la sociedad de una época que ya no es la nuestra»<sup>12</sup>.

Con igual criterio, en ese país se elaboró el Anteproyecto del Código penal de 1992, conteniendo un delito de blanqueo de dinero para las infracciones graves (dentro de los delitos contra el patrimonio) y también otro muy similar pero para los capitales fruto del tráfico de drogas<sup>13</sup>, manteniendo de este modo una dualidad injustificada<sup>14</sup>. En tanto, en Portugal se elaboró un Proyecto de Ley Orgánica que situaba al blanqueo junto a la receptación<sup>15</sup>. Ello ha permeado el criterio sobre el bien jurídico tutelado en este delito: al considerar la doctrina española las conductas de blanqueo de capitales como «modalidades delictivas afines a la receptación»<sup>16</sup>.

Similar posición ha sido planteada por estudiosos alemanes con relación al bien jurídico protegido en el 261.2 del Código penal alemán –artículo regulador del lavado- donde se admite que los bienes jurídicos tutelados son tanto la administración de justicia como el del delito previo<sup>17</sup>.

No obstante, el criterio acerca de que el blanqueo tutela también los bienes jurídicos protegidos por el delito previo, -con el cual frater-

<sup>12</sup> FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., pág. 198.

<sup>13</sup> Artículo 309 (blanqueo de dinero) y artículo 356 (drogas) del Proyecto (BOCG, IV Legislatura, Serie A, No. 102-1, 23 de septiembre de 1992, págs. 71 y 78 respectivamente).

<sup>14</sup> Como afirma Vidales Rodríguez: «hubiese sido deseable la parificación de los mismos y, en nuestra opinión, el hecho de que no haya sido así evidencia una patente falta de criterios unitarios y por qué no decirlo, una cierta «desorientación legislativa», a la hora de dar un adecuado tratamiento jurídico-penal a esta figura», VIDALES RODRÍGUEZ; Los delitos, ob. cit., pág. 83. FABIÁN CAPARRÓS; «Consideraciones de urgencia», ob. cit., pág. 615, Nota 63. FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., pág. 223, Nota 180.

<sup>15</sup> FARIA COSTA; «El blanqueo de capitales», ob. cit., pág. 665, Nota 23.

<sup>16</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.; «Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo», ob. cit., pág. 1722.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, Salditt, citado por BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., págs. 185-188.

niza buena parte de la doctrina española<sup>18</sup>-, no es, desde el punto de vista doctrinal, ni exclusiva de este delito ni siquiera condicionada a una modalidad accesoria. Para delitos autónomos como el encubrimiento, que otrora recibía con bastante uniformidad el criterio acerca de la protección a la Administración de Justicia, «se ha sugerido la naturaleza pluriofensiva de la acción, pues mediante el auxilio se favorece, aun en fase de agotamiento del delito preexistente, la definitiva lesión de los objetos o derechos de donde proceden el provecho, producto o precio a los que se refiere el precepto»<sup>19</sup>.

## **2. El delito de lavado de dinero como figura accesoria: el bien jurídico del delito previo de tráfico de drogas**

Consecuencia de la valoración anteriormente analizada, acerca del delito de blanqueo como una figura accesoria derivada de una principal, ha habido otra corriente que lo ha vinculado a la protección de la salud pública. Ese criterio predomina fundamentalmente para aquellas formulaciones delictivas que contemplan únicamente como delito previo del delito de blanqueo de capitales, el de comercio ilícito de estupefacientes. Por tanto, se ha considerado el combate al tráfi-

<sup>18</sup> A favor de que este es el bien jurídico protegido por el delito, de forma más o menos directa: BAJO, M. y BACIGALUPO, S.; Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 684. RUIZ VADILLO; «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español», ob. cit., pág. 102. PRIETO RODRÍGUEZ, J. I.; El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español, segunda edición, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 410. Y de manera mediata, ZARAGOZA AGUADO; «Blanqueo de dinero», ob. cit., págs. 114 y 115. QUINTERO OLIVARES, G. y otros; Comentarios al nuevo Código Penal, 3a. edición, revisada, actualizada y puesta al día, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 1489, 1491. HUERTA TOCILDO, S.; «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines», en Delitos Socioeconómicos en el nuevo Código Penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 386.

<sup>19</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; «El encubrimiento», en Delitos contra la Administración de Justicia, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 112. También es de esa opinión Amelung, citado por GILI PASCUAL, ANTONI; El encubrimiento en el Código Penal de 1995: Análisis del favorecimiento personal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 44. Sobre la ausencia de criterio uniforme en la doctrina acerca de si los delitos del título «responden a la protección de un bien jurídico común», SERRANO BUTRAGUÑO, I. J.; «Introducción a los delitos contra la «realización» de la justicia», en Delitos contra la administración de justicia: Artículos 325 a 338 bis del Código Penal (acusación y denuncia falsa, falso testimonio y otros delitos), Comares, Granada, 1995, pág. 27.

co de drogas<sup>20</sup>, -que resultaría de ese modo, la figura principal<sup>21</sup>- a través del delito de lavado.

Ello ha acaecido tanto por la existencia de instrumentos internacionales que conminan a tipificar el blanqueo del tráfico de drogas, como por la trascendencia adquirida por el lavado de dinero en el enfrentamiento del comercio de estupefacientes –el cual fue tomando relevancia internacional- donde el blanqueo de capitales aparecía como un fenómeno derivado de ello y, por tanto, con similitud en cuanto a su protección. Se tomó en consideración el acrecentamiento de la actividad del tráfico de drogas en el mundo, haciendo necesario no solamente reprimir esta conducta sino aquellas asociadas a la legitimación de fondos provenientes de ella, lo cual conllevó a considerar la salud pública<sup>22</sup> como el bien jurídico tutelado por este ilícito y se hicieron confluir los bienes jurídicos de ambos delitos sin mayores contratiempos<sup>23</sup>.

Recordemos que el fenómeno del lavado de dinero adquirió su dimensión más alta a partir de la proliferación de actos de narcotráfico, y ello ha influido grandemente a la conformación del tipo y a la determinación del bien jurídico protegido, aunque considerar la salud pública como tal<sup>24</sup>, implica ciertamente, una visión muy reduccionista de este fenómeno tan amplio y complejo.

<sup>20</sup> Zaragoza Aguado muestra la vinculación del Lavado a «una parte de la actividad global del tráfico de drogas y de las organizaciones que a ello se dedican, las cuales necesitan la dinámica característica del blanqueo para dar apariencia de licitud a esos beneficios, no solo para su disfrute, sino lo que es más importante, para potenciar la organización contribuyéndose, por tanto, al auge y crecimiento de ese criminal y lucrativo negocio»: ZARAGOZA AGUADO; «Blanqueo de dinero», ob. cit., pág. 113.

<sup>21</sup> Como expone Fabián Caparrós: «Desde luego, el argumento puede potenciarse si nos hallamos ante casos de delincuencia organizada, en los que la legalización de capitales se convierte en elemento integrante del ciclo productivo, propiciando la permanencia de las actividades criminales al conseguir que las vías financieras internas al grupo se mantengan despejadas»: FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., pág. 222. Y también, Gómez Pavón, que aunque después aclara este planteamiento, llega a afirmar que «Se trataría, pues, de un delito contra la salud pública»: GÓMEZ PAVÓN; «El bien jurídico», ob. cit., pág. 477.

<sup>22</sup> Aunque se considera que en el caso del narcotráfico, a la salud pública habría que agregar la tutela de otros bienes jurídicos como «la seguridad ciudadana y el orden público, la libertad individual negada por la adicción, la economía nacional, la administración de justicia o incluso la propia necesidad de mantener incólumes los pilares básicos del Estado»: BORJA JIMÉNEZ, E.; Problemas jurídico-criminales actuales de las sociedades occidentales, ob. cit., pág. 143.

<sup>23</sup> Respecto a la relevancia de la salud pública para este delito, aunque solamente sea con carácter mediato: ZARAGOZA AGUADO; «Blanqueo de dinero», ob. cit., págs. 114 y 115. QUINTERO OLIVARES, G. y otros; Comentarios al nuevo Código Penal, ob. cit., pág. 1489. HUERTA TOCILDO, S.; «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines», ob. cit., pág. 386.

<sup>24</sup> Entendida como la de la colectividad, es decir, «la suma del bienestar físico y psíquico de cada uno de los ciudadanos». GONZÁLEZ ZORRILLA, C.; «Política(s) criminal(es) en materia de drogas (Prohibicionismo versus reducción de daños), en Política criminal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 255 y ss.

No solamente la doctrina<sup>25</sup> ha aceptado discurrir de ese modo el bien jurídico tutelado, sino que tal parecer trascendió hasta los ordenamientos jurídicos. Anticipándose a la definitiva aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1988 y de entrada en vigor el 11 de noviembre de 1990, -en lo adelante Convención de Viena-, y basándose en instrumentos internacionales, en España se aprobó la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo<sup>26</sup>, a través de la cual se modificó el Código penal en materia de tráfico de drogas y se creó un artículo que extendió la intervención penal hasta las formas más distantes, pero indisolublemente vinculadas a ella: mediante maniobras de lavado, aún cuando estaba situado en los delitos contra el patrimonio<sup>27</sup>.

La regulación contenida en el artículo 546 bis f), en los delitos contra el patrimonio fue muy criticada por su ubicación sistemática<sup>28</sup>, exponiendo algunos autores, tomando en cuenta la tutela del delito, que debía estar comprendido entre las infracciones recogidas en el

<sup>25</sup> Debido a que la inicial formulación que planteaba este delito estaba vinculada al delito de tráfico de drogas como modalidad previa, se mostraron en ese momento partidarios de la protección a la salud pública, RUIZ VADILLO; «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español», ob. cit., pág. 102. PRIETO RODRÍGUEZ, J. I.; El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español, ob. cit., pág. 410. En estos momentos plantea Fabián Caparrós: «Ciertamente, cabe afirmar que los procesos de reciclaje atentan, siquiera de manera mediata, contra el objeto jurídico tutelado por la norma o normas de cuya previa infracción se derive la obtención de capitales. Así, podríamos aceptar que el blanqueo de fondos procedentes –por ejemplo- del tráfico de drogas supone un cierto perjuicio, aunque solo sea indirecto o reflejo, a la salud pública»: FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., pág. 221.

<sup>26</sup> Boletín Oficial del Estado No. 74 de 26 de marzo de 1988.

<sup>27</sup> VIDALES RODRÍGUEZ; Los delitos, ob. cit., págs. 76-80. CADENAS CORTINA; «Problemas de penalidad», ob. cit., pág. 395.

<sup>28</sup> GÓMEZ PAVÓN; «El bien jurídico», ob. cit., pág. 476 y ss., ROMERAL MORALEDA, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M.; Tráfico y Consumo de Drogas. Aspectos penales y médico-forenses, Comares, Granada, 1993, pág. 227, DE LA MATA, N. J.; Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código Penal, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 49 y 50.

título de los delitos contra la Salud Pública<sup>29</sup>, lo cual sin dudas propició se adicionaran dos nuevos artículos: el 344 bis h) y el 344 bis i) mediante la Ley Orgánica 8/1992<sup>30</sup>, ubicándolos dentro de los delitos contra la Salud Pública<sup>31</sup>. Sin embargo, resultó inexplicable que no se hubiera derogado el artículo que le antecedía, pues no había suficiente fundamento como para contar con dos artículos similares en un mismo instrumento jurídico<sup>32</sup> y en función de tal irregularidad, se manejaron distintas variantes como posibles salidas a tan compleja situación<sup>33</sup>. Todo parece indicar empero, que aunque el legislador quiso reprimir las conductas vinculadas al tráfico de drogas, no consideró prudente circunscribir únicamente al bien jurídico salud para su protección.

Con el Código penal español de 1995, quedaron salvadas estas dificultades, pero la relevancia otorgada a la salud pública como un interés penal jurídicamente relevante, quedó nuevamente plasmada. Aunque el nuevo delito se encuentra bajo la rúbrica de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, «no ha impedido que el Parlamento haya querido seguir expresando su deseo – manifestado tanto en 1988 como en 1992- de tutelar la salud de la ciudadanía ante situaciones ligadas a la legalización de bienes, castigando con especial dureza –según lo preceptuado en el párrafo II del artículo 301.1 del referido texto – el blanqueo de aquellos rendimientos económicos que tengan su origen «en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas», al mismo tiempo que exasperando aún más

<sup>29</sup> Indirecta o directamente lo plantean: ZARAGOZA AGUADO; «Blanqueo de dinero», ob. cit., págs. 114 y 115. PRIETO RODRÍGUEZ, J. I.; El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español, ob. cit., pág. 410.

<sup>30</sup> Boletín Oficial del Estado No. 308 de 24 de diciembre de 1992.

<sup>31</sup> Sobre este particular, VIDALES RODRÍGUEZ; Los delitos, ob. cit., págs. 83-85. CADENAS CORTINA; «Problemas de penalidad», ob. cit., págs. 395 y ss.

<sup>32</sup> FABIÁN CAPARRÓS; «Consideraciones de urgencia», ob. cit., pág. 616, ROMERAL MORALED A, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M.; Tráfico y Consumo de Drogas, ob. cit., pág. 231.

<sup>33</sup> ZARAGOZA AGUADO; «Blanqueo de dinero», ob. cit., pág. 126. ROMERAL MORALED A, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M.; Tráfico y Consumo de Drogas, ob. cit., págs. 230-231, FABIÁN CAPARRÓS; «Consideraciones de urgencia», ob. cit., pág. 616. (Los dos últimos porque se suprimiera uno de los artículos).



la penalidad –ex Art. 303- cuando el autor sea un «facultativo»: médico, psicólogo, veterinario, farmacéutico, etc.»<sup>34</sup>.

En Francia, la primera formulación (contenida en la Ley 87-1157 de 31 de diciembre de 1987), estaba incluida en el Código de la Salud Pública<sup>35</sup> y no fue hasta varios años después que se insertó un artículo dentro del Código penal, admitiendo una tipicidad que combatía el blanqueo directamente vinculado al tráfico o consumo de drogas<sup>36</sup>, y esa delimitación en cuanto al bien jurídico tutelado resultaba limitada. En 1996 se incorporaron nuevos delitos previos, y no solo los vinculados a los estupefacientes, pero quedó latente la primera disposición, originándose una duplicidad de normativas jurídicas: una pena para el blanqueo vinculado al tráfico de drogas y otra para el blanqueo en general<sup>37</sup>.

Pero si bien resulta innegable que las operaciones de lavado contribuyen a la lesión del bien tutelado en la norma previa (pudiendo ser el tráfico de drogas), en cuanto permiten se mantenga el ciclo de actividad y la renovación de las fuerzas necesarias para mantenerlo, afectando además su censura por el Estado, etc., el daño producido a la salud pública se presenta como un elemento distante y vago<sup>38</sup>, porque valdría la pena cuestionarse hasta qué punto puede

<sup>34</sup> FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., pág. 201.

<sup>35</sup> MARTINOT, S.; «Tráfico de drogas y blanqueo de dinero ¿una política criminal europea?, ob. cit., pág. 961 y FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., Nota 103, pág. 196.

<sup>36</sup> El artículo 222.38 consideró el blanqueo de dinero como «el hecho, mediante cualquier medio fraudulento, de facilitar la justificación engañosa del origen de los recursos o bienes del autor de una de las infracciones mencionadas en los artículos 222.34 a 222.37», las que se refieren al transporte, tenencia, oferta, facilitación del consumo, importación o exportación ilícitas de estupefacientes así como a la producción, fabricación ilícita de estupefacientes y dirección u organización de un grupo teniendo por objeto la fabricación, producción, exportación, importación o consumo ilícito de estupefacientes: MARTINOT, S.; «Tráfico de drogas y blanqueo de dinero ¿una política criminal europea?, ob. cit., pág. 961.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Además se le critica que «hace recaer una pena sobre un sujeto distinto de aquel cuyo comportamiento se pretende evitar, modo de proceder que es altamente discutible, y que incluso puede ser contrario al principio de personalidad de las penas»: BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., pág. 199. Con un criterio próximo: PRIETO RODRÍGUEZ, J. I.; El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español, ob. cit., pág. 410. PRADO SALDARRIAGA, V.R.; El delito de Lavado de dinero, ob. cit., pág. 66.

entenderse que un sujeto participante en una operación de lavado en fase avanzada y por tanto, muy compleja, está lesionando a la salud pública, pues tal afectación solamente se presentará con un contenido muy tamizado y mediato.

Y tratándose de un bien jurídico tan lejano, nos cuestionamos la decisión de algunos legisladores de crear solamente un tipo penal para reprimir la trascendencia económica de otro de ellos, como ha ocurrido en las legislaciones de Francia y España, -lo que por fortuna no sucedió en nuestro país- debido a no resultar el tráfico de drogas, el único delito del cual pueden surgir actos de lavado de dinero con los fondos obtenidos. De aceptarse tal línea de pensamiento, sería entonces preciso instrumentar la misma tipicidad para los distintos delitos que pudieran ser objeto de este tipo penal. Así por ejemplo, sería necesario crear un delito de lavado para los delitos de tráfico ilegal de armas, otro para el de terrorismo, etc., etc. De igual manera, podría argumentarse que no resultaría lógico crear tantas conductas típicas como delitos las originan, los cuales además, podrían ser penados todos en su conjunto por tipos ya existentes, como pudiera ser el delito de encubrimiento o el de receptación o por ciertas formas de participación, cuando hubiere vinculación con la ejecución del delito previo<sup>39</sup>.

Por otra parte, reducir las operaciones de lavado solo a las vinculadas al tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, sería -como ya se apuntó- circunscribir su amplio ámbito de ejecución a apenas un segmento del todo. Las actividades de blanqueo se insertan en un sinnúmero de actividades ilícitas graves - de las cuales el fenómeno de las drogas es quizás el más visible-, por lo cual, concebir que el único bien lesionado con el lavado de dinero es la salud pública, dejaría trunco el camino<sup>40</sup>.

Algunos autores como Gómez Iniesta, se muestran totalmente reticentes en cuanto a la consideración de este bien jurídico<sup>41</sup>. No

<sup>39</sup> FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., pág. 222, Nota 178.

<sup>40</sup> Sobre el particular, PRADO SALDARRIAGA, V.R.; El delito de Lavado de dinero, ob. cit., pág. 64, y FARIA COSTA; «El blanqueo de capitales», ob. cit., pág. 667.

<sup>41</sup> Plantea: «Con relación al blanqueo, la conducta del que obtiene un beneficio económico de los bienes procedentes de un delito... no prolonga la previa situación antijurídica; la obtención de ese beneficio por otros sujetos o por el propio sujeto activo en nada puede aumentar o mantener la lesión, puesto que para lesionarlo es indiferente el móvil lucrativo; y, además, la aminoración o reducción de las condiciones sanitarias no se ven afectadas porque medie dicha finalidad»: GÓMEZ INIESTA, D. J.; El delito, ob. cit., pág. 32.

obstante los argumentos vertidos, coincidimos con aquellos que consideran la protección secundaria del bien jurídico analizado<sup>42</sup>, lo que es aplicable también para el delito cubano, pues aunque propiamente no se lesiona directamente a la salud pública, resulta innegable que las actividades de legitimación de capitales permiten encauzar en el torrente económico los bienes fruto, en muchas ocasiones, del tráfico de drogas (criterio de aplicación a la normativa cubana porque contiene el tráfico ilegal de drogas entre los delitos previos del lavado de dinero), con lo cual garantizan la solidez y perennidad del ilícito negocio, y por tanto, aseguran su mantenimiento, lesionándose en última instancia al bien jurídico de la salud pública.

A partir de aceptar la tutela del bien jurídico del delito previo, -y a modo de cierre para estos dos primeros acápites- nos podemos plantear el problema del delito de lavado de dinero según está establecido en la legislación cubana, porque en él quedan incluidos tipos delictivos previos como el Tráfico ilícito de drogas, de personas o de armas o los que provengan del crimen organizado, debiéndose entender la lesión del delito de lavado a los bienes jurídicos protegidos por tales delitos previos. Pero en la norma penal cubana no está tipificado el delito de tráfico ilícito de armas –que como se explicó, aparece como figura previa del lavado de dinero-, por lo cual habrán de realizarse algunas aproximaciones para poder encuadrar una conducta en esta modalidad, tal vez asimilándola a otros delitos ya existentes, como por ejemplo, terrorismo, ayuda al enemigo, mercenarismo, u otros actos contra la seguridad del estado. Por tanto, si se considerara como delito inicial a algunos de esos delitos -pues según los actos ejecutados por los delincuentes podrían resultar equiparados al tráfico ilícito de armas-, el bien jurídico será la Seguridad del estado (según la ubicación sistemática que tienen), el cual será analizado con posterioridad. Pero si ello ocurriera con el delito previo de portación y tenencia ilegal de armas y explosivos<sup>43</sup> (que también puede ser asimilado al tráfico ilícito de armas), el daño será contra el Orden público.

<sup>42</sup> Como por ejemplo, ESCUDERO MORATALLA, J.F.; Y OTROS; Delitos societarios. De la receptación y contra la Hacienda Pública, ob. cit., pág. 243. FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., pág. 222.

<sup>43</sup> Artículo 211.2 del Código penal cubano: «Si el hecho consiste en fabricar, vender o de cualquier modo facilitar a otro un arma de fuego, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años».

Por otra parte, si el delito previo fuera el de tráfico ilegal de personas, se atentaría contra el Normal Tráfico Migratorio, y qué decir de si se tratara de un delito comprendido en el término «crimen organizado»<sup>44</sup>, porque quedarían comprendidos todos los bienes jurídicos de los posibles delitos previos que se pudieran ejecutar. Esta sucinta exposición permite desde un principio mostrar claramente nuestra inclinación a considerar que el delito de lavado de dinero es un delito pluriofensivo, porque lesiona más de un bien jurídico y entre ellos están comprendidos los del delito inicial.

En esencia, se puede afirmar que con la penalización del lavado y la consideración de la tutela del bien jurídico del delito previo, se trata de evitar la proliferación de las conductas ilícitas iniciales, las cuales gozarían del estímulo de poder disfrutar libremente de las ganancias del delito que las engendró<sup>45</sup>. No siempre es factible evitar la ocurrencia del acto inicial en sí, pero desestimula su expansión<sup>46</sup> si se le reprime también en esta última etapa, la del agotamiento. Como interrumpe el ciclo productivo fuente de la actividad ilícita, el cual es imprescindible para la perpetuación de la conducta, reconocemos la lesión, aunque de forma indirecta, al bien jurídico tutelado por el delito previo<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Cuyo contenido ha sido tratado en la Parte Primera.

<sup>45</sup> Como expone Suárez González: «la clave del castigo del blanqueo de capitales se encontraría, por tanto, en que constituye un mecanismo que sirve de estímulo para la eventual comisión de hechos delictivos»: SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; «blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», ob. cit., pág. 149. También, QUINTERO OLIVARES, G. y otros; Comentarios al nuevo Código Penal, ob. cit., pág. 1489. VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; Derecho penal: parte especial, ob. cit., pág. 569. ESCUDERO MORATALLA, J.F.; Y OTROS; Delitos societarios. De la receptación y contra la Hacienda Pública. Artículos 290 al 310 del Código Penal, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 241.

<sup>46</sup> «El dinero era la razón de que los traficantes estuvieran en el negocio de la cocaína. Si los agentes de la ley confiscaban sus cuentas bancarias, congelaban sus activos o de alguna otra manera les impedían el acceso a su riqueza, no podrían comprar las propiedades y los placeres que los habían hecho dedicarse al tráfico de cocaína. Esto podría ser un disuasivo eficaz. ¿De qué servía el dinero si no se podía disfrutar de él?»: GUGLIOTTA, G.; «Los Cárteles Colombianos y cómo detenerlos», ob. cit., pág. 169.

<sup>47</sup> FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., pág. 221.

### **3. Los posibles bienes jurídicos entendiendo el delito como figura autónoma**

#### **3.1. El bien jurídico «seguridad del estado»**

Hasta el momento han sido analizados los posibles bienes jurídicos tutelados por el delito de lavado de dinero a partir de concebir esta figura como una tipicidad vinculada a otra modalidad delictiva; pero a partir de ahora se analizará la protección que puede brindar este delito a distintos bienes jurídicos sobre la base de un fundamento autónomo, es decir, concibiendo el delito como una figura principal, capaz, por sí misma, de producir lesiones en el contexto jurídico.

Uno de esos posibles bienes jurídicos tutelados y analizados por la doctrina ha sido la seguridad del Estado<sup>48</sup>. La doctrina extranjera ha valorado que la proliferación de las conductas de blanqueo socavan los cimientos de los Estados soberanos, pues en su generalidad, este delito da cobertura a grandes organizaciones de corte mafioso capaces de violentar las estructuras y normas ya establecidas<sup>49</sup>.

Partícipe de ese criterio lo fue la inicial regulación de blanqueo belga, puesta en vigor mediante la Ley de 17 de julio de 1990, la cual planteó entre sus objetivos «mejorar los medios ya existentes en el sistema represivo para hacer frente a ciertas formas de criminalidad, organizada o no, que tienen como propósito la realización de beneficios. El mejor método para luchar contra esas formas de criminalidad es, por una parte, el comiso de los beneficios realizados mediante esas infracciones; y, por otra parte, la tipificación como delito de toda operación que tenga como objetivo la reconversión y la gestión de esos beneficios ilícitos»<sup>50</sup>.

Otro antecedente doctrinal-legislativo es el alemán. Mediante una ley dirigida a «la lucha contra la criminalidad organizada» de 15 de julio de 1992, se estableció el delito de lavado del 261 StGB, sus-

<sup>48</sup> A favor de este bien jurídico se muestran SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y J. BARREIRO, A. (COORD), Comentarios al Código Penal, Civitas, Madrid, 1998, pág. 862, y BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.); Compendio de derecho penal (Parte especial), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pág. 565.

<sup>49</sup> Recuérdese el caso colombiano, por mencionar un ejemplo.

<sup>50</sup> MARTINOT, S.; «Tráfico de drogas y blanqueo de dinero ¿una política criminal europea?, ob. cit., pág. 949.

tentado en el vínculo estrecho que existe entre blanqueo y esta delincuencia, debido a lo cual el combate a la criminalidad organizada será el bien jurídico protegido, pues las acciones van dirigidas a frenarla y a eliminarla<sup>51</sup>. A opinión de otro autor, la protección no se limita a la seguridad de Alemania solamente, pues alcanza la de otros países en cuanto «tiende a proteger a la sociedad del aumento de estructuras mafiosas y capitales ilícitos potencialmente peligrosos para bienes jurídicos en el futuro»<sup>52</sup>.

En España, se reconoce la relevancia de esta tipicidad en el combate de este tipo de organizaciones<sup>53</sup>. En tanto, en Austria, algunos autores han propuesto que «la conducta de blanqueo debe concebirse exclusivamente presuponiendo una criminalidad previa con gran potencial de peligro»<sup>54</sup>, refiriéndose a la delincuencia transnacional

<sup>51</sup> Por ejemplo, Volk (VOLK, K.; «Aspetti dogmatici e politico-criminali della nuova legge tedesca anti-riciclaggio (pág. 261 StGB)», ob. cit., pág. 339), así como Salditt (en «Der Tatbestand der Geldwäsche», en Arbeitsgemeinschaft Strafverteidigerforum 4/92. Mittelungsblatt der Strafverteidigervereinigung des DAV, págs. 121 y ss.) y Barton («Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des §261 I Nr. 1-3 StGB bezeichnet Straftaten her?», Neue Zeitschrift für Strafrecht, Heft 4, 1993, págs. 159 y ss), citados por Blanco Cordero, BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., pág. 188.

<sup>52</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; «blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», ob. cit., pág. 151, donde se refiere a Barton (referencia en la Nota anterior). Blanco Cordero también cita a Barton, BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., pág. 188, como igualmente lo hace GÓMEZ INIESTA, D. J.; El delito, ob. cit., pág. 35, y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; El delito, ob. cit., págs. 81-82.

<sup>53</sup> «Ha sido preocupación constante en los últimos tiempos en los Estados modernos, la lucha contra determinadas formas de delincuencia especialmente nocivas. Sobre todo, tal preocupación se ha centrado, al menos tradicionalmente, en torno a los delitos cometidos por las bandas armadas y los delitos de narcotráfico....Por tal razón, el poder legislativo de la mayor parte de los Estados modernos... (ha)... dictado normas... para que los Estados adopten medidas que tiendan a yugular tanto las fuentes de financiación de estas organizaciones como los movimientos de capitales de su ilícito proceder...»: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. Y OTROS; Código Penal, doctrina y jurisprudencia, Tomo II, Artículos 138 a 385, Trivium, S.A., Madrid, 1997, pág. 3084.

<sup>54</sup> Con esa opinión se muestra Kienapfel, citado por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.; «Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo», ob. cit., pág. 1724.

organizada, con lo cual coincide la doctrina venezolana<sup>55</sup>. Y si se analiza la Convención de Viena se constata que estas actividades «socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados»<sup>56</sup>.

También ha sido cuestionada, sobre la base de que el Derecho penal siempre protegerá al Estado y además, son limitados los casos en los cuales realmente el proceso de lavado afecta a su seguridad. Por otra parte, se dice que ni siquiera se puede determinar en cuánto puede concretarse el daño<sup>57</sup>. Esas apreciaciones pueden rebatirse con no pocos argumentos, pues tal bien jurídico no puede ser visto como un ente abstracto de carácter genérico. En realidad, en muchos casos, la seguridad del Estado puede peligrar y no poco, frente a actos de este tipo<sup>58</sup>. Así ocurre, por ejemplo para nuestros países latinoamericanos donde la realidad económico-política y la posición geográfica nos hacen francamente vulnerables a una intromisión foránea.

Tómese en cuenta por ejemplo, las incursiones estadounidenses en países latinoamericanos para «combatir» la producción de coca<sup>59</sup>,

<sup>55</sup> «En materia de legitimación de capitales, nos encontramos frente a un comportamiento delictivo que es de los más riesgosos para la estabilidad social y económica de un país»: BELLO, C. S.; «Legitimación de capitales, Delito de Drogas», en Un problema de Seguridad de Estado, I Jornada Nacional Las Drogas. Parlamento Latinoamericano. Grupo Parlamentario Venezolano, Caracas, 1996, pág. 92.

<sup>56</sup> ESCUDERO MORATALLA, J.F.; Y OTROS; Delitos societarios. De la recepción y contra la Hacienda Pública, ob. cit., pág. 239.

<sup>57</sup> Expone Suárez González que tal bien jurídico «puede llevar a justificar cualquier tipo de intervención penal, sin necesidad de concretar dónde estriba el injusto merecedor de pena»: SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; «blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», ob. cit., pág. 154, cita 100. En un sentido similar plantea Fabián Caparrós que «tales razones solo aspiran a disfrazar el desarrollo de un instrumento represivo, en cuyas manos el concepto de bien jurídico pierde su función limitadora del poder del Estado para pasar a ser una mera ficción que lo justifica todo»: FABIÁN CAPARRÓS; El delito, ob. cit., pág. 224.

<sup>58</sup> Zaragoza Aguado coincide en este aspecto, vinculándolo a la estabilidad económica, ZARAGOZA AGUADO, J. A. y otros; Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia), Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 1419.

<sup>59</sup> Recordemos los casos de Colombia, Bolivia o Perú. Sobre el tema extensamente: BAGLEY, BRUCE M.; «Los mitos de la militarización: las fuerzas armadas en la guerra contra las drogas», en El combate a las drogas en América, págs. 181-206.

o la invasión ocurrida en Panamá, para entre otros pretextos, «combatir» el lavado<sup>60</sup>, sin menospreciar el grave daño que han ocasionado los cárteles de la droga sembrando el pánico en algunos países y corrompiendo a todo tipo de funcionarios y empleados públicos.

Para Cuba, la seguridad del Estado también resulta un bien jurídico muypreciado y muy vulnerable con la ejecución del delito de lavado de dinero, pues acciones de este tipo pueden comprometer la situación política, no solamente dentro de la nación cubana sino también en sus relaciones con otros países<sup>61</sup>. Es decir, para Cuba este tipo de delito tendrá siempre un contenido lesivo muy por encima de lo que pueda representar la conducta en sí misma<sup>62</sup>. La afectación ocasionada con la ejecución de este tipo de actos, puede ser extraordinariamente dañina para la estabilidad de la nación<sup>63</sup>.

Puede afirmarse entonces que la seguridad del Estado es un bien real, fundamental, no pudiendo concebirse como algo tan extenso que se vuelva para algunos un ente incoherente<sup>64</sup>, sino todo lo contrario, es un bien jurídico esencialmente relevante, principalmente en naciones como las nuestras.

<sup>60</sup> EXECUTIVE INTELLIGENCE REVIEW; «George Bush: Supercapo de la cocaína», ob. cit., pág. 6.

<sup>61</sup> Por ejemplo, la Fiscalía aseveró en la fundamentación de la imposición de la medida cautelar de prisión provisional para el ciudadano mexicano Carlos Ahumada Kurtz, supuesto implicado en el delito de Lavado de dinero, que nuestro país «es víctima de permanentes e insidiosas campañas de desinformación dirigidas a confundir a la opinión pública internacional y a lesionar el prestigio y la credibilidad del país mediante repetidas calumnias que intentan presentarlo como lugar de refugio de delincuentes, vincularlo con graves delitos transnacionales o involucrarlo en asuntos internos de otros Estados con el objetivo de dañar sus relaciones con estos»: Periódico Granma, La Habana, de 6 de abril de 2004, Año 40, Número 83, Segunda Edición, pág. 8.

<sup>62</sup> Esa preocupación siempre está latente. El anterior Ministro de Justicia hizo referencia a la utilización en el país de medidas de control económico «para impedir que por esas vías el país se vea implicado en acciones relacionadas con el Lavado de dinero y otros crímenes asociados, como el tráfico de armas y personas»: Periódico Granma, La Habana, de 3 de abril de 2001, Año 37, Número 80, Segunda Edición, pág. 8.

<sup>63</sup> Refiriéndose al caso de unos extranjeros que traficaron droga desde Cuba y explicando la decisión que se adoptó de incrementar las sanciones para este delito, el Presidente de Cuba Fidel Castro expresaba: «Cuba no puede tolerar algo semejante. Es un ultraje a nuestro país, que compromete su prestigio y hasta su seguridad». Discurso de Fidel Castro al recibir la Medalla «José Bonifacio», en el grado de Gran Oficial, en la Universidad Estadual de Río de Janeiro, Brasil, el 30 de junio de 1999: Suplemento Especial del periódico Granma, La Habana, sábado 10 de julio de 1999, pág. 7.

<sup>64</sup> «Tampoco el bien jurídico lesionado por las conductas de blanqueo de capitales es la protección del Estado desde la perspectiva de la corrupción de los órganos estatales, ya que sería excesivamente amplio»: BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., págs. 215-216.



### 3.2. El bien jurídico «administración de justicia»

El delito de lavado de dinero propende hacia la obstrucción de la justicia<sup>65</sup>. Los actos de blanqueo de capitales inciden en desvirtuar el origen de los fondos protegiendo así a los culpables. Por tal razón no han sido pocos los autores que lo han considerado como un delito contra la administración de la justicia.

En España, una parte de la doctrina ha defendido total o parcialmente que el bien jurídico a tutelar (directa o indirectamente) con el lavado de dinero es este<sup>66</sup>, llegándose a considerar por algunos como el bien jurídico predominantemente protegido y solo de forma subsidiaria o mediata se protege el orden socioeconómico<sup>67</sup>.

El entorpecimiento a la recta administración de la justicia por el delito de blanqueo de capitales puede entenderse en dos grandes posibilidades<sup>68</sup>:

- para encubrir a personas
- para ocultar el origen de los bienes

Cuando se trata de beneficiar a los intervinientes en el delito previo, se considera un comportamiento conocido como favorecimiento personal, pues se protege a los que cometieron un ilícito para evitar afrontar las consecuencias jurídicas de su negativo proceder<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> En cuanto a la significación de este bien jurídico expresa Cantarero: «La expresión que intitula estos delitos tiene por objeto genérico, entonces, los intereses que conciernen al normal funcionamiento de la actividad judicial, el respeto de la autoridad de las decisiones judiciales y la sujeción de los ciudadanos a la jurisdicción, todos ellos intereses que se garantizan contra determinados hechos susceptibles de obstaculizar la autoridad judicial o que tratan de eludir los pronunciamientos judiciales o de desconocer el funcionamiento de la jurisdicción»: CANTARERO BA.S, R.; Administración de Justicia y obstruccionismo judicial, Trotta, Madrid, 1995, pág. 26.

<sup>66</sup> Partidarios de este bien jurídico en algún sentido se han manifestado: GÓMEZ PAVÓN; «El bien jurídico», ob. cit., págs. 478 y ss. DE LA MATA, N. J.; Límites de la sanción en el delito de receptación, ob. cit., págs. 49-50. BACIGALUPO ZAPATER, E.; «Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido», en Curso de Derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 199. GÓMEZ INIESTA, D. J.; El delito, ob. cit., pág. 35. BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., pág. 196. ESCUDERO MORATALLA, J.F.; Y OTROS; Delitos societarios. De la receptación y contra la Hacienda Pública, ob. cit., págs. 243, 244. VIDALES RODRÍGUEZ; Los delitos, ob. cit., págs. 78 y 79.

<sup>67</sup> BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., págs. 217 y ss.

<sup>68</sup> Muchos de estos criterios fueron vertidos con anterioridad a la promulgación del nuevo Código Penal, pero atendiendo a la similitud en cuanto a la regulación con el precepto actual, son válidos al momento de analizarlos.

<sup>69</sup> GILI PASCUAL, ANTONI; El encubrimiento en el Código Penal de 1995, ob. cit., pág.36. FABIÁN CAPARRÓS; «Consideraciones de urgencia», ob. cit., pág. 605, SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; «blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», ob. cit., pág. 134.

Pero, cuando se busca encubrir la procedencia de los bienes fruto de un delito, se considera una forma de favorecimiento real, pues contribuye más que a ocultar a los autores, a desvirtuar la fuente de los bienes susceptibles de comprometerle con el delito inicial<sup>70</sup>.

Hay un sector en la doctrina española que aprecia en el delito de blanqueo de capitales ambas posibilidades, es decir, aceptan que se puede presentar tanto un favorecimiento personal como real<sup>71</sup>, sin olvidar que a este tipo penal se le han adjudicado también fórmulas como la de la receptación<sup>72</sup> o el encubrimiento<sup>73</sup>.

Cuando en el Código penal español de 1995 al regular el blanqueo, se planteó la adquisición, conversión, transmisión o ejecución de cualquier actividad que garantice el encubrimiento de la procedencia de los bienes, se consideró por un sector doctrinal como una «tipificación autónoma de una tentativa de favorecimiento real»<sup>74</sup>, por cuanto los actos son dirigidos al encubrimiento del origen ilícito de los recursos. Cuando se trata de realizar los actos (adquirir, convertir, transmitir o cualquier otro) para ayudar a las personas implicadas, se habla de un encubrimiento personal, pues quizás, el delito

<sup>70</sup> ROMERAL MORALED A, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M.; Tráfico y Consumo de Drogas, ob. cit., págs. 218 y 219. GILI PASCUAL, ANTONI; El encubrimiento en el Código Penal de 1995, ob. cit., págs. 394. ROMERAL MORALED A, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M.; Tráfico y Consumo de Drogas, ob. cit., págs. 218 y 219.

<sup>71</sup> FABIÁN CAPARRÓS; «Consideraciones de urgencia», ob. cit., pág. 605, ZARAGOZA AGUADO; «Blanqueo de dinero», ob. cit., pág. 125. BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., págs. 213-214. GÓMEZ INIESTA, D. J.; El delito, ob. cit., págs. 49-53.

<sup>72</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en Actualidad Penal, No. 32, Actualidad Alcobendas, Madrid, 5-11 de septiembre de 1994, pág. 32.

<sup>73</sup> DÍEZ RIPOLLÉS; «El blanqueo de capitales», ob. cit., pág. 603 (lo que posteriormente dilucida). ROMERAL MORALED A, ANTONIO y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL; Tráfico y Consumo de Drogas. Aspectos penales y médico-forenses, Comares, Granada, 1993, págs. 215-216. SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», ob. cit., pág. 134. LA MATA, NORBERTO J.; Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código Penal, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 49-50. GÓMEZ PAVÓN, PILAR; «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», en Cuadernos de Política Criminal, No. 53, Edersa, Madrid, 1994, págs. 478 y 483. VIDALES RODRÍGUEZ, CATALINA; Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 91.

<sup>74</sup> BLANCO CORDERO; El delito de blanqueo de capitales, Segunda edición, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 213.

haya sido descubierto, pero no los sujetos que participaron en él (pues con el secreto bancario y el comercial, aun cuando se pueda tener conocimiento de la comisión del delito, es factible lograr la impunidad de los autores si se han escudado convenientemente en maniobras profesionales de ocultación).

Lo cierto es que tanto en uno como en otro caso (favorecimiento real o favorecimiento personal), se lesiona primordialmente un mismo bien jurídico, la administración de justicia<sup>75</sup>, por cuanto los autores tratan de evitar se conozca del acto delictivo inicial<sup>76</sup>, aun cuando no se exija la concurrencia de un interés determinado.

Criterios similares han sido recogidos en otras legislaciones y son compartidos por la doctrina. En Alemania, una parte de los estudiosos concuerdan en que el artículo 261 StGB protege a la Administración de Justicia<sup>77</sup>, en tanto sanciona aquellos actos que propenden a su obstrucción<sup>78</sup>. La doctrina de Brasil coincide con ese criterio<sup>79</sup> y la de Italia remarca la similitud de este ilícito con el delito de receptación pero entiende debe estar comprendido en el título de los delitos contra la Administración de Justicia<sup>80</sup>, mientras que en Suiza se ubi-

<sup>75</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNIDIDO; Encubrimiento y receptación, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 18: «habrá de realizarse con el especial fin de burlar la justicia y evitar la sanción del delito». GÓMEZ PAVÓN; «El bien jurídico», ob. cit., págs. 482 y ss.

<sup>76</sup> GÓMEZ INIESTA, D. J.; El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español, Cedecs Editorial S.A., Barcelona, 1996, pág. 32. GÓMEZ PAVÓN; «El bien jurídico», ob. cit., pág. 482.

<sup>77</sup> Señalando Suárez González para el caso alemán «en lo que concierne a la Administración de Justicia, la Exposición de Motivos de la Ley señala que el castigo de estos comportamientos tiene como finalidad ofrecer a los funcionarios de la Administración de Justicia las vías procesales adecuadas – en este caso las que ofrecen las «huellas documentales»- que permitan una reconstrucción de los flujos financieros y, en último extremo, el poder llegar hasta el núcleo de las organizaciones criminales que se suelen encontrar en la base de estas conductas. Se trata, por tanto, de crear los presupuestos materiales –información sobre los verdaderos responsables y sobre la organización- que permitan iniciar el proceso penal»: SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; «blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», ob. cit., págs. 147-148. También MARTINOT, SABRINA; «Tráfico de drogas y blanqueo de dinero ¿una política criminal europea?, en Actualidad Penal No. 42, Actualidad Alcobendas, Madrid, 17-23 noviembre de 1997, pág. 970.

<sup>78</sup> Otto citado por BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., pág. 186.

<sup>79</sup> PODVAL, R.; «O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro», en Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Dos Tribunais, Ano 6, N. 24, outubro-dezembro 1998, pág. 217-222.

<sup>80</sup> PISA, P.; «La riforma dei reati contro l'amministrazione della giustizia tra adeguamenti «tecnici» e nuove esigenze di tutela», en Verso un nuovo Codice Penale, itinerari, problemi, prospettive, Giuffrè Editore, Milán, 1993, pág. 372.

có el blanqueo dentro de ese título<sup>81</sup>, considerando protegen no solo la administración de justicia interna sino también la extranjera<sup>82</sup>. En Perú se encuentra dentro del capítulo que contiene al tráfico ilícito de drogas, pero se recomienda debería estar a continuación de los delitos contra la Administración de Justicia<sup>83</sup>.

Tales criterios están avalados por el contenido de las normas internacionales. El artículo 3.1, b.i) de la Convención de Viena expresa que el delito se puede realizar para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a cualquier persona que participe en la infracción previa a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

Nosotros consideramos que las operaciones de lavado están vinculadas de una u otra forma a conductas de típico favorecimiento: al cometerse un ilícito de blanqueo y obstruirse la acción del Derecho, se beneficia a los sujetos infractores sustrayéndolos de la actuación judicial y la conducta se aproxima al encubrimiento personal, pero cuando ello ocurre con el objeto material del delito, toca el favorecimiento de bienes, pues las acciones de lavado de dinero propician encubrir a las personas o a los bienes, por ello se les ha asimilado al favorecimiento real o personal respectivamente, cuando no a ambos o a los delitos de encubrimiento o receptación. Al ocultar el origen de los bienes trata de garantizar su encubrimiento real, pero aún en este caso, al final, repercuten también en el de los sujetos implicados en ellos. Por tal razón, con la sanción a esta figura delictiva entendemos que también para Cuba se protege a la Administración de Justicia.

<sup>81</sup> «La opinión mayoritaria es considerar a la Administración de Justicia el bien jurídico, en primer lugar por la ubicación sistemática de los artículos; en segundo lugar, porque entienden que las conductas de blanqueo imposibilitan que la Administración de Justicia cumpla con una de sus funciones, cual es la de bloquear y posteriormente confiscar los bienes producidos por las actividades criminales. Esta fue la idea principal del ponente de la Ley, Bernasconi, que ha sido asumida por la mayoría de la Doctrina»: DEL CARPIO DELGADO, JUANA; El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 60 Nota 84. Sobre el tema también, PISA, PAOLO; «La riforma dei reati control' amministrazione della giustizia tra adeguamenti «tecnici» e nuove esigenze di tutela», en Verso un nuovo Codice Penale, itinerari, problemi, prospettive, Giuffrè Editore, Milán, 1993, pág. 372.

<sup>82</sup> Stratenwerth citado por BLANCO CORDERO; El delito, ob. cit., pág. 184.

<sup>83</sup> PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR; El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú, IDEMSA, Lima, 1994., págs. 63 y 66.

No obstante, considerar el ataque del blanqueo únicamente a la Administración de Justicia sería configurar parcialmente su objeto de tutela, ciñéndolo a uno solo, equiparándolo a delitos de este título, como el de encubrimiento<sup>84</sup>, del cual tiene trascendentes diferencias. En esencia, debe tenerse en cuenta que el blanqueo de capitales no implica «la mera ocultación o encubrimiento de los bienes... Para que este sea posible los bienes tienen que estar en constante movilidad: la adquisición, conversión y la transmisión suponen parte del proceso a través del cual se pretende que los bienes pierdan su origen delictivo y si los bienes estuviesen ocultos o encubiertos (tal como se concibe el encubrimiento) estarían estáticos, inmóviles, lo que imposibilitaría su blanqueo»<sup>85</sup>.

### **Toma de posición acerca de los bienes jurídicos aplicables para el ilícito previsto en el Código penal cubano**

Las regulaciones contenidas en el Convenio de Viena y la notabilidad del lavado de dinero de los bienes obtenidos del tráfico de drogas tóxicas ha conducido a admitir la defensa del bien jurídico protegido por ese ilícito, es decir, la **salud pública**, dentro del grupo de posibles bienes jurídicos del delito previo. Pero sí resulta innegable que las operaciones de lavado contribuyen a la lesión del bien tutelado en el tráfico de drogas, en cuanto permiten se mantenga el ciclo de la actividad ilícita y la renovación de las fuerzas necesarias para mantenerlo, etc., el daño producido a la salud pública se presenta como un elemento bastante distante como para considerarlo como único bien tutelado, dado el amplio ámbito de ejecución del delito, que admite distintas modalidades y delitos previos.

Al valorar los distintos bienes jurídicos abarcados por el delito de lavado de dinero, se aprecia la tutela genérica del bien jurídico del **delito que da origen al ilícito** de lavado de dinero, criterio válido para el artículo 346 de nuestro Código penal, pues al penar esa conducta se intenta evitar la proliferación de los otros actos ilícitos previos (tráfico de personas, armas y el crimen organizado), que de lo contrario, gozarían del estímulo de poder disfrutar libremente de las ganancias. Con la represión del blanqueo se desestimula la ejecu-

<sup>84</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; «blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», ob. cit., pág. 146.

<sup>85</sup> DEL CARPIO DELGADO; El delito, ob. cit., pág. 64.

ción de la conducta primaria y se ataca también la fase penal del agotamiento, pues se interrumpe el ciclo productivo fuente de la actividad ilícita, -el cual es imprescindible para la prolongación de la conducta-, apreciándose también la protección -aunque de forma indirecta- del bien jurídico tutelado por el delito previo, que para el caso de Cuba tiene ciertas peculiaridades e indefiniciones, como se pudo analizar en el trabajo.

Sin lugar a dudas, se puede afirmar la **seguridad del Estado** resulta un bien jurídico muy preciado y muy vulnerable con la ejecución del delito de lavado de dinero –esencialmente para el caso de nuestro país-, pues acciones de este tipo pueden ser extraordinariamente dañinas para la estabilidad del Estado.

Igualmente se puede afirmar que con la comisión del lavado de dinero se lesiona la **administración de justicia**, pues por medio de él, los autores buscan evitar se conozca del acto delictivo que dio origen a los bienes y sustraerse de la persecución y del procesamiento penal.

En los siguientes artículos se continuará analizando esta temática. En la Segunda Parte se estudiará la importancia del bien jurídico «orden socioeconómico», el cual tiene gran relevancia en estos momentos, pues la crisis financiera mundial en que nos encontramos, ha sido ocasionada en gran medida por la presencia de paraísos financieros y por la utilización de instrumentos económicos altamente peligrosos, estando vinculados ambos elementos al lavado de dinero.

Y en la Tercera y última parte, dada la ubicación sistemática de nuestro delito de lavado dentro del Título de los Delitos contra la Hacienda Pública, -la que consideramos poco adecuada-, se estudiará el bien jurídico «la hacienda pública», así como se apreciará que el delito de lavado de dinero- ataca a varios bienes jurídicos, por lo que nos inclinamos por considerar la pluriofensividad de la conducta.

## DECLARACIÓN POST MÓRTEM DE LA INOFICIOSIDAD DE LA DONACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA

*(A propósito de la Sentencia No. 58 de 23 de marzo de 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)*

*Leonardo B. PÉREZ GALLARDO  
Profesor Titular de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho Universidad de La Habana.*

*Si te constare carísimo Juliano que para impedir la querella de testamento inoficioso, la abuela consumió su patrimonio en donaciones hechas a su nieto, exige la razón que se revoque respecto de la mitad de lo que donó.*

*Rescripto del Emperador Alejandro Severo  
dirigido a Claudio Juliano*

### **Tema del comentario:**

La acción rescisoria por razón de la inoficiosidad de las donaciones hechas por el causante en vida es una garantía al derecho que tienen a la legítima los especialmente protegidos o legitimarios. Los límites establecidos al *ius disponendi* del titular en los artículos 378 y 492 del Código Civil, constituyen las compuertas de entrada y salida de la represa que la legítima representa para los sujetos beneficiados con ella. El titular puede disponer de sus bienes, tanto en vida o como por causa de la muerte, pero en uno y en otro caso se levantan las barreras infranqueables que suponen las normas de *ius cogens* protectoras de la legítima. Para determinar si una donación hecha en vida por el causante es o no rescindible hay que esperar el

momento del óbito, a los efectos de establecer si después de computado el patrimonio hereditario, la liberalidad es dable imputarla en la parte de libre de disposición, por existir suficientes bienes que puedan hacer frente común a la legítima. Son rescindibles las donaciones, aun cuando el donante no deviniera testador, y ello porque el artículo 378 a) del Código no distingue entre uno y otro tipo de sucesión, tomando como referencia la hipotética o virtual posibilidad de que el donante, después de consumada la donación, deviniere en testador, motivo por lo cual, el hipotético legitimario, se convertiría en legitimario real. Le es dable al donante impugnar *a posteriori* la donación sobre la base de la inoficiosidad, máxime cuando se trata de un supuesto de pluralidad de donantes con motivo de tener el bien donado la naturaleza de comunitario, sin que entre en juego la prohibición del venire contra *factum proprium*.

**Ponente:**

Orlando González García

**Extremos enjuiciados:**

Si le es posible a la codonante de una vivienda que forma parte de la comunidad matrimonial de bienes, ya extinguida, pero aún no liquidada, ejercitar la acción rescisoria de la donación hecha a favor de su hija, en un supuesto de sucesión *ab intestato*, cuando ha quedado demostrado que además de la vivienda formaba parte del caudal hereditario otro lote importante de bienes.

**Doctrina sentada:**

La institución de la inoficiosidad de donaciones declaradas *post mortem* tiene su sustento en la protección de los derechos hereditarios de quienes pudieren resultar eventuales sucesores del donante, impidiendo a este efectuar en vida actos de liberalidad de semejante naturaleza. Se sustenta en el principio de que nadie puede ofrecer más de lo que tiene ni disponer de aquello de lo que carece y, en consecuencia, habrá de estarse al momento del fallecimiento del donante para su declaración, ergo no podrá ser impugnada por tal en tanto no se produjere el fallecimiento del donante, puesto que es en ese instante que cabe valorar la ascendencia del caudal hereditario a los efectos de determinar si ese acto de liberalidad ha com-



prometido o no la parte reservada por el legislador para quienes eventualmente resultaran sus legitimarios especialmente protegidos. Entre el momento del otorgamiento del contrato de donación, que se reputa de inoficioso, y el deceso del donante es susceptible de variación el monto del haber hereditario y ello podría determinar que una donación que resultare eventualmente inoficiosa al momento de su otorgamiento no lo fuere al instante del fallecimiento del donante. Cabe la declaración de inoficiosidad también en el supuesto de sucesión *ab intestato*, por cuanto la limitación que impone el artículo 378 a) del Código Civil conlleva a que pueda resultar inoficiosa aquella donación que exceda de lo que puede darse o recibirse por testamento, lo que habrá de tenerse en cuenta como una virtual e hipotética limitación observable aun cuando en definitiva el testamento no hubiere llegado a otorgarse. La impugnación por inoficiosa de una donación por uno de los codonantes importa un ir contra los propios actos que, por principio, está prohibido.

**Textos legales aplicados:**

Artículos 76 d), 378 a), 492.1, 493.1 b), 522, 530.2, todos del Código Civil, y artículo 36 del Código de Familia

Fallo:

No ha lugar al recurso.

Hechos:

El 7 de octubre del año 2004 es autorizada por notario escritura pública sobre donación de vivienda, en la que intervienen como donantes los señores E. B. J. G. y D. E. M. D. E., en su condición de padres (por formar parte el bien de la comunidad matrimonial de bienes de los donantes), a favor de su hija nombrada L. J. M. En fecha 1ro. de abril de 2006 fallece el señor E. B. J. G., tramitado el título sucesorio correspondiente, en el caso un acta de declaración de herederos *ab intestato*, en ella son llamadas a su sucesión su viuda, la señora D. E. M. D. E. y su única hija L. J. M.

En el año 2007 la señora D. E. M. D. E. interpone demanda en proceso ordinario sobre rescisión de donación contra su hija (donataria, devenida titular del inmueble), para lo cual arguye que al momento de la donación los únicos bienes de los cuales era titular su esposo era de la vivienda cuya titularidad compartía con ella por razón de la comunidad matrimonial de bienes que tenían constituida y

de un automóvil, sin que hubiera incrementado sus bienes propios en el interregno que media entre el momento de consumada la donación y su deceso. Que la promovente ostenta el carácter de heredera especialmente protegida, en tanto hacía más de 20 años que no laboraba, dependiendo económicamente de su esposo al momento del deceso de este. Se advierte por la actora que la parte de la cual era titular su difunto esposo en el inmueble urbano representa en valor monetario ascendente a \$ 17949.50 moneda nacional, en tanto que el auto está tasado en \$ 621.78 moneda nacional, sumando entre ambos un total de \$ 18571.28 moneda nacional, lo que evidencia que al efectuarse el acto de liberalidad que se impugna, el ahora causante se excedió de la suma de la que hubiera podido disponer mediante testamento, tomando como base que tiene una heredera especialmente protegida y su libertad de testar se encontraba limitada a la mitad de la herencia, que en este caso está representada por la cifra de \$ 9375.74 moneda nacional. El proceso es radicado al Nro. 88/2007 de la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana.

Emplazado el demandado, este se personó y contestó a la demanda, para lo cual es opuesta la excepción perentoria de inadecuado fundamento legal para la acción que se ejercita, y a tales efectos se abunda en la intervención de la promovente en el acto de donación, como codonante. Asimismo, se alude que el caudal que se pretende liquidar no solo está constituido por el mencionado bien inmueble y por el automóvil, sino también por otros bienes que se relacionan en el escrito de contestación, teniendo en su conjunto un valor considerablemente superior al correspondiente a la mitad del inmueble que, por acto de liberalidad, dispusiera el causante a favor de la demanda. Igualmente, se niega la condición de heredera especialmente protegida de la parte actora, pero sustentándolo en que el supuesto de autos se ubica en la sucesión ab intestato en la que no se reconoce la presencia de los legitimarios, motivo por el cual se solicita se declare SIN LUGAR la pretensión de la parte actora. Practicadas las pruebas propuestas y admitidas, el tribunal *a quo dicta* sentencia con el No. 90 de 30 de diciembre de 2008 en la que acoge CON LUGAR la excepción perentoria opuesta y SIN LUGAR la demanda, para lo cual se apoya en el argumento de que la demanda se fundamenta en la condición que dice tener la promovente por ser heredera especialmente protegida al amparo del vigente

Código Civil, protección que, a juicio del tribunal *a quo*, solo tiene lugar en la herencia testamentaria, no siendo el caso, visto que el fallecimiento del causante se declaró intestado y, en consecuencia, para el tribunal no es de aplicación el artículo 378 a) en relación con el artículo 76 d), ambos del Código Civil.

#### **Fundamentos de Derecho:**

Primero: La institución de la inoficiosidad de donaciones declaradas *post mortem* tiene su sustento en la protección de los derechos hereditarios de quienes pudieren resultar eventuales sucesores del donante, impidiendo a este efectuar en vida actos de liberalidad de semejante naturaleza por los que, con defraudación de aquellos, dispusiera de todo su patrimonio o de parte sustancial de él, afectando la porción que la ley reserva a los herederos especialmente protegidos y creando de tal suerte una situación de franca indefensión de dichos legitimarios frente a donatarios adquirentes de buena fe; razón por la que el artículo setenta y seis, apartado d, del Código Civil, establece que son rescindibles los actos válidamente realizados por los causantes, en el caso de donaciones inoficiosas, mientras que el artículo trescientos setenta y ocho, apartado a, del propio cuerpo legal, por su parte, prescribe que es rescindible, por inoficiosa, la donación que excede lo que puede darse o recibirse por testamento, lo que tiene claro basamento en el principio de que nadie puede ofrecer más de lo que tiene ni disponer de aquello de lo que carece y, en consecuencia, habrá de estarse al momento del fallecimiento del donante, instante en que conforme al artículo quinientos veintidós del Código Civil adquieren la herencia sus sucesores, para determinar si resulta inoficiosa una donación que hubiere en vida efectuado y que, en consecuencia no podrá ser impugnada por tal en tanto no se produjere el fallecimiento del donante, puesto que es en ese instante que cabe valorar la ascendencia del caudal hereditario a los efectos de determinar si ese acto de liberalidad ha comprometido o no la parte reservada por el legislador para quienes eventualmente resultaran sus legitimarios especialmente protegidos, de haberse deferido la herencia por testamento, que importa la mitad de la misma, de la que el donante en tal supuesto no podía disponer en virtud de que el artículo cuatrocientos noventa y dos, apartado primero, del Código Civil, limita en tales casos al testador la disponibilidad de la herencia a la mitad de ella, reservando la restante a los menciona-

dos legitimarios, habida cuenta que obviamente entre el momento del otorgamiento del contrato de donación que se reputa de inoficioso y el deceso del donante es susceptible de variación el monto del haber hereditario. Ello podría determinar que una donación que resultare eventualmente inoficiosa al momento de su otorgamiento no lo fuere al instante del fallecimiento del donante en que su herencia es transferida a sus herederos si en el ínterin hubiere experimentado acrecimiento el patrimonio de aquel.

Segundo: Resulta posible la impugnación de donación efectuada en vida por el causante por inoficiosa, tanto si la herencia es deferida por testamento, como si lo es en defecto de él por delación legal, conocida como sucesión intestada o *ab intestato*, lo que deriva de una recta interpretación de lo que establece respecto a la colación hereditaria el artículo quinientos treinta, apartado segundo, del Código Civil, en cuanto a que en la sucesión intestada se traerá a la masa hereditaria el exceso del valor de las donaciones declaradas inoficiosas. Esto implica que en tal supuesto habrá que determinar si existen personas al deceso del donante que reúnan respecto a él los requisitos de especial protección a que se refiere el artículo cuatrocientos noventa y tres, apartado primero, del Código Civil. De ser así concurrirán a la sucesión intestada en el primer llamado a que se refiere el artículo quinientos catorce, apartados primero y segundo, del propio cuerpo legal, precisando si la donación efectuada comprometió la mitad del patrimonio hereditario del cual el donante no podía disponer, aun cuando en la sucesión intestada no recibirían tal mitad sino la parte alícuota correspondiente; puesto que el artículo trescientos setenta y ocho, apartado a, del referido Código, proscribire por inoficiosa aquella donación que exceda de lo que puede darse o recibirse por testamento, lo que habrá de tenerse en cuenta como una virtual e hipotética limitación observable aun cuando en definitiva el testamento no hubiere llegado a otorgarse y ello torna improcedente el fundamento en que exclusivamente se sustenta el fallo interpelado en el sentido de que no cabe reputar de inoficiosa la donación efectuada solo porque la herencia se transmitió por el llamado de la ley y no por testamento, aunque lleva razón al consignar que la institución del heredero especialmente protegido es privativa de la sucesión testada.

Tercero: Acusando como infringido por falta de aplicación el artículo quinientos treinta, apartado segundo, del Código Civil, no puede

prosperar, en primer orden porque no ha quedado demostrado que respecto a quien recurre, actora del proceso, concurren las condiciones personales que corporifican la especial protección a que se refiere el artículo cuatrocientos noventa y tres, apartado primero, letra b, del Código Civil, a cuyo efecto no basta encontrarse percibiendo una pensión por causa de muerte del régimen de seguridad social con motivo del deceso del causante, que se concede a determinados parientes con derecho a ello y no implica necesariamente una relación de dependencia económica; pero además porque se acreditó en el proceso que el caudal hereditario no solo comprende la vivienda y el auto que refirió la inconforme, sino además una completa masa de bienes domésticos de elevado valor que tornan ajustado a derecho el monto de la donación de su cuota de participación en el condominio del inmueble efectuado por el causante, a lo que finalmente resulta obligatorio adicionar que del simple examen de la escritura pública de donación controvertida se constata que quien ahora la impugna como supuestamente inoficiosa compareció como co donante de su cuota de participación en su condición de cónyuge del ahora fallecido, pues en tal condición resultaba forzoso que lo hiciera para que pudiera materializarse dicho acto en virtud de lo que establece el artículo treinta y seis del Código de Familia, por tratarse de bien integrante de la comunidad matrimonial que entre los donantes existió; y ahora no puede volver contra sus propios actos reputando de inoficiosa la donación a la que determinantemente contribuyó.

#### *SUMARIO:*

1. ¿Cuándo se quebranta el officium pietatis? 2. La declaración de inoficiosa de las donaciones y la protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima. 3. Los límites impuestos por los artículos 378 a) y 492.1 del Código Civil a la libertad de disposición patrimonial del titular. La tesis de las compuertas de la represa. 4. El momento de apreciación de la inoficiosa de la donación. Las necesarias operaciones de computación e imputación de dicha liberalidad. 5. La virtual o hipotética limitación a la libertad de disponer del patrimonio en razón de la posible o futura existencia de legitimarios. El controvertido supuesto de la sucesión ab intestato. 6. La titularidad de la acción rescisoria de la donación inoficiosa y la prohibición del venire contra factum proprium: ¿compatibles o excluyentes? Bibliografía.

## 1. ¿Cuándo se quebranta el officium pietatis?

La donación es el paradigma de los actos de liberalidad y como acto gratuito que es, supone un desprendimiento patrimonial del donante a favor del donatario con la intención de beneficiarlo. La donación es de los actos más nobles reconocidos por el Derecho. La solidaridad es un principio que incentiva las normas jurídicas, por ese motivo, la posibilidad de disponer a título de donación o por otro acto de liberalidad tiene cauce legal en todos los ordenamientos jurídicos, constituyendo su principal cortapisa la existencia de legitimarios con derecho a la legítima y la necesaria reserva de bienes o derechos que debe tener en cuenta el donante al momento de consumir la donación, bienes o derechos con los cuales hacer frente a las más apremiantes necesidades económicas, después de cumplido el mencionado acto.

Sostiene ROYO MARTÍNEZ que cuando las disposiciones son excesivas, estas se califican de inoficiosas, es decir, contrarias al officium o deber de las personas para con sus más próximos parientes<sup>1</sup>. Aun ese espíritu de altruismo que informa el propósito del donante, no es suficiente per se para que el beneficiario o donatario pueda tener éxito en su oposición a la declaración de inoficiosidad de la donación y su consiguiente rescisión. El officium pietatis no puede, bajo ningún concepto, lesionar el derecho que el propio ordenamiento jurídico dispensa a favor de los legitimarios.

## 2. La declaración de inoficiosidad de las donaciones y la protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima

En principio, según lo regula el artículo 129 del vigente Código Civil, una de las facultades del propietario es el ius disponendi. Todo propietario de un bien puede disponer de él. De ahí que el titular, en vida, pueda realizar los actos de enajenación que considere a bien, ya sea a título oneroso o a título gratuito. Eso sí, si la disposición es con animo de liberalidad, debe tener a buen recaudo las normas protectoras de la legítima, que se erigen como barreras infranqueables ante cualquier acto que conculque los derechos de los legitimarios. Ahora bien ¿qué supone la declaración de inoficiosidad? ¿Qué

<sup>1</sup> Vid. Royo Martínez, Miguel, Derecho Sucesorio Mortis Causa, segunda parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1991, p. 360.

es lo que se declara inoficioso? He dicho en otra oportunidad<sup>2</sup> que la legítima no es sino una restricción o freno a la libertad de testar que impone la ley, a cuyo tenor el testador tiene el deber de atribuir en su testamento un cuántum de su acervo patrimonial en propiedad a favor de ciertas personas determinadas y fijadas ex lege, en atención a determinadas circunstancias, establecido dicho cuántum por la propia ley, sobre el importe líquido de la herencia, incrementado, con el de las liberalidades hechas en vida por el causante, y cuya fracción de valor se concreta en bienes perceptibles por los legitimarios mediante atribuciones que por cualquier título les otorgue el causante y caso de no otorgarle tales atribuciones o en lo que les falte para cubrir dicho valor, la perciben los legitimarios con la oportuna adjudicación de bienes hereditarios realizada conforme con las reglas de la partición o, de ser preciso, con la correspondiente reducción de las donaciones o legados inoficiosos. Esta inoficiosidad parte, como expresé, del quebrantamiento del officium pietatis, o deber de piedad que tiene el causante respecto de aquellos próximos parientes o del cónyuge, que al momento de su deceso dependan económicamente de él y no estén aptos para trabajar (vid. artículo 493 del vigente Código Civil), a quienes, en consecuencia, debe atribuirles la mitad del acervo patrimonial resultante a su fallecimiento como pago de la legítima, cuya monto o cuantía viene determinada ex lege, si bien la atribución es deber del testador.

La inoficiosidad es predicable del acto del disponente, y solo posible cuando se trate de una liberalidad pues las enajenaciones a título oneroso no deben afectar para nada el cuántum de la legítima dado que, en aplicación del principio de subrogación real, los bienes adquiridos en sustitución del enajenado, ocuparán en el patrimonio del causante el lugar destinado a sus predecesores, a menos que se trate de enajenaciones a título oneroso que defrauden los derechos de los legitimarios, por tratarse v.gr., de ventas a precio vil o irrisorio, las que pudieran resultar también impugnadas.

La inoficiosidad se sustenta en el quebrantamiento de las normas de tuición legitimaria, en una agresión a la intangibilidad de la legítima.

<sup>2</sup> Vid. Pérez Gallardo, Leonardo B., «Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cuantitativa y cualitativa», en Derecho de Sucesiones, tomo II, bajo su coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 209-213.

ma y no solo a la intangibilidad cuantitativa, sino incluso también a su intangibilidad cualitativa (vid. artículo 492.2 del Código Civil)<sup>3</sup>. La declaración judicial de inoficiosidad es el resultado del ejercicio de la acción correspondiente de la cual es titular el legitimario ante una vulneración de su legítima. Precisamente el ordenamiento jurídico, en aras de una verdadera protección de los derechos de los legitimarios, establece cortapisas a la libre disponibilidad de los bienes por su titular, no solo mortis causa, sino también inter vivos.

### **3. Los límites impuestos por los artículos 378 a) y 492.1 del Código Civil a la libertad de disposición patrimonial del titular. La tesis de las compuertas de la represa**

Los ordenamientos jurídicos sucesorios, entre los cuales se incluye el cubano, logran armonizar un sistema que permite la libertad de testar, a la vez que la atribución, por concepto de legítima, de determinada cuota del patrimonio hereditario a favor de ciertas personas, en nuestro caso, los llamados «herederos» especialmente protegidos, que no son sino, aquellos hijos o descendientes, ascendientes o cónyuge que al momento del deceso del testador no están aptos para trabajar y hayan dependido económicamente de él. De este modo el titular de un patrimonio, puede disponer de él en vida, o para después de su fallecimiento. Por supuesto, si dispone en vida no lo puede hacer a título universal, en todo caso los actos de disposición serían a título particular, en tanto debe reservar bienes para hacer frente a sus más apremiantes necesidades, y no solo las de él, sino también las de aquellos respecto de los cuales constituye su sostén.

Todo individuo desde que nace es persona y tiene capacidad jurídica (vid. artículos 24 y 28.1 del Código Civil), como titular de un patrimonio puede disponer a su antojo, sin más cortapisas que las dispuestas por el Derecho vigente a los efectos de enajenar bienes,

<sup>3</sup> Y ello no es exclusivo del Derecho cubano, aparece así reconocida en los códigos civiles que regulen un sistema legitimario. Con este mismo sentido se regulan en los artículos 1629 y 1645 del Código Civil peruano, artículos del 1067 al 1077 del Código Civil boliviano, artículos del 1185 al 1188 del Código Civil chileno, artículos del 889 al 892 del Código Civil venezolano, artículos del 1243 al 1246 del Código Civil colombiano, artículos 889 y 890 del Código Civil uruguayo, artículos 1830 al 1832 del Código Civil argentino, artículo 2007 del Código Civil brasilero, artículos del 2168 al 2178 del Código Civil portugués, entre otros.



sobre todo en lo que concierne a los bienes inmuebles. Se ha dicho y con razón que quien desea disponer de todos los núcleos patrimoniales de los cuales es titular, para que esta disposición surta efectos post mortem no tendrá más limitación que la impuesta en el artículo 492 del vigente Código Civil en torno a la existencia de los legitimarios y su necesaria previsibilidad sucesoria, en tanto que el testamento, recurso idóneo para encauzar esta pretendida disposición, es un acto mortis causa, y como tal no tiene por qué ser contemporáneo con el momento de la muerte. No siempre se testa in artículo mortis, es más, esto resulta excepcional. Ergo, quien testa, que de por sí ya es expresión de ser una persona previsora, no obstante debe ser aún mucho más previsora como para tener en cuenta el advenimiento de legitimarios, luego incluso del momento del otorgamiento del testamento, sobre todo cuando quien procede a testar lo hace a edades en que tal advenimiento resulta circunstancialmente posible. Lo contrario, en un ordenamiento como el nuestro, sería sumamente fatal, pues de no reconocer la posible existencia futura de legitimarios al momento de su deceso daría al traste con las disposiciones patrimoniales a título de herencia (vid. artículo 495.1 del Código Civil) e incluso más, también con las disposiciones patrimoniales a título de legado, según el propio dictado del mismo artículo, que en el mejor de los casos quedarían a salvo solo en lo que no se exceda de la parte de libre disposición.

Empero, de nada valdría que este límite a la libertad de testar se erija frente a la existencia de los «herederos» especialmente protegidos, si no existe también un límite a la libertad de disponer inter vivos<sup>4</sup>. La cuota de legítima está subyacente desde que la persona

<sup>4</sup> Con ese desenfado que le caracteriza, expresa el maestro Albaladejo, al comentar el artículo 636 del Código Civil español, del cual es trasunto el artículo 378 a) de nuestro Código Civil que: «la restricción que la legítima pone a la disponibilidad de los bienes, alcanza lo mismo a dejarlos en muerte como a regalarlos en vida, porque si no, es decir, si hubiese de respetarse solo en testamento, al que no hubiese sido posible haber dado a su muerte o el que no hubiese podido recibir entonces de él, tendrían ya dado o tomado lo que fuese, de modo que al morir se podría respetar con todo escrúpulo el límite puesto en la ley, ya que hecho antes el traspaso gratuito que esta quería impedir, al que se lo propuso, no le quedaría necesidad de llevarlo a cabo. En resumen: que si se quiere la efectividad de la legítima, ha de ser una restricción a la libertad tanto de disponer y recibir mortis causa como gratuitamente inter vivos (...)». Vid. Albaladejo García, Manuel, «Comentarios al artículo 636», en Comentario del Código Civil, bajo la dirección de Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, tomo I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1614-1615.

va adquiriendo bienes y formando su propio patrimonio. En la manera en que está previsto el sistema legitimario cubano, nunca se sabe a ciencia cierta si después de que nos independizamos económicamente, volvamos a ser legitimarios otra vez en la vida. He dicho, y reitero en esta oportunidad, que los legitimarios en Cuba se caracterizan por su transitoriedad. Es una condición mutable en dependencia del entorno en que se desenvuelve la persona en cada momento. El deber jurídico de satisfacer la legítima es cierto que viene impuesto por el legislador, pero nuestra legítima de freno es satisfecha por el testador, no por el legislador. La atribución la hace el primero por imperio del segundo, so pena de ver esfumarse su voluntad testamentaria<sup>5</sup>. No se olvide que estamos en terreno de normas de ius cogens. La legítima a todas luces es una cuota atribuida por el testador a los beneficiarios de ella, eso sí, cuando hay activo que atribuir, cuando una vez deducido el pasivo al activo, este último es superior y, en consecuencia, es repartible entre los legitimarios. Quede claro que los legitimarios verán satisfecha su legítima en la misma medida en que su causante tuvo algo que transmitir. Ahora bien, una cuestión es que el causante no tuviere nada que transmitir y otra muy diferente es que, teniéndolo no tuvo la precaución necesaria de reservar la parte de legítima que por imperio del Código Civil debe atribuir a sus más necesitados parientes y al cónyuge. La legítima es una represa, cuyas aguas pueden resultar muy útiles en momentos de sequía, utilizables incluso en épocas de lluvia, pero con prudencia y previsión de lo que pueda acontecer en períodos ulteriores donde los pluviómetros apenas llegan a funcionar. En ordenamientos jurídicos como el nuestro los actos de liberalidad son válidos y eficaces siempre que cumplan con los requerimientos establecidos por el Derecho, pero toda liberalidad, que no necesariamente donación, está supeditada a una revisión ulterior, tiene un efecto claudicante, de modo que, resultando plenamente válida al momento de su concertación y ejecución, pudiera devenir después ineficaz total o parcialmente, con motivo del éxito de la acción de rescisión ejercitada ante el tribunal competente.

De nada valdría que el ingeniero que construye una represa erija una sola compuerta, pues esa agua quedaría perennemente estanca-

<sup>5</sup> Vale tener presente la manera en que reacciona el legislador, v.gr., cuando el testador ha preterido a un legitimario o especialmente protegido (vid. artículo 495.1 del Código Civil).

da y su uso no podría ser aquel para el que comúnmente se emplea. Esa represa no solo debe tener una compuerta de cierre, sino también una compuerta de entrada para que penetre el agua, se recicle, pero esa otra compuerta también debe cerrarse porque si se mantuviera abierta todo el tiempo, seguramente en un período muy breve la represa quedaría vacía. Ambas compuertas tienen utilidad y buscan un fin, a saber: mantener la represa a buen recaudo, pues aunque si bien lo más común es que se utilice en el período de sequía, nada obsta que el agua se emplee para otro uso menos convencional. Lo que importa es tener siempre abasto de agua y en ello juega un papel nada desdeñable el talento del ingeniero que construye la represa y el manejo que haga también de sus compuertas. Siguiendo esta tesis, traspolable al campo jurídico, baldío sería para el legislador, construir un valladar inexpugnable a la libertad de testar y obviarlo respecto de la libertad de disponer inter vivos con ánimo de liberalidad. Si el límite solo lo fuera el que se instituye en ocasión de otorgarse un testamento, entonces los más pillos tendrían franqueada la vía de las liberalidades hasta el último instante de la vida para deshacerse de todo el patrimonio y dejar de cumplir el deber de legítima que se le impone. Tómese en consideración que en nuestro Derecho sucesorio la legítima se satisface a favor de personas que quedan en un estado de desvalidez patrimonial al momento del deceso del testador. Era precisamente este quien le cubría sus más apremiantes necesidades económicas, resultaba el puntal sobre el cual se sostenía el legitimario. Esa peculiaridad hace que la legítima en Cuba refuerce el sentido de solidaridad familiar, pietas familiar, en el que siempre se ha respaldado. Y es precisamente ese valor al que se refiere el propio legislador del Código Civil en su tercer POR CUANTO cuando establece que dicho cuerpo legal «... debe (...) estimular la ayuda mutua entre los miembros de la sociedad (...)». No hay por qué entonces atemorizarnos cuando se erigen ex lege dos compuertas, una regulada en el inciso a) del artículo 378 y otra en el artículo 492.1. De este modo, la legítima no es la mitad de lo que quede al fallecimiento del causante, sin más restricciones a la libertad de disponer inter vivos. Para su cálculo hay que atravesar por variadas operaciones, dentro de las cuales juegan un importante papel la reunión ficticia o agregación ideal, y la computación e imputación de liberalidades con cargo a la libre disposición y a la legítima. Si obviáramos las liberalidades, estoy seguro que la base contable disminuiría sensiblemente y, con ello, la propia legítima.

Siempre les he explicado a mis alumnos que la determinación de la legítima no es una simple operación aritmética, resultado de sumar el activo hereditario y dividirlo por dos. Esa manera de calcularla da al traste con su naturaleza y esencia y evade una de las compuertas. El artículo 378 a) del Código Civil deja al descubierto el primer límite que tiene toda persona a la libertad de disponer de su patrimonio inter vivos por actos de liberalidad, cuyo prototipo lo es, sin duda, la donación. Y tal es así, que la norma se incluye en el Código Civil en las postrimerías del andamiaje legal de la controvertida figura de la donación. Quien dona debe ser lo sumamente previsor para no afectar con ello la posible e hipotética legítima. La existencia de esta última no enerva la facultad de donar, pero sí condiciona su eficacia ulterior. Quien adquiere a título de liberalidad debe tener en cuenta que su adquisición, si bien no está sujeta a una condición resolutoria, sí puede resultar a posteriori rescindible y como tal debe asumir el acto de liberalidad del que resulta beneficiario y para lo cual ha tenido que exteriorizar su voluntad (vid. artículo 371 del Código Civil). Es justo que el legislador, tomando en consideración los intereses del donatario y los de los legitimarios, haga prevalecer los de estos sobre los de aquel. El beneficiario de una liberalidad, recibe algo sin entregar nada a cambio, operará un acrecimiento patrimonial a su favor, o en todo caso, evitará un decrecimiento patrimonial en su contra (como en el caso de la condonación que a fin de cuentas es un acto unilateral de liberalidad, vid. artículo 304 del Código Civil), empero, el legitimario tiene un derecho reconocido ex lege a que el testador le atribuya bienes suficientes como pago de la legítima, los cuales según el dictado del artículo 494 del Código Civil podrá recibir «por cualquier título», lo que quiere decir que también será posible, incluso a través de donaciones, imputadas con cargo a la legítima. Para el legislador, criterio con el que coincido, a nadie le es dable concertar actos a título de donación o de otra liberalidad sino reserva bienes con los cuales hacer frente al momento de su muerte para satisfacer el deber de legítima que le viene impuesto ex lege. Si lo hace, entonces en nada valdrá el tiempo transcurrido, no acudirá en auxilio, ni la prescripción, ni la caducidad, se impondrá la declaración de inoficiosidad de la liberalidad, con las consecuencias que en Derecho ello provoca.

#### **4. El momento de apreciación de la inoficiosidad de la donación. Las necesarias operaciones de computación e imputación de dicha liberalidad**

Las personas pueden adquirir bienes por donación, incluso antes de su nacimiento, a condición de que nazcan, según el imperio del artículo 25 del Código Civil, y tales adquisiciones, y también otras por disímiles conceptos, pueden operar mientras tengan vida. Ergo, hasta el instante mismo de la muerte el patrimonio es cambiante, hoy puedo disponer de un bien a título gratuito, que representa un 65% de mi patrimonio y un tiempo después, tal desprendimiento patrimonial no signifique más que un 1% del patrimonio del que soy titular, en tanto, adquirí otros bienes que incrementaron muy considerablemente el patrimonio. O, viceversa, puedo pasar de un estado confortable, patrimonialmente hablando, a un estado de insolvencia, en palabras del Alto Foro en el primer Considerando de esta sentencia: «entre el momento del otorgamiento del contrato de donación que se reputa de inoficioso y el deceso del donante es susceptible de variación el monto del haber hereditario y ello podría determinar que una donación que resultare eventualmente inoficiosa al momento de su otorgamiento no lo fuere al instante del fallecimiento del donante en que su herencia es transferida a sus herederos si en el ínterin hubiere experimentado acrecimiento el patrimonio de aquel». Por ello, el cálculo final de la ascendencia del patrimonio de una persona, a los efectos de determinar el monto o cuantía a que asciende la legítima, no es posible hasta tanto no se acredite su muerte. Y en esta tesitura se mueve la interesante sentencia que comento. De ahí que acierte el juzgador cuando en dicho Considerando también arguye que: «... habrá de estarse al momento del fallecimiento del donante, instante en que conforme al artículo quinientos veintidós del Código Civil adquieren la herencia sus sucesores, para determinar si resulta inoficiosa una donación que hubiere en vida efectuado y que en consecuencia no podrá ser impugnada por tal en tanto no se produjere el fallecimiento del donante, puesto que es en ese instante que cabe valorar la ascendencia del caudal hereditario a los efectos de determinar si ese acto de liberalidad ha comprometido o no la parte reservada por el legislador para quienes eventualmente resultaran sus legitimarios especialmente protegidos, de haberse deferido la herencia por testamento, que importa la mitad (...)».

De lo dicho se colige que la muerte del donante es un presupuesto inexcusable para poder ejercitar la acción rescisoria de la donación inoficiosa al amparo del artículo 378 a) del Código Civil. Para la determinación del carácter inoficioso de una donación resulta sine qua non la práctica de las operaciones de cómputo del caudal e imputación de las donaciones, como paso previo al cálculo de la legítima. Si no reconstruyo el caudal patrimonial dejado a la muerte del causante, con todas las liberalidades hechas en vida por aquel, y luego determino con cargo a qué porción se entienden realizadas las liberalidades, o sea, si a la legítima o a la libre disposición, teniendo en cuenta en el primer caso si el destinatario es o no legitimario, pues es lógico que toda liberalidad hecha a favor de un extraño se imputa con cargo a la libre disposición, entonces nunca podría determinar si las liberalidades hechas en vida por el causante resultan lesivas de la legítima, o si las que resultan lesivas no son las liberalidades inter vivos, sino las que a título de legado hace el testador en su testamento, cuando ya en vida había agotado el cincuenta por ciento de su patrimonio que constituye la parte de libre disposición. Y es precisamente a estas operaciones a las que se refiere el juzgador en su sentencia, aun implícitamente, dado que no las llama por sus nombres, pues ¿qué otra alternativa existe para determinar si las donaciones resultan inoficiosas o no? Ya se, porque es totalmente cierto, que el legislador del Código Civil cubano hace mutis en relación con el cómputo de la legítima. Ni un solo precepto regula, ni indirectamente, la reunión ficticia, la computación, y la imputación, pero es suficiente con que el Código Civil en su artículo 492.1 regule la atribución a título de legítima y por otro lado en su artículo 378 a) imponga al donante que extravase los límites regulados ex lege en la ascendencia de la donación, la declaración de inoficiosidad del acto de donación, para que las operaciones ya mencionadas se entiendan necesariamente comprendidas en el animus legislatoris, pues sin ellas nunca podría obtenerse un resultado tan necesario en aras de la tuición de los derechos de los legitimarios. La experiencia de otros ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro y, en especial, del español, que no solo es Derecho comparado, sino antecedente directo del cubano, aconsejan tomar por esos senderos si queremos ver la luz en medio de tantas tinieblas.

## **5. La virtual o hipotética limitación a la libertad de disponer del patrimonio en razón de la posible o futura existencia de legitimarios. El controvertido supuesto de la sucesión ab intestato**

Uno de los ejes temáticos más controvertidos resueltos en la sentencia in commento lo constituye el que centra el presente tópico. Nunca me ha abrigado dudas el ámbito de aplicación del artículo 378 a) del Código Civil. La declaración de inoficiosidad opera, lo mismo si se trata de un supuesto de sucesión testamentaria, como si resulta de uno ab intestato. En el caso sometido al foro, el donante había muerto ab intestato. Por ello el Alto Foro rectifica el criterio esgrimido por el tribunal a quo en el tercer Considerando de su Sentencia No. 90 de 30 de diciembre de 2008 (ponente Álvarez Romero), al acoger la excepción perentoria esgrimida bajo el fundamento de que la promovente carece de amparo legal al interesar la rescisión de la donación inoficiosa sobre la base de su condición de «heredera» especialmente protegida, en tanto que, al morir ab intestato el donante, no cabe cobijarse en el artículo 378 a) del Código Civil. Esto motiva al tribunal de casación a que, en el segundo Considerando a manera de obiter dictum, deje esclarecido con reconocida pulcritud lo que ya desde la cátedra universitaria se ha venido sosteniendo, a saber: que la rescisión de las donaciones inoficiosas procede también cuando el donante, al fallecer no ha otorgado testamento, consecuentemente, no ha podido reconocer la existencia de legitimarios que a la postre, en efecto, existen. Su sola hipotética existencia para el supuesto de que el causante-donante hubiere testado, es suficiente para que procediere la rescisión de la donación, declarada inoficiosa, pues no debía excederse en las liberalidades inter vivos de la manera en que lo hizo. Conviene recordar que para el tribunal de casación «... resulta posible la impugnación de donación efectuada en vida por el causante por inoficiosa tanto si la herencia es deferida por testamento como si lo es en defecto de él por delación legal, conocida como sucesión intestada o abintestato, lo que deriva de una recta interpretación de lo que establece respecto a la colación hereditaria el artículo quinientos treinta, apartado segundo, del Código Civil, en cuanto a que en la sucesión intestada se traerá a la masa hereditaria el exceso del valor de las donaciones declaradas inoficiosas; lo que implica que en tal supuesto habrá que determinar si existen personas al deceso del donante que reúnan respec-

88

to a él los requisitos de especial protección a que se refiere el artículo cuatrocientos noventa y tres, apartado primero, del Código Civil, que en tal caso concurrirán a la sucesión intestada en el primer llamado a que se refiere el artículo quinientos catorce, apartados primero y segundo, del propio cuerpo legal, precisando si la donación efectuada comprometió la mitad del patrimonio hereditario del cual el donante no podía disponer, aun cuando en la sucesión intestada no recibirían tal mitad sino la parte alícuota correspondiente; puesto que el artículo trescientos setenta y ocho, apartado a, del referido Código, proscribire por inoficiosa aquella donación que exceda de lo que puede darse o recibirse por testamento, lo que habrá de tenerse en cuenta como una virtual e hipotética limitación observable aún cuando en definitiva el testamento no hubiere llegado a otorgarse y ello torna improcedente el fundamento en que exclusivamente se sustenta el fallo interpelado en el sentido de que no cabe reputar de inoficiosa la donación efectuada solo porque la herencia se transmitió por el llamado de la ley y no por testamento, aunque lleva razón al consignar que la institución del heredero especialmente protegido es privativa de la sucesión testada».

Cabe hacer, no obstante, algunas necesarias puntualizaciones. En el orden técnico se ha esgrimido con claridad por la más reciente doctrina patria, las diferencias entre la acción de colación y la acción de reducción de donaciones inoficiosas<sup>6</sup> por lo cual si nos amparamos en el artículo 530.1 debemos tener claro que el legislador aunque regula la colación en sede de sucesión ab intestato, lo que hace en realidad es arropar a la acción rescisoria de las donaciones inoficiosas con la vestimenta de la colación. Particular que ha convertido esta situación, en el orden doctrinal, en un verdadero quebradero de cabeza al resultar muy poco nítido el fundamento de la colación en una sucesión ab intestato en la que se carece de legitimarios.

Otro tanto acontece con la declaración de inoficiosidad de la donación. Por ello se aduce con acuidad por el juez ponente al hilar esta fina madeja que se trata de una virtual e hipotética limitación, subsistente, aunque el donante nunca se convierta en testador, condición que no es posible imponerle. Si usted v.gr., dona y a su muer-

<sup>6</sup> Vid. Marrero Xenos, Minerva, «De la colación y partición hereditarias», en Derecho de Sucesiones, tomo III, bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 105-106.



te le sobreviven presuntos legitimarios que no llegan a ser tales, por el simple hecho de que usted no testó ¡vaya dislate del legislador!, sería ejercitable, con éxito, la acción de rescisión de la liberalidad, si en efecto lesiona la legítima, o mejor dicho, la hipotética legítima a la que hubiera tenido derecho el virtual legitimario, de cambiarse el escenario de una sucesión ab intestato a una testamentaria. Recuérdese que en la ab intestato los legitimarios resultaron casualmente preteridos, nada y nada menos que por el propio legislador ¡menudo gazapo normativo!

#### **6. La titularidad de la acción rescisoria de la donación inoficiosa y la prohibición del venire contra fáctum próprium: ¿compatibles o excluyentes?**

Conforme lo regula el artículo 76 d) del Código Civil la acción para combatir la inoficiosidad de una donación o de cualquier otra liberalidad es de naturaleza rescisoria, acción extraordinaria, subsidiaria, excepcional, ejercitable como remedio in extremis, o sea, cuando el legitimario lesionado no tiene otra vía para recuperar la parte de la legítima en la que resulta afectado. La rescisión es un supuesto de ineficacia sobrevenida del acto jurídico, en tanto que una donación inicialmente eficaz y válida, deviene, como resultado de las operaciones de cálculo y cómputo de la legítima, inoficiosa<sup>7</sup> y, en consecuencia, susceptible de ser impugnada por cada legitimario afectado<sup>8</sup>. De ello se colige que, el titular de la acción solo lo podrá ser el legitimario que se ha visto perjudicado por la inoficiosidad de la donación y a los fines de complementar su legítima individual. Coincido con OJEDA RODRÍGUEZ, en que se trata de una rescisión parcial pues el legitimario interesará la rescisión tan solo en lo que resulte útil

<sup>7</sup> De ahí que doctrinariamente se ubique entre las causas de rescisión por lesión.

<sup>8</sup> Por ese motivo la doctrina científica califica la acción como individual de cada legitimario, de modo que cada legitimario en concreto tendrá que demostrar, como expresa Delgado Echevarría: «no que existen liberalidades in genere, sino que su concreta legítima se halla insatisfecha». El éxito en el ejercicio de la acción no es comunicable al resto de los colegitimarios, quienes no tienen por qué verse favorecidos con él, ni tampoco el legitimario que ha ejercitado la acción de rescisión va a ver incrementada su porción legítima porque el resto haga valer su derecho. Vid. Delgado Echevarría, Jesús, en LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., Elementos de Derecho Civil V, - Derecho de Sucesiones, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 429-430.

para completar su porción legitimaria<sup>9</sup>. Empero, el supuesto sometido a consideración del Alto Foro tiene una peculiaridad, quien promovió el proceso en la instancia provincial lo fue la madre de la demandada, que en calidad de codonante, conjuntamente con el hoy fallecido, dispusieron a título gratuito, a través de escritura pública, la vivienda de la cual eran cotitulares, en razón de la comunidad matrimonial que sobre ella tenían constituida.

Este particular merece un detenido estudio. En efecto, la controvertida donación lo constituía la vivienda de residencia permanente de ambos cónyuges, quienes consideraron oportuno disponerla por acto de liberalidad a favor de su hija. Como la vivienda había sido adquirida, a título oneroso, constante matrimonio, al amparo del artículo 30.2 del Código de Familia tenía el carácter de bien común, de ahí que la donación se hiciera por ambos cónyuges, actuando como donantes. Eso sí, a los efectos del cálculo y cómputo de la legítima, se trae a la masa hereditaria del donante fallecido la mitad del valor de la vivienda, pues se entiende que quien dona un bien que tiene carácter comunitario, con el asentimiento del otro cónyuge, que también funge como donante, lo está haciendo solo de su mitad, aun cuando por tratarse de un bien comunitario, en el momento en que se dona, no es posible hablar de mitades o de participaciones, pues ello atenta contra la prístina naturaleza de la comunidad germánica o en mano común, en la que se inscribe la comunidad matrimonial de bienes (vid. artículos 29 y ss del Código de Familia). Para determinar si la donación es o no inoficiosa, por lo tanto, solo hay que adicionar la mitad del valor de la vivienda y no el valor íntegro de esta, pues el valor de la otra mitad sería en todo caso computable al fallecimiento de la otra donante (en el caso, la madre de la donataria, y a la postre, pretensa legitimaria afectada con la liberalidad). Se inserta aquí el otro eje temático de particulares ribetes contenido en la sentencia ¿supone para la legitimaria, que a su vez es donante, el ejercicio de la acción rescisoria un venire contra fáctum proprium? ¿Le es permisible a ella el ejercicio de la acción rescisoria?

El maestro español Díez-PICAZO, que ha estudiado con detenimiento la doctrina de lo actos propios en la monografía que lleva ese nom-

<sup>9</sup> Vid. Ojeda Rodríguez, Nancy C., «Comentarios al artículo 76», en Comentarios al Código Civil cubano, tomo I – Disposiciones preliminares. Libro I – Relación jurídica, Leonardo B. Pérez Gallardo (director), en Editorial.

bre, defiende el argumento de que para que pueda apreciarse un apartamiento de la buena fe por la conducta anterior de un sujeto, que despierta confianza en un tercero, se hace necesario que esa conducta sea eficaz, y que no se trate de una declaración negocial de voluntad, pues esta es vinculante en razón de su propia naturaleza. Se trata de un comportamiento posterior del sujeto que le hace insostenible con el anteriormente desenvuelto. De ahí que, tratándose de actos inválidos es dable venir contra los propios actos. En palabras del célebre profesor: «El ordenamiento jurídico estima que la persona no queda ligada o pueda desligarse del negocio irregular. La impugnación del negocio ineficaz no queda impedida por la inadmisibilidad de 'venire contra fáctum pròprium'. Se viene lícitamente contra un 'fáctum pròprium' cuando se pretende la declaración de ineficacia de un negocio jurídico irregular, cualquiera que sea el tipo de ineficacia con que el ordenamiento jurídico sancione aquella irregularidad. Se viene lícitamente contra los propios actos cuando se ejercita una acción de nulidad o una acción rescisoria»<sup>10</sup>. Razón por la cual, le es perfectamente dable a quien fungió como parte actora en la instancia, ejercitar la acción rescisoria de la donación inoficiosa si logra demostrar, primero su condición de legitimaria, y segundo, el carácter inoficioso de la donación realizada por su consorte. Ahora bien, tratándose de una codonante, no puede olvidarse que ella interesa la declaración de inoficiosidad en la parte que concierne a su esposo, pues la parte por ella donada, solo podría ser declarada inoficiosa, en vida, si con dicha donación hubiere comprometido los medios de subsistencia o habitación (ex artículo 378 b) del Código Civil), supuesto en el cual pudiera ella misma ser la titular de la acción de rescisión de la donación por inoficiosidad, si a posteriori de dicho acto, su propia subsistencia quedare comprometida<sup>11</sup>, sin

<sup>10</sup> Vid. Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Bosch, Barcelona, 1963, p. 202.

<sup>11</sup> Es curioso que unos meses después en Sentencia No. 226 de 13 de agosto del 2009, en la que se declara SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia que, a su vez también declaró SIN LUGAR la demanda establecida por la actora que de modo alternativo interesaba la nulidad o subsidiariamente la rescisión de una donación también concertada con su hija, al igual que en el caso resuelto en la sentencia in commento, el propio ponente en el segundo Considerando, in fine, deja dicho, al aludir a uno de los motivos invocados por la recurrente

que en tales circunstancias cabría argüirse tampoco la doctrina de los propios actos. A mi juicio, el Tribunal Supremo cubano aplica por exceso la mencionada doctrina en casos en los cuales no sería dable predicar el cumplimiento de los requisitos exigidos unánimemente en la doctrina científica para su validación. Pensar lo contrario, supondría coartarle al legitimario la posibilidad de impugnar por resultar inoficiosa la donación lesionadora de su legítima y con ello conculcar sus derechos legitimarios protegidos por normas de *ius cogens*.

---

que: «no puede reputar de inoficiosa y rescindible una donación quien por su propia voluntad y consentimiento no viciado la efectuara, habida cuenta que la rescisión tiene como presupuestos, que no puede quien recurre soslayar, la plena validez del acto y el perjuicio de tercero». Particular, el primero, con el que concuerdo, no así el segundo, pues si bien el acto rescindible presupone un acto inicialmente válido, de este acto puede sobrevenir una lesión económica, no necesariamente para un tercero, sino también para una de las partes, como en el caso, para la donante, quien después de desprendida de la titularidad del bien, pudiera resultarle lesivo el acto por comprometer los medios propios de subsistencia. Precisamente quien ejercita la acción rescisoria ha donado con plena conciencia, voluntad, con *animus donandi*, y no por ello, se le puede vedar del derecho a solicitar la declaración de inoficiosidad de la donación ex artículo 378 b) del Código Civil, como al parecer se colige de la fundamentación jurisprudencial. Sostiene Albaladejo al comentar el artículo 634 del Código Civil español, del cual trae causa el nuestro, ya citado, que legitimado para pedir la restitución de los bienes necesarios lo está el donante, pues es precisamente él quien requiere con urgencia recuperar los bienes que donó, en razón de la precaria situación económica en la que se encuentra. Aclaro, ello, si se logra demostrar la necesidad de quien interesa la declaración de inoficiosidad a partir de la carencia de otros bienes que hagan frente a sus más apremiantes necesidades, para lo cual tiene a su alcance los medios de prueba que resulten pertinentes. Vid. al efecto, per omnia, Albaladejo García, M., «Comentarios al artículo 634», en *Comentario...*, cit., p. 1611. Adpero, en otro caso conocido por el propio Tribunal Supremo (Sentencia No. 70 de 31 de marzo de 2009, único Considerando, ponente Acosta Ricart) en que la donante interesaba la rescisión de la donación de una vivienda que había hecho a su hermano, con el argumento de que comprometía los medios de subsistencia, el Alto Tribunal, aun cuando declara SIN LUGAR el recurso y con ello, ratifica la sentencia de instancia que desestimó la demanda, da por sentada la legitimación de la donante para el ejercicio de la acción rescisoria, si bien sustenta la confirmación de la sentencia dictada por el tribunal a quo en que «no puede refutarse de inoficiosa una donación que en modo alguno sobrepasa los límites legalmente establecidos en la legislación sustantiva», en tanto en la prueba de

---

confesión judicial practicada a la parte actora esta «reconoció (...) que se encuentra tramitando la adjudicación para sí, de la vivienda dejada por su hijo al ser su única heredera, de tal suerte, valorando que en todo caso la confesión constituye un reconocimiento de la verdad de un hecho que le resulta perjudicial, máxime cuando como en el caso se trata de respuestas claras precisas y contundentes (lo cual) hace prueba plena contra su autor, no contra los demás litigantes, en atención al principio de la indisponibilidad de los derechos ajenos (...)». Es decir, demostrado que la recurrente estaba tramitando la adjudicación de la vivienda que pertenecía a su fallecido hijo, de la cual resulta ella heredera, con plenas posibilidades de adjudicársela, no es posible entonces alegar que la donación realizada comprometía los medios de subsistencia, pero en modo alguno, se alude a que la donante tiene impedido el ejercicio de la acción rescisoria, previa declaración de inoficiosidad de la donación. Similar situación se da en el caso, también conocido por el Tribunal Supremo (Sentencia No. 257 de 4 de septiembre de 2009, segundo Considerando, ponente González García), en el que, igualmente, se da por sentada la legitimación del actor para solicitar la declaración de inoficiosidad de la donación y su rescisión, si bien se declara SIN LUGAR el recurso interpuesto, entre otras razones porque para el donante «... la controvertida donación de vivienda no compromete sus necesidades de sustento y habitación, pues personalmente percibe una pensión como jubilado (...) que le permite solventar sus necesidades sin aporte de su contraria (...)». Por último, y también en sede de inoficiosidad de la donación por comprometer los medios de sustento y habitación del donante, resulta muy interesante en el orden doctrinario el caso fallado por el Tribunal Supremo en su Sentencia No. 448 de 29 de diciembre de 2008 (ponente Arredondo Suárez). Se trataba de un supuesto en lo que se discutía era el cómputo del día inicial del plazo de prescripción, o sea, la determinación del día a quo, a partir del cual se computa el plazo de prescripción de la acción rescisoria. En este sentido, igualmente, se da por válido el que la donante pueda ejercitar la acción rescisoria, pero la sala de instancia acoge la excepción perentoria de prescripción, opuesta por la parte demanda. Se trataba de una abuela que había donado el 23 de abril de 2002 su vivienda de residencia permanente a su nieta, en tanto ella estaba viviendo en un hogar de ancianos, pero a partir del año 2006 su situación se hace sumamente precaria pues no puede continuar residiendo en dicho centro asistencial y su nieta (donataria) se opone a que pase a residir en el inmueble que un día le transmitiera por donación (¡Lástima que en nuestro ordenamiento no se regulara la revocación de la donación por ingratitud del donatario! El supuesto tiene tanto más de revocación por ingratitud, que de inoficiosidad de la donación). La demanda se interpone en el 2008, seis años después de haberse autorizado ante notario la escritura de donación. Argumento suficiente para que el tribunal de instancia acoja la excepción de prescripción, al amparo del artículo 114 del Código Civil (y al parecer, porque no queda claro en la sentencia de casación), en relación directa con el artículo 120.1 del propio texto legal, en el sentido de que el plazo se comienza a computar «desde que la acción pudo ser ejer-

---

citada», a saber: para el tribunal de instancia, y asimismo para el de casación, desde el día siguiente a aquel en que se autorizara la escritura de donación. Extremo este que fue combatido, sin éxito, por la recurrente en el único motivo de casación aducido. La Sala de lo Civil y de lo Administrativo en el único Considerando de la sentencia, al resolver sobre el mencionado motivo, deja sentado que la «argumentación (...) deviene del criterio personal de la impugnante sobre el alcance de las normas en cuestión respecto al momento en que ha de comenzar a decursar el término de prescripción de la acción de rescisión de la donación que acusa de inoficiosa, apartándolo del perfeccionamiento del acto, con lo que realmente realiza una explicación de dicho precepto acomodaticia a sus intereses partiendo de presupuestos diferentes a los que obliga la recta interpretación de los preceptos aludidos cuyos enunciados tienen como finalidad el garantizar el orden y la seguridad jurídica, principios esenciales sin los cuales sería ilusoria la efectiva realización de la Justicia». Criterio del cual disiento pues, a mi juicio, le asiste razón a la recurrente, cuando considera inexacta la interpretación del tribunal de instancia, luego confirmada por el de casación. El die a quo en tal caso, se hace coincidir con el momento a partir del cual le sobreviene al donante la situación de perentoriedad económica o habitacional que llegue a comprometer los medios de sustento o habitación. No se olvide que la inoficiosidad en este caso es el resultado de una lesión económica sobreviniente para el propio donante, y como sobreviniente al fin, no puede resultar contemporánea con el momento de instrumentación notarial del contrato, pensarlo así sería un absurdo. Tratándose la rescisión de una causal de ineficacia, como en efecto lo es, sería de aplicación el artículo 120.3 del Código Civil, a cuyo tenor el donante está legitimado para interesar la rescisión de la donación a partir del momento en que conoce del vicio que motiva la causal de ineficacia, en el caso, la situación sobrevinida que ha comprometido su subsistencia, porque así la está sufriendo, a saber: la carencia de un medio indispensable para vivir como es el de habitación, ante la negativa de la donataria de darle cobija en la vivienda que un día le donara.

## EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD

*Vicente Rapa Álvarez<sup>1</sup>*

La propiedad se extingue por causas que pueden ser voluntarias o involuntarias. Son voluntarias el abandono y la enajenación y son involuntarias la destrucción del objeto, la accesión continua, las acciones rescisorias, la disposición judicial y el ministerio de la Ley. Algunas de estas causas de extinción tienen carácter absoluto, como la destrucción material del objeto o su destrucción jurídica. Esta última tiene lugar cuando el bien queda fuera del comercio. Las otras causas tienen un carácter relativo, ya que solo determinan la extinción del derecho para su propietario actual, que es sustituido por otro titular.

Las causas de extinción relativa, que implican un cambio en la titularidad del derecho, pueden tener lugar en virtud de una disposición de la ley, como ocurre en la accesión y la confiscación, o por el efecto combinado de la ley y la voluntad del sujeto que ejerce una facultad legal, como es el caso de la adjudicación a consecuencia de un embargo, los retractos y los actos de abandono o de enajenación. Finalmente, puede ocurrir que el derecho de propiedad se extinga por virtud de que una adquisición anterior quede sin efecto al declararse nula, revocarse o resolverse.

### **1. Renuncia, abandono y enajenación**

La renuncia o abandono tiene lugar cuando estos actos son realizados voluntariamente por el titular del derecho. Esta forma no está explícitamente prevista en el Código Civil aunque sí aparecen manifestaciones de ella en el Código de Comercio, como en el caso en que el asegurado ejerce la facultad de abandonar por cuenta del asegurador las cosas aseguradas (artículos 789 y siguientes del Código de Comercio). Pero aunque el Código no se refiere al abandono del derecho de propiedad, está admitido con carácter general el principio de que los derechos son renunciables (artículo 5), y aún en el ámbito de los derechos sobre bienes, el Código Civil y su legislación complementaria admiten la posibilidad de que se produzca la renuncia (Párrafo 2 del artículo 207 y el artículo 216-b).

<sup>1</sup> Tomado del libro *Propiedad Y Otros Derechos Sobre Bienes*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.

La renuncia o abandono se deben hacer con la voluntad de abandonar la propiedad, lo que objetivamente se pone de relieve con el desplazamiento de la posesión, como sucede si el propietario arroja un objeto mueble a un vertedero público y revela con esto su voluntad unilateral, que no necesita aceptación por parte de nadie.

En el caso de la propiedad de los agricultores pequeños sobre la tierra, quienes la heredan al amparo del artículo 5 del Decreto Ley No. 63, de 30 de diciembre de 1982 pierden su participación en la propiedad si dejan de trabajarla de modo permanente y

Estable (artículo 6 del mismo Decreto Ley). Estas normas concuerdan con la anteriormente citada Disposición Transitoria Séptima de la Primera Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, que imponía el deber de explotar la tierra, so pena de afectar esta a los fines de la reforma agraria, principio confirmado por el Código Civil (artículo 152).

En fin, la renuncia a la propiedad se puede integrar en un acto jurídico, y en este caso, si existen otros titulares del mismo derecho, la renuncia puede determinar el aumento proporcional a favor de los cotitulares.

Cuando la renuncia tiene por objeto la transmisión del derecho de propiedad a otro sujeto, estamos en presencia de una renuncia traslativa, y se revela con ella la facultad de enajenar, que puede ser entre vivos o por causa de muerte.

En lo que respecta a la facultad de asignar los bienes de propiedad estatal socialista y su eventual cesión, traspaso o enajenación, está expresamente atribuida a los jefes de los organismos de la Administración Central del Estado por el inciso *m* del artículo 53 del Decreto Ley No. 67 de 19 de abril de 1983 (ya citado antes); aunque el precepto señala en su parte final que estos actos se realizarán de acuerdo con las disposiciones vigentes que deben cumplimentarse en cada caso.

La facultad de transmitir o enajenar los bienes de la propiedad de las personas jurídicas corresponde a los investidos de estas atribuciones conforme a los estatutos o reglamentos correspondientes.

## **2. Destrucción del objeto**

La destrucción física total de la cosa implica necesariamente la extinción de la propiedad, ya que sin objeto no pueden existir ni este ni ningún otro derecho sobre bienes. Y el mismo efecto debe atri-



buirse a la destrucción jurídica, que tiene lugar cuando, subsistiendo físicamente la cosa, deja de pertenecer al dominio privado, como ocurre en el caso del animal que recobra su libertad o de la cosa que sale del comercio lícito.

### **3. Accesión**

Al estudiar los modos de adquirir la propiedad he mencionado a la accesión, que se produce cuando un bien perteneciente a un propietario se une, en calidad de accesorio, a otro bien principal perteneciente a un sujeto distinto (artículo 179).

Aunque en los casos de accesión el Código dispone que quien resulta beneficiado con ella debe indemnizar al propietario afectado, esto nada tiene que ver con la extinción de la propiedad de este, que solo puede exigir el valor del bien que ha salido de su patrimonio (artículo 183).

### **4. Revocación**

En sentido amplio se pueden considerar casos de revocación de la propiedad los de nulidad, rescisión, revocación o resolución del acto determinante de su adquisición.

Pero en un sentido más estricto el término revocación solo se aplica a los actos jurídicos que, perfectos en su nacimiento, se resuelven por una causa de ineficacia sobrevinida posteriormente, cuya certeza no se pudo prever al tiempo del nacimiento del derecho.

Pueden ser estimadas como causas de revocación del derecho de propiedad la condición, suspensiva o resolutoria; pero ya no es admisible el pacto de retro que se señalaba también como causa de revocación en la doctrina tradicional, porque tal pacto fue prohibido por la Orden Militar No. 191 de 20 de agosto de 1901, y tampoco ha sido incorporado al Código.

En cuanto a la revocación de donaciones, ha sido eliminada del Código Civil, que considera la donación como un contrato.

La revocación destruye en principio la enajenación, aún con perjuicio del tercer adquirente. Pero esta regla sufre limitaciones en el caso de muebles adquiridos de no propietarios según hemos visto al comentar la cuestión de la usucapión, y en cuanto a los inmuebles, es necesario tener presente que la publicidad del registro ga-

rantiza la adquisición de terceros cuando la causa de la revocación no se ha hecho pública en la inscripción correspondiente. Además, la enajenación de inmuebles está sometida a regulaciones especiales por la legislación inmobiliaria rústica y urbana, que exige autorizaciones oficiales para los traspasos de tales bienes.

### **5. Trasmisión judicial de la propiedad**

La propiedad se pierde cuando el tribunal la atribuye, a título de venta, en los casos de derechos ejecutoriamente reconocidos, o por el de adjudicación a una persona distinta de la que hasta entonces la tenía, como puede ocurrir en el procedimiento de apremio en el proceso civil. Este modo de transmitir no difiere realmente de los demás, porque el tribunal se limita a reconocer o desestimar los derechos que son objeto del litigio. No obstante lo anterior, se considera esta transmisión de la propiedad con fisonomía independiente, ya que se exige para que tengan lugar una serie de requisitos del procedimiento, que culmina cuando es firme el acto de adjudicación.

A la trasmisión judicial se debe equiparar, en el derecho cubano, la trasmisión administrativa, pues entre nosotros existen también otras jurisdicciones que pueden conocer de conflictos sobre el derecho de propiedad. Así, las direcciones municipales de la vivienda conocen de los litigios sobre la propiedad de estas, sin perjuicio de que puedan interponerse contra lo resuelto recursos judiciales.

# DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Christophe Swinarski<sup>1</sup>*

## 1. Desarrollo del Derecho de los Derechos Humanos y el DIH

La normativa de los Derechos Humanos, Como es sabido, tanto que rama autónoma del Derecho Internacional Público con sus propios instrumentos, sus propios órganos y sus propios procedimientos de aplicación, nació a partir de la Carta de las Naciones Unidas de 1945. Su primer catálogo metódico se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948<sup>181</sup>.

Desde luego, ya es también sabido que una normativa de esta clase figura hoy en día, en una serie de tratados internacionales, celebrados a nivel universal (es decir de toda la comunidad internacional) o nivel regional por los Estados que contienen una tradición colectiva y un común sentir en esta materia.

En la primera época de la coexistencia del «nuevo» derecho de los Derechos Humanos con el «viejo» Humanitario Derecho Humanitario se presentaron algunas controversias sobre la ubicación respectiva de ambas ramas en el derecho internacional, así como sobre sus interrelaciones<sup>182</sup>.

Los Derechos Humanos aparecerían como el sistema representativo por excelencia de las nuevas ideas de la comunidad internacional y como un concepto jurídico que debería fundamentar la posibilidad de conseguir los demás objetivos de la Carta de las Naciones

<sup>1</sup> Delegado Regional para Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay del Comité Internacional de la Cruz Roja. Tomado del libro Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana. 2da. Edición Revisada. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1991.

<sup>181</sup> Cf. A.A. Candado Trindade;

<sup>182</sup> Cf. En general H. Lauterpach; «The International Protection of Human Rights» RCADI 1947, págs. 5-107; también R. Cassin; «La Déclaration universelle de la mise en oeuvre des droits de l'homme», 79 RCADI, 1951, PÁGS 241-365, Y b. Mirkineselle Guétzevitch «Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration universelle des droits de l'homme», 83 RCADI, 1953, págs 255-375.

Unidas, entendida como el sistema universal de la seguridad colectiva y de la paz.

Es por eso que no se podía claramente conceptuar cuáles serían las relaciones entre lo que quedaba del derecho de la guerra , a saber el Derecho Internacional Humanitario, y aquello que buscaría consolidar las relaciones internacionales pacíficas bajo la forma de una normativa internacional de los Derechos Humanos.

Básicamente surgieron en torno a esta cuestión tres actitudes bastante distintas:

- \* Se preconizaba considerar que los Derechos Humanos son parte integrante del Derecho Internacional Humanitario considerado como el primer sistema específicamente destinado a proteger el ser humano. Estas razones cronológicas quisieron que el derecho de los Derechos Humanos fuera parte del Derecho Internacional Humanitario *sensu largo*, mientras el Derecho Humanitario propiamente dicho seguiría siendo humanitario en el *sensu stricto* de la palabra. Para esta escuela de pensamiento, que se puede calificar como integracionista, los Derechos Humanos se basarían entonces, en último término, en el Derecho Humanitario<sup>183</sup>.
- \* Para los que enfocaban sobre todo la naturaleza y el origen de estas dos ramas del derecho, era inaceptable abarcar dentro del mismo molde jurídico a las normas procedentes del derecho de la guerra y a las que deberían ser la base misma de la normativa de la paz.  
Desde este punto de vista cabía separar a los dos derechos. Los protagonistas de la escuela separatista pensaban demostrar así la primacía de los Derechos Humanos sobre el Derecho Humanitario después de la prohibición de la guerra<sup>184</sup>.
- \* Al desarrollarse estas dos ramas del derecho y en el marco de la elaboración de sus nuevos instrumentos (los Pactos Universales, los Convenios regionales sobre Derechos Humanos y los Protocolos Adicionales al Derecho Humanita-

<sup>183</sup> J.Pictet; «Le droit humanitaire et la protection» op.cit.págs. 9-16.El autor matizó sus opiniones en escritos posteriores.

<sup>184</sup> J. L.Kunz; «La problemática actual de las leyes de la guerra », La Casa Martín, Valladolid, 1955, 164 págs.

rio) se descubrió que ambas tienen varias interacciones y varias perspectivas en común. Luego de haber examinado sus respectivos ámbitos de aplicación, apareció, por fin, la escuela complementaria que parece reflejar adecuadamente las relaciones entre ellos, tal como se presentan en la realidad<sup>185</sup>.

## **2. Elementos principales de convergencia y divergencia entre el ámbito de aplicación del DIH y de los Derechos Humanos**

Pasando somera revista al ámbito de la aplicación de estos dos derechos, podemos poner de manifiesto una serie de convergencias y de diferencias entre ellos.

Aunque sean las personas humanas los beneficiarios de los derechos de la normativa humanitaria, son fundamentalmente los Estados los titulares de los derechos que en ella se estipulan (con el CICR como sujeto *sui géneris*).

Las situaciones en las cuales la persona humana puede directamente beneficiarse de derechos o verse obligada son poco frecuentes en este Derecho y están limitadas solo a ciertas categorías de derechos y obligaciones.

En cambio, en la esfera de los Derechos Humanos, los individuos poseen derechos propios y su titularidad los constituye en sujetos de esta rama lo son los Estados Parte, para gran parte de derechos y obligaciones en él reconocidos<sup>186</sup>.

Por eso existe una diferencia notable entre el ámbito de aplicación personal de aquellas dos normativas.

El propósito de los Derechos Humanos es, ante todo, el de garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos personales, sociales, políticos y económicos, amparándolo contra los impedimentos y los obstáculos que encuentre en su camino, a raíz de la arbitrariedad del Estado o de la exacerbación por el mismo del concepto de soberanía en el ámbito personal.

<sup>185</sup> H.Gros Espiell; Derechos Humanos, derecho humanitario, etc. En CH.Swinarski (ed); «Studies in honour of Jean Pictet» op.cit.págs. 699-713 y el mismo autor; «Relações do direito internacional humanitario com outros sistemas de proteçao da Pessoa humana» en Direito internacional humanitario» IPRJ op.cit.págs41-53;también Ch.Swinarski; «Introducción al DIH», op. cit.págs 15-18 e «Introducao ao DIH», op.cit.págs 22-24.

<sup>186</sup> Cf. Th. C .van Boven;«Aperçu du droit international positif des droits de l «homme», UNESCO, 2978, págs. 97-123.

Se puede hablar en cierta forma de un derecho promocional de la persona humana<sup>187</sup>.

Cuando se habla del Derecho Humanitario no se debe olvidar que esta normativa de protección tiene como finalidad suprema hacer posible que un ser humano, en toda su condición de persona, atraviese los gravísimos peligros del conflicto armado y de las situaciones de violencia en que este derecho se aplica, salvaguardando su integridad personal y, en cierta medida, la de su entorno social (familia, casa, profesión, etc.) sin, por lo tanto, abrirle nuevas perspectivas de desarrollo.

Sería difícil, por consiguiente, considerarlo como un derecho promocional. Al contrario se trata visiblemente de un derecho de supervivencia, de un sistema que tiende a conservar a la persona humana y no a ofrecerle más espacio para que viva mejor<sup>188</sup>.

Es indudable que ambos derechos sirven para proteger la persona humana, pero aparentemente no tienen los mismos propósitos, lo que nos autoriza constatar que sus ámbitos respectivos de aplicación *ratione materiae son distintos*.

En sus conclusiones, Marco Sassóli resume bien el planteo, al estudiar el tema de la implementación de estas dos ramas del derecho:

«...La implementación de estas dos ramas se instrumenta mediante los mecanismos previstos por el Derecho Internacional general, por cientos mecanismos contemplados en cada una de las mismas y, ante todo, por las instituciones específicas que se destinan a implementarlas.

Algunas de esas instituciones se orientan más hacia la caridad mientras que otras más bien hacia la justicia; unas son más sensibles ante las víctimas y otras más bien ante las violaciones; aquellas instituciones tienen bases jurídicas, métodos de acción y actitudes muy distintas y que corresponden, cada una a su modo, a las situaciones en las cuales cada rama normalmente ha de aplicarse: la

<sup>187</sup> Cf. I. Szabo; « Fondements historiques et développements des droits de l'homme » Ibidem págs. 21-42.

<sup>188</sup> Cf. H.P. Gasser; «Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones internas: propuesta de un Código de conducta en RICR, núm. 85, enero-febrero 1988, págs 38-61, y también ibidem, Th. Meron; Proyecto de Declaración-tipo sobre los disturbios y tensiones internas», págs 61-79.

guerra para el derecho Humanitario, la paz para los Derechos Humanos. No obstante esas diferencias y pese a que la implementación de cada rama tenga que llevarse a cabo principalmente por vía de sus propios mecanismos e instituciones, las convergencias entre las dos ramas existen y pueden ampliarse»<sup>189</sup>...

### 3. Complementariedad del DIH y de los Derechos Humanos

En lo que concierne a la temporalidad de la aplicación de las dos ramas, los Derechos Humanos contienen, por su parte, como es sabido, dos niveles de reglas: las que los Estados Parte tiene derecho a suspender en situaciones previstas por los instrumentos jurídicos mismos y las que se mantiene en plena vigencia en todas circunstancias.

Como se sabe, la segunda categoría de reglas (el llamado núcleo inderogable) sigue surtiendo sus efectos en cualquier situación de crisis del Estado que corresponda a la de conflicto internacional, a la de conflicto no internacional, a la de conflicto no internacional o a la de disturbios interiores y tensiones internas.

Por eso, en estas últimas situaciones, los Derechos Humanos mantienen su vigencia con los efectos que en ellas ha de surtir el derecho internacional aplicable<sup>190</sup>.

No es superfluo recordar la lista de los derechos inderogables tras haber mencionado las garantías de la persona humana que se hallan en el sistema humanitario.

Así, El Pacto de 1966, las Convenciones Europea y Americana afirman como inderogables:

- \* el derecho a la vida (Artículo 6 del Pacto, Artículo 2 de la Convención europea, Artículo 4 de la Convención americana),
- \* la prohibición de la tortura (Artículos 7, 3 y 5 respectivamente),
- \* la Prohibición de la esclavitud (Artículos 8, 4 y 6 respectivamente),

<sup>189</sup> M.Sassóli; "Mise en oeuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme: Une comparaison in *Annuaire Suisse de droit international*, VOL.XCIII 1987 págs.61 (nuestra traducción).

<sup>190</sup> Cf.Th.Meron; «Human rights in time of peace and in time of armed strife» en Th.Bugernthal(ed); «Comtemporary issues in international law: Essays in honour of LouisB.Sohn», Egel, Arlington, 1984, págs.1-21.

- \* la prohibición de la retroactividad de medidas penales (Artículos 15, 7 y 9 respectivamente).

Además, el Pacto de 1967 sobre los derechos civiles y políticos y el Pacto de San José de 1969 consideran inderogables:

- \* el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Artículos 16 y 18 respectivamente),
- \* la libertad de conciencia y de culto (Artículos 18 y 12 respectivamente).

Aún más allá de ello, el pacto de San José agrega a la lista de los derechos irrefragables:

- \* los derechos de la familia (Artículo 17),
- \* los derechos del niño (Artículo 19),
- \* el derecho a la nacionalidad (Artículo 20),
- \* el derecho de participación en la vida pública (Artículo 23),

El mecanismo de irrefragabilidad mantiene la vigencia de los Derechos Humanos —por lo menos de su núcleo duro— en las situaciones de aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario. Comparado aquel catálogo con las garantías fundamentales de la persona en los Convenios de Ginebra (especialmente en el Artículo 3 común) y aún más, con la vista de las garantías fundamentales del Artículo 75 del Protocolo I y de la de los Artículos 4, 5 y 6 del Protocolo II, conviene enfatizar la notable convergencia de sus respectivos contenidos<sup>191</sup>.

Sin poder analizar detalladamente aquí las correspondencias exactas de los efectos jurídicos y del ámbito de aplicación de cada una de las disposiciones comparables, se pone de relieve la concurrencia de estos dos distintos sistemas internacionales de protección, debida, en mayor parte a las influencias y al impacto que tuvieron los Derechos Humanos en el proceso de elaboración de las normas de los Protocolos Adicionales.

El Derecho Internacional Humanitario es un derecho de excepción, de emergencia que tiene que intervenir en caso de ruptura del orden internacional ( y también interno en el caso del conflicto no internacional) (y también interno en el caso del conflicto no interna-

<sup>191</sup> Cf. M. El-Kouhéne; «Garantías fundamentales de la personne» op. cit. págs. 108-161, y también A. Calogeropoulos-Stratis; «Droit humanitaire et droits de l'homme: la protection de la personne en période de conflit armé,»', Geneve, IHEI, Sijthoff, Leiden, 1980, 257 págs.



cional), mientras los Derechos Humanos-aunque algunos de ellos permanezcan irrefragables en cualquier circunstancia- se aplican, sobre todo, en tiempo de paz<sup>192</sup>.

Dirá con razón *Héctor Gros Espiell*, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

«(...)en las situaciones específicas previstas por el Derecho Internacional Humanitario, las personas a las que se aplican gozan *ab initio* de las garantías propias del Derecho Humanitario, sin perjuicio de que estas personas estén, asimismo, protegidas por las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos que se mantiene en vigor en estas situaciones también para los individuos que en su calidad de personas no estuvieran protegidos expresamente por el Derecho Internacional Humanitario»<sup>193</sup>...

#### **4. Algunas conclusiones acerca de la relación entre el DIH y los Derechos Humanos**

Este conciso examen permite observar que los Derechos y el Derecho Humanitario tienen respectivamente:

- \* distintos propósitos jurídicos de protección;
- \* diferencias de origen respecto de su conformación jurídica y de su formación histórica;
- \* diferencias entre sus respectivos ámbitos personales y materiales de aplicación, y
- \* distintos ámbitos de aplicación en lo que atañe a las reglas suspendibles de los Derechos Humanos y a las reglas propias al Derecho Humanitario.

<sup>192</sup> Cf. International Commission of Jurists; '«States of Emergency: their impact on Human Rights»', Geneva, 1983, especialmente págs 247-277 (sobre Perú) y págs 337-371 (sobre Uruguay); también D.García Sayán (ed); Estados de emergencia en la región andina», Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987, especialmente H.GROS Espiell, R.Piza R.y D. Zovatto; Los Estados de excepción en América Latina y su incidencia en la cuestión de los Derechos Humanos en casos de disturbios internos págs.19-59.

-Acerca del tema el CICR y el IIDH han organizado cuatro simposios de expertos de América Latina (en San José de Costa Rica en 1984 y 1985, en Buenos Aires, en 1986, y en Ciudad de México, en 1987).Cf. «Seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos» CICR e IIDH, San José, 1984;y con mismo título, CICR-IIDH,1985.Los trabajos de México están por editarse.

<sup>193</sup> H. Gross Espiell; «Derechos humanos, derecho humanitario» en CH.Swinarski(ed); «Studies in honour of Jean Pictet» op.cit.pág.707

En cambio, las normas inderogables de los Derechos Humanos pueden aplicarse al mismo tiempo y en las mismas situaciones en que surten efectos las normas humanitarias, teniendo además algunas el mismo contenido o contenido semejante.

Por consiguiente, se puede decir que las dos ramas suelen tener, en la realidad, una *relación complementaria*, desde el punto de vista de la aplicabilidad de las normas de protección de la persona y un ámbito concurrente bajo el aspecto de los efectos jurídicos que son aptas para generar.

### ***Obras generales de Derecho Penal\****

- Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley NO.5. Ley de procedimiento penal., [La Habana], 1977.
- BETANCOURT, ANGEL C: «Código Penal». Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y C<sup>a</sup>. La Habana, 1922.
- CASASÚS, JUAN J. E. «Código de Defensa Social y Derecho Penal Complementario» . Editorial Librería Martí. La Habana, 1950-1960.
- CANDIA FERREYRA, JOSÉ: «Procedimiento Penal Abreviado». Editorial Félix Varela. La Habana, 1999.
- CASASÚS, JUAN J.E: «Código de Defensa Social y Derecho Penal Complementario». Impreso en los Talleres de Molina y Cía. Habana, 1950.
- Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central de PCC-Secretariado: «Proyecto de Código Penal». La Habana ,1975.
- DE ACHA, EDUARDO: «El proceso penal y la responsabilidad civil». Imprenta Monte e Indio. La Habana, 1946.
- E. MAZA, EMILIO: «Elementos de Derecho Penal Tributario». La Habana 1957.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, SERAFÍN SERIOCHA Y REGALADO SALAZAR, JUAN MANUEL: « Ley No. 62 Código Penal». Editorial Félix Varela. La Habana, 1998.
- FLORIÁN, EUGENIO: « Parte General del Derecho Penal». Imprenta y Librería La Propagandista, Habana, 1929.
- GARCÍA PORRAS-PITA, ARMANDO: « Material Penal para los estudiantes de Derecho Penal». Imprenta y Papelería de Rambla. La Habana, 1923.
- GONZÁLEZ ALCANTUL, DAVID: «Manual de Derecho Penal General». Imprenta Central de las FAR,. La Habana, 1986.
- HERNÁNDEZ, EUSEBIO ADOLFO: «Tratado de Derecho Penal». La Habana,1918.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: « La Ley Penal y su interpretación». Imprenta Libertad. La Habana, 1949.

\* Por la Licenciada en Información Científico Técnica y Bibliotecología de la Dirección de Divulgación e Información Jurídicas del Ministerio de Justicia.

- MARTÍNEZ, JOSÉ AGUSTÍN: « El sistema Francés de deportación y nuestra Ley de ejecución de sanciones». Talleres tipográficos El Lápiz Rojo. La Habana, 1937
- \_\_\_\_\_ : « Programa de un curso de Derecho Penal». Imprenta Siglo XX. La Habana, 1921-
- Ministerio de Justicia: «Ley No. 62/87: Código Penal (actualizado)» La Habana, 1997.
- \_\_\_\_\_ : « El sistema jurídico Penal en Cuba» La Habana, 1985.
- Ministerio de Justicia: «Código Penal (actualizado) ». Imprenta del Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.
- OXAMENDI, RICARDO A.: «Una nueva teoría penal (Teoría de la Disparidad)». Talleres El Fígaro. La Habana, 1941.
- PRIETO MORALES, ALDO: «Derecho Procesal Penal». Editorial Orbe. La Habana, 1976-1977.
- \_\_\_\_\_ : «Derecho Procesal Penal». Impreso por el Ministerio de Justicia, 1974.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO, A.: «La prejudicialidad civil en el proceso penal». La Habana, 1955.
- QUIRÓS PÍREZ, RENÉN: «Manual de Derecho Penal». Editorial Félix Varela. La Habana, 2002.
- \_\_\_\_\_ : «Introducción a la Teoría del Derecho Penal». Editorial de Ciencias Sociales. La Habana, 1987. [La Habana]
- RAMOS SMITH, GUADALUPE: « Derecho Penal. Facultad de Derecho. La Habana, 1985.
- RAGGI Y AGEO, ARMANDO M.: «Derecho Penal Cubano». Editorial Cultural S. A. La Habana, 1938-1939.
- TABÍO, EVELIO: «Temas de Derecho Penal». Imprenta San Juan de Dios. La Habana, 1945.
- \_\_\_\_\_ : «Temas de Derecho Penal». Linotipos Sierra. La Habana, 1946.
- \_\_\_\_\_ : «Temas de Derecho Penal». Imprenta La Milagrosa. La Habana, 1947.
- \_\_\_\_\_ : «Temas de Derecho Penal». Linotipos Sierra. La Habana, 1948.
- \_\_\_\_\_ : «Temas de Derecho Penal». Imprenta Ciudad La Habana, 1952.

- \_\_\_\_\_ : «Temas de Derecho Penal». Imprenta Rubio y Cía. La Habana, 1955.
- \_\_\_\_\_ : «Temas de Derecho Penal». Imprenta Rubio y Cía. La Habana, 1958.
- The Penal Legal System in Cuba: « El Sistema Jurídico Penal en Cuba». Impreso en el Ministerio de Justicia. La Habana, 1985.
- VIEITES, MOISÉS A: «Como debe ser la llamada Ley Penal». La Habana 1929.
- VEGA VEGA, JUAN: «Derecho Penal III». Impreso por la Universidad de la Habana. La Habana, 1962.
- \_\_\_\_\_ : «Legislación Penal de la Revolución». Editora Universitaria. La Habana, 1966.
- VARONA Y DUQUE ESTRADA, FRANCISCO: «Elementos de Derecho Penal». Impreso en el Ministerio de Justicia. La Habana, 1975.

Este título fue impreso en la Editorial My. Gral. «Ignacio Agramonte y Loynaz»  
en el mes de mayo de 2011  
«Año 53 de la Revolución»