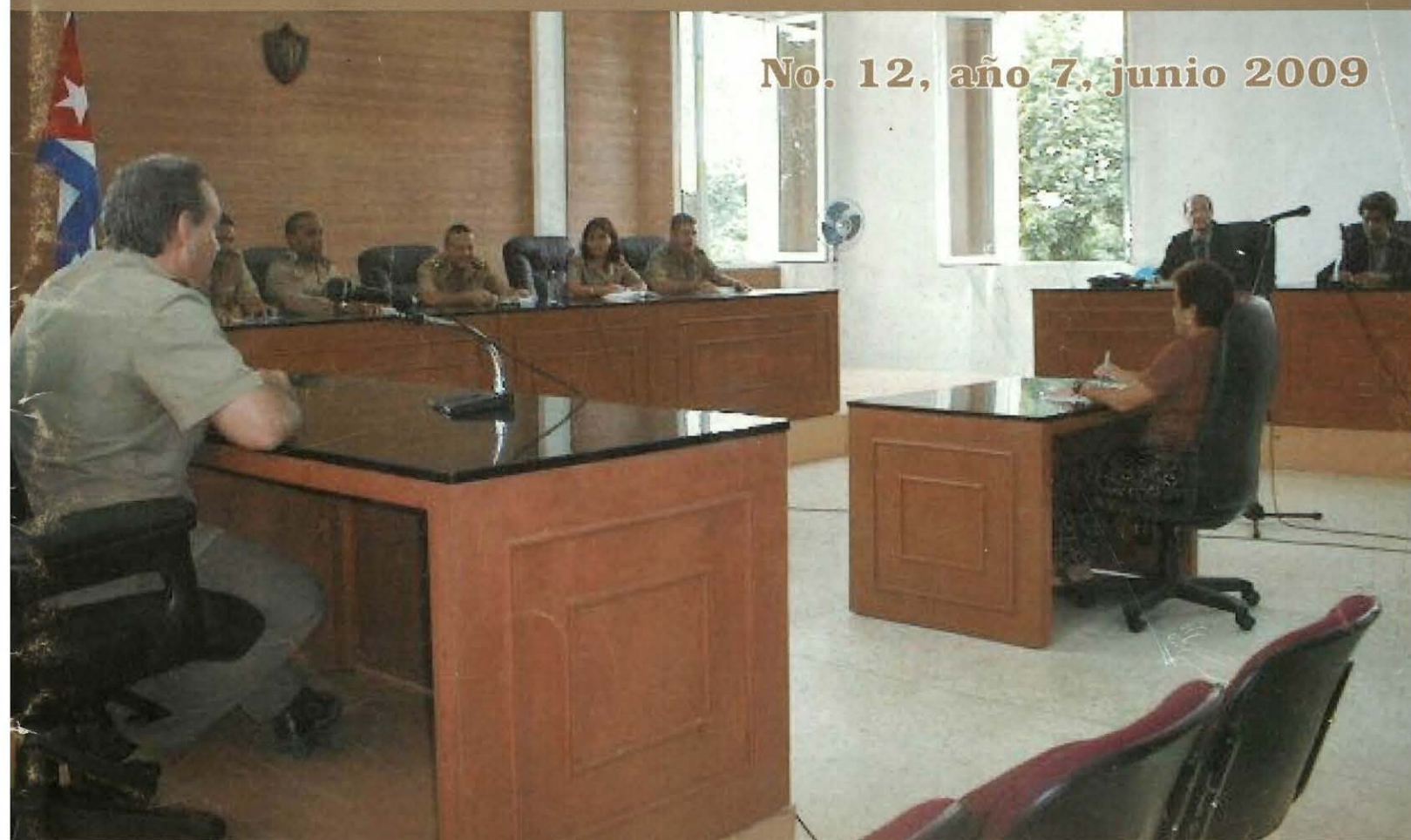


JUSTICIA Y DERECHO

No. 12, año 7, junio 2009



Justicia con rostro más humano



CONVOCATORIA

V ENCUENTRO INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO

**EL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR
DE LA REPÚBLICA DE CUBA
convoca al V Encuentro Internacional
Justicia y Derecho, a celebrarse en el
Palacio de Convenciones de La Habana,
Cuba, durante los días 26, 27 y 28 de mayo de 2010.**

**El encuentro, como ya es tradicional, pretende servir
de marco propicio para el debate, la reflexión
y el intercambio de experiencias entre los distintos
operadores de los sistemas judiciales de los países
participantes, con el claro propósito de contribuir
a que el mundo logre una justicia mejor.**

**Podrán participar como ponentes o delegados
todos los profesionales del Derecho que formalicen
su inscripción ante el Comité Organizador.**

**Para cualquier información,
dirigirse a:**

Ortelio Juiz Prieto

**Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba
Ave. Independencia entre Tulipán y Lombillo,
Plaza de la Revolución, La Habana, Cuba.
Teléfono: (537) 881-2124 Fax: (537) 8368064
E-mail: dinfotsp@ceniai.inf.cu**

Migdalia Luna Cisneros

**Palacio de Convenciones de La Habana
Apartado Postal 16046**

Teléfono: (537) 2086176 Fax: 2028382

E-mail: migdalia@palco.cu <http://www.cpalco.com>

Caridad Sagó Rivera

Agencia de Viajes Havanatur.

**Hotel Tritón, Telf. (537) 2019830 y 2019767
Fax. (537) 2019830, Email: sago@havanatur.cu**

<http://www.havanatur.cu>

JUSTICIA Y DERECHO



REVISTA CUBANA DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

ISSN 1810-0171

Publicación semestral
No. 12, año 7, junio de 2009

Director

Lic. Osvaldo Sánchez Martín

MsC. Carlos M. Díaz Tenreiro
MsC. Narciso Alberto Cobo Roura
Lic. Andrés R. Bolaños Gassó
Lic. crnel. Lourdes Carrasco Espinach
Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Compilación

Lic. Celaida Rivero Mederos

Diseño y composición

Josefa R. Riverón del Pino

Corrección

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Redacción

Ave. Independencia e/ Tulipán y Lombillo,
Pl. de la Revolución, C. de La Habana
Telf.: (537) 855 50 35, ext. 184
E-mail: celaida@tsp.cu

Impreso en la Sección
de Reproducción del TSP

Nota: Los trabajos aquí publicados
expresan los criterios de los autores.

SUMARIO

Normas de presentación de textos	2
<i>Consejo de Redacción</i>	
Justicia con rostro más humano	3
<i>Lic. Rubén Remigio Ferro</i>	
Razones que sustentan un procedimiento común	7
<i>MsC. María C. Carrasco Casí</i>	
Estudio y aplicación de la atenuante del Art. 52ch	14
<i>Esp. María E. Milanés Torres</i>	
Regulación de la tributación ambiental	19
<i>Lic. Ingryd T. Santos Díaz</i>	
Apuntes sobre una relevante estrategia de defensa	32
<i>Lic. Elpidio Pérez Suárez</i>	
Fundamento de la esencia del concepto de delito	39
<i>Dr. Yan Vera Toste</i>	
Notijurídicas	
Toma de posesión	53
Experiencia extendida	53
Concurso de oposición	53
Convocatoria al V Encuentro	54
La descripción bibliográfica (1)	56
<i>Lic. Juan R. Rodríguez Gómez</i>	

Esta edición incluye cinco artículos de fondo, encabezados por las palabras del Presidente del Tribunal Supremo Popular en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal de La Habana:

- En «Razones que sustentan un procedimiento común», se propone el establecimiento de una norma procesal rectora en la administración pública, a la que queden sujetas las disposiciones de cada uno de los organismos que la integran.
- «Estudio y aplicación de la atenuante del Artículo 52ch» aborda un asunto ya tratado antes en estas páginas, ahora visto desde su fundamento, naturaleza y utilidad práctica, y dirigido a motivar la reflexión y discusión al respecto.
- «Regulación de la tributación ambiental» analiza los tributos establecidos en Cuba en este terreno, y concluye que sus deficiencias les impide cumplir fehacientemente los objetivos que se persiguieron con su implementación.
- «Apuntes sobre una relevante estrategia de defensa» demuestra, entre otros aspectos, la antijuricidad del proceso contra los asaltantes al Moncada y la carencia de virtualidad jurídica de los hechos imputados por el ministerio público.
- Cierra la selección de textos básicos «Fundamento de la esencia del concepto de delito», en el que el autor somete el tema a un análisis científico, desde la profundidad de las diversas aristas que guardan relación con este.

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE TEXTOS

La revista *Justicia y Derecho*, publicación semestral, es el órgano oficial de divulgación del Tribunal Supremo Popular, cuyo objetivo principal es propiciar un rico intercambio de experiencias y comunicación entre los profesionales del sector judicial y de otros afines.

Se admiten artículos y comentarios de carácter científico-técnico, docente o investigativo con temáticas referidas a la actividad judicial y jurídica, el derecho informático u otros campos relacionados. También, es posible presentar informaciones acerca del acontecer judicial. En todos los casos, se tratará de originales inéditos, los cuales se remitirán, por correo electrónico, a celaida@tsp.cu.

Los textos deberán escribirse en word (arial, 12 puntos, a doble espacio), sin exceder las 25 cuartillas (incluidas Notas y Bibliografía) de 25 líneas de 75 caracteres cada una, lo que se logra cuadrando el texto, en la regleta superior, desde 1 hasta 14. Las informaciones no pasarán de 25 líneas.

No se aceptarán textos que constituyan tesis o ponencias. Pueden presentarse versiones de ambas, redactadas en forma de artículo o comentario, en los que se eliminan la mayoría de las divisiones y subdivisiones internas incluidas en aquellas.

Cualquier tipo de gráfico, dibujo, tabla, esquema o fotografía debe aparecer aparte (con indicaciones precisas de ubicación, si fuera necesario), dentro del cálculo total de 25 cuartillas. Estos casos deben enviarse como imagen en formato jpg.

Se exigen, como mínimo, dos sugerencias de título (no el mismo, invertido, ni cambiando en ellos el orden de las palabras), los cuales serán genéricos, no particularizadores. En artículos y comentarios, serán preferentemente nominales (sin verbo) y lo más escueto posibles (hasta 10 palabras, incluidos artículos, preposiciones y conjunciones). En informaciones, pueden ser verbales, con no más de 15 palabras. Evítese la puntuación interna en ellos. De no cumplirse estas condiciones, la Redacción de la revista asumirá las adecuaciones correspondientes.

El autor incluirá nombres y apellidos completos, rango académico más elevado y filiación institucional. Si se trata de un colectivo de autores (más de dos), para

el crédito, se tomará el primero, con sus identificaciones; y los restantes se incluirán en una nota, al final del texto.

Los trabajos expresarán el criterio del autor. No obstante, todos serán sometidos, siempre, a la consideración del Consejo de Redacción, el cual decidirá su publicación, o no.

Si es imprescindible emplear abreviaturas o siglas, estas se aclararán, entre paréntesis, cuando aparezcan por primera vez. Jamás usarlas en títulos.

Se sugiere evitar el uso indiscriminado de negritas, cursivas, comillas, mayúsculas y el plural de modestia.

Las referencias bibliográficas aparecerán siempre al final del texto (no en pie de página), ordenadas numéricamente según su aparición en el trabajo, donde se indicarán con números volados. Tanto estos, como las notas bibliográficas (no se invierte el nombre del autor) y la bibliografía, aparecerán igual que el texto (arial, 12 puntos). En los casos de las dos últimas, también a doble espacio: las primeras, en párrafo normal; y la segunda, en párrafo francés.

Toda referencia bibliográfica incluida en las Notas debe tener su correspondiente descripción en la Bibliografía. En aquellas, se ofrecen los elementos mínimos necesarios; y en esta, los detalles de edición.

La inversión del nombre solo se contempla en la Bibliografía porque es donde único las fuentes se colocan por orden alfabético, no así en el texto o en las notas bibliográficas porque su aparición allí únicamente depende de la selección que, de ellas, haga el autor.

Tanto en unas como en la otra, se procurará una descripción coherente, precisa, siguiendo siempre el mismo orden y que, a la vez, resulte un procedimiento sencillo y práctico: después de los dos puntos que median entre el autor y la obra o artículo, todos los elementos se separarán por coma. Es importante ser cuidadosos en el cotejo de cada una en sí con las fuentes y, de ambas, en conjunto, porque, en buena medida, la seriedad en la descripción bibliográfica, en el más amplio sentido, es un indiscutible parámetro para medir la seriedad del trabajo que se ha desarrollado, en general.

Consejo de Redacción

JUSTICIA CON ROSTRO MÁS HUMANO

Palabras pronunciadas por el Lic. Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular, en la apertura del II Congreso Internacional de Derecho Procesal de La Habana 2009



Compañeros de la Presidencia:

Estimados delegados e invitados:

Cuando hace apenas unos días, mi dilecto amigo el Dr. Juan Mendoza, a nombre del Comité Organizador del evento y de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, me pidió que hiciera una intervención en la sesión inaugural de este congreso, me resultó inevitable experimentar sentimientos y pensamientos diversos.

El primero de ellos, asociado obviamente al arrobo que produce el alto e inmerecido honor de dirigirme, en momento tan preferente, a este calificado auditorio de catedráticos, estudiosos y practicantes del derecho procesal en Cuba, España, Italia y varios países latinoamericanos hermanos. De inmediato, asumí que la osadía de la propuesta del Dr. Mendoza, que por supuesto le agradezco profundamente, obedecía

más al mutuo afecto que nos profesamos, y al respeto y reconocimiento con que cuenta el Sistema de Tribunales de este país, que a mi supuesta solvencia profesional para tal encargo. Esa es, también, la explicación de mi atrevimiento al aceptar, por el que de antemano les ofrezco mis excusas a todos los presentes.

Enseguida, me puse a meditar cómo cumplir, al menos decorosamente, con este cometido y comprendí que, lejos de intentar una disertación doctrinal con pretensiones de novedad o erudición, ciertamente fuera de mi alcance, sobre varios o alguno de los apasionantes temas relacionados con esta extensa área del Derecho, lo más consecuente de mi parte pudiera ser tratar de transmitirles algunas humildes apreciaciones y puntos de vista sobre la práctica judicial cubana actual en su interrelación con el derecho procesal, a partir de mi experiencia de casi 30 años en el desempeño de la judicatura.

No creo superfluo en absoluto comenzar recordando que en nuestro país el ejercicio de la jurisdicción está sujeto al imperio de la ley, su concepción jurídica basal está contenida en la Constitución y tiene como pilares fundamentales los principios de independencia judicial, unidad de la jurisdicción, integración colegiada de los órganos judiciales, participación popular en la administración de justicia y carácter electivo, inamovible, responsable y revocable de los jueces, entre otros aspectos que le confieren a nuestro Sistema Judicial la incuestionable juridicidad y legitimidad que solo pretenden desconocer quienes se le aproximan desde una óptica sesgada por prejuicios ideológicos tendenciosos y aviesos.

Sin embargo, estoy firmemente convencido de que uno de los rasgos distintivos fundamentales de la actividad judicial en Cuba en estos

tiempos está en la actitud subjetiva de los jueces al asumir la esencia de nuestra misión como un servicio a la sociedad, cuyo cumplimiento cabal requiere también, ante todo, de un profundo sentido de justicia. Conozco, por supuesto, que con frecuencia se escuchan por ahí alusiones similares en el discurso de funcionarios judiciales de otros confines; pero, en el caso de Cuba, la realidad de los hechos permite constatar la certeza de esa apreciación y esa postura de los jueces cubanos que es, también, a fin de cuentas, resultado y consecuencia del proceso de transformaciones emprendido al triunfo de la Revolución, hace más de medio siglo, para materializar el sueño anhelado del Héroe Nacional José Martí y de otros próceres de nuestras gestas emancipadoras de construir una nación «Con todos y para el bien de todos», basada en la solidaridad humana, la cohesión social y la dignidad plena del hombre y la mujer, con el propósito, raigal y explícito, de «conquistar toda la justicia».

He querido destacar deliberadamente el tema de la actitud subjetiva de los jueces en el desempeño de su labor porque, al tener bajo su atribución la dirección de los procesos judiciales y la potestad de ponerles fin, mediante un pronunciamiento que resuelva o solucione, conforme a derecho, el litigio sometido a su juicio y decisión, la manera en que se posicionen y conduzcan a sí mismos los juzgadores durante la realización de los distintos actos procesales puede determinar, y con frecuencia determina, la materialización concreta, o no, de los principios que informan la estructura del proceso y constituyen su columna vertebral. Por más que las leyes propugnen normativamente aspectos como el libre acceso a la justicia, juez imparcial, contradicción, igualdad entre las partes, humanización, probidad, eficacia, mayor aproximación a la verdad material de los hechos y respecto a los derechos fundamentales, es la postura de los jueces y su mayor o menor propensión e inteligencia para hacerlos prevalecer en cada caso, y momento particular, lo que decidirá si cobran vida, y en qué proporción lo hacen. De ello, también dependerá, en gran medida, el acierto de la decisión a que se arri-

be en el «acto compositivo del litigio», al decir del profesor Sergio García Ramírez.

Partiendo de la conclusión anteriormente expresada, nuestro Sistema de Tribunales presta marcada atención tanto a la formación y desarrollo profesional continuo de los jueces en temas de derecho procesal y sustantivo, como en aquellos vinculados con el afianzamiento de la ética judicial en el desempeño y los relacionados con temas informativos de interés territorial, nacional e internacional en el entendido de que, en la raíz de todo proceso judicial, existe siempre un conflicto de intereses que tiene su génesis en el ámbito de las relaciones humanas y sociales «tal cual lo refirió Carnelutti, reiterada y profundamente, en su obra procesal», de modo que el proceso, como instrumento mediante el que se procura la satisfacción de los derechos subjetivos en conflicto, o la realización adecuada, coherente y humanista, del poder coercitivo del Estado, en el desempeño del «ius puniendi», no debe consistir únicamente en un mero ejercicio técnico-jurídico de aplicación de normas al caso concreto que se juzga, sino debe partir además de un enfoque contextual, que no pierda de vista la dimensión humana y social de lo acontecido en ocasión del conflicto subyacente.

Para nosotros, cada acto y decisión judicial debe caracterizarse, además de su incuestionable sustento legal, por la transparencia, sensatez y ponderación que entrañe. Ninguna decisión absurda e irracional debe ampararse en una justificación legal. En materia de justicia, creemos firmemente que las insuficiencias serán siempre más atribuibles a los jueces que a las leyes. Esos perfiles esenciales definen el modelo de juez y de justicia que exige la sociedad cubana de hoy y del futuro; materializarlos constituye nuestro mayor empeño.

Claro está que en el afán por lograr esa «justicia con rostro más humano» a que también nos convoca desde su obra el gran profesor uruguayo Eduardo Couture, los jueces y demás juristas cubanos permanecemos muy atentos a los progresos doctrinales, legislativos y prácticos del derecho procesal en general y sus diversas ramas que tienen lugar más allá de nuestras fron-

teras, muy especialmente en el ámbito iberoamericano, del que formamos parte indisoluble por conocidas razones históricas y culturales que nos dan una plataforma común, trascendente a las lógicas diferencias propias de los derroteros diversos y particulares transitados por nuestros países. De ahí que apreciemos en grado superlativo oportunidades como las que ofrece este congreso para escuchar y aprender de quienes generosamente vienen a compartir con nosotros sus conocimientos y puntos de vista.

Este intercambio —parte de la interrelación permanente que sostenemos con lo más avanzado del pensamiento jurídico internacional— fortalece y fertiliza el arsenal de ideas y enfoques que da sustento al proceso de reforma que, de manera paulatina pero permanente, viene operándose en todo nuestro sistema de Derecho, incluido el Derecho Procesal, en la clara intención de hacerlo más accesible, inclusivo, inmediato y efectivo, para que las personas, naturales y jurídicas, y la sociedad toda, cuenten con medios expeditos y eficaces de hacer valer y actuar sus derechos. Aun así, me parece oportuno significar que, en nuestro caso, evitamos, por contraproducente y errónea, la tendencia a traspolar de manera mecánica, al ordenamiento o la actividad judicial del país, disposiciones o prácticas que no se avengan con la idiosincrasia, cultura y valores del pueblo cubano y el nivel de desarrollo económico, político y social de nuestra sociedad.

Quiérase o no, el sistema jurídico de un país, incluyendo su vertiente procesal, para que funcione con eficiencia y eficacia, debe atenerse a las condicionantes contextuales de su entorno social y económico, o resultaría una entelequia inoperante e inefectiva para su población, que es su principal destinataria, y dejará, por tanto, de cumplir su función y su cometido. El esnobismo y los aires «vanguardistas» a ultranza pueden conducirnos a perder el contacto con la realidad circundante, a contrapelo de las necesidades concretas y palpables de lo circunstancial y específico de cada escenario.

En el empeño por superar nuestros actuales modelos procesales, no se deben perder de vista las interrogantes que al respecto formulara Calamandrei, como presupuesto de tal enco-

mienda: «¿Nuestros sistemas teóricos son en verdad útiles a la justicia? ¿El refinado conceptualismo sirve en realidad para lograr que las sentencias de los jueces sean más justas? Y el proceso, que debería ser estudiado para hacer de él un instrumento adecuado a las exigencias de la sociedad, ¿conviene que sea en verdad el mecanismo de precisión, hecho de elegancias lógicas, con las que teorizamos en nuestros tratados?»

Nos acompañan en este congreso dos ex-presidentes del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y Cuba reconoce y aplaude el inmenso esfuerzo intelectual de esa organización y su extraordinaria voluntad aglutinadora, en pos de lograr esos magníficos cuerpos referenciales que son los códigos modelo que, para los procesos penal, civil, colectivos y la cooperación jurisdiccional, ofrecen una guía a los países, como nosotros, empeñados en reformar sus legislaciones procesales.

El reclamo doctrinal referido al reforzamiento de las garantías constitucionales del proceso mantiene vigencia en la actualidad y precisa de nuevos desarrollos en el orden legislativo. Un presupuesto básico político-jurídico: la igualdad de los hombres, se proyecta en el orden procesal en el principio de igualdad de las partes, impidiendo que las desigualdades extraprocesales les trasciendan al desarrollo o resultado del proceso; de igual manera, cualquier proyecto reformador debe comprender indefectiblemente la protección a los derechos difusos, en la gama que ellos comportan, vale decir el medio ambiente, el patrimonio cultural, los derechos del consumidor, la salud, etc., en correspondencia con lo cual se debe propiciar lo concerniente a la asistencia jurídica y, consecuentemente con todo ello, resulta entonces necesaria la formulación de nuevos procedimientos, técnicas procesales y ámbitos jurisdiccionales especiales, mecanismos e instituciones que, por su simplificación, aunque sin desconocimiento total de las formas como requisito de validez de los actos procesales, garanticen el acceso real y efectivo a la justicia y la pretendida eficacia social del Derecho.

En nuestro continente, se está produciendo, desde hace algunos años, una intensa renovación del procedimiento, a partir de reformas que buscan la presencia cada vez más efectiva de los principios modernos del proceso penal, consagrados en los más importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Cuba marcha en la misma dirección con solidez y responsabilidad.

Otro tanto ocurre con el proceso civil y de familia, donde, si bien no han tenido la misma profundidad que en el penal, se han introducido cambios que posibilitan una mayor presencia de la oralidad, la concentración, jueces más activos en la conducción del litigio, y el logro de resoluciones más ágiles y eficaces basadas en enfoques multidisciplinarios.

Nos corresponde a los juristas de cada país identificar el modo más atinado y viable de implementar estos importantes avances en nuestra propia legislación, evitando, como dije antes, copismos miméticos o la importación automática e irreflexiva de instituciones ajenas a nuestra tradición jurídica y cultural.

En Cuba, se vislumbran próximas modificaciones legislativas, que deben incluir el ámbito procesal, a fin de lograr modernizar muchas de las instituciones y atemperarlas a nuestros requerimientos actuales a tono con los logros indiscutibles de la ciencia procesal contemporánea en la protección de los intereses difusos, el ámbito familiar, las tutelas urgentes, la solución alternativa de conflictos y toda una gama de aspectos que pudieran conformar la agenda de un congreso como el que nos convoca.

Nuestra gran reforma procesal anterior tuvo lugar en 1973, cuando se abrogó la legislación española hasta entonces vigente y se introdujeron importantes modificaciones en el modelo de enjuiciamiento, sobre todo en la materia civil, en que se dotó a los jueces de herramientas sin antecedentes en nuestra práctica judicial, que posibilitaron la adecuación del proceso a los requerimientos de cada momento y tipo de asuntos, con fórmulas de garantía de la igualdad de las partes, con facultades-obligaciones del juez para un papel de dirección más activo del pro-

ceso y modos para la precisión del objeto de este y el ámbito de las pruebas.

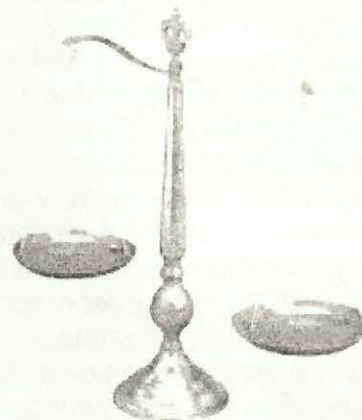
Este modelo de enjuiciamiento, en lo que al proceso económico-mercantil respecta, y por iniciativa legislativa ejercida por el Tribunal Supremo Popular, sufrió una importante reforma en el año 2006, con la introducción de la oralidad y la concentración en la solución de los litigios de esta naturaleza, preludio de los nuevos cambios que se avizoran en el país.

Creo innecesario extenderme más.

Al darles la bienvenida al congreso, invito a los delegados foráneos a que confraternicen con nuestra gente. Aquí están presentes numerosos jueces, fiscales, abogados, profesores universitarios e incluso estudiantes de las facultades de Derecho del país, que albergan la ilusión de que este encuentro les sirva para mostrar nuestro desempeño y, al mismo tiempo, aprender de las experiencias y conocimientos que indudablemente nos brindarán las destacadas personalidades que nos visitan.

Les deseo éxitos en el trabajo y declaro inauguradas las sesiones del II Congreso Internacional de Derecho Procesal de La Habana 2009.

Muchas gracias.



Administración Pública

RAZONES QUE SUSTENTAN UN PROCEDIMIENTO COMÚN

*MsC. María Cristina Carrasco Casí,
jueza titular del TSP*

«La Administración es, pues, nuestro ángel tutelar en la tierra, puesto que ella nos ampara o nos reprime en cada paso que damos en la sociedad y el cual puede formar un acto administrativo.»¹

Francisco Moreno

INTRODUCCIÓN

No en cualquier procedimiento administrativo se enfrentan en principio partes iguales; desigualdad es la regla, en virtud de la diversa posición del administrado o particular, persona jurídica individual o colectiva de derecho privado, y la persona pública constituida por los órganos y agentes investidos de autoridad, que ejercen poderes de decisión unilateral y gozan de prerrogativas específicas fundadas en el interés general que se supone representan.

Como la jurisdicción es el complemento de la acción administrativa, por ser entendida como la facultad de conocer y decidir asuntos determinados, obvio resulta que el debido proceso debe extender sus garantías a la esfera del Derecho Administrativo como rama con caracteres propios; de ahí, la tendencia a equiparar el procedimiento administrativo con el judicial, en aspectos tan importantes como: indicación clara del tema a decidir, comunicación a los interesados, publicidad, derecho a la defensa, posibilidad de prueba, lealtad, probidad de los participantes, conocimiento adecuado de la resolución adoptada, que permitan que los derechos sustantivos se hagan realidad, pues, como señala Hernández Corujo,²

El derecho administrativo puede estar así escrito y la acción reconocida; nada valdría si no se le canaliza a través de un proceso administrativo que al mismo tiempo que garan-

tice con sus formalidades y requisitos los derechos administrativos de los particulares o de la Administración, enseñe el camino a seguir y la marcha ordenada del asunto.

A partir de la magnitud de la problemática de administrar justicia en el ámbito de la administración pública, en particular cuando su decisión o el acto se agota en ella, o sea cuando se reduce a sus límites, en casos de derechos derivados de las relaciones jurídicas administrativas, financieras o de otra índole, requiere bien determinados actos, reglas y trámites a los que debe ajustarse el ente administrativo actuante en la gestión de sus fines públicos y proteger el derecho de los ciudadanos, entre los que se pueden encontrar el de investigar y resolver justa y rápidamente las controversias, con el objeto de salvaguardar sus intereses, sin desproteger los individuales de los administrados, y los de las instituciones y organizaciones sociales.

NECESIDAD DE CAMBIO

A partir de las distintas posiciones de los estudiosos del Derecho Procesal Administrativo, me afilio a la definición de *procedimiento* del profesor Hernández Corujo:³ «(...) vigencia y autonomía plena, como orden normativo jurídico que se viabiliza por un procedimiento, que son los trámites y actuaciones para conseguir una finalidad de tipo jurídico».

El procedimiento administrativo interno, como el de cualquier otra clase, debe coadyuvar

al fortalecimiento de la legalidad, la prevención de las infracciones, la educación de los ciudadanos en el estricto cumplimiento de las leyes, y el respeto a las reglas de la convivencia, por ser la forma fijada para lograr el objetivo final: la rehabilitación del derecho violado o la defensa de un interés amparado por la ley.

Si bien el procedimiento administrativo puede perseguir como finalidad conseguir un acto por parte de la administración, o una actuación en el caso del particular, por ser la primera mencionada gestora de los intereses públicos —y por tanto se convierte en el sujeto principal del aludido procedimiento, como actora o requerida, y con características propias en cuanto a la forma, al estar ligado a los intereses públicos—, se exige rapidez, menor formalidad que en el proceso durante la ventilación y resolución del asunto, donde se realizan actos tales como solicitudes, alegatos, intervención en audiencias, declaraciones, y también participan otras personas en carácter de peritos y testigos.

Por ello, todos los actos de los órganos jurisdiccionales y de las personas que intervienen en el procedimiento, relacionados con la ventilación de la causa, el pronunciamiento de la resolución, los medios de impugnación contra ella y su ejecución, solo deben realizarse en el marco de las estipulaciones de la ley procesal vigente, por ser estos los que, en conjunto, forman el procedimiento administrativo.

De ahí, la importancia que —estimo— tiene establecer un procedimiento común a observar por los organismos de la Administración Central del Estado, al aprobar el específico de determinada materia, a partir de que, como han expresado muchos autores, no se puede disociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento.

La ley concede al órgano jurisdiccional, y a los que participan en el procedimiento, ciertos derechos y obligaciones procesales y les impone obligaciones de igual clase, todo lo cual demanda un adecuado proceder de la administración pública, en el marco jurídico de la actuación común de todos los organismos que la integran, que le permita a los particulares dirigirse a cualquier instancia administrativa con la certeza de que actúan con criterios homogé-

neos, no como en la actualidad acontece con los ejemplos que a continuación señalo:

• **Resolución 249, de 7 de octubre de 2005.**

Dispone las normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del registro de la propiedad. Dictada por el Ministerio de Justicia, en el Capítulo III, establece *impugnación de las decisiones de los registradores de la propiedad de inmuebles*: contra la decisión de este agente de suspender o denegar la inscripción, se puede interponer recurso de alzada ante el director provincial de Justicia, o del municipio especial de Isla de la Juventud, según corresponda, en los 30 días hábiles siguientes a la notificación de la decisión. Autoriza que quien, en virtud de interés legítimo y sin haber intervenido en el procedimiento de inscripción, se sienta afectado por la decisión del registrador que dispuso la práctica de la inscripción, pueda establecer dicho recurso.

• **Resolución 128, de 12 de junio de 2006,** dictada por el ministro de Educación Superior. En el Capítulo XI, establece el procedimiento en los casos de denegación, en proceso de otorgamiento y rectificación de categorías docentes. Concede al presunto afectado un término de 10 días naturales posteriores a la solicitud, inconformidad que debe mostrar ante el propio tribunal, con copia al rector, para que proceda a la revisión de su caso, trámite que no debe exceder de 15 días. De continuar inconforme con la revisión, se le concede un plazo de 10 días naturales, contados a partir de la notificación, para apelar, en las categorías de asistente, instructor, instructor auxiliar y auxiliar técnico de la docencia; y, ante el ministro, en los casos de profesor titular y profesor auxiliar. Si el recurso de apelación se establece por irregularidades durante la fase del ejercicio de oposición, y los mencionados funcionarios anulan la fase, esta se realiza de nuevo. No se da curso a reclamaciones de la calificación otorgada por el tribunal. Con respecto a la revocación de las categorías docentes, el ministro de Educación Superior, con conocimiento del criterio del tribunal de apelación, dicta fallo, para los centros adscriptos al referido organismo, o no, decisión que tiene carácter definitivo en la vía gubernativa.

• **Instrucción 10 de 2004**, publicada en la *Gaceta Oficial* no. 30, de 12 de julio de 2005. Normas de procedimiento en el proceso de categorización de los docentes de las escuelas de capacitación de los organismos de la Administración Central del Estado y reclamaciones en los casos de denegación en el proceso de otorgamiento y ratificación de categorías docentes. Le concede al presunto afectado 10 días naturales para mostrar inconformidad con la decisión denegatoria de categoría docente, o revocatoria, y proceder a la revisión de su caso por el tribunal creado, el cual lo resuelve en 15 días naturales, a partir de la presentación; si el interesado sigue inconforme, puede apelar ante el director del centro en el término de 10 días. La apelación la conoce un tribunal constituido por un dirigente del nivel correspondiente que atiende la escuela, y personal de prestigio reconocido para evaluarla. Solo puede interponerse ante presuntas violaciones de procedimiento. Tiene su antecedente en la Resolución 30, de 26 de diciembre de 2003, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

• **Resolución 73, de 22 de abril de 2005**, del Ministerio del Transporte, Reglamento de la licencia de operaciones de transporte, suspensión o cancelación de la licencia o de su comprobante por incumplimiento de obligaciones. La oficina correspondiente de la Unidad Estatal de Tráfico notifica al titular, dentro de los 10 días siguientes a ser cometida la violación, sobre la aplicación de medida de suspensión o de cancelación y las causas que la motivan, y le concede 10 días hábiles al interesado para que presente por escrito los argumentos que considere en contra de lo que se le imputa. La oficina entrega el expediente de la licencia a la persona encargada para decidir lo que proceda, quien lo hará mediante resolución confeccionada al efecto dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ocupación de la licencia o su comprobante. Se prevé apelación contra las señaladas medidas, o denegación de su otorgamiento, modificación o renovación, autoriza recurso de apelación ante la autoridad facultada, por conducto de la correspondiente Oficina Provincial de la Unidad Estatal de Tráfico,

dentro de los 10 días hábiles. La solución al recurso debe ser en los 45 días hábiles siguientes a la fecha de recibida la apelación. En el Artículo 49, se determina que las personas a quienes les corresponde conocer y resolver las controversias son los directores de Transporte de los órganos provinciales del Poder Popular, cuando se trate de licencias para servicios municipales aprobadas en esa instancia; y a los de Transporte automotor, ferroviario y marítimo, cuando se trate de licencias de alcance provincial o cuya aprobación corresponda al Ministerio del Transporte.

• El procedimiento administrativo establecido en el **Capítulo X de la Ley General de la Vivienda** determina los asuntos comprendidos en él: personas legitimadas para promover una reclamación; clases de procedimiento: uno, en el caso de personas que le reclaman al Estado; otro, destinado a intereses contrapuestos entre particulares. A pesar de ser su objeto el reconocimiento de derechos sobre la vivienda —bien destinado a satisfacer una de las necesidades esenciales del hombre—, los términos concedidos en cada trámite son perentorios: 10 días para los trámites de emplazar y contestación, un término común de 20 días destinado a la práctica de las pruebas propuestas por las partes; 10, a las dispuestas de oficio, prorrogables a cinco más, y 10 para dictar la resolución final.

• **Decreto No. 272, de 20 de febrero de 2001**. Establece las conductas y medidas aplicables en materia de ordenamiento territorial y urbanismo (ornato, higiene comunal y monumentos relacionados con esta disciplina). Como medidas, ante las infracciones que detalla, prevé sanción de multa e, independientemente de ella, la obligación de hacer (lo que impide la continuación de la conducta infractora); decomiso de los medios y recursos utilizados; retiro del certificado de microlocalización y la licencia de construcción o de obras; resarcimiento de los daños ocasionados; pérdida de lo construido, y demolición. Determina, como autoridades facultadas para imponer esas medidas —salvo las de decomiso de los medios y recursos utilizados y la pérdida de lo construido—, a los inspectores de

las materias reguladas en el referido Decreto. En el Capítulo VIII, Sección II, solo en dos artículos, regula la forma de proceder contra las medidas antes señaladas, mediante el recurso de apelación que se podrá interponer dentro del término de tres días hábiles siguientes a la imposición de ellas; y dispone que, contra lo resuelto, no cabe recurso ni procedimiento en la vía administrativa o judicial.

El tratamiento de cada uno de los procedimientos mencionados anteriormente, por sí, no «(...) constituyen el vehículo que ha de servir de instrumento para señalar lo que hay de antijurídico en los actos de la Administración»,⁴ como señala Álvarez Tabío, dado que es fácil advertir, en uno y otro, la ausencia de forma procesal administrativa de defensa del derecho, al no determinarse:

1.- Entrega de documentación que justifique la realización del trámite en tiempo, a las partes interesadas en la solución.

2.- Obligación del órgano administrativo competente a la búsqueda de la verdad que le permita dictar resoluciones fundadas, en el momento de la solución del recurso previsto.

3.- Iguales exigencias para los sujetos de la relación jurídica administrativa, al regularse el cumplimiento de los términos para establecer los recursos previstos en los aludidos procedimientos que, de incumplirse, se podrán declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente, sin señalarse consecuencia alguna ante la inactividad de la administración, cuando los particulares se dirijan a ella, que impida que los derechos reclamados se vacíen de contenido por no atenderse eficazmente, y con la celeridad debida, los reclamos de estos dentro de su propia esfera.

4.- Los motivos que pueden dar lugar a la abstención y la recusación de las autoridades y el personal de servicio de la administración que tienen que resolver una inconformidad.

Los señalamientos antes apuntados son para los casos en que la administración desenvuelve normalmente su actividad, no cuando uno de sus agentes decida impedir la consumación inmediata de un delito, o utilizar su arma reglamen-

taria con el objetivo de evitar el peligro para la vida de un tercero, o quien requiera un medio en inundaciones al emprender labores de salvamento. En tales ocasiones, solo la urgencia habilita la toma de decisión y su ejecución inmediata. En caso contrario, serían siempre los órganos administrativos competentes en función jurisdiccional los que, en ejercicio de la potestad decisoria, lo realicen con las garantías debidas.

Además, por el carácter englobador de la administración pública en nuestro país, llamada a satisfacer las necesidades públicas o sociales, cuya misión fundamental es el logro de los objetivos estatales que le son confiados, en todas sus actividades debe primar el respeto de las garantías jurídicas de los llamados administrados; a diferencia del Derecho Procesal Civil, la intervención del Estado es más acentuada, dado que, en no pocas ocasiones, la maquinaria administrativa es la que comienza a actuar sin petición de una persona cual titular de un derecho subjetivo, como hemos visto en la mayoría de los ejemplos antes expuestos, en temas tan importantes como los regulados en las citadas normas (unos, vinculados directamente con el derecho al trabajo; otros, a la vivienda), sobre todo para el afectado con una decisión, aun cuando haya sido con la aplicación exacta y consecuente de las leyes materiales y de las obligaciones procesales derivadas, por lo que obviamente también tiene derecho a:

- Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación del procedimiento en el que tenga la condición de interesado, y obtener copias de documentos contenidos en él.

- No presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la administración actuante.

- Obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a las actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

- Ser tratado con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Por todo lo anteriormente expuesto, resulta una necesidad que determinados principios jurídicos estén refrendados en normas concretas del Derecho Procesal en la materia administrativa o que se infiera de las normas de esta clase —frente a una laguna del legislador en el procedimiento especial o específico—, como son:

- Principio de legalidad: Deber que tienen los órganos de administración pública y las demás personas que actúen en el procedimiento, de guiarse invariablemente por las normas jurídicas, lo que supone descubrir la verdad y aplicar con precisión las de derecho material y procesal, incluyendo el control judicial sobre la ejecución de las decisiones en su función revisora del actuar de la administración.

- Principio de verdad objetiva: La administración debe pronunciar una resolución legal y motivada con arreglo a las circunstancias del caso; es decir, debe comprobar con exactitud los hechos jurídicos que una norma de derecho material vincula con cierto efecto jurídico y fundamentarlos con las pruebas, incluyendo en estas las practicadas por iniciativa de la propia administración, y la recusación del funcionario actuante, cuando cualquier vinculación con el caso puede poner en duda la transparencia de la decisión del órgano.

- Principio de disponibilidad: Conjugado con los principios de legalidad y de objetividad, partiendo de los intereses de los ciudadanos y de la propia administración, le da oportunidad al fiscal para que pueda examinar determinados asuntos, cuando fundadamente estime que el acto en cuestión es contrario a la ley o se violan los derechos de alguien.

- Principio de celeridad: Acometer, en un solo acto, todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.

Desde una óptica amplia de los procedimientos internos de la administración pública, existe la necesidad de reglamentar en detalle la fase de inicio de su actuación, o ante la promoción de una solicitud por parte de los ciudadanos, por ser la fundamental en cuanto garantías esenciales de la defensa de los derechos de los que

intervienen en la relación jurídico-administrativa y en la pronunciación de las resoluciones justas que establezcan la verdad en un caso dado, sobre la base de que, en muchos asuntos, los funcionarios que actúan y deciden cuestiones esenciales para los administrados no son juristas, a pesar de dictar resoluciones que contienen respuestas de la administración actuante a planteamientos claves del caso y ser este el importantísimo acto de justicia, hasta en el supuesto de que el ciudadano discute la imposición de una multa que considera no ajustada a la ley, a partir de que la defensa de los derechos e intereses legítimos de las partes es, al mismo tiempo, la de los intereses del Estado cubano.

Además, la validez legal de la decisión de la administración pública, con respecto a la existencia de los derechos y los hechos en que se basan, o la ausencia de ellos, manifiesta sus efectos jurídicos, como se pone de manifiesto, en los ejemplos expuestos, en:

- Irrefutabilidad: Dado que, desde el momento en que se resuelve una reclamación por la administración y se notifica al interesado, termina el procedimiento, aunque no haya ganado firmeza y contra ella se establezcan medios de impugnación ante los superiores del órgano que la dictó o porque puede ser revisada por los tribunales.

- Obligatoriedad: Los órganos públicos, funcionarios y ciudadanos están obligados a desarrollar las actividades indispensables determinadas por la resolución para cumplir con lo dispuesto por la administración.

- Ejecutividad: Efecto jurídico importante debido a la posibilidad de la ejecución coercitiva de lo decidido o dispuesto por la administración.

Por tales razones, se necesita un procedimiento administrativo común interno que: regule principios y conceptos propios del Derecho Procesal —legitimación, capacidad, postulación, prueba, recurso, etc.—; posibilite el reconocimiento real y efectivo del derecho vulnerado; evite, con su contenido, la aplicación por analogía de institutos del Derecho Procesal Civil, en el ámbito de la actuación de las administraciones públicas, debido a la competencia de los

organismos de la Administración Central del Estado, sobre todo por el número de asuntos que no tienen control judicial y en los cuales pueden presentarse irregularidades (ejemplo: la multa impuesta rebasa el monto dispuesto en la ley), faltar en muchos de ellos el conjunto de normas jurídicas que ordene el procedimiento, tanto si la finalidad es la aplicación del derecho material como por actos productores de la administración pública que inciden directa e indirectamente en la vida de los ciudadanos, en correspondencia con el ordenamiento jurídico, con mayor razón si —como Ramón Calcines titula el tema El procedimiento administrativo: «Derecho de prerrogativas y privilegios de la Administración Pública»—⁵ constituyen los presupuestos autorizantes y garantizadores de la actividad que desarrolla.

De suma importancia, también, es la definición precisa de las figuras de nulidad y anulabilidad de los actos de la administración con las causales específicas.

Los actos nulos de pleno derecho pueden ser:

- Los dictados por órgano manifiestamente incompetente, por razón de la materia o del territorio.

- Los que tengan un contenido imposible de cumplir.

- Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta.

- Los dictados que prescinden, total y absolutamente, de procedimiento legalmente establecido, o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

- Los expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Los actos pueden ser anulables cuando:

- Los funcionarios o agentes de la administración pública incurren en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

- Carezcan de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados.

EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Se logra una defensa real de un derecho subjetivo cuando se cumple la resolución o disposición legal motivada de la administración pública; por eso, al igual que en el procedimiento civil, el Derecho Procesal Administrativo debe comprender tanto la actuación del órgano en el conocimiento y la solución de los asuntos que son de su competencia, como la ejecución de sus resoluciones, incluyendo las sentencias modificativas o revocatorias de estas, al haber sido objeto de impugnación ante tribunal ordinario en función revisora, ya que no cabe dudar que la ley debe estipular las garantías que aseguren el principio de legalidad en el cumplimiento de actos ejecutivos, que garanticen la realización correcta y oportuna de lo decidido en este orden.

Lo anterior da posibilidad a las partes y demás personas que intervinieron en el procedimiento a que puedan valerse de medios contra los actos del ejecutor, pues, a veces, son otras entidades las que tienen tal misión, sobre todo en esta circunstancia, en cuanto a la diferencia existente entre los actos objeto de ejecutorias, que es cuando se libra un mandato remitido a otro para que ejecute un acto jurídico y, en muchos casos, son documentos presentados para el cumplimiento coercitivo en plazos determinados, especialmente aquellos en que lo decidido es en virtud de la solicitud o reclamación del particular (por ejemplo, en el caso de la vivienda, el Presidente del Tribunal Supremo Popular y el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda han tenido que emitir indicaciones conjuntas para garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales sustentándolas en los artículos 123 y 124 de la Ley General de la Vivienda, en relación con los artículos 654 y 690 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico), cuestión que suscita preocupación con respecto a aquellos casos que quedan en el ámbito de la administración, en los que, debido a la falta de norma, se puede incumplir con la función estatal de ofrecer a los ciudadanos una tutela efectiva en el sentido amplio, es decir, comprendiendo la eficacia de los trámites de ejecución.

CONCLUSIONES

Se avecinan transformaciones en la estructura de la administración pública, conforme fue anunciado por el Presidente de los consejos de Estado y de Ministros, el 24 de febrero de 2008, algunas de las cuales ya se están implementando, lo que permite inferir la necesidad de que, igualmente, se adopte sustancial reforma en el derecho procesal interno, con el objetivo de establecer normas de ineludible cumplimiento, en cuya formulación, entre otras cuestiones, quede comprendido lo relacionado con necesarias exigencias legales en materia de garantías procesales que, a mi entender, solo se alcanzará si se aprueba un procedimiento rector, al que deban quedar sujetas las disposiciones en ese orden que dicten los organismos que conforman la citada administración.

NOTAS

¹Francisco Moreno: *La Administración y sus Procedimientos*, p. 7.

²Enrique Hernández Corujo: *Procedimientos Administrativos Internos*; Introducción.

³Ibid.

⁴Fernando Álvarez Tabío: *El Proceso Contencioso Administrativo*, p. 77.

⁵Luis Manuel Cosculluela Montaner, en *Manual de Derecho Administrativo*, apud Colectivo de autores: *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, p. 487.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Tabío, Fernando: *El Proceso Contencioso Administrativo*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1954.

Colectivo de autores: *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, t. 1 y 2, 2004.

Cordón Moreno, Faustino: *El Proceso Administrativo*, Madrid, 1989.

Hernández Corujo, Enrique: *Procedimientos Administrativos Internos*, Editorial Lex, La Habana, 1955.

Moreno, Francisco: *La Administración y sus Procedimientos*, La Habana 1886.

Ramírez Olivilla, Gustavo: *Legislación Contencioso-Administrativa, contada la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Cuba desde su creación*, 2ª ed., La Habana, 1943.

Legislación

Decreto No. 272, de 20 de febrero de 2001, De las Contravenciones en materia de Ordenamiento Territorial y de Urbanismo.

Instrucción No. 10 de 2004, en *Gaceta Oficial*, ordinaria, no. 30, de 12 de julio de 2005.

Ley General de la Vivienda, de 1988.

Resolución No. 73, de 22 de abril de 2005, Ministerio del Transporte.

Resolución No. 128, de 12 de junio de 2006, Ministerio de Educación Superior.



**«Debido a la falta de norma,
se puede incumplir
con la función estatal
de ofrecer a los ciudadanos
una tutela efectiva.»**

Código Penal

ESTUDIO Y APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 52ch

*Esp. María Esperanza Milanés Torres
jueza titular del TSP*

Someto a examen la circunstancia atenuante del Artículo 52ch del Código Penal, conocida doctrinalmente como arrepentimiento eficaz, por ser de aquellas que más esgrimen los defensores de los imputados e invocarse con frecuencia en los recursos de casación. De ahí que sea necesario estudiar su fundamento, naturaleza y tratamiento en la práctica judicial.

Resulta de interés que este texto motive la reflexión y discusión en los especialistas interesados en la temática o que, de una forma u otra, se vinculan al trabajo judicial, y pueda ser punto de partida para profundizar en su estudio y utilidad práctica.

En el Derecho que antecede a la Revolución Francesa, solo aparecen referencias vinculadas con la aparición de las circunstancias atenuantes, puesto que los jueces gozaban de un indiscriminado arbitrio judicial para la elección de la pena y, en consecuencia, fijaban la que estimaran a su merced, razón por la que no se justificaba su existencia práctica. No obstante, por ejemplo, el Derecho Canónico admitió, entre otras, las atenuantes de la confesión del reo, el arrepentimiento y la restitución de la cosa robada, con un fin más bien religioso.

Muchos autores coinciden en afirmar que la teoría general de las circunstancias surge como tal al gestarse el proceso codificador devenido con la Revolución Francesa, como consecuencia del principio de igualdad ante la ley, que condicionó la doctrina de la medida de la pena y la cuestión de la proporcionalidad entre delito, infracción y sanción.

En torno a su fundamento, han existido y existen diferentes posiciones doctrinales, tanto aquellos que la vinculan a cuestiones religiosas

y morales, como los que transitan hacia la postura normativa, y quienes, al estilo de Antón Oneca, mantienen que su fundamento se encuentra en la compensación de la culpabilidad, criterio al cual también se afilia Bacigalupo Zapater, cuando afirma que

se trata de actos que demuestran ex-post un reconocimiento del autor de la vigencia de la norma infringida por el delito. Este reconocimiento tiene un signo positivo, que, frente al negativo del delito, genera un efecto compensador de la culpabilidad por el hecho. Esta compensación se manifiesta en la individualización de la pena.¹

Sin embargo, otros sectores estiman que todas las circunstancias responden a consideraciones político-criminales y más exactamente a la idea de necesidad de tutela (principio de proporcionalidad o prohibición de exceso). «En consecuencia, a una mayor necesidad de tutela, existirá una mayor o menor necesidad de pena.»² Las circunstancias, conforme al criterio emitido por González Cussac, no pueden vincularse ni al injusto ni a la culpabilidad, y ello tanto si se atiende a consideraciones formales como materiales.

A mi juicio, por sobre todas las cosas, debe responder a un criterio de justicia, utilidad y tutela efectiva, pues se pretende favorecer al sujeto, disminuye los efectos del delito y ayuda a esclarecerlo, en lo cual también existe un fundamento político-criminal.

La circunstancia atenuante no afecta la esencia del delito, pues este existe, se den los elementos que la integren, o no, y se vincula a la clase y extensión de la pena; o sea, se trata de algo accesorio o accidental que únicamente repercute sobre la menor gravedad de la reac-

ción punitiva. Influye en la consecuencia jurídica de la afirmación del delito, que no es otra que la pena y, en relación con ella, debe ser evaluada. Sus efectos pertenecen de lleno a la aplicación y adecuación de esta. Por tanto, su existencia o inexistencia debe ser vista a través de la teoría de la pena.

En el estudio realizado, no encontré un concepto acabado de la atenuante de arrepentimiento, sino conceptualizaciones generales. En tal sentido, la circunstancia de arrepentimiento se considera que da relevancia a la conducta postdelictual del autor, concebida como elemento a tener en cuenta en la adecuación de la sanción a imponer, por el efecto que causa sobre la punibilidad del hecho.

Tradicionalmente, las circunstancias aparecen reglamentadas en la ley penal de dos formas: las que se agrupan en un precepto de la parte general del Código Penal, calificadas como *comunes o genéricas*; y las que se incluyen en algunos tipos penales, con la denominación de *especiales o específicas*, pues se refieren concretamente al delito descrito en el tipo penal que las contiene, lo que no fue objeto de estudio en este trabajo.

El Código Penal de Cuba, Ley No. 62, inserta las circunstancias atenuantes dentro de la parte general (Título V, De la responsabilidad Penal; Capítulo V, La Adecuación; Sección VI), entre las nueve que estatuye el Artículo 52, específicamente en el inciso ch), sin que el legislador haya hecho en él distinción alguna en cuanto a su naturaleza, aunque prevalecen las que tienen un carácter personal, pues atiende elementos individuales del sujeto comisor.

Algunos especialistas y expertos opinan que su formulación es correcta, pero es escasamente apreciada en la práctica judicial, debido a la falta de articulación de diligencias de prueba que permitan o sustenten su posterior invocación por las partes. Otra posición se apoya en criterios doctrinales y juicios interpretativos que se articulan en torno a ella.

En mi opinión, su vigencia práctica y virtualidad jurídica guarda estrecha relación con la racionalidad en la aplicación de la pena, se vincu-

la muy de cerca con la extensión de la sanción, y solo tiene efecto cuando esta rebasa los límites mínimos del marco penal para el delito calificado, pues, si se aprecia y se impone pena mínima, no lleva consecuencias jurídicas desde el punto de vista de la penalidad, y tampoco debe surtir efecto impugnatorio, al no tener trascendencia al fallo. Considero que se vuelve realmente modificativa de la responsabilidad penal cuando el órgano juzgador hace uso de la facultad discrecional que le concede el Artículo 54, apartado 1, de la ley sustantiva, donde se establece que «el tribunal puede disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito».

Advierte Prieto Morales que la apreciación de las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas de los artículos 52 y 53 del Código Penal, no permite al Tribunal rebajar los límites mínimos y máximos establecidos en el Código Penal. O sea que sólo servirán para adecuar dentro de los límites.³

Desde el punto de vista de su regulación legal, requieren para su conformación de tres requisitos: uno, subjetivo, que consiste en haber obrado el agente por impulso espontáneo, o sea voluntariamente, por sí mismo, ajeno a toda influencia externa, movido por convicción profunda; otro, objetivo, ejecutar alguna de las conductas recogidas en la norma-precepto, en el sentido de evitar, reparar o disminuir el daño, las consecuencias, dar satisfacción a la víctima, o confesar a las autoridades su participación en el hecho, o ayudar al esclarecimiento; y, por último, la relación causal que debe estar presente en el propósito del inculcado y su actuar, es decir, el móvil debe ser el arrepentimiento espontáneo (elemento subjetivo) y la realización de cualquiera de los hechos que integran sus elementos objetivos, realizados en circunstancias tales que constituyan una serie de actos unidos con la intención del comisor por relación de causalidad.

Se considera que el impulso espontáneo está relacionado con la menor culpa o síntoma de menor peligrosidad; y debe estar presente en todos los actos que integran los elementos objetivos para su configuración.

Sin embargo, hoy día este criterio ha ido variando hacia una tendencia más abierta en su valoración, al no resultar tan restrictiva.

Los elementos del arrepentimiento no son acumulativos, o sea no es preciso que se den juntos, con uno solo de ellos pudiera integrarse la atenuante.

En cuanto a la reparación del daño, se toma en consideración la situación de la víctima. Para Orts Berenguer, *reparar* es restablecer integralmente la situación anterior al delito; y *disminuir*, la reducción significativa aunque no total de la situación provocada por su comisión, después de haber realizado el agente el mayor esfuerzo a su alcance.⁴

El restablecimiento de la situación anterior puede ser económico o de otra naturaleza (daño moral); y el Código recoge el supuesto de «dar satisfacción al ofendido», por ser, a mi juicio, otras de las formas en que puede aminorarse la gravedad del mal causado.

La ley cubana no fija momento ni impone límite para su consecución, lo que trae consigo que se esgriman diferentes criterios, en torno a si procede cuando el culpable es de todos conocido. Hay juzgadores que responden negativamente a su apreciación; algunos sostienen que debe ser antes de que se inicie proceso penal contra el comisor; otros la ubican en el momento de haberse abierto causa contra el agente; hay quienes relacionan esto con la actitud que adopta durante la fase preparatoria; otra línea de pensamiento la vincula a la conducta asumida en el acto del juicio oral, momento cumbre para muchos; y los que consideran que puede darse en cualquier momento del procedimiento. Esta última resulta en la práctica jurídica la tendencia más generalizada.

En análisis comparado con la Ley Orgánica No. 10 de 1995, de España, se aprecia que dedica su Libro I a las disposiciones generales. Dentro de este, el Título I trata la infracción penal, y el Capítulo III contiene las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal. Al respecto, enumera taxativamente las circunstancias atenuantes en el Artículo 21, y particulariza nuestro objeto de estudio cuando expresa:

4ª) La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5ª) La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Como se observa, deja bien delimitado el momento en que debe producirse, ya se trate de confesión, de reparar o de disminuir los efectos del daño causado a la víctima.

En el derogado Código de Defensa Social, que rigió en Cuba hasta la promulgación del Código Penal, el inciso D) del Artículo 37 estipulaba un grupo de circunstancias que debían concurrir, entre las que se fijaba «antes de conocer la apertura del procedimiento judicial».

La salas penales de instancia, en cuanto a su consideración y evaluación, han seguido como tendencia mayoritaria la estimación de esta circunstancia atenuante en casos en los que, sin concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el precepto invocado, consideran que se ha producido una conducta post-delictual por parte del acusado, integradora de alguno de los supuestos objetivos que constituyen la razón de ser de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, con lo que premian las conductas que ayudan a las víctimas o favorecen la acción de la justicia en la persecución de los delitos. Sin embargo, otra ha sido la concepción para su estimación extraordinaria, al evaluarse lo relativo al conocimiento, momento y forma de presentación ante la autoridad, después de cometer los ilícitos; los juzgadores deducen su voluntariedad, si se realiza antes de que la autoridad actuante tuviera conocimiento de ellos y de sus autores; cuando no se actúa de la forma apuntada, faltan los antecedentes que demuestren que lo hicieron a impulsos de pesar por su conducta ilegal.

No obstante, en algunos casos, se observa su estimación sin trascendencia al fallo o falta de flexibilidad en torno a su apreciación por la dureza de las penas inflingidas, a pesar de no

concurrir circunstancias agravantes. Algunos juzgadores, tanto para su acogida como para su desestimación, lo hacen basándose en la doctrina de la desestimación implícita.

En la sala penal de casación, prevalece como tendencia la de anular las sentencias inmotivadas, cuya motivación en España tiene rango constitucional, no así en Cuba, aun cuando se refrenda su debida aplicación por el Acuerdo No. 172 de 1985, dictado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, y estatuirse en la Ley de Procedimiento Penal (Artículo 44, inciso c, apartado 3) que se razonará la denegación de las que hubiesen sido alegadas, precepto que, de forma indiscriminada, se infringe por los órganos de instancia y, por supuesto, da lugar a la acogida del recurso y nulidad de la resolución dictada, en lo que impera la línea de apego a la norma en su invocación, aun que lo planteado no tenga trascendencia al fallo.

La exigencia de motivar las sentencias, como consecuencia del derecho fundamental a un debido proceso, ha dado lugar a su observancia por parte de la sala penal de casación, al ejercer el control casacional, en razón de que los tribunales de instancia razonen y motiven la acogida, o no, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

De acuerdo con lo preceptuado en la vigente Ley de Procedimiento Penal en Cuba, la motivación está subdividida en hechos y fundamentos de derecho, y se observa que, en la práctica judicial, con base en el apartado 5 del Artículo 70, se sustenta como motivo casacional el vicio de incongruencia omisiva.

La posición que sostengo al respecto es que la cuestión jurídica relacionada con la falta de respuesta, o sea de motivación o fundamentación en su no acogida en la resolución, debe ser examinada sobre la base de los principios de racionalidad y de seguridad jurídica en las decisiones judiciales, pues, aun cuando el órgano juzgador, de forma expresa, no fundara su decisión de estimarla o acogerla, como es lo atinente, la valoración para la acogida del recurso por esta causal no debe ceñirse solo a este aspecto, debe evaluarse su incidencia en

la pena impuesta, su utilidad práctica, verdadera relevancia y fuerza jurídica con trascendencia al fallo; en fin, el efecto de la omisión sobre la respuesta punitiva, al considerar que el no haber dado una respuesta en un sentido u otro no es causa suficiente para hacer anulable una resolución, aun cuando exista el defecto apuntado.

Al amparo del apartado 5 del Artículo 69 de la invocada ley rituarial, se apoyan los defensores, cuando apuntan que se ha cometido error de derecho en la calificación de los hechos que se declaran probados en la sentencia en concepto de circunstancias, y es la atenuante examinada la que más da lugar al recurso por dicha causal de fondo, sin que encuentre siempre una respuesta efectiva, por razones ya explicadas. Se alude al carácter extraordinario de la atenuante, preceptuado en el apartado uno del Artículo 54 del Código Penal y que prevalece su carácter discrecional; al decir de algunos juzgadores, la conducta de reconocimiento, consciente y voluntaria, de un agente comisario de delito se presenta de forma extraordinaria, cuando concurre con tal fuerza que incide de manera notable en la gravedad y peligrosidad del hecho, en sus consecuencias, criterio que además comparto.

Y comparto el criterio emitido por Prieto Morales, cuando apuntaba que «(...) esta atenuante extraordinaria (...) como motivo de casación podrá prosperar cuando el Tribunal Supremo estime que algunas de la atenuantes que concurren aparece en forma muy intensa (...)».⁵

CONCLUSIONES

♦ La circunstancia atenuante objeto de estudio se mantiene vinculada a la adecuación de la sanción, formando parte de la teoría de la pena, por ser su verdadera consecuencia jurídica y, por tal razón, se hace necesario buscar el verdadero sentido de su aplicación práctica, ante su incidencia en la penalidad. Tiene su fundamento en la aplicación de la justicia y de tutela efectiva tanto a los comisores como a las víctimas; responde al interés del Estado de proteger a aquellos que han mantenido una conducta postdelictual que los destaca por colaborar con la administración de la justicia, en la actitud del autor tendente a confesar y advertir la

necesidad de reparar el daño causado por su comportamiento antisocial, en lo cual existe un fundamento político-criminal.

♦ Si requerimos de un debido proceso, cuyo punto final es la resolución dictada, en aras de una justicia más acabada y en consonancia con las tendencias actuales, se precisa de los tribunales de instancia la necesidad de motivar y fundamentar, no de una forma insuficiente aplicando la fórmula desestimatoria clásica, sino pronunciando, con la amplitud que el caso requiere, el acogimiento o desestimación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal alegadas; y, en su caso, del tribunal de casación, la elevación de la exigencia ante el control de su cumplimiento.

♦ Se observan algunos casos donde los tribunales de instancia infringen lo establecido en la Ley de Procedimiento Penal (Artículo 44, inciso c, apartado 3), lo que da lugar a la acogida del recurso y nulidad de la resolución dictada, puesto que prevalece la línea de apego a la norma en su invocación, aunque lo planteado no tenga trascendencia al fallo, y en tal sentido el órgano de casación debe reorientar su concepción.

♦ Se perfila como algo que debe resolverse por algunos juzgadores lo relativo a la falta de expresión de la circunstancia en los hechos declarados probados, donde la mayoría de las veces, aun acogéndola, y en otras desestimándola, no tienen sustento de base fáctica que sirvan luego de fundamento de la acogida y desestimación motivada de aquellas, lo que dista mucho de la calidad en la justicia a que nos convoca el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

NOTAS

¹E. Bacigalupo Zapater: *Contestaciones al Programa de Derecho Penal. Parte General para acceso a las Carreras Judicial y Fiscal*, p. 298.

²J. L. González Cussac: «Presente y Futuro de las Circunstancias», p. 11.

³Aldo Prieto Morales: *Lo Circunstancial en la Responsabilidad Penal*, p. 305.

⁴Apud Antonio Gil Merino: «Las Circunstancias Atenuantes y Agravantes en el Código Penal de 1995», pp. 153-215.

⁵Prieto Morales: *Ob. cit.*, p. 306.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo Zapater, E.: *Contestaciones al Programa de Derecho Penal. Parte General para acceso a las Carreras Judicial y Fiscal*, 2ª ed., t. 1, Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2002.

Cobo del Rosal, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Universidad de Valencia (España), 1984.

—: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1999.

Cuello Calón, Eugenio: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1981.

Gil Merino, Antonio: «Las Circunstancias Atenuantes y Agravantes en el Código Penal de 1995», en *Cuaderno y Estudio de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, San Sebastián, 2004.

González Cussac, J. L.: «Presente y Futuro de las Circunstancias», en *Cuaderno y Estudio de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, San Sebastián, 2004.

Jiménez de Asúa, Luis: *La Ley y el Delito: curso de dogmática penal*, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945.

Machado Sánchez, K.: «La regulación de las circunstancias atenuantes en varias Legislaciones Penales», en sitio web *Artículos Doctrinales: Derecho Penal*, 2003.

Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1993.

Orts Berenguer, E.: *La atenuante de análoga significación*, Universidad de Valencia (España), 1978.

Prieto Morales, Aldo: *Lo circunstancial en la Responsabilidad Penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1983.

Quiroz Pírez, Renén: *Manual de Derecho Penal*, t. 1, Editorial de Ciencias Jurídicas, La Habana, 1999.

Rivero García, Danilo: «Comentario sobre las Causales del Recurso de Casación por Quebrantamiento de Forma», en *Temas Sobre el Proceso Penal*, Ediciones Prensa Latina S.A., La Habana, 1998.

Sánchez-Jáuregui y Alcaide, José Luis: «La Motivación en la sentencia Penal en cuanto a la aplicación de Circunstancias modificativas. La Penal y Otras medidas. El Arbitrio Judicial», ponencia (Comunicación, Serie: *Penal*), Consejo General del Poder Judicial del Reino de España.

Legislación

Código de Defensa Social, Ministerio de Justicia, La Habana, 1973.

Código Penal de España, 2ª ed., concordada y anotada, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1996.

Código Penal de la República de Cuba, Ley No. 62, ed. anotada con instrucciones y sentencias del Tribunal Supremo Popular, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1998.

Ley de Procedimiento Penal, ed. actualizada, anotada y concordada, Editorial SIMAR S.A, La Habana, 1977.

Ordenamiento jurídico cubano

REGULACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL

*Lic. Ingrid Teresa Santos Díaz
Jueza titular del TPP La Habana*

En Cuba, la utilización de elementos de regulación económica para la protección ambiental tiene su fundamento, en primer lugar, en los artículos 18 g) y 61 de la Ley del Medio Ambiente.¹ En segundo orden, lo previsto en la Ley 73 del Sistema Tributario, donde se introduce el Impuesto sobre la utilización y explotación de los recursos naturales para la protección del medio ambiente.

Estos marcos legales están en consonancia con la Estrategia Ambiental Nacional,² «expresión de la política ambiental cubana, en la cual se plasman sus proyecciones y directrices principales».³ Este documento recoge la política ambiental a largo plazo en nuestro país y prevé acertadamente el uso de incentivos tributarios como un mecanismo viable para la protección de la naturaleza.

Todo esto conforma el soporte jurídico de la tributación ambiental en Cuba y constituye, a su vez, la expresión legislativa que va a materializar el Artículo 27 de la Constitución.⁴

Aquí, analizo críticamente los diferentes tributos que se han establecido en el país a la luz de las regulaciones que los fundamentan. A partir de un estudio detallado de estos, podremos determinar si su estructura responde a las exigencias de un tributo ambiental y a los principios que informan su articulación. En este sentido, analizo las regulaciones que prevén el Impuesto forestal, los cánones por la ejecución de una actividad minera, las regalías por la extracción de recursos minerales y el Impuesto para la protección de la bahía de La Habana.

PUNTO DE PARTIDA DE TRIBUTOS AMBIENTALES

El impuesto sobre la utilización o explotación de los recursos naturales y para la protección

del medio ambiente —regulado en el Título II, Capítulo XI, de la Ley 73—⁵ constituye la «base» de la estructuración de tributos ambientales. Su estudio es indispensable para poder comprender la naturaleza de las figuras impositivas que en su seno se acogen.

Pérez Inclán ha expresado que se trata de un impuesto de «naturaleza ambientalista ya que su objeto imponible se tipifica por actos o hechos que inciden de una manera negativa sobre el medio ambiente o que origina una actuación pública de tutela medioambiental».⁶ Tal consideración solo podrá ser corroborada a partir del análisis del impuesto en general. Para ello debemos acudir a su regulación normativa.

De la lectura de los artículos que dan vida a esta figura impositiva, se colige que el impuesto en cuestión tiene un carácter ambiental. No solo porque grava las acciones de utilización y explotación de los recursos naturales sino porque, además, puede ser utilizado para la protección del medio en sí mismo. Esto último nos indica que en las normas precedentemente citadas se prevén las dos funciones que pueden tener los tributos ambientales: prevenir determinados daños ambientales y reducir los efectos nocivos que las actividades de explotación y uso desmedido provocan sobre el entorno. Así se materializa, también, la naturaleza extrafiscal de dicho impuesto en el entendido de que materializará los lineamientos de protección ambiental plasmados en la Constitución.

No obstante, dicho impuesto presenta matices en gran medida criticables. A mi entender, los rasgos negativos que abordaré en lo adelante impiden que este instrumento económico cumpla acertadamente su finalidad inicial.

Aun cuando en los artículos mencionados se recojan las funciones que en protección ambien-

tal pueden cumplir los instrumentos tributarios, estos preceptos, lejos de constituir una regulación detallada y precisa devienen un enunciado legislativo, pues el legislador no logró implementar adecuadamente, a partir de los artículos 50, 51 y 52, el impuesto que inicialmente concibió. Más que una regulación exhaustiva, la Ley 73/94 se pronuncia por intención, por parte de la administración tributaria, de crear herramientas fiscales para dicha protección.

El Artículo 50 hace referencia al «uso y explotación de los recursos naturales», acciones que constituyen el supuesto fáctico que hace nacer el impuesto. Ahora bien, dentro del uso y la explotación de un recurso natural, o del medio ambiente en general, es posible incluir disímiles procedimientos. Por tal motivo, a mi entender, el hecho imponible no queda bien delimitado. Este concepto abarca actos necesarios para el desenvolvimiento del hombre que, aun cuando pueden constituir actividades de uso y explotación, no implican, en todos los casos, una degradación del entorno y, por tanto, no tendrían por qué estar gravadas por el impuesto.

Según Borrero Moro, el hecho imponible de los tributos ambientales recae sobre «(...) actos, hechos o actividades degradantes del medio, (...) mientras que en otros (supuestos) el hecho imponible se limita a configurarse con base en dichas situaciones degradantes (...)».⁷ Siguiendo su parecer, este impuesto no muestra la exactitud requerida a la hora de configurar su presupuesto de hecho, pues el uso y explotación devienen un saco en el que entran distintos comportamientos, degradantes o no.

Esto trae como consecuencia que, en ocasiones, se graven supuestos correspondientes al desenvolvimiento del hombre como ser humano que no implican necesariamente menoscabo del entorno, y vulnera el principio *quien contamina, paga*, como postulado rector de la tributación ambiental. He ahí cómo la inexactitud legislativa es capaz de acarrear daños al contribuyente e incidir en los principios que informan el sistema tributario en general. Además, la no delimitación del hecho imponible puede incidir en el carácter extrafiscal del tributo, en el entendido de que este último no logre materializar la finalidad que se persiguió con su imple-

mentación y devenga, entonces, mero instrumento recaudatorio en manos del Estado.

Analizar detenidamente el Artículo 52 de la Ley 73/94 permite percatarse de que con la expresión «establecer las bases impositivas, tipos impositivos y procedimientos para el pago de este impuesto, así como para conceder las exenciones y bonificaciones pertinentes», el legislador indirectamente indica que no se trata de un único impuesto, sino de un lineamiento global para la configuración de otros institutos tributarios por parte del órgano competente. Si no es así, ¿cómo se explica la redacción en plural del articulado indicando varias bases impositivas?

Además, para el ejercicio de tales encomiendas, este artículo «(...) faculta al Ministro de Finanzas y Precios (...) oído el parecer del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente». A simple vista, nos percatamos de que ni las mencionadas bases, ni los tipos impositivos, ni los procedimientos de pago, ni las exenciones, se encuentran reguladas en la ley. Cabría preguntarse si concuerdan este precepto y las consecuencias que de él se derivan con las exigencias del principio de legalidad.

Los preceptos que fundamentan la tributación ambiental en nuestro país denotan una insuficiencia del postulado legal. Ello se debe a que en la Ley del Sistema Tributario se dejan de regular elementos importantes en la configuración del citado impuesto. Para salvar estas deficiencias, el legislador ha previsto la posibilidad de que, mediante la potestad reglamentaria, el Ministerio de Finanzas y Precios establezca las bases impositivas, tipos impositivos, procedimientos de pago, exenciones y bonificaciones que al respecto procedan. Vemos, pues, que «se ha prescindido de la potestad legislativa en favor de la resolutoria».⁸

No creo del todo acertada esa decisión, ya que no se debe confiar a normas de menor jerarquía (como las resoluciones ministeriales) la regulación de cuestiones tan medulares en la estructuración del tributo. Pienso que, aun cuando tal atribución se establece para completar la regulación del impuesto verde, atenta un tanto contra la seguridad jurídica. No estamos ante el supuesto de reserva de ley relativa, preceptuado

en la Disposición Final Quinta de dicho cuerpo normativo, por cuanto no son «circunstancias económicas y sociales que así lo aconsejen» las que incitan al Ministro de Finanzas y Precios a adoptar tales decisiones.

Lo que ocurre es que, al ser tal impuesto solo una expresión de la estrategia fiscal que debe seguirse en el país, el legislador prefirió no adentrarse en la regulación de las cuestiones señaladas y optó por dejarlo a decisiones ministeriales de fuerza obligatoria. Luego, la cuestión anteriormente descrita constituye uno de los puntos sobre los cuales se debe trabajar para el perfeccionamiento del sistema tributario cubano, en pos de una mayor observancia y seguimiento al principio de legalidad.

No quedan dudas respecto a que el instituto económico de naturaleza ambiental previsto en la Ley 73 es un lineamiento de política tributaria, extrafiscal, previsto por el Estado. En tanto lineamiento de estrategia naturalista, no debió ceñirse solo a la figura del impuesto. Las tasas y las contribuciones especiales, según el supuesto de que se trate, también pueden materializar el enunciado constitucional de protección del medio ambiente. Sin embargo, el carácter colectivo de la conservación de este se muestra más fehacientemente en los instrumentos impositivos. En ellos, al no haber intervención administrativa que devenga contraprestación favorecedora al sujeto pasivo, el deber de contribuir se configura, de manera más general, más solidaria, y atañe a todos los contribuyentes que incurran en el hecho imponible.

Los impuestos, aun cuando presentan determinadas ventajas para el logro de objetivos ecológicos, no son las únicas herramientas que en este campo se pueden utilizar. De acuerdo con el supuesto contaminante que se quiera corregir, la administración tributaria escogerá el instituto idóneo a ese fin y, sobre esta base, configurará los elementos estructurales del tributo.

FIGURAS TRIBUTARIAS IMPLEMENTADAS

Si nos adentramos en el análisis de los instrumentos económicos tributarios que se han

articulado en Cuba, vemos que algunos toman como base las regulaciones de la Ley 73 y otros no. Detallo tres de ellos:

- ♦ Impuesto forestal.
- ♦ Cánones por la ejecución de una actividad minera y las regalías por la extracción de recursos minerales.
- ♦ Impuesto para la protección de la bahía de La Habana.

Impuesto forestal

El bosque es «un recurso natural renovable de la nación que proporciona bienes y servicios, de tipo económico, ambiental, social y cultural, susceptible de ser aprovechado racionalmente, sin detrimento de sus cualidades reguladoras y protectoras del medio ambiente».⁹ Tras largos años de dominación extranjera, los bosques cubanos se encontraban altamente deteriorados. Por esa razón, el Estado, en uso de la soberanía que ejerce sobre los recursos naturales¹⁰ y el medio ambiente, en general, se ha interesado en implementar diferentes instrumentos con el objetivo de preservar «los pulmones del planeta».

Entre los institutos a los que ha apelado el Estado para detener el uso indiscriminado de los bosques y propiciar la renovación de estos, están los tributos. La primera manifestación de tal tendencia la constituyó el impuesto forestal regulado en el Decreto-Ley No. 44, de 6 de julio de 1981. Este cuerpo normativo respondía a la necesidad del Estado de compensar, al menos parcialmente, los gastos en que incurría por concepto de repoblación forestal y conservación del medio ambiente.

Los recursos forestales poseen una gran importancia. Los procesos biológicos y naturales que en su seno se suceden propician un equilibrio ambiental adecuado. Por tal motivo, y en aras de perfeccionar la base impositiva en este campo, se dictó la Resolución 50/1996, del Ministerio de Finanzas y Precios, la cual da vida al impuesto que hoy grava la utilización y explotación de los recursos del patrimonio forestal y la fauna silvestre en Cuba con el objetivo de promover su uso sostenible. En tal sentido, se coadyuva al mejor desenvolvimiento del sistema financiero de la silvicultura. Constituyen sujetos pasivos de

este impuesto las personas naturales y jurídicas, cubanas o extranjeras, que utilicen o se relacionen con el uso y la explotación de los recursos anteriormente mencionados.

La imposición en este terreno constituye una manifestación de la tributación ambiental, que tiene su base en el impuesto sobre la utilización o explotación de los recursos naturales y para la protección del medio ambiente. El impuesto forestal viene a suplir, en alguna medida, la falta de legalidad que caracteriza a la base legal sobre la que se erige. En la Resolución 50/96, se regulan todos los elementos constitutivos de este, a fin de viabilizar su aplicación. El resuelto Tercero refrenda:

Tercero: Constituye el hecho imponible del impuesto a que se contrae la presente Resolución, la *utilización y explotación* de recursos forestales, naturales y artificiales, y de la fauna silvestre, independientemente de la actividad que se realice.

Se entenderá como utilización y explotación de los recursos forestales, naturales y artificiales, y de la fauna silvestre, *el aprovechamiento de la madera y productos no madereros, tales como, resinas, cortezas, semillas, follajes, lianas, bejucos y otros, así como la utilización de áreas para la práctica de caza y ecoturismo siempre que se realicen con fines económicos.*

Basta su simple lectura para percatarse de que el supuesto fáctico que hace nacer la obligación tributaria está constituido por dos acciones fundamentales: la utilización y la explotación, entendidas, en su sentido más amplio, como el aprovechamiento de los componentes que conforman el recurso forestal en sí mismo considerado; y, en la última parte, leemos: «la utilización de áreas para la práctica de caza y ecoturismo siempre que se realicen con fines económicos». Esta expresión recoge, indirectamente,¹¹ una referencia a uno de los postulados de justicia tributaria: el principio de capacidad económica que, además de ser un criterio



sobre el que se erige el deber de contribuir, actúa como un límite a este.

Trayendo a colación los criterios sentados al estudiar el hecho imponible de un tributo ambiental tipo, puede decirse que el presupuesto de hecho que fundamenta el nacimiento del impuesto forestal está delimitado adecuadamente de acuerdo con exigencias extrafiscales. Sin embargo, si se particularizan los efectos que podrían tener los rasgos no fiscales de la tributación, además de desprenderse de la propia estructura y finalidad del tributo, podría derivar del establecimiento de supuestos de no sujeción que ayudarían a delimitar la sujeción a este. En tal sentido, el resuelto Décimo de la citada resolución prevé:

No serán consideradas a los efectos del pago de este impuesto, *las actividades forestales directamente vinculadas con la ejecución de obras para la Defensa Nacional* que determinen de conjunto los Ministerios de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, de la Agricultura y de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, así como *las actividades que utilicen la madera producto de plantaciones forestales creadas con recursos propios de los productores y los productos procedentes de labores silvícolas autorizadas y realizadas con fines no comerciales.*

El primer supuesto de no sujeción al impuesto viene determinado por las actividades forestales directamente vinculadas con la ejecución

de obras para la defensa nacional. Hasta aquí, queda claro que la realización, en este campo, de acciones en defensa de la Patria, no quedan afectadas con el pago del impuesto. No obstante, llama la atención que la no sujeción no queda determinada directamente en el cuerpo normativo, sino que es necesaria la determinación conjunta de los ministerios de las Fuerzas Armadas, de la Agricultura, y de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.

La última exigencia deviene una reticencia que, en dependencia del momento de la determinación por parte de los organismos de la Administración Central del Estado, se podrá configurar, o no, la no sujeción al impuesto. Si los pronunciamientos de los ministerios intervinientes se realizan luego de haber incurrido el «sujeto» en el hecho imponible, lo que operaría no es la no sujeción, sino la exención.

Me parece acertada la no sujeción en el segundo de los supuestos. A partir de ella, se promueve la reforestación y se incentiva la actividad forestal en los productores, en el caso de aquellas actividades en las que se utilicen recursos propios y las realizadas con fines no comerciales. A mi entender, responde al principio ambiental de protección del entorno.

La base imponible del impuesto a que se contrae esta Resolución la constituye, según proceda, la cantidad de metros cúbicos de madera por especies y surtido a talar, las toneladas métricas, kilogramos, millares de puntos, metros lineales o producciones estimadas de productos no madereros y las hectáreas usadas o explotadas.

La base imponible, a que se refiere el párrafo precedente, se consignará por Declaración Jurada presentada por los sujetos obligados al pago del impuesto, en la oficina municipal de Administración Tributaria correspondiente a su domicilio fiscal.¹²

La base imponible constituye la expresión cifrada del hecho imponible. A partir del principio rector de la tributación ambiental *quien contamina paga*, aquella recaerá sobre un acto contaminante y, por ende, al menos en principio, expresa la afectación que ha sufrido el medio. Dicha base

se encuentra altamente conectada con el presupuesto fáctico de la norma. Ello trae consigo que el costo que deberá asumir el sujeto pasivo estará en correlación con el daño provocado a aquel (en este caso, a los recursos forestales), lo que deberá ser analizado con la confluencia, además, de los tipos impositivos. En este sentido, la Resolución 50 estipula «el tipo impositivo a aplicar para el cálculo y determinación de este impuesto, correspondiente a las especies existentes en bosques artificiales».¹³

La masa obligacional tributaria, en sentido general, no solo está conformada por las prestaciones de carácter económico-patrimonial que deberá realizar el sujeto pasivo. Además de estas, confluyen en el obligado tributario, otras obligaciones formales cuyo cumplimiento es imprescindible para que la gestión se realice eficientemente. De esta forma, el obligado al pago del impuesto forestal deberá cumplir con lo establecido en el resuelto Segundo de la Resolución 50/96: «Los sujetos de este impuesto están obligados a inscribirse en el Registro de Contribuyentes de la oficina municipal de la Administración Tributaria correspondiente a su domicilio fiscal.»

El análisis de la estructura de este impuesto, exigido por la explotación y conservación de los recursos forestales, naturales y artificiales, y la fauna silvestre, permite indicar que, de manera general, reúne las exigencias de un tributo ambiental, a la luz del deber de contribuir. Al ser una expresión de los lineamientos plasmados en la ley tributaria, concuerda con los principios de justicia que en ella se prevén y, aun cuando el criterio contaminador-pagador no se encuentra regulado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, la configuración del tributo en cuestión, en alguna medida, responde a sus exigencias.

Ley de Minas: Instrumentos económicos tributarios

Actualmente, la minería ocupa uno de los principales renglones de nuestra economía. Por tal motivo, y como consecuencia del poder soberano que el Estado ejerce sobre «el subsuelo,

las minas y todos los recursos minerales, dondequiera que éstos se encuentren»,¹⁴ se han previsto varios instrumentos, a fin de reducir al mínimo los efectos negativos que esta actividad provoca sobre el medio ambiente.

La Ley de Minas, de 21 de diciembre de 1994, constituye el marco legal que regula todo lo concerniente al manejo de los recursos minerales y al ejercicio de la minería. A partir de sus preceptos, se configuran figuras tributarias que llaman nuestro interés.

El Artículo 75 de la citada ley establece:

Los concesionarios pagan al Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación tributaria general y de cualesquiera otros pagos de carácter general establecidos, *los cánones por la ejecución de una actividad minera y las regalías por la extracción de recursos minerales no renovables que se establecen en la presente Ley.*

Quiere esto decir que los titulares de un título de concesión deben abonarle al Estado las cantidades a las que por tal concepto se obligan. Estas se materializarán a través de dos figuras fundamentales, según el articulado de la propia ley: los cánones y las regalías.

CÁNONES POR LA EJECUCIÓN DE UNA ACTIVIDAD MINERA

Para abordar los cánones por la ejecución de una actividad minera, se debe descifrar qué se entiende por *canon*. La ley tributaria solo regula, entre los ingresos públicos tributarios, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales.¹⁵ Doctrinalmente, este término es poco tratado, y es homologado, en ocasiones, a las distintas manifestaciones tributarias anteriormente mencionadas.

Según Valenzuela, los cánones «imponen la obligación de efectuar pagos periódicos de una determinada suma de dinero». ¹⁶ Para Villamil Serrano, «son el precio a pagar por contaminar o por descontaminar un bien público». ¹⁷ La Ley de Minas, en el Artículo 2, define este instituto como «la cantidad que se paga por el disfrute de alguna propiedad del Estado».

Aunando los conceptos anteriormente citados, y siguiendo a Sánchez Predoche, se puede conformar una definición que contenga to-

das las dimensiones que con respecto a los cánones se han trabajado. Podrían incluirse bajo este rubro «(...) los ingresos tributarios (impuestos, o tasas), o ingresos patrimoniales (precios públicos)». ¹⁸ En este sentido, considero que la denominación *canon* no es contradictoria con la naturaleza tributaria de la figura en cuestión, pues, como tributo al fin, debe responder a los principios fundamentales de justicia que ordenan el deber de contribuir.

La propia denominación de la figura indica que el presupuesto de hecho que hace nacer la obligación de pago recae sobre «la ejecución de una actividad minera» y no sobre el título de concesión en sí mismo considerado. Al no gravarse con la figura del canon la actividad administrativa de la concesión, no opera la «exacción de carácter conmutativo»¹⁹ o beneficio proporcional exigido para ser considerado como tal. Por tanto, la herramienta tributaria que se regula en la Ley de Minas no puede incluirse bajo esta denominación. A partir del estudio de su hecho imponible, hay que determinar si los cánones pueden englobarse dentro de algunas de las categorías tributarias reguladas en la Ley 73 del Sistema Tributario.

Los cánones presentan un mayor parecido con la categoría tributaria del impuesto. El Artículo 11 b) de dicho cuerpo normativo establece que este es el «(...) tributo exigido al obligado a su pago, sin contraprestación específica con el fin de satisfacer necesidades sociales». Sobre esa base, y teniendo en cuenta que el concesionario, por el ejercicio de cualquiera de las actividades de índole minera, no recibe prestación alguna de la administración que devenga un beneficio a su cargo, se descarta la posibilidad de que el canon pueda homologarse a las tasas o a las contribuciones especiales, ya que este matiz caracteriza a ambos instrumentos económicos tributarios. La figura en cuestión grava la realización de una actividad minera propiamente dicha, una actuación que incide, en mayor o menor medida, sobre el medio y, por ende, surge la necesidad de internalizar los efectos nocivos que aquella provoca a este.

Los cánones deben responder, también, a criterios de justicia tributaria. A mi entender, la configuración del *tributo*, a partir de la propia

Ley, infiere la existencia del principio de capacidad económica como principio a tener en cuenta en la estructuración de los tributos en general. En materia de fiscalidad ambiental, este postulado adquiere una connotación singular, no porque cambie su sentido, sino porque rige la tributación en este campo, acompañando al principio «quien contamina paga», como fundamento de la articulación de los instrumentos tributarios ambientales. La ejecución de una actividad minera denota, al menos indirectamente, la existencia de una capacidad económica en el sujeto pasivo para afrontar el pago del tributo.

El Artículo 76 de la Ley de Minas regula la cuantía a pagar, por concepto de los cánones, por la ejecución de una actividad minera. Estipula:

El Estado recibe de los concesionarios, por concepto de canon, la cantidad anual de:

- a) dos pesos por hectárea durante la subfase de prospección;
- b) cinco pesos por hectárea durante la subfase de exploración; y
- c) diez pesos por hectárea durante la fase de explotación.

Considero que la cuantía que la ley establece, aun cuando aumenta progresivamente a medida que se desarrollan la prospección, exploración y explotación, es bastante pequeña y no refleja claramente la correspondencia contaminación-responsabilidad. Ciertamente es que la determinación del valor monetario de los daños que determinadas actividades provocan al medio es una tarea difícil y muchas veces lo que hace es aproximarse a él a través de índices indirectos; sin embargo, los valores que ha previsto el legislador son ínfimos. La cuantía establecida es insignificante en relación con los daños que la minería causa al medio ambiente.²⁰ El agente económico no se sentirá motivado por observar en su actuar conductas no contaminantes y preferirá seguir actuando como lo había venido haciendo, ya que la medida que sobre él recae no ejerce función de incentivo alguno.

REGALÍAS POR EXTRACCIÓN DE MINERALES NO RENOVABLES

Estas regalías constituyen otras de las figuras de carácter tributario previstas en la Ley de

Minas. Como mismo ocurría en los cánones por la ejecución de una actividad minera, las regalías no se encuentran reguladas en la Ley 73 del sistema tributario. El estudio de este nuevo instituto permite determinar si se puede insertar en la categoría de impuestos.

Del Artículo 75 de la Ley de Minas, se infiere que el presupuesto de hecho que legitima el nacimiento de la obligación en este caso es «la extracción de recursos minerales no renovables».²¹ Por tanto, a partir de las fases que conforman la actividad minera, estas exacciones solo podrán ser exigidas en la fase de explotación, debido a que es precisamente en esta donde se produce la extracción del mineral no renovable.

La referencia con respecto al contenido de las regalías mineras podría inducirnos a pensar que estamos ante un supuesto de imposición real y, más aun, si analizamos que la actividad de explotación es indicativa de fuerza económica en el sujeto pasivo, al menos subjetivamente. Sin embargo, el análisis de otras cuestiones destruyen este primer acercamiento.

Tal es el caso de la Resolución 51, de 29 de octubre de 1997, del Ministerio de Finanzas y Precios, que, junto con la Ley de Minas, reglamenta la actividad minera. Con el objetivo de viabilizar el pago de las regalías, establece que las exacciones se satisfacen de la siguiente forma:

- ♦ En efectivo, de acuerdo con lo legalmente establecido, sobre el valor de venta de la producción, la cotización promedio trimestral que se registra en los mercados mundiales de los productos minerales obtenidos o *sobre el valor que expresamente se pacte*.
- ♦ En especie, sobre la base de la cantidad de toneladas de producción terminada en el mes anterior.

El primer punto no ofrece mayores complicaciones, hasta tanto se utiliza la expresión *se pacte*. La idea de negociación y convenio, indicativa de autonomía de la voluntad, se presenta totalmente incompatible con el fenómeno tributario, en el entendido de que la relación jurídica tributaria tiene una naturaleza *ex lege*. De acuerdo con el título de concesión que materializa la

actividad minera, las partes que conforman el vínculo obligacional son la administración y el concesionario. Aquella no puede disponer libremente del ingreso que, por concepto de regalía, entra a formar parte del presupuesto del Estado, como si fuese suyo.

Esta situación, lejos de presentar a la figura bajo la denominación de *impuesto* o cualquier otro instituto tributario, la asemeja más a una relación privada. El pacto al que alude la Resolución 51, a mi parecer, altera la naturaleza tributaria que en inicio tenía la figura. Además, en el campo tributario la idea de negociación entre las partes niega la naturaleza tributaria de las regalías mineras.

La segunda exigencia apela al pago en especie. La obligación tributaria es una obligación de dar, donde el ente acreedor exige del sujeto pasivo una cantidad de dinero. Sin embargo, aun cuando la satisfacción de la deuda tributaria por este medio prime en materia fiscal, en el ordenamiento jurídico se prevé la posibilidad de que el vínculo obligacional tributario se satisfaga mediante el abono de efectos timbrados y, excepcionalmente, bienes y valores.²² En esta última variante, se debe insertar el pago en especie, aunque no creo que los recursos minerales sean los «bienes o valores» idóneos para hacer efectivo el pago de las regalías mineras.²³

Impuesto para proteger la bahía de La Habana

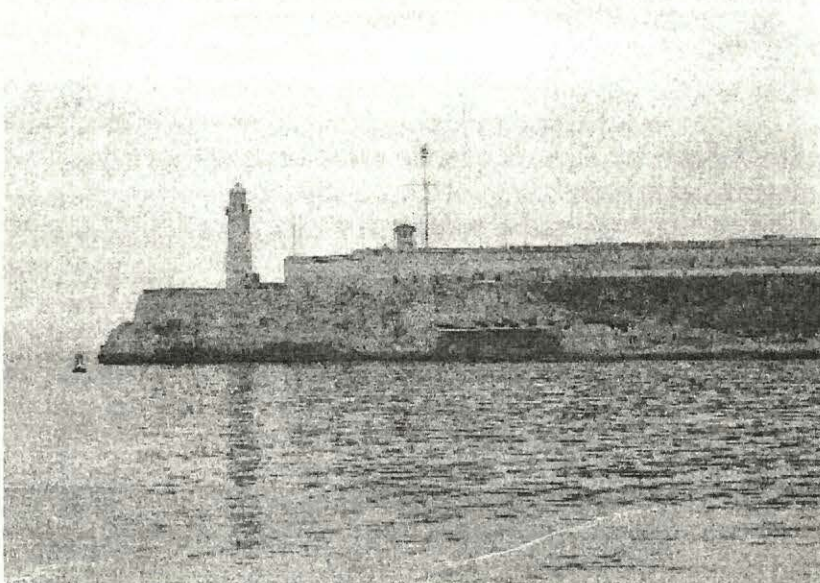
La bahía de La Habana, de bolsa, ocupa un área de 5,2 kilómetros cuadrados, tiene 18 de perímetro y una profundidad de 9,4 metros. El deterioro ambiental de este recurso natural se debe, entre otras razones, a la poca profundidad de sus aguas, la cercanía de grandes centros industriales que vierten sus residuos sobre aquellas y los desechos albañales que desembocan allí.

Lo anterior, unido a largos años de explotación marítima no sostenible, ha llevado a la adopción de

medidas urgentes para el saneamiento de un espacio natural. Entre ellas, la Resolución 36/99, del Ministerio de Finanzas y Precios, la cual estableció un instituto fiscal para combatir los daños que ha provocado el alto nivel de contaminación existente allí.

Con el nombre de Impuesto para la protección de la bahía de La Habana, esta Resolución grava, bajo el concepto de hecho imponible, el uso o explotación de la bahía, ya sea con fines económicos, turísticos, recreativos u otros. La sola lectura del presupuesto de hecho que hace nacer la obligación tributaria permite apreciar que este no se encuentra bien delimitado. La referencia a *u otros* puede ser entendida tan ampliamente que hasta sentarse en sus alrededores acarrearía el pago del impuesto. Sin embargo, considero que esta situación fue salvada. El legislador, a la hora de establecer los elementos de cuantificación, limitó el hecho imponible a dos supuestos fundamentales. Así, las personas, naturales o jurídicas, sujetas al pago del impuesto son aquellas que empleen el litoral²⁴ o realicen un uso marítimo-portuario de la bahía.²⁵

Tanto un caso como el otro implica la utilización de la bahía: el primero, el litoral (o sea, los límites costeros de esta); y el segundo, la ocupación de sus aguas. Lo anterior induce a pensar que los presupuestos fácticos, más que gra-



var una actividad en sí, se encaminan a afectar la mera ocupación del recurso natural. Según el Artículo 15a) del texto constitucional: «Son de propiedad estatal (...) la zona económica marítima de la República, (...) las aguas (...)», lo que, unido a lo estipulado en el Artículo 2 de la Ley 81 («El medio ambiente es patrimonio e interés fundamental de la nación»), permite aseverar que la denominación de esta figura no responde a su contenido. Luego, hay que remontarse a las categorías tributarias de inicio: las tasas y las contribuciones especiales.

Descarto la posibilidad de que el gravamen sobre la bahía sea una contribución especial, ya que esta última implica la realización previa, por parte de la administración, de una actividad que beneficia a la colectividad sin que aquella sea inicialmente promovida. En el caso de la figura tributaria que grava el uso de la bahía, se materializa un pago por un beneficio, pero lo realiza una persona particular, la que realmente lo recibe y no un grupo de ellas. Según el Artículo 11c) de la Ley Tributaria, «es el tributo por el cual el obligado a su pago recibe una contraprestación de servicio o actividad por parte del Estado». Ferreiro Lapatza incluye, dentro del citado concepto, los supuestos en los que se realiza por parte de particulares la utilización de bienes de dominio público.²⁶ La utilización en exclusiva de estos bienes genera para la administración determinados gastos, con lo que, atendiendo a la razón del beneficio²⁷ que dichos sujetos obtienen, les corresponde asumir ese costo.

De los análisis precedentes, se puede colegir que el impuesto para la protección de la bahía no es tal, sino que más bien se adecua a las exigencias de las tasas. Sustento mi criterio en las regulaciones que sobre la tasa por la radicación de anuncios y propaganda comercial hace la ley 73/94. Tal cuerpo normativo estipula que «se establece una tasa por la utilización de bienes patrimonio del municipio», es decir bienes de dominio público.

Se impone una homologación de categorías tributarias. La bahía de La Habana es de propiedad estatal; por tanto, no puede incluirse un

gravamen por su utilización entre los institutos impositivos. Aquí, se manifiesta, una vez más, la insuficiencia de los preceptos que regulan el impuesto sobre la utilización o explotación de los recursos naturales y para la protección del medio ambiente, que solo preveían los impuestos como instrumentos idóneos para la protección del medio ambiente. Las tasas, según el supuesto de que se trate, al igual que las contribuciones especiales, pueden ser capaces, a partir de su estructura y naturaleza, de incentivar en el contribuyente actuaciones acordes con el mundo que lo rodea.

Ahora bien, el hecho imponible de cualquier tributo ambiental debe configurarse sobre la base de supuestos que verdaderamente incidan negativamente en el medio ambiente provocando su degradación. Así, la sujeción al tributo, por decirlo de algún modo, dependía de la realización de un acto contaminante en sí mismo considerado, del consumo de ciertos bienes o productos o de una actividad administrativa tendente a la corrección de los daños que determinados agentes provocaban al entorno. Solo de esta forma podrían entenderse cumplidas las exigencias del criterio contaminador-pagador como postulado rector de la tributación ambiental.

Este análisis permite decir que los presupuestos que conforman el impuesto para la protección de la bahía de La Habana no constituyen, *per se*, actos contaminantes. A pesar de que la Resolución 36/99 articule el hecho imponible sobre la base del uso o explotación de la bahía, la figura tributaria en cuestión grava el uso litoral y el marítimo-portuario. Ni la mera ubicación de instalaciones en la zona de ese accidente geográfico, ni la basificación y fondeo de buques constituyen, a simple vista, acciones degradantes de ese recurso natural. De estos hechos, pueden desprenderse otros que quizás lo sean, como por ejemplo los vertimientos de desechos humanos con motivo del consumo de los productos que se ofrecen en las instalaciones, los residuos tóxicos de los centros industriales situados alrededor de la bahía, el derrame de combustible por desperfectos técnicos en las embarcaciones o buques, entre otros; pero, de acuerdo

con el principio *quien contamina paga*, el presupuesto gravado debe ser la actividad nociva en sí y no los posibles hechos que, casualmente, puedan ocurrir. Los ejemplos citados son actos independientes del supuesto de hecho tributario que, si bien pueden darse ligados a este, no constituyen la base que fundamenta el nacimiento de la obligación fiscal.

Aun cuando el citado impuesto se concibió con un marcado carácter naturalista, su estructura muestra claramente la escasez ambiental que lo caracteriza. Por tanto, ya no solo es que la denominación dada por el legislador es errada, sino que, además, tampoco puede considerarse que la figura en cuestión tenga una naturaleza ambiental. Si bien de alguna manera aboga por la protección del medio ambiente, se está ante una tasa corriente que en nada tiene en cuenta la capacidad contaminante del sujeto obligado a su pago.

Para sustentar el criterio anteriormente plasmado, también pueden observarse los supuestos de no sujeción que establece la Resolución 36/99, en principio, para una mejor delimitación de la sujeción al «tributo ambiental». En su apartado noveno, dispone:

No estarán gravadas con este impuesto:

- a) Las instalaciones y embarcaciones pertenecientes a las fuerzas armadas revolucionarias, al orden interior, a las tropas guardafronteras, a los cuerpos de extinción de incendios y a la Aduana General de la República.
- b) Las embarcaciones menores propulsadas en funciones estatales de control e inspección.
- c) Las embarcaciones nacionales y extranjeras destinadas a participar en eventos deportivos internacionales, en ocasión de la celebración de éstos en el territorio nacional.
- d) Los buques extranjeros que arriben a la bahía con carácter oficial cumplimentando invitación del Gobierno de la República de Cuba, el Ministerio de Relaciones Exteriores u otro organismo de la Administración Central del Estado.

La no sujeción al tributo no guarda relación alguna con el fin ambientalista. No quiero decir que la serie de supuestos que el legislador con-

cibió están desacertados. Todo lo contrario: recogen situaciones de interés estatal, social y deportivo que, con motivo de su contenido, no merecen estar gravadas por el tributo implementado por el uso de ese espacio natural. Sin embargo, los supuestos de no sujeción citados anteriormente no deben escapar de controles sucesivos, ya que de estos pueden derivarse actos contaminantes a la bahía.

Este impuesto no reúne los requisitos estructurales de un tributo ambiental tipo. Ello no niega la posibilidad de que los ingresos públicos, fruto del proceso de recaudación de este instituto tributario, sean utilizados para financiar proyectos de depuración y conservación de dicho recurso natural. Sin embargo, no es lo mismo que un tributo sea extrafiscal a que sea utilizado extrafiscalmente. Esta última variante sería, en todo caso, la que operaría en la aplicación del gravamen para la protección de la bahía, lo que evidencia que los efectos incentivadores y preventivos que persigue la administración tributaria con la implementación de instrumentos económicos no se alcanzan en modo alguno. La protección ambiental, desde el punto de vista tributario, se logra de forma mediata no desde la propia articulación de la figura.

Se hace necesaria una reformulación del tributo de acuerdo con las exigencias de la fiscalidad ambiental y del principio *quien contamina paga*. Concretamente, deberá variar el supuesto de hecho que hace nacer la obligación, de manera tal que recaiga en las principales fuentes de contaminación de la bahía. Circunscribir la protección ambiental a una sola figura tributaria limita las posibilidades de intervención estatal en la conservación de tan importante recurso. Por tanto, bajo la óptica de un sistema, podrán concebirse varios instrumentos dirigidos a materializar, en este campo, el fin constitucional de protección del medio ambiente.

Podría pensarse, de un lado, en la implementación de un impuesto que grave, a partir de la capacidad contaminante de los agentes, los vertimientos de combustible y de desechos sólidos que ensucian y contaminan estas aguas. De otro, pudiera reflexionarse acerca de la articulación de una figura capaz de redistribuir entre

los contaminadores los costos en que incurre la administración por la corrección de determinados efectos nocivos al entorno. Así, aparecerá una tasa, no ya ordinaria por la mera ocupación de un espacio público, sino que, desde su naturaleza ambiental, materializará las perspectivas de protección del medio en consonancia con los principios de justicia que irradiaría el deber de contribuir. El instituto deberá extenderse al resto de las bahías del país, pues, aun cuando estas se exploten en menor medida, necesitan ser protegidas. Las categorías tributarias se presentan como institutos viables para la conservación y descontaminación, dentro de lo posible, de todas las bahías cubanas.

CONCLUSIONES

- En el ordenamiento jurídico cubano, hay una base normativa que posibilita la implementación de figuras tributarias de corte ambiental. No obstante, los tributos implementados no responden a una expresión acabada que muestre su finalidad ambientalista, lo que incita a su modificación. Más que en una regulación exhaustiva y terminada en la Ley Tributaria, se traza una política fiscal tendente a la articulación de institutos tributarios para la protección del entorno.
- Los institutos tributarios implementados al amparo del impuesto sobre la utilización o explotación de los recursos naturales, y para la protección del medio ambiente, presentan grandes deficiencias que impiden que cumplan fehacientemente los objetivos que se persiguieron con su implementación. El impuesto forestal, los cánones por la ejecución de una actividad minera, las regalías por la extracción de recursos minerales no renovables y el impuesto para la protección de la bahía de La Habana no responden a las exigencias de un tributo ambiental tipo que, bajo la óptica extrafiscal, logre desincentivar la realización de actividades nocivas al entorno en el agente que las realiza.

NOTAS

¹(...) el uso de la regulación económica como instrumento de la política y la gestión ambiental se concibe sobre la base del empleo, entre otras, de políticas tributarias, arance-

larios o de precios diferenciados para el desarrollo de actividades que incidan sobre el medio ambiente».

²Constituye una guía precisa donde se recogen y desarrollan cada uno de los instrumentos de la gestión ambiental; su observancia, al menos en principio, se hace necesaria.

³CITMA: *La Estrategia Ambiental Nacional*, p. 27.

⁴«El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política.

Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de naturaleza.»

⁵Artículo 50: «Se establece un impuesto por la utilización o explotación de los recursos naturales y para la protección del medio ambiente.»

Artículo 51: «Son sujetos de este impuesto las personas naturales o jurídicas, cubanas o extranjeras, que utilicen o se relacionen de cualquier manera con el uso y explotación de un recurso natural en el territorio nacional.»

Artículo 52: «Se faculta al Ministro de Finanzas y Precios para establecer las bases impositivas, tipos impositivos y procedimientos para el pago de este impuesto, así como para conceder las exenciones y bonificaciones pertinentes; oído el parecer del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.»

⁶C. Pérez Inclán: «El sistema tributario cubano».

⁷C. Borrero Moro: «La proyección del principio de capacidad en el marco de los tributos ambientales», p. 16.

⁸Ibid., p. 122.

⁹Tercer por cuanto de la Ley Forestal, en *Gaceta Oficial*, ordinaria, no. 46, 1998, p. 773.

¹⁰Artículo 11 b) y c) de la Constitución de la República.

¹¹Al respecto, Regueiro Ale (*La protección del medio ambiente en el Sistema Tributario Cubano*, p.127), expresó que «(...) se atiende a una actividad que se presume contraria al medio y no a la posesión de riqueza en sí misma considerada (...)».

¹²Resuelvo 4^{to} de la Resolución 50/1996.

¹³Resuelvo 5^{to} de la Resolución 50/1996.

¹⁴Artículo 15 de la Constitución de la República: «Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo:

a) (...) el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación (...)».

¹⁵El Artículo 2 de la Ley 73/1994 establece que «el sistema tributario estará conformado por impuestos, tasas y contribuciones».

¹⁶R. Valenzuela: «Origen y Fundamentación del Principio quien contamina paga», 32.

¹⁷A. Villamil Serrano: *Política económica del medio ambiente*, p. 38.

¹⁸J. A. Sánchez Predoche: «La tributación ambiental. ¿Sólo un tema de moda?», p. 230.

¹⁹V. Regueiro Ale: *Ob. cit.*, p. 163.

²⁰Por ejemplo, en los yacimientos a cielo abierto de níquel en la zona nororiental de Cuba, para comenzar la explotación hay que talar la vegetación del lugar, lo que implica transformaciones físicas en el relieve. En este sentido, los daños provocados a los componentes naturales (flora, fauna y suelo) son imposibles de revertir o mitigar. El impacto sobre el entorno es tan grande que su financiamiento implica costos elevados. Luego, los valores previstos por el legislador en los cánones por la ejecución de una actividad minera no corresponden con la degradación ambiental causada al medio.

²¹Minerales que se agotan luego de su explotación. Su perdurabilidad está en dependencia de la manera en que el hombre actúe sobre ellos. Ejemplo: petróleo.

²²Artículo 70 del D/L 169/94: «El pago de la deuda tributaria mediante bienes y valores es excepcional, y requerirá autorización previa de la autoridad administrativa que corresponda, según se establezca en las disposiciones complementarias de este Decreto Ley.»

²³La Ley de Minas establece:

«Artículo 13.- Los recursos minerales se clasifican a los efectos de esta Ley en los grupos siguientes:

Grupo I. Minerales no metálicos, utilizados fundamentalmente como materiales de construcción o materia prima para la industria y otras ramas de la economía. En este grupo se incluyen las piedras preciosas y semipreciosas. Grupo II. Minerales metálicos. Este grupo incluye los metales preciosos, los metales ferrosos y no ferrosos, así como los minerales acompañantes metálicos y no metálicos. Grupo III. Minerales portadores de energía.

Grupo IV. Aguas y fangos minero-medicinales. Comprende las aguas minero-industriales, minero-medicinales, minerales naturales, las termas y los fangos minero-medicinales.

Grupo V. Otras acumulaciones minerales. Este grupo incluye:

a) las acumulaciones constituidas por residuos de actividades mineras que resulten útiles para el aprovechamiento de algunos de sus componentes tales como colas, escombreras y escoriales; y

b) todas las acumulaciones minerales y demás recursos geológicos que no están especificados en los anteriores grupos y puedan ser objeto de explotación.»

²⁴Regueiro Ale (*Ob. cit.*, p. 144) define, como *uso del litoral*, la ubicación de instalaciones en la zona de la bahía, tales como muelles y espigones, entre otras; o, simplemente, por poseer límites marítimos en su litoral.

²⁵Ibíd. El autor sostiene que por *uso marítimo-portuario* se entenderá el acceso a la bahía, el fondeo y la basificación en esta de buques u otras embarcaciones, y de instalaciones flotantes.

²⁶Para J. J. Ferreiro Lapatza (*Curso de Derecho Financiero y Tributario*, p. 169), «(...) en lo que a las tasas se refiere (...) deben incluirse los tributos que el Estado exige por el uso privativo o anormal del dominio público, ya que tal uso significa una ventaja particular y directa para aquel a quien la Administración concede tal posibilidad».

²⁷F. Pérez Royo (*Derecho Financiero y Tributario*, p. 107). «Las tasas, a diferencia de los impuestos, se inspiran en el principio del beneficio, según el cual el coste de estos

servicios debe satisfacerse, total o parcialmente, mediante una prestación exigida a sus usuarios.»

BIBLIOGRAFÍA

Arvelo Valencia, F.: «Gestión ambiental: quien contamina paga», en *Revista Transporte, Desarrollo y Medio Ambiente*, v. 22, n. 1, La Habana, abril de 2003.

Borrero Moro, C.: «La proyección del principio de capacidad en el marco de los tributos ambientales», en *Revista Española de Derecho Financiero*, n. 102, Universidad de Valencia, 1999.

———: «La tributación ambiental en España» (tesis de doctorado), Universidad de Valencia, 1995.

———: «Los fines no fiscales de los tributos a propósito de una doctrina jurisprudencial reiterada», en *Revista Hacienda Pública*, no. 75, Universidad de Valencia (España), 1995.

Boyer Salvador, M.: «Aspectos económicos del deterioro del medio ambiente», en *Boletín Informativo del Medio Ambiente*, no. 14, Madrid, 1980.

Cabanillas Sánchez, A.: *La reparación de daños al medio ambiente*, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Madrid, 1996.

Casado Ollero, G.: «Los fines no fiscales de los tributos», en *Derecho Financiero y Hacienda Pública*, no. 213, Madrid, 1991.

CITMA: *La Estrategia Ambiental Nacional*, La Habana, 1997.

Díaz Sánchez, S. L. et al.: *Selección de Lecturas de Derecho Financiero*, 1ª ed., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

Ferreiro Lapatza, J. J.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, VI, 12ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1990.

García Álvarez, J.: *Manual de Sistema Tributario*, 8ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2000.

Guervós Maíllo, M.: *El impuesto balear sobre instituciones que inciden sobre el medio ambiente*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2000.

La Rosa Mariño, C.: «Ayudando a la Bahía», *Revista Transporte, Desarrollo y Medio Ambiente*, v. 22, no. 1, La Habana, abril de 2002.

OCDE: *La fiscalidad y el medio ambiente. Políticas complementarias*, Ediciones Mundi Prensa, Madrid, 1993.

Pérez de Ayala, J. L. y M. Pérez de Ayala Becerril: *Fundamentos Tributarios*, 1ª ed., Editorial Edersa, Madrid, 1998.

Pérez Inclán, C.: «El sistema tributario cubano», en *Temas de Derecho Tributario Cubano* (en edición).

Pérez Royo, F.: *Derecho Financiero y Tributario (Parte General)*, 1ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1997.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: *Para la gestión ambiental y el desarrollo sostenible*, Nueva York, 1994.

Regueiro Ale, V.: *La protección del medio ambiente en el Sistema Tributario Cubano* (tesis de maestría), Valencia-La Habana, 2001.

Rosembuj, T.: *Los tributos y la protección del medio ambiente*, 1ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.

Sánchez Predoche, J. A.: «La tributación ambiental ¿sólo un tema de moda?», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, no. 242, Madrid, 1996.

Valenzuela, R.: «El principio quien contamina paga», en *Revista de la CEPAL*, no. 45, Santiago de Chile, 1991.

—: «Origen y Fundamentación del Principio quien contamina paga», en *www.monografias.com* (consulta: 21 de febrero de 2005).

Vaquera García, A.: «La tributación con fines ecológicos: el reciente gravamen francés para la protección del medio ambiente atmosférico», en *Revista de Información Fiscal*, no. 14, Madrid, 1996.

—: *Fiscalidad y Medio Ambiente*, 1ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 1996.

Villamil Serrano, A.: *Política económica del medio ambiente*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A, Madrid, 1998.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial*, extraordinaria, no. 3, Ciudad de La Habana, 31 de enero de 2003.

Decreto-Ley No. 169, de 10 de enero de 1997, «De las Normas Generales y de Procedimientos Tributarios».

Ley No. 73, de 4 de agosto de 1994, «Del Sistema Tributario», en *Gaceta Oficial*, extraordinaria, Ciudad de La Habana, 5 de agosto de 1994.

Ley No. 76, de 21 de diciembre de 1994, «Ley de Minas», en *Gaceta Oficial*, ordinaria, no. 3, Ciudad de La Habana, 23 de enero de 1995.

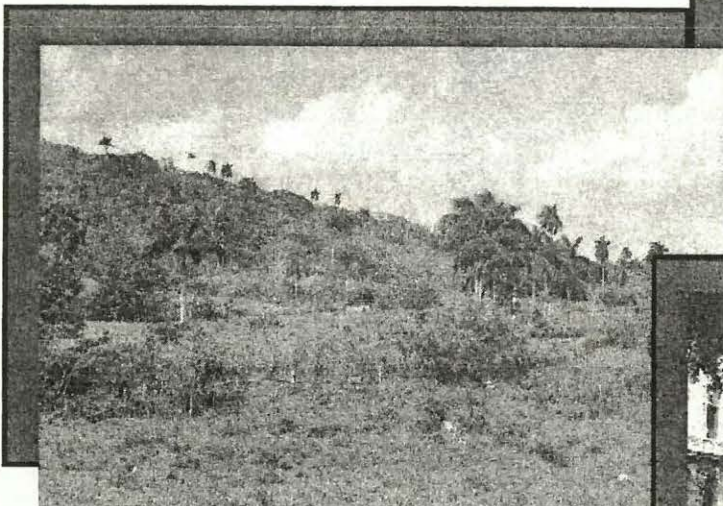
Ley No. 81, de 11 de julio de 1997, «Del Medio Ambiente», en *Gaceta Oficial*, extraordinaria, no. 7, Ciudad de La Habana, 11 de julio de 1997.

Ley No. 85, de 21 de julio de 1998, «Ley Forestal», en *Gaceta Oficial*, ordinaria, no. 4, Ciudad de La Habana, 31 de agosto de 1998.

Resolución 50, de 29 de agosto de 1996, del Ministerio de Finanzas y Precios.

Resolución 51, de 29 de octubre de 1997, del Ministerio de Finanzas y Precios.

Resolución 36, de 21 de diciembre de 1999, del Ministerio de Finanzas y Precios.



La Historia me absolverá

APUNTES SOBRE UNA RELEVANTE ESTRATEGIA DE DEFENSA

*Lic. Elpidio Pérez Suárez
juez titular del TSP*

Confieso que algo me ha decepcionado. Pensé que el señor Fiscal vendría con una acusación terrible, dispuesto a justificar hasta la saciedad la pretensión y los motivos por los cuales en nombre del Derecho y de la Justicia, —y ¿de qué Derecho y de qué Justicia?— se me debe condenar a 26 años de prisión. Pero no. Se ha limitado exclusivamente a leer el artículo 148 del Código de Defensa Social, por el cual, más circunstancias agravantes, solicita para mí la respetable cantidad de 26 años de prisión. Dos minutos me parece muy poco tiempo para pedir y justificar que un hombre se pase a la sombra más de un cuarto de siglo.¹

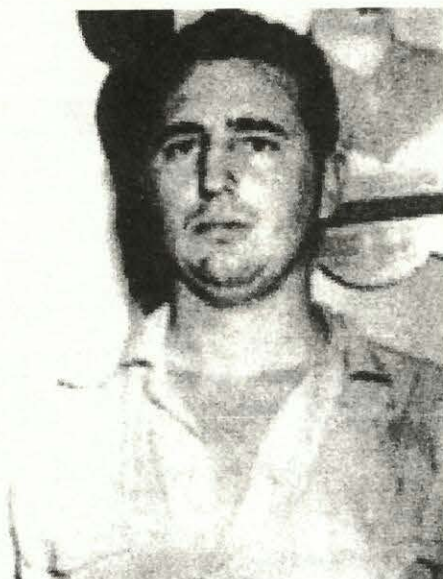
Con estas palabras describió Fidel, en su histórico alegato ante el tribunal, la falsa y escueta narrativa acusatoria del representante del ministerio público en el juicio del Moncada.

Esta mezquina participación del ministerio público en el juicio evidenció, de una parte, el empleo de un ardid tendiente a limitar el radio de acción de la defensa; y, de otra, la intención de evitar a toda costa que en el proceso fuesen planteadas por el defendido las causas que impulsaron a aquel grupo de valerosos jóvenes a escribir una de las páginas más gloriosas de nuestra historia, precisamente en el año del centenario del natalicio de nuestro Héroe Nacional José Martí.

A contrario sensus, el alegato de defensa pronunciado por Fidel, en la Causa 37 de 1953, puso de manifiesto no solo los crímenes cometidos por los sicarios de la dictadura contra los asaltantes, sino las razones morales, políticas y jurídicas que explicaban y justificaban la acción llevada a cabo, haciendo un balance de la crisis nacional que, desde la Enmienda Platt, pesaba sobre todos los sectores de la vida nacional, fijando con sorprendente precisión y objetividad los postulados esenciales del programa de toda una etapa de la Revolución.

Dicho alegato, como señalara el compañero Blas Roca, es incontestable acta de acusación de los criminales batistianos y del régimen neocolonial de explotación que los sostenía, y es, a la vez, minuta de la sentencia que el Ejército Rebelde, los trabajadores, y el pueblo todo, dictarían y ejecutarían poco más de un lustro después.

Es decir, las pérfidas maniobras del ministerio fiscal fueron frustradas y en el referido proceso judicial se alzó con energía y firmeza la voz que evocaba las más legítimas aspiraciones de nuestro pueblo, que una y mil veces habían sido preteridas y vilipendiadas por los gobernantes de turno.



Causa 37 de 1953

Entendiéndose por pueblo, cuando se habla de lucha —como dijera Fidel—,

(...) la gran masa irredenta, a la que todos ofrecen y a la que todos engañan y traicionan, la que anhela una patria mejor y más digna y justa; la que está movida por ansias ancestrales de justicia por haber padecido la injusticia y la burla generación tras generación, la que ansía grandes y sabias transformaciones en todos los órdenes y está dispuesta a dar para lograrlo, cuando crea en algo o en alguien, sobre todo cuando crea suficientemente en sí misma, hasta la última gota de sangre.²

Fidel ofrece, con tal concepto, una noción científicamente precisa de la categoría *pueblo*, a la luz del materialismo histórico aplicado a la realidad cubana de un momento concreto.

Fue precisamente esa urgente necesidad de justicia la idea rectora y la razón primordial en que hubo de sustentarse la impugnación a las acusaciones realizadas, como estrategia de defensa, las cuales carecían en lo absoluto de base jurídica, moral y política.

Y eran de tal magnitud las malévolas intenciones del ministerio fiscal, escudadas detrás de todo aquel corrimiento jurídico que, como Fidel señalara:

Al circunscribirse la petición fiscal a la simple lectura de cinco líneas de un artículo del Código de Defensa Social, pudiera pensarse que yo me circunscriba a lo mismo y dé vueltas y más vueltas alrededor de ellas, como un esclavo en torno a una piedra de molino. Pero no aceptaré de ningún modo esa mordaza, porque en este juicio se está debatiendo algo más que la simple libertad de un individuo; se discute sobre cuestiones fundamentales de principios, se juzga sobre el derecho de los hombres a ser libres, se debate sobre las bases mismas de nuestra exis-

tencia como nación civilizada y democrática. Cuando concluya, no quiero tener que reprocharme a mí mismo haber dejado principio por defender, verdad sin decir, ni crimen sin denunciar.³

Por consiguiente, la escuálida argucia asumida por el ministerio fiscal en el proceso puso de relieve su falta de apego a los principios que informaban sus deberes en el ejercicio de la profesión, quien, acorde con lo consagrado en el Artículo 188 de la Ley Fundamental, venía obligado a representar al pueblo ante la administración de justicia, teniendo como finalidad primordial vigilar el cumplimiento de la Constitución y de la Ley. ¡Pudo haber salvado su dignidad y su decoro, como su irrenunciable deber le imponía, pero, al mantener la acusación, se erigió en cómplice de toda aquella farsa judicial!



Seguidamente, analizaré, dentro de un marco de estrictas consideraciones jurídicas, el carácter atípico y legítimo de los hechos imputados. El artículo del Código de Defensa Social invocado por el fiscal preceptuaba lo siguiente:

Artículo 148 A)- Se impondrá una sanción de privación de libertad de tres a diez años al autor de un hecho dirigido a promover un alzamiento de

gentes armadas contra los Poderes Constitucionales del Estado.

B)- La sanción será de privación de libertad de cinco a veinte años, si se llevare a cabo la insurrección armada.

Estas normas sustantivas tienen como objetividad jurídica la protección de los poderes constitucionales del Estado y requiere como condición *sine qua non*, a los efectos de la tipificación de un delito imputado en su conformidad, la existencia de un régimen constitucional y legítimo en consonancia con el orden jurídico del Estado.

La acusación del ministerio público pretendía asentar su asidero jurídico en el referido artículo, en relación con los decretos-leyes 51 y 292 de 1934, que instauró el procedimiento de

urgencia con el propósito de reprimir las actividades revolucionarias.

Dichos engendros jurídicos ensombrecerían durante un cuarto de siglo la vida de la seudorepública y servirían al régimen de Batista para darle apariencia de legalidad a los abusos contra sus opositores.

En cuanto a la condena a 26 años de prisión solicitada por el ministerio fiscal, dicha petición fue basada en el Artículo 74 inciso B) del expresado Código, que dice: «Cuando concurren una o más circunstancias agravantes provenientes del hecho, el límite máximo de la sanción podrá aumentarse hasta un tercio, sin que en ningún caso pueda exceder de privación de libertad de más de treinta años.»

Ahora bien, la piedra angular de la teoría general del delito reside en el principio de que, a los efectos de la integración de un hecho delictivo, deben concurrir necesariamente tres elementos esenciales: 1) el objetivo (conducta-resultado-relación de causalidad), 2) el subjetivo (imputabilidad-culpabilidad-responsabilidad), y 3) el normativo (normatividad-tipicidad-antijuricidad). Pero, además, todo hecho delictivo implica la transgresión —mediante una conducta activa u omisión de la norma descrita en el tipo legal— y constituye un principio elemental de Derecho Penal que lo imputado se ajuste exactamente a lo preceptuado. De aquí que, si no hay ley exactamente aplicable al hecho controvertido, no hay delito.

Es por ello que, al frente del campo reservado al derecho punitivo, se haya establecido, con carácter de axioma, el famoso principio del monopolio de la ley que Feuerbach formuló diciendo: *Nullum crimen nulla poena sine lege*. Es decir, no puede establecerse un delito en norma distinta de la ley, no puede aplicarse una pena sino en el quantum y en la forma determinada por la ley, la soberana del Derecho Penal, su fuente, su solo principio informador. A ella, y nada más que a ella, se puede acudir cuando se quiere sancionar un hecho que se estima susceptible de sanción penal.

La dogmática jurídica moderna ha convertido este principio, por obra de Beling, en uno de

los elementos esenciales del delito: la tipicidad, la cual acusa una relevancia extraordinaria, bien se le estime en el sentido primario de Beling, con independencia absoluta de los demás elementos del delito, bien según Mayer (Max Ernesto), como «ratio cognoscendi» de la antijuricidad; se le configure con la postura extrema de Mezger, de «ratio escendi» de esta; o conforme a la tesis de Gaullart, en el sentido de subelemento de la punibilidad. Lo cierto es que el tipo limita el campo penal concretando los casos de actuación del ordenamiento jurídico-punitivo.

Y si analizamos las razones de índole histórica de tal principio, podemos apreciar que esta máxima jurídica surge a la vida del Derecho como una reacción contra la arbitrariedad judicial, imperante hasta fines del siglo XVIII.

Antes de la reforma penal que inicia Beccaria, domina en Europa el más desmedido arbitrio judicial, los jueces podían incriminar por sí mismos hechos no previstos en las leyes y aplicar las penas que les parecieran convenientes. Los abusos fueron enormes y ese amplio arbitrio —que solamente les había sido concedido con el ánimo de sustraer a los ciudadanos de las penalidades que la conciencia popular rechazaba por su dureza— no se utilizó sino en defensa de intereses personales o de clase.

Contra esta situación reaccionaron vivamente las iluministas: Voltaire, tendiendo siempre a la vista su apasionada defensa de los derechos del hombre, afirmaba que «ser libre significa no depender de nadie más que de la ley»; Montesquieu, desde el ángulo de su famosa tesis de la división de poderes, consideró que «este dogma no permitía las intromisiones del juez en el campo legislativo»; Rousseau, con su doctrina del contrato social, se apoyaba en el mismo principio para cimentar la igualdad y la libertad. Desde un plano eminentemente contractualista, Beccaria —en *De los Delitos y las Penas*— sostuvo que la primera consecuencia de tal doctrina es que solo la ley puede decretar las penas contra los delitos, pues esta autoridad no

Causa 37 de 1953

debe residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social.

Vemos, pues, que este principio tiene en esencia una justificación política de garantía del ciudadano frente al poder del Estado.

Y en el derecho punitivo vigente, a la sazón de los sucesos del Moncada, este principio de legalidad —ignorado y soslayado por el tribunal— se encontraba acogido en el Artículo 2 A) del Código de Defensa Social, que expresaba: «A nadie podrá aplicarse una sanción de carácter represivo que no se encuentre establecida por ley anterior al acto.» Y se recogía, en el inciso C), al prescribir que «ningún acto se considerará como delito o contravención si no se encuentra previsto como tal en el presente Código».

El ministerio fiscal, en su informe, califica los hechos del Moncada, a tenor de lo establecido en el Artículo 148 del Código —como he dicho— al considerar que se había atentado contra los poderes constitucionales del Estado. Pero, como declarara Fidel: «¿Quién le ha dicho [al señor Fiscal] que nosotros hemos promovido alzamiento contra los poderes *Constitucionales del Estado*?».⁴ Esta acción fue dirigida contra un gobierno inconstitucional, factual, estatutario, de ninguna legalidad y no menos moralidad. Pero, además, el artículo habla de *poderes*, es decir plural, no singular, porque está considerado en el caso de una república regida por un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder judicial equilibrados y contrapesados unos con otros. Lo que se había promovido era la rebelión contra un poder único, ilegítimo, que había usurpado y reunido en uno solo los poderes legislativo y ejecutivo de la nación, destruyendo todo el sistema que precisamente trataba de proteger el Artículo 148 del Código.⁵

Y, en verdad, el artero golpe de estado perpetrado el 10 de marzo de 1952 por Fulgencio Batista y su camarilla dio al régimen un carácter de

radical ilegalidad, por cuanto fue atentatorio contra el orden jurídico de la nación, al arribar al poder contra la voluntad del pueblo y violando flagrantemente las leyes de la República.

Por otro lado, no podría hablarse de poderes constitucionales porque la nación se regía por los Estatutos. Batista había abrogado la Constitución cubana de 1940, mediante la Ley Constitucional de 4 de abril de 1952 y, de hecho y de derecho, su régimen asumió el carácter de un gobierno constituido no constitucional, quebrantando así el equilibrio de poderes sustentado por Montesquieu en que se asienta la estructura de los gobiernos burgueses.

Bastaría para comprender la magnitud de la ilegalidad de este hecho y la justeza de la acción del Moncada que nos refiriésemos a la narración realizada por Fidel en su alegato de defensa, en el que se recogen las incidencias más repudiables de aquella monstruosidad jurídica que estremeció de indignación a nuestro pueblo.

Demostrado fehacientemente que el 10 de marzo no fue más que un cuartelazo y la ilegalidad de los Estatutos —con los que Batista suplantó la Constitución del 40—, Fidel, luego de afirmar que por estos hechos, con más razón, la verdadera Ley Fundamental seguía vigente, comenzó a de-

sarrollar los conceptos políticos y los antecedentes históricos de la norma constitucional que, en el Artículo 40, consagra: «es legítima la resistencia adecuada para la protección de los derechos individuales garantizados anteriormente».

Fundamentando su tesis acerca de la legitimidad de la acción realizada, Fidel, con singular elocuencia, no solo citó al profesor Leon Duguit —quien, al abordar esta cuestión, en su *Tratado de Derecho Constitucional*, indistintamente la denomina «resistencia agresiva y derecho a la insurrección»—, sino, además, cómo lo consignado en dicho precepto constitucional había



sido reconocido desde la antigüedad por pensadores de la antigua India (ampararon la resistencia activa frente a las arbitrariedades de la autoridad); Grecia y Roma (no solo admitían, sino apologetizaban, la muerte violenta de los tiranos); Juan de Salisbury, en *Libro del Hombre de Estado*; Santo Tomás de Aquino, en *Summa Theológica*; el jesuita español Juan Mariana; el escritor francés Francisco Hotman; los reformadores escoceses Juan Knox y Juan Poyntet; el jurista alemán Juan Altusio en *Tratado de Política*; Juan Milton; Juan Locke en *Tratado de Gobierno*; Juan Jacobo Rousseau en *Contrato Social*; hasta concluir en el principio que la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre legó a las generaciones venideras: «Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para éste, el más sagrado de los derechos y el más imperioso de los deberes.»⁶

Pero aun más, ¿acaso Céspedes, el 10 de octubre, cuando se lanzó a redimir a la Patria no proclamó en su *Manifiesto al País y a Todas las Naciones* el mismo sagrado derecho contra la opresión, al decir: «Cuando un pueblo llega al extremo de degradación y miseria en que nosotros nos vemos, nadie puede reprocharle que eche manos a las armas para salir de un estado tan lleno de oprobios»?

Y ¿quién duda que fue en verdad la defensa de los derechos consagrados en dicha carta política la que determinó la epopeya del Moncada y que, desde el punto de vista técnico-jurídico, el citado precepto reconocía la licitud de cualquier acción encaminada a combatir a gobernantes que vulneraran los derechos individuales? Pero, además, cabría preguntarse: ¿fueron ultrajados, o no, por Batista y su camarilla la Constitución y los derechos individuales consagrados en ella?

En consecuencia, ¿basándose en qué principios podrían considerarse jurídicamente típicos los hechos del Moncada?, ¿qué fundamentos de orden legal y mucho menos moral, podía argüir el ministerio fiscal al objeto de esgrimir el Artículo 148 del Código de Defensa Social y presentarse en aquel proceso como el abanderado y supremo defensor del orden constitucional del Estado?

Siendo así, podemos colegir que la calificación de los hechos del Moncada por el Ministerio Fiscal, conforme al citado artículo, resulta carente de toda virtualidad jurídica, dado el carácter atípico del delito imputado, y los hechos que no se subsumen dentro de lo que el artículo califica y tipifica como conducta delictiva.

La ausencia del tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la pretensión punitiva contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la máxima *Nullum crimen sine lege*, que técnicamente se traduce por «No hay delito sin tipicidad», que, cuando falta en la conducta un elemento esencial del tipo, no se puede proceder contra el autor de la conducta en ausencia de un elemento esencial: el tipo legal.

Y si, a la luz de la doctrina jurídico-penal, abordamos otro aspecto esencial del delito, la antijuricidad, con más razón aun cabría comprender la legitimidad de la gloriosa acción del Moncada.

Sabido es que, en materia de Derecho Penal, se parte de la premisa básica de que sin tipicidad no hay antijuricidad. La fundamentación de este principio esencial la encontramos en la doctrina en las afirmaciones hechas por casi todos los tratadistas que, partiendo de las consideraciones conceptuales del jurista alemán Carlos Binding en *Las normas y su interpretación*, han venido entendiendo siempre que lo que se viola no es la ley, sino la norma. Es decir, la norma crea la antijuricidad; la ley penal, el delito.

Si intentásemos delimitar los precisos contornos de la antijuricidad, observaríamos cómo surgen a la vida doctrinal numerosas teorías, entre las que se destaca la posición del jurista Graf Zu Dohna, quien, fundado en la filosofía neokantiana y en las tesis jurifilosóficas de Stammler, afirmaba que «una acción que es medio justo para un fin justo es adecuada al Derecho».

En síntesis, en Derecho Penal, se requiere, para calificar de antijurídica una conducta, que esta sea injusta y, además, integre un tipo específico de delito. ¿Qué hombre honesto osaría negar el carácter justo de los hechos del Moncada, cuando precisamente un precepto constitu-

cional legitima el derecho de resistencia a la agresión?

En opinión de insignes tratadistas, el grado de desarrollo superior de la antijuricidad material reside en el concepto de que el delito no existe si no es contrario a la norma de cultura, teoría lanzada por Max Ernesto Mayer en 1903, y desarrollada por Mezger y otros, basada en que se hace preciso para llegar a la antijuricidad fijarse en aquel complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el derecho. ¿Y quién podría objetar que la rebelión contra la tiranía de Batista, amén de reconocerse en un precepto constitucional, constituía un aspecto esencial de la norma de cultura arraigada durante décadas de lucha en la conciencia y el sentimiento de nuestro pueblo?, pues, como expusiera Fidel:

Vivimos orgullosos de la historia de nuestra patria; la aprendimos en la escuela y hemos crecido oyendo hablar de libertad, de justicia, y de derechos. Se nos enseñó a venerar desde temprano el ejemplo glorioso de nuestros héroes y nuestros mártires. Céspedes, Agramonte, Maceo, Gómez y Martí fueron los primeros nombres que se grabaron en nuestro cerebro; se nos enseñó que el Titán había dicho que la libertad no se mendiga sino que se conquista con el filo del machete; se nos enseñó que para la educación de los ciudadanos en la patria libre, escribió el Apóstol en su *Libro* [sic.] *de Oro*: «Un hombre que se conforma con obedecer leyes injustas, y permite que le pisen el país en que nació los hombres que se lo maltratan, no es un hombre honrado...» (...) Se nos enseñó que el 10 de Octubre y el 24 de Febrero son efemérides gloriosas y de regocijo patrio porque marcan los días en que los cubanos se rebelaron contra el yugo de la infame tiranía; se nos enseñó a querer y defender la hermosa bandera de la estrella solitaria y a cantar todas las tardes un himno cuyos versos dicen que vivir en cadenas es vivir en oprobios y afrentas sumidos, y que morir por la patria es vivir.⁷

Lo referido a la sanción de 26 años de prisión solicitada por el ministerio fiscal resulta improcedente desde el punto de vista técnico-jurídico.

Al calificar los hechos el ministerio público, conforme a la figura delictiva descrita en el inciso A) del Artículo 148, la sanción máxima imponible era de 10 años, si tenemos en cuenta que el Decreto-Ley 491 de 1934 disponía que los tribunales de urgencia se regirían por el procedimiento franquizado en la Orden 213 de 1900, dictada por el gobierno interventor norteamericano, y este no admitía la apreciación de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

Pero lo que resulta más importante destacar de toda aquella urdimbre judicial —con independencia de cualquier valoración jurídica— es que, en el juicio del Moncada, frente a la conjura reaccionaria de los representantes del régimen tiránico de Batista, estuvo presente la fuerza de la razón revolucionaria, inspirada en la honestidad y la honradez de los autores de aquel hecho de extraordinaria significación política e histórica.

Sin lugar a dudas, Fidel, con una extraordinaria fundamentación filosófico-jurídica, en su informe forense, hizo añicos la acusación del ministerio fiscal, el que, al carecer de argumentos, se vio obligado a mantener la acusación de una manera formal.

La defensa de Fidel en el juicio del Moncada, técnicamente impecable, jurídicamente acertada, es el documento impar que, al recoger el acervo revolucionario de los pensadores que en todos los tiempos alumbraron con su teoría y su acción la vida de los pueblos, se transformó en el Programa de la Revolución por su contenido ideológico, por su trascendencia y por su vigencia para los pueblos oprimidos.

No en balde le haría merecedor ese alegato del título de Doctor Honoris Causa en Ciencias Jurídicas, otorgado por el Consejo Científico de la Facultad de Derecho de la Universidad Carolina de Praga, en 1972.

El asalto al cuartel Moncada, en la madrugada del 26 de julio de 1953, constituyó la continuación de una guerra inconclusa que se había iniciado un siglo antes y

Causa 37 de 1953

que, en los albores de esa fecha, entraba en una nueva etapa.

Los protagonistas de aquella acción eran hombres humildes y firmes de principios que, ante la solución de pactos y componendas con la dictadura, que planteaban los elementos politiqueros, opusieron la fórmula viril de Maceo, quien enseñó a no mendigar los derechos, sino a conquistarlos en el combate.

Los jóvenes de la Generación del Centenario señalaron así el camino que conduciría a la eliminación de un régimen de oprobio. La lucha armada, y su gesto heroico, contribuyeron a elevar poderosamente el espíritu de lucha de las masas.

El 16 de octubre de 1953, se hizo por primera vez el proceso, no solo de la tiranía surgida del golpe de Estado del 10 de marzo de 1952, sino también del régimen de explotación que, desde hacía 50 años, bloqueaba la plena realización de los ideales de Martí, ya que su pensamiento y su obra fueron el legado que inspiró a la Generación del Centenario —herederos y ejecutores de sus ideas— y significaron el verdadero móvil de la acción emprendida, como proclamara Fidel cuando sentenció:

(...) De igual modo se prohibió que llegaran a mis manos los libros de Martí; parece que la censura de la prisión los consideró demasiado subversivos. ¿O será porque yo dije que Martí era el autor intelectual del 26 de Julio? Se impidió, además, que trajese a este juicio ninguna obra de consulta sobre cualquier

materia. ¡No importa en absoluto! Traigo en el corazón las doctrinas del Maestro y en el pensamiento las nobles ideas de todos los hombres que han defendido la libertad de los pueblos.⁸

Porque aquella revolución comenzada el 10 de octubre de 1868, por la que cayeron Céspedes y Agramonte, y por la que Martí, Maceo, Gómez y tantos otros lucharon incansablemente, tiene su continuidad histórica en 1953 y 1959.

Ha de considerarse que la arremetida final de nuestro proceso emancipador fue el 26 de julio de 1953.

De aquí que pueda afirmarse que la acción del Moncada fue el reinicio de la lucha armada en Cuba; el nuevo clarín de combate por la emancipación; una prueba de rebeldía y una sacudida a la conciencia nacional, y señaló el acertado camino que conduciría a la liberación definitiva de la Patria del yugo neocolonial imperialista y a la construcción de una sociedad más justa y digna.

NOTAS

¹Fidel Castro: *La Historia me absolverá*, Editora Política, La Habana, 1964, p. 35.

²Ibid., p. 73.

³Ibid., p. 37.

⁴Ibid., p. 38.

⁵Ibid., p. 39.

⁶Ibid., pp. 176-183.

⁷Ibid., pp. 188-189.

⁸Ibid., pp. 34-35.

**«Condenadme, no importa,
la historia me absolverá.»**

Fidel

FUNDAMENTO DE LA ESENCIA DEL CONCEPTO DE DELITO

Dr. Yan Vera Toste
Profesor auxiliar de la Escuela Militar Superior

Como acota Fernández Bulté al retomar las palabras que Humberto Cerroni expuso en su libro *Libertad de los modernos*, no disponemos todavía de una teoría marxista del Derecho, no existe un esclarecimiento sistemático de las posiciones marxistas en jusfilosofía.¹

De lo que se trata y estamos acuciados es, justamente, de establecer una línea de investigación y reconstrucción histórico-teórica en torno al Derecho, aplicando el método dialéctico-materialista y de esta forma fundamentar y justificar el Derecho socialista.

Lo anterior encuentra reflejo en el campo del Derecho Penal. Intentos de edificar una estructura teórica se han realizado,² aunque ha faltado el trabajo fundamentalmente en sus bases, lo que implica la ruptura del sistema y su incoherencia en determinados elementos.

Es necesario y consustancial, para un derecho socialista y democrático, su justificación. Aquí intento acercarme a una cuestión medular en la justificación del Derecho Penal y que tributa, justamente, a sus bases.

Para ello, he adoptado, en principio, la estructura expositivo-metodológica propuesta por Ferrajoli,³ quien divide las materias del Derecho Penal en tres elementos fundamentales: la pena, el delito y el proceso penal; y estos, a su vez, los descompone en cuatro preguntas «más precisas», relativas al sí, al por qué, al cuándo y al cómo de la intervención Penal.

Responder a cada una de ellas con extremo cuidado demanda de un trabajo que sobrepasa las intenciones y el espacio del que dispongo en este. No obstante, intento desarrollar las cuestiones relacionadas con el delito y concretamente con el por qué y cuándo prohibir, lo que en la doctrina se conoce como el concepto material del delito o la legitimación material del Derecho Penal.

CUÁNDO PROHIBIR: ESENCIA DEL CONCEPTO

Una de las primeras y principales tareas que enfrenta la Teoría del delito es la de elaborar un concepto que contenga todas las características que debe reunir un hecho para ser considerado como tal.

En la actualidad, es común la utilización, en la parte general de los códigos penales, de la técnica definitoria para establecer los elementos fundamentales que, según el legislador, conforman el delito. Por lo que, coincidiendo con Muñoz Conde y García Arán,⁴ no es posible conceptuar este al margen del Derecho Penal vigente.⁵

La idea del delito y, a su vez, de la pena, no surgieron con el origen del hombre,⁶ sino a partir de la constitución del Estado y del Derecho, producto de un proceso históricamente condicionado, en última instancia, por el sistema de relaciones sociales (materiales e ideológicas) predominantes en cada etapa del desarrollo de la sociedad.⁷

Es por ello que las definiciones de *delito* son muchas a lo largo de la antigua y moderna ciencia del Derecho Penal. Me he acogido a la clasificación expuesta por Cobo y Vives en su *Derecho penal*, la cual, al decir de los propios autores, se trata de una clasificación simplificadora y convencional debido al gran cúmulo de diversidad y conexión existentes entre estas.⁸

Ellos parten de establecer tres categorías fundamentales:

a) Definiciones sustanciales: Se intentaron concretar los criterios materiales que se utilizaban o deberían utilizarse en las legislaciones para determinar qué es delito. De la ilustración, y propiamente como derivación de la *teoría del*

contrato social, surgió la idea de crear un concepto material de este, con el establecimiento de la *nocividad social* y la exigencia de algo más que la simple inmoralidad de un hecho para castigarlo como tal.⁹

Entre estas definiciones, encontramos la de Carrara,¹⁰ para quien el delito consistía en «(...) la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso».

También se encuentra la de Garófalo:

[El delito social o natural] es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo en la sociedad.¹¹

Las definiciones sustanciales se apartaban de la realidad normativa que caracterizaba al Derecho Penal. Más bien representaban exigencias éticas o se basaban en elementos que debían ser aprehendidos a través de métodos empíricos. No tuvieron presente la dialéctica del desarrollo social y, por supuesto, del Derecho, el cual no es inmutable y es condicionado por diversos factores, tanto de la base económica como de la superestructura, en un momento histórico concreto.

b) Definición formal: Parte del positivismo normativo desarrollado en Alemania por Carlos Binding, quien limitaba el estudio del Derecho Penal al derecho positivo.¹² Siguiendo este presupuesto, se comenzó a definir el delito a partir de su propia conceptualización legal, de donde surgió lo que se ha denominado definición *dogmática-formal*, dominante en la doctrina moderna.

Sus creadores son justamente los mismos del sistema clásico de la *teoría del delito*: Von Liszt y Ernesto Beling, aunque autores afiliados a otros sistemas han asumido una conceptualización semejante. Von Liszt definió el delito como «(...) la acción antijurídica y culpable, castigada con una pena».¹³

Constituiría una empresa ardua recoger el cúmulo de conceptos que, siguiendo los presupuestos anteriormente expuestos, se han elaborado por la doctrina, y detallar el porqué de los diferentes matices de cada una de ellas. Realizarlo superaría los fines y objetivos del presente trabajo; no obstante, no se apartan de la otrora formulada por Von Liszt.¹⁴

Las definiciones apuntadas destacan solamente el fenómeno, lo externo del delito, y omiten su esencia, el contenido, que no es otra cosa que responder a la pregunta de cuándo se prohíbe, es decir, establecer las cualidades que debe revestir un determinado comportamiento para justificar su punición por el Derecho Penal.

c) Las mixtas: Han tratado de hallar un concepto de delito que exprese el aspecto formal (fenómeno) y el material (esencia). Este grupo de definiciones son las que Ferrajoli considera que dan respuesta a la cuestión de *cuándo prohibir* y a las subcuestiones de *cuándo prohibir penalmente* mejor que *civilmente*, *cuándo prohibir como delito* y *cuándo como contravención*, aspectos todos de legitimación externa del Derecho Penal.¹⁵

Quirós¹⁶ ha resumido un gran conglomerado de definiciones en tres grupos o posturas fundamentales, a las cuales les he hecho una ligera modificación: I) las que buscan la esencia del delito en la ética social, II) lo sustentan en el concepto del bien jurídico, y III) lo desarrollaron a partir de la peligrosidad, dañosidad o nocividad social y necesidad de pena.

En el primer grupo, encontramos al fundador del *finalismo*, Welzel, quien definía el delito como «(...) acción contraria a la comunidad, de la cual es responsable el autor como personalidad»;¹⁷ y a Sauer, para quien el delito es «como un querer y obrar antijurídico (socialmente dañoso) y culpable, insoportable cultural y ético-socialmente, en contradicción grave con la justicia y con el bien común».¹⁸

En este sentido, también podemos leer la definición que del componente material del delito realizara Jiménez de Asúa:

(...) es evidente que éste puede y debe ser considerado de manera material también,

aunque su estudio se vincule a la Criminología y no al Derecho penal propiamente dicho. (...) diremos que a nuestro criterio, el delito, materialmente indagado, es la conducta considerada por el legislador como contraria a una norma de cultura reconocida por el Estado y lesiva de los bienes jurídicamente protegidos, procedente de un hombre imputable que manifiesta en su agresión peligrosidad social.¹⁹

La utilización de categorías abstractas, sin concreción y en extremo valorativas, ha conspirado contra el triunfo de estas posturas.

En el grupo de autores que fundamentan el concepto material del delito en la afectación a bienes jurídicos, se encuentra Roxin, para quien el derecho del legislador a establecer pena, el *ius puniendi*, se desprende del Artículo 74 no. 1 de la Constitución alemana, pues la atribución que allí se hace del Derecho Penal al campo de la legislación concurrente permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar. Pero con ello aún no se ha dicho nada sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Esta es la cuestión acerca del «concepto material de delito», es decir, de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible.

«(...) El concepto material de delito es previo al Código penal y le suministra al legislador un criterio político-criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune»; y, al decir del propio autor, este reside en la lesión de un bien jurídico: lo que posibilita la exclusión de las meras inmoralidades y exclusión de las contravenciones.²⁰

Muchos años antes, Mezger había planteado que «el contenido material del injusto de la acción típica y antijurídica es la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico (del objeto de protección, del objeto de ataque)».²¹

Quintero Olivares conceptualiza al delito como «(...) afectación o menoscabo de un valor reconocido constitucionalmente, de forma directa o indirecta, contra la que se reacciona de un modo constitucionalmente comprensible a través de la pena».²²

Si bien coincido con la idea expuesta por Roxin en que la esencia de lo delictivo es previa al código penal, y puede estar recogida en su definición legislativa, o no, este no explica, como tampoco lo hace el resto de los autores que se afilian a esta postura, la cualidad de la conducta humana para pasar al campo de lo penal y ser castigada con una pena.

Todo el ordenamiento jurídico protege bienes jurídicos, los que incluso pueden estar protegidos por varias ramas, por ejemplo, la vida: Derecho constitucional, civil, penal, etc., por lo que el bien jurídico aún no es suficiente para penetrar en la esencia de lo jurídico-penal.

En cuanto al tercer grupo, ya acoté que la noción de *nocividad social*, como elemento material del delito, fue fruto de la ilustración. A esta idea inicial, se le achacan dos dificultades fundamentales: a) excesivamente abstracta; y b) sujeta al cambio histórico.²³

La abstracción encuentra remedio en su concreción; ambas son formas de reflejo en el conocimiento del objeto. En principio, este tiende a ser concreto, multilateral, y abarca el objeto (delito) como un todo, fundamentalmente en su aspecto externo (formal) y, por eso, es impreciso. Es necesario que se eleve a un nivel superior de concreción: la abstracción.

A través de la abstracción, se destaca el aspecto esencial de una relación dada, en nuestro caso el delito. En este proceso, el pensamiento trata de descubrir el nexo oculto e inasequible al conocimiento empírico, es decir, comprender más a fondo el objeto.

No obstante, la abstracción no es infalible ni inmutable. Mediante ella, el objeto (delito) es analizado en el pensamiento y descompuesto en definiciones abstractas y, a través del proceso de formación de estas, se logra un nuevo conocimiento concreto (carácter dialéctico), el cual debe someterse nuevamente a la abstracción y seguir el camino infinito del conocimiento humano.

De lo anterior, se colige que el término *nocividad social* como abstracción debe ser explicado mediante su concreción.²⁴

Con respecto al segundo señalamiento, negarlo o intentar encontrar otro término inmutable, sería desconocer el *carácter dialéctico* de las relaciones humanas y del desarrollo social (*vid supra*); en esencia, se asumiría una postura *metafísica*.²⁵

Son varios los autores que, desde variadas posturas jusfilosóficas defienden este concepto material de delito, aunque denominando de diferentes maneras lo que en un inicio se nombraba *nocividad social*.

Para Jescheck, no basta con una definición formal del delito. Ésta no señala bajo qué presupuestos materiales debe imponerse la pena, es decir, qué formas del comportamiento humano pueden ser amenazadas penalmente. Para ello, resulta indispensable el concepto material del delito, ya que este permite asegurar la convivencia humana.

El delito *no* se diferencia de la acción del Derecho civil y del Derecho público de un modo *cualitativo*, sino que tan sólo lo hace *cuantitativamente*. La intervención del Derecho penal es promovida por una *elevada necesidad de protección* de la colectividad por lo que, en correspondencia con ello, el delito debe evidenciar un injusto y culpabilidad elevada: el delito es un injusto merecedor de pena.²⁶

Jakobs, por su parte, plantea que el Derecho Penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la constitución de las leyes penales. La material radicaría en que estas leyes son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado.

Así, el Derecho Penal cumple la función de garantizar la existencia de un grupo de bienes, solo frente a ataques de determinada clase. «El bien jurídico-penal en el sentido indicado no puede ser atacado por un comportamiento como suceso externo, sino sólo por un comportamiento en tanto que suceso significativo.»

Para este autor, la doctrina de los bienes jurídicos poco sirve a la hora de determinar cuáles son dignos y necesitan protección. «La respuesta depende más bien de la *dañosidad social* de la conducta lesiva, con la que no se corresponde necesariamente la disvaloración del comportamiento lesivo para los bienes».²⁷

Calliess y Amelung, basándose en algunas aportaciones de la teoría de los sistemas de Luhmann, relacionan el delito con la perturbación del funcionamiento de estos, a través de los conceptos de lesión de bienes jurídicos y de *dañosidad social*. Lo anterior ha constituido un intento de incorporar al Derecho Penal una consideración sociológica de corte funcionalista. Para Amelung, socialmente dañoso es, en este sentido, un fenómeno disfuncional que impide o dificulta que el sistema social resuelva los problemas relativos a su subsistencia, donde el delito es un caso especial de los fenómenos disfuncionales.²⁸

Como acota Quirós, el Derecho Penal del «campo socialista», a partir de sus primeras elaboraciones teóricas y previsiones normativas, destacó como rasgo material o esencial del delito la *peligrosidad social*.

El delito se caracteriza por dañar algo,²⁹ pero no algo abstracto, metafísico o ideal, sino concreto, material. La esencia del delito, lo fundamental que caracteriza un comportamiento para invadir la esfera jurídico-penal, para irrumpir con validez intrínseca en el campo reservado a lo delictivo, consiste en la *peligrosidad social* de la acción de que se trate.³⁰

Kusnetzova afirmaba que solo es considerado delito, según la ley penal soviética, «(...) la conducta socialmente peligrosa (...) la *peligrosidad social* del hecho es el rasgo material que expresa el contenido de clase del delito».³¹

Como dije antes, el rasgo material del delito o su esencia ha sido señalada con la utilización de varias categorías: *dañosidad social*, *nocividad social*, *peligrosidad social* o *necesidad de pena*.

El término *peligrosidad social*, el preferido por la doctrina cubana y la del antiguo campo socialista, posibilita abarcar en mejor medida, de una manera global, todas las posibles variantes del fenómeno delictivo; además, resulta más abstracto y comprensivo de las acciones y omisiones con perjuicio real o potencial. Las expresiones *nocividad social* o *dañosidad social* se refieren a los hechos delictivos cometidos, se relacionan más con el daño ocasionado, el hecho consumado.³²

En lo referente a *necesidad de pena*, considero que no existe contradicción con *peligrosidad social*; la conducta humana que se considere socialmente peligrosa puede ser llevada al campo de lo penal e imponérsele una pena o sanción.

Analizando la positivización del concepto de *delito* en nuestros predios, me remito, en primer lugar, al Código Penal español de 1870, el cual entró en vigor en 1879 por Real Decreto de 23 de mayo. Este recogía un *concepto formal* del delito en su artículo primero: *Son delitos ó faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley.*³³

Ni en la Ley Penal de Cuba en Armas de 1 de enero 1898, ni en el Reglamento No. 1, de 21 de febrero de 1958, del Ejército Rebelde,³⁴ ni en el Código de Defensa Social, se definió el *delito*. Una definición de este volvió a aparecer en nuestra realidad jurídica con la promulgación y entrada en vigor del Código Penal, Ley 21, de 30 de diciembre de 1978.

En su Artículo 8, y bajo la influencia del Derecho Penal de los países socialistas, se recogió, por vez primera, un *concepto de delito mixto*, el cual contemplaba los componentes formales y el material. En la exposición del proyecto de este código, la Asamblea Nacional del Poder Popular expuso lo siguiente:

El Código de Defensa Social no ofrece el concepto de delito; el Proyecto sí.

Al definir el delito, el Proyecto se aparta de los criterios que atienden sólo a su aspecto formal. La interpretación formal del delito es ajena, como se sabe, a la Ciencia penal socialista.

El Proyecto, poniendo el acento en su carácter de acto socialmente peligroso, lo define como «toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley bajo la conminación de una sanción penal» (artículo 8, apartado 1). La peligrosidad social alude a la característica de la acción; la nota de prohibición legal, a la antijuricidad.³⁵

La definición acotada se mantuvo en el Código Penal cubano actual (Ley 62, de 29 de diciembre de 1987, Artículo 8.1), sin resultar afectada

por las distintas modificaciones que ha recibido este,³⁶ y en el Artículo 1 de la Ley de los Delitos Militares, Ley 22 de 1979.

Toma de postura

La *esencia* y el *fenómeno* son categorías que expresan diversos aspectos de las cosas, distintos grados del conocimiento, diferentes niveles de la profundidad con que se comprende un determinado objeto. El movimiento del conocimiento humano se dirige desde la forma externa del objeto de ese conocimiento, a su organización interna.

El *fenómeno* es la manifestación externa de la *esencia*, la forma en que esta aparece, mientras que ella está compuesta por la organización interna, por los rasgos fundamentales que caracterizan a algo.

La *esencia* y el *fenómeno* son categorías correlativas (dialécticas). Cada una de ellas se define mediante la otra. La *esencia* es algo general, profundo, interno, estable y necesario, el *fenómeno* es singular, externo, pasajero y mutable.

La *esencia* puede manifestarse en distintos grados. El pensamiento no solo va del fenómeno a la esencia, sino también de la *esencia* menos profunda a la más profunda. Conocer las cosas en su *esencia* es la tarea fundamental de la ciencia.

De lo anterior, se colige que formular un concepto formal o material de *delito*, indistintamente es asumir una postura metafísica. Un concepto dialéctico debe contemplar tanto el fenómeno como su esencia, la manifestación externa del delito, como su rasgo fundamental.

Por tanto, las definiciones que reflejan este elemento son las mixtas y, entre estas, la que mejor expresa la esencia de lo delictivo y legitima la inclusión de un determinado comportamiento al Derecho penal es, precisamente, la que reconoce a la peligrosidad social.

Solo me resta, en este punto, definir qué entendemos por *peligrosidad social*, para después concretar su contenido. Quirós la define como «(...) cualidad objetiva de ciertas acciones u omisiones del hombre para ocasionar al-

gún perjuicio significativo, actual o potencial, a las relaciones sociales». ³⁷

Considero que la peligrosidad social no solo constituye una cualidad *objetiva*; en la parte especial del Código Penal cubano, se recogen figuras donde la peligrosidad social de estas recae, fundamentalmente, no ya en el aspecto objetivo, sino en el subjetivo. ³⁸ Como señala Jescheck, ³⁹ existen algunos tipos penales en donde debe añadirse un grado especial de reprochabilidad interna del autor, la cual se expresa a través del desprecio a los valores fundamentales de la convivencia social y lo denomina *desvalor de la actitud interna*.

Por ejemplo, en el delito de hurto, Artículo 322 del Código Penal cubano, la peligrosidad social descansa no solo en la conducta de sustraer, sino en el especial influjo psicológico de que esta debe estar impregnada: el *ánimo de lucro*. Otro ejemplo lo encontramos en el Artículo 139, prevaricación. El elemento esencial que en ese concreto tipo penal desvaloriza la conducta, y la hace merecedora de pena, es, justamente, la *malicia* ⁴⁰ en la actuación del funcionario.

Por tanto, como *peligrosidad social*, asumo la cualidad objetiva en la generalidad y, además subjetiva en casos concretos de ciertas acciones y omisiones para ocasionar algún perjuicio significativo, actual o probable, a los bienes jurídico-penales.

POR QUÉ PROHIBIR: CONTENIDO DE LA ESENCIA

Sin ofrecer un contenido coherente y fundamentado a la peligrosidad social como esencia de lo delictivo, el concepto de *delito* previsto en el apartado 1 del Artículo 8 del Código Penal cubano es tan formal como el resto de los conceptos esbozados por la doctrina; es más, el empleo de la categoría *peligrosidad social* sin un contenido específico, sin límites, constituye un riesgo y una brecha para un ejercicio arbitrario del *ius puniendi*.

Como acota Quirós, ⁴¹ la determinación del carácter socialmente peligroso de una acción particular no es asunto sencillo, ya que esta cues-

tión debe ser reconducida al terreno de la práctica legislativa, para poder enjuiciar tal carácter en un comportamiento concreto, con la finalidad de que se incorpore al campo de lo penal o que deje de formar parte de este.

De lo anterior, se colige la necesidad de establecer criterios rectores específicos que posibiliten, a partir de nuestra concreta realidad social, definir con mayor certeza el rasgo *peligrosidad social* de una acción concreta en el momento de su previsión normativa. Lo anterior no quita que los elementos que a continuación abordaré puedan servir de referencia en el momento de la decisión judicial.

En nuestros predios, ha sido justamente Quirós el autor que ha desarrollado criterios para posibilitar el citado contenido de la peligrosidad social, lo que constituye un punto importante de partida para hurgar y profundizar en tan compleja tarea. ⁴²

Estos criterios, Quirós los sintetiza en cuatro planteamientos fundamentales: a) la relación social debe necesitar de protección penal (*necesidad de protección*), b) la relación social debe ser capaz de protección (*capacidad de protección*), c) la conducta debe ser susceptible de perpetrarse (*posibilidad-realidad*), y d) la conducta debe reunir particulares modalidades. ⁴³

En la elaboración de la propuesta de elementos a valorar para la determinación de la existencia, o no, de peligrosidad social, he tenido en cuenta los antes citados.

Determinar con acierto el contenido de la peligrosidad social es tarea que conlleva un esmerado rigor expositivo y metodológico, al cual intentaré acercarme. Como punto de partida, tomé la *Ley dialéctica de la correlación mutua* y establecí los elementos que a continuación desarrollo, en tres niveles: a) general, b) particular y c) singular.

Estos no solo pretenden servir para determinar lo que debe incorporarse, o no, al campo del Derecho Penal (proceso de penalización y despenalización); sino, además, posibilitan establecer los marcos penales abstractos correspondientes a cada tipo previsto en la parte especial del Código.

EN EL NIVEL GENERAL

La conducta a valorar debe lesionar, o por lo menos poner en peligro, un bien jurídico (*principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad*).

Una de las funciones principales del Derecho Penal es la de protección subsidiaria de bienes jurídicos,⁴⁴ idea que se erige sobre dos pilares fundamentales:

1) *Solo es punible la manifestación externa de la conciencia humana*, es decir, solo la conducta humana traducida en actos externos puede constituir delito y motivar reacción penal: *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie sufrirá pena por sus pensamientos, Ulpiano). De lo anterior, se colige que el Derecho Penal debe ser de hecho y no de autor.⁴⁵ No basta con que se produzca una conducta humana; esta debe lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, de ahí que toda norma jurídico-penal tenga por finalidad evitar (prevenir) lesiones a los bienes jurídicos.

2) *No deben castigarse comportamientos que aparecen como inmorales*. Esto se relaciona con la diferencia y, a la vez, relación entre Moral y Derecho. El *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* implica que no pueden ser amparados por el Derecho penal valores o intereses meramente morales o solamente morales. Esto no impide que los bienes jurídicos sean bienes morales, pero exige que tengan algo más que los haga merecedores de protección jurídico-penal. Deben quedar fuera del Derecho Penal las meras discrepancias ideológicas, políticas o religiosas, y las inmoralidades sin trascendencia a los derechos de terceros.⁴⁶

Como se evidencia, el concepto de *bien jurídico* resulta a la sazón indispensable para hacer efectivo tanto el principio de *exclusiva protección*, como el de *lesividad*. Como acota Zaffaroni, este ha sido utilizado como legitimante del poder punitivo, pero solo debe ser entendido en tanto límite a dicho poder y nada más.⁴⁷ «La teoría del bien jurídico está, por tanto, a caballo entre el concepto material del delito y la forma en que se protegen los bienes jurídicos y su función como límite del poder punitivo del Estado.»⁴⁸

Utilizo el concepto de *bien jurídico* en el sentido político-criminal (de *lege ferenda*), como límite al *ius puniendi*, pues resulta imposible abordarlo en su sentido dogmático (de *lege lata*), como objeto de protección del Derecho Penal.⁴⁹ La vaguedad de los diversos conceptos de *bien jurídico* ofrecidos por la doctrina posibilitó su manipulación y que hoy ocupe buena parte de las reflexiones de la ciencia del Derecho Penal.⁵⁰

El concepto de *bien jurídico* presenta las mismas características que del delito señalé antes, y, en palabras de Mir Puig, la determinación de cuáles se deben proteger penalmente,

(...) depende de los intereses y valores del grupo social que en cada momento histórico detenta el poder político. Los Códigos penales no protegen intereses ahistóricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de un lugar y de un tiempo concreto. Cuando se dice que el Derecho penal protege a «la sociedad» hay que evitar entender que protege siempre por igual a todos los miembros de la sociedad con independencia de su posición social correspondiente.⁵¹

En una sociedad socialista, la premisa que debe caracterizar al Derecho Penal debe ser la de proteger por igual a todos su miembros. La sociedad cubana, y en específico el «estado de derecho», se erige sobre sólidos principios democráticos en donde la participación popular es consustancial. Así, la Constitución, refrendada y legitimada por la casi totalidad del pueblo, en el Artículo 3, estatuye que «en la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado (...)».

El Estado cubano lucha sostenidamente por asegurar el goce de los derechos humanos, la justicia social y la participación protagónica de los ciudadanos, en la toma de las decisiones políticas y económicas fundamentales. En nuestra concepción, rigen las ideas de Gramsci sobre el ejercicio del poder y la concepción del Estado, no solo como aparato de gobierno: conjunto de instituciones públicas encargadas de dictar leyes y hacerlas cumplir, sino también por la sociedad civil,⁵² cuyo accionar creador, en nuestro contexto, cobra potencialidad: «(...) el

socialismo no se manifiesta únicamente en el régimen político y en un discurso ideológico, ni se despliega orgánicamente si no tiene sus raíces en la *sociedad civil*». ⁵³

Lo anterior está relacionado con la idea refrendada en la Constitución de que *sociedad-individuo* y *Estado-sociedad civil* están indisolublemente ligados. Lo general (el Estado) se expresa a través de lo individual (los ciudadanos) y viceversa (relación dialéctica).

El *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* y el de *lesividad u ofensividad* no vienen refrendados ni en el texto constitucional cubano, ni tampoco en el penal; por lo que un sector de la doctrina cubana sostiene la necesidad de su inclusión en la Constitución. ⁵⁴

Que al Derecho Penal se le encomiende la función de proteger de manera subsidiaria bienes jurídicos no quiere decir que toda conducta que los afecte haya de ser prohibida y castigada penalmente; se requieren otros elementos para esto, los cuales serán desarrollados a continuación.

EN EL NIVEL PARTICULAR

Aquí, establezco tres elementos fundamentales: 1) Necesidad de protección del bien jurídico por el Derecho Penal, 2) Capacidad de regulación de la conducta por el Derecho Penal, y 3) Posibilidad y realidad de realización de la conducta que ponga en peligro o lesione bienes jurídico-penales.

Necesidad de protección del bien jurídico. ⁵⁵ Esta idea está vinculada a cuatro principios básicos del Derecho Penal: principio de subsidiaridad, carácter fragmentario del Derecho Penal, intervención mínima y de idoneidad de protección.

Si partimos de asumir una función protectora y preventiva del Derecho Penal y, por tanto, como fines fundamentales de la pena o sanción penal, los de prevención general y especial, limitados por el grado de lesividad social del hecho cometido, entonces *la intervención penal solo está justificada si realmente es necesaria*. ⁵⁶ El legislador debe guiarse en el proceso de penalización y despenalización no solo por la justicia, sino también por la oportunidad y

utilidad social; se debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.

Según el *principio de subsidiaridad*, el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso a utilizar, cuando no existan socialmente, ni jurídicamente, otros mecanismos que solucionen el conflicto social creado o puedan prevenir su producción. De ahí que no se protejan todas las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, sino que el Derecho Penal selecciona solo aquellas que revistan mayor peligrosidad social: *carácter fragmentario*. ⁵⁷

Estos dos principios conforman el de *intervención mínima*, ⁵⁸ el cual se traduce en la generalidad de los dos primeros: el Derecho Penal solo debe intervenir en los casos de ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. Los ataques menos graves deben ser objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico.

La *idoneidad de protección* del bien jurídico por el Derecho Penal, o como algunos autores ⁵⁹ dan en llamar, la *dignidad de su protección*, viene dada por el valor que este ostente.

Lo necesario aparece y existe a partir de su condicionamiento por factores esenciales. Y dije que lo esencial que lleva a que un determinado comportamiento sea absorbido por el Derecho Penal radica en su concreta peligrosidad social. De ahí que la necesidad de protección del bien jurídico parta concretamente de esta categoría y sirva, a su vez, para determinar su contenido. «*La peligrosidad social de una acción determinada únicamente es real allí donde se imponga la necesidad de la protección penal y sólo durante el período que la necesidad lo imponga*». ⁶⁰

En este caso, sucede lo mismo que indiqué en el resto de los conceptos. Resulta imposible establecer un criterio inmutable y uniforme de necesidad; esta se encuentra condicionada por el momento histórico y por la clase que ostenta el poder y ejerce la potestad legislativa.

No obstante, lo necesario debe estar regido por el *principio de intervención mínima* (carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal) y su contenido se hallará en la idoneidad del bien jurídico para ser protegido por el Dere-

cho Penal que, a su vez, está condicionado por su *valor o significación social*.

Para determinar el valor de un determinado bien jurídico, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos, los cuales interactúan entre sí en una perfecta relación dialéctica:

♦ *La significación histórico-socio-cultural del bien jurídico*. Existen bienes jurídicos cuya significación es incuestionable, toda vez que han sido valorados a lo largo de los diversos períodos del desarrollo de la sociedad humana y de su cultura. Por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la administración de justicia, los derechos patrimoniales, etc.⁶¹

♦ *Su significación jurídica*. Viene dada, a nivel internacional (por los bienes jurídicos que se hallen recogidos en tratados y convenios, en donde la comunidad internacional legitima su significación en los documentos referidos); y, a nivel nacional (por su inclusión en el texto constitucional, o su derivación a partir de los postulados y máximas refrendadas en él).⁶²

♦ *La significación social del bien jurídico*. Este elemento lo relacionamos con lo que denominamos *principio de democracia en el ejercicio del ius puniendi*. Es necesaria la protección de un bien jurídico cuando la generalidad, y no solo una minoría de un determinado sector social, lo considera. Por tanto, deben ser los propios ciudadanos de un estado quienes decidan qué bienes jurídicos deben ser protegidos y qué conductas reguladas por el Derecho Penal. Este constituye un aspecto de legitimación consustancial para el Derecho Penal de una sociedad socialista y democrática.⁶³

♦ *La irreparabilidad del ataque al bien jurídico*. Existen determinados bienes jurídicos que, de ser afectados, no es posible su reparación, como es el caso de la vida y la integridad corporal.

♦ *La evitabilidad del menoscabo del bien jurídico por otras vías no penales*. Este elemento se relaciona con lo antes referido del carácter subsidiario del Derecho Penal. Allí donde otras ramas del ordenamiento jurídico pueden prevenir o solucionar el conflicto social creado, nada le compete al Derecho Penal.

Capacidad de regulación de la conducta.

La regulación de la conducta por el Derecho Penal debe ser *efectiva* en atención al momento histórico concreto. Decidir regular una determinada conducta por el Derecho Penal, dudándose de su posterior efectividad práctica, solo contribuiría a deteriorar la función preventivo-general de la norma. Este indicador está dirigido a evitar el fracaso de la previsión normativa.⁶⁴ Una correcta determinación de la capacidad señalada posibilita eliminar el fenómeno denominado *legislación penal simbólica*.⁶⁵

La efectividad de la regulación de la conducta por el Derecho Penal se determina por su *eficacia*, al lograr, a partir de su inclusión en el Derecho Penal, los fines de este; y *eficiencia*, en la medida que existan los medios y recursos para enfrentar dicha conducta.

Posibilidad y realidad de realización de la conducta que ponga en peligro o lesione bienes jurídico-penales. Coincidió plenamente, en este punto, con Quirós.⁶⁶ La peligrosidad social de una determinada conducta es un concepto real, de ahí que, a su vez, esté determinada por la posibilidad real (concreta) de que este se realice. El Derecho Penal no puede constituir una reserva de conductas de imposible ejecución o regular aquellas que sean incoherentes con el nivel de desarrollo que experimenta la sociedad en un momento histórico concreto.

El Derecho Penal debe regular exclusivamente acciones posibles de cometerse y que, de manera real, afecten bienes jurídico-penales.

EN EL NIVEL SINGULAR

En este nivel, hay que valorar la conducta *strictu sensu*, después de que haya pasado el filtro de afectar o poner en peligro un bien jurídico que se encuentre necesitado de protección, que sea capaz de ser regulada por el Derecho Penal, y posible y real de perpetrarse.

En este juicio de valor, hay que distinguir entre la acción y el resultado. La especial peligrosidad de una conducta, el *desvalor de la acción*, es la primera característica que a este nivel separa una conducta delictiva de otra que no lo es. Pero no basta con lo expuesto, también es significativo

el menoscabo o peligro producido al bien jurídico-penal por la conducta en cuestión. El *desvalor del resultado* deviene así la segunda característica que diferenciará a esta de una que no es delito o no debe serlo. Ninguno de los dos juicios de valor puede verse por separado (relación dialéctica); una conducta será socialmente peligrosa a nivel particular, si ostenta desvalor tanto en la acción como en el resultado.

Para determinar el desvalor de la acción, se deben observar los siguientes elementos: 1) formas en que se ejecuta la acción (subrepticias, violentas, fraudulentas); 2) medios empleados en la ejecución de las acciones (explosivos, incendiarios, armas); 3) circunstancias en que ocurre la acción (de tiempo, lugar y contexto histórico-social); y 4) para el caso de algunas acciones, el grado de reprochabilidad interna.

En lo tocante al desvalor del resultado, es menester que lesione o ponga en peligro un bien jurídico-penal y, además, debe analizarse *el resultado lesivo que puede producir*, apreciándose los elementos expuestos con respecto al valor del bien jurídico.

CONCLUSIONES

El delito, desde una óptica dialéctico-materialista, presenta una dimensión formal y otra material (esencia-fenómeno). La dimensión esencial del delito la constituye la *peligrosidad social*. Esta puede definirse como la *cualidad objetiva en la generalidad y subjetiva en casos concretos, de ciertas acciones y omisiones para ocasionar algún perjuicio significativo, actual o potencial, a los bienes jurídico-penales*.

Sin la determinación de un contenido coherente y fundamentado de la categoría *peligrosidad social*, establecida por el legislador en el Artículo 8.1 del Código Penal cubano, se está abriendo una brecha para un ejercicio inadecuado del *ius puniendi*, por lo que es indispensable el establecimiento de criterios rectores específicos que posibiliten, a partir de nuestra concreta realidad social, definir con mayor certeza su contenido.

El contenido de la peligrosidad social debe determinarse en tres niveles: general, particular

y singular. A nivel general, el elemento esencial consiste en que la conducta ha de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. A nivel particular, el bien jurídico lesionado o puesto en peligro necesita protección del Derecho Penal, la conducta debe tener capacidad para ser regulada por este, y ser posible y real de perpetrarse. A nivel singular, hay que realizar un juicio de valor tanto de la conducta como del posible resultado, que no pueden verse por separado.

Estos elementos permiten excluir del Derecho Penal: las meras discrepancias ideológicas, políticas o religiosas e inmoralidades sin trascendencia a los derechos de terceros; los casos de insignificancia y adecuación social; las regulaciones penales arbitrarias; la exclusión de las contravenciones del Derecho Penal; las leyes penales simbólicas; las conductas que consisten en incumplimientos de deberes funcionariales, profesionales o familiares, siempre que no acarreen daños a bienes jurídico-penales. En resumen, acercar cada vez más el Derecho socialista a un Derecho Penal mínimo y garantista.

No aspiro a que cada uno de los lectores concuerden en lo aquí expuesto. Solo espero que partan del sabio postulado de Descartes recogido en su duda metódica *omnibus dubitandum*. Si nos basamos en esta premisa, estaremos ganando la batalla en el campo científico.

NOTAS

¹Julio Fernández Bulté: *Filosofía del derecho*, p. 261.

²Ver, en nuestros predios, las obras de Quirós Pírez: *Introducción a la teoría del Derecho Penal*; *Manual de Derecho Penal*, t. I, II y III; «Despenalización», en *Revista Jurídica*, no. 10, pp. 123-153; González Alcantul: *Manual de Derecho Penal General*, t. I y II; Baquero Vernier: *Derecho Penal General*, t. I y II; Ramos Smith: *Derecho penal, Parte general*, t. I y II; Gómez Pérez: «Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en Cuba»; Rodríguez Sánchez: «Peligrosidad y medidas de seguridad en el Derecho penal cubano».

³Luigi Ferrajoli: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 209 ss.

⁴Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal, Parte general*, p. 197.

⁵Según el profesor Quirós, «si bien es cierto que el Derecho existe porque está materializado en formas particulares (las normas jurídicas), estas se hallan en estrecha relación con su contenido socio-material (las relaciones sociales)... la norma jurídica no es sólo 'forma', sino también (y fundamentalmente) 'contenido'». (*Manual...*, t. III, pp. 54-55.) Fede-

rico Engels, de un modo más descarnado, nos ilustra cómo el Derecho constituye el reflejo de las relaciones económicas: «Por donde la marcha de la 'evolución jurídica' sólo estriba, en gran parte, en la tendencia a eliminar las contradicciones, que se desprenden de la traducción directa de las relaciones económicas a conceptos jurídicos, queriendo crear un sistema armónico de Derecho, hasta que irrumpen nuevamente la influencia y la fuerza del desarrollo económico ulterior y rompen de nuevo este sistema (...)». («Carta de Engels a K. Schmidt, 27 de octubre de 1880», en Marx, Engels y Lenin: *Selección de textos*, t. 2, p. 234.) De lo anterior, se colige que, detrás de cada definición, sea legal o no, existe una fundamentación teórica conceptual que en última instancia descansa o se condiciona por las relaciones de producción de un momento histórico concreto.

⁶Sobre el origen y desarrollo del concepto del delito, por todos, ver Costa: *El delito y la pena en la historia de la filosofía*. A su vez, una acuciosa exposición desde la ilustración y la *Teoría del contrato social* hasta la actualidad, en Quirós: «El pensamiento jurídico-penal burgués: exposición y crítica», pp. 5-246. Un resumen agudo de la concepción dialéctico-materialista de la historia puede verse en Carlos Marx: «Prólogo» de *Contribución a la crítica de la economía política*, en Marx, Engels y Lenin: *Ob. cit.*, pp. 151-157. Sobre el carácter de última instancia del factor de la producción y de la reproducción de la vida real en el entramado social, ver Engels: «Carta de Engels a J. Bloch, de 21 de septiembre de 1890», *ibid.*, pp. 225-228. Un autor nada marxista como Ferrajoli reconoce el carácter dialéctico-materialista del fenómeno delictivo al afirmar que «(...) no existe conducta delictiva que no haya sido permitida en otros tiempos, ni comportamiento lícito que no haya sido otrora prohibido». (*Ob. cit.*, p. 462.)

⁷Esta idea, abordada y desarrollada por los clásicos del marxismo, ha sido captada y desarrollada, en lo referente a la concepción del delito, en nuestros predios, fundamentalmente por el profesor Quirós. (*Manual...*, t. I, p. 79.)

⁸Manuel Cobo del Rosal y Tomas S. Vives Antón: *Derecho Penal, Parte General*, pp. 249-254.

⁹Ver Muñoz Conde y García Arán: *Ob. cit.*, p. 46. Beccaria, en su inmortal libro *De los delitos y de las penas* (p. 38), planteaba que «(...) el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos».

¹⁰Francisco Carrara: *Programa de Derecho criminal*, p. 43.

¹¹Rafael Garófalo: *Criminología*, p. 30.

¹²Quirós: «El pensamiento...», pp. 60-69.

¹³Franz Von Liszt: *Tratado de Derecho penal*, p. 254.

¹⁴Jiménez de Asúa (*La ley y el delito*, pp. 254-255) recoge las definiciones dogmáticas de importantes tratadistas del Derecho Penal, como Ernesto Beling: «la acción típica, anti-jurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que lleva las condiciones objetivas de punibilidad»; y Max Ernesto Mayer: «acontecimiento típico, antijurídico e imputable». En México, las formales son las que predominan; con referencia a la doctrina fundamental en ese país, vid Raúl Placencia Villanueva: *Teoría del delito*, pp. 26-33.

¹⁵Ferrajoli: *Ob. cit.*, p. 459. Este autor niega la posibilidad de llegar a criterios positivos y absolutos de justificación externa y de legitimación interna de los contenidos de la prohibición, no obstante, refiere que se pueden formular cri-

terios negativos o limitadores realizables solo relativa y tendencialmente, con el valor de condiciones necesarias, aunque no suficientes, de legitimidad. (*Idem*, p. 463.)

¹⁶Quirós: «Despenalización», p. 128.

¹⁷Hans Welzel: *Derecho Penal alemán*, p. 73.

¹⁸Cobo/Vives: *Ob. cit.*, p. 254.

¹⁹Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, t. III, p. 61.

²⁰Claus Roxin: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, p. 51.

²¹Edmundo Mezger: *Tratado de Derecho Penal*, t. I, p. 398.

²²Gonzalo Quintero Olivares: *Manual de Derecho penal, Parte general*, p. 250. Este autor es partidario de la tendencia jurídico-constitucional del bien jurídico; de ahí que, cuando se refiere a un valor reconocido constitucionalmente, habla de los bienes jurídicos.

²³Muñoz Conde y García Arán: *Ob. cit.*, p. 48.

²⁴Esta concreción será desarrollada en el epígrafe siguiente.

²⁵Como acota Fernández Bulté (*Filosofía...*, p. 16), el concepto *metafísica* ha tenido diversos significados en el curso de la historia del pensamiento filosófico. Aquí es empleado como interpretación de una esfera de la vida con ignorancia de sus cambios y mutaciones internas, su evolución y desarrollo contradictorio. Es el método que se opone al dialéctico.

²⁶H. H. Jescheck y Tomas Weigend: *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, 5ª ed., pp. 54-55.

²⁷Günter Jakobs: *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, pp. 44-49.

²⁸Enrique Peñaranda Ramos: «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», pp. 291-292.

²⁹No es posible afirmar que el delito se caracteriza por dañar algo, ya que, bajo esa concepción, no encontrarían cabida los delitos de peligro (concretos y abstractos), los cuales se caracterizan no por dañar un determinado bien jurídico, sino, justamente, por ponerlo en peligro.

³⁰Quirós: «Despenalización», p. 129. Este es el criterio unánime en la doctrina nacional (González Alcantul: *Ob. cit.*, pp. 82 y 93-94; Ramos Smith: *Ob. cit.*, t. I, pp. 244-265; y Rodríguez Sánchez: *Ob. Cit.*). En la doctrina cubana anterior al primero de enero de 1959, el criterio que dominaba era el dogmático-formal (Portela: *Derecho penal, Primer Curso, copias de clases*, pp. 162 ss; y Carone Dede: *Derecho penal, Primer Curso, Parte general, copias de clases*, p. 174).

³¹N. F. Kusnetzova: *Fundamentos del Derecho penal soviético*, p. 29.

³²Sobre las polémicas en lo referente al empleo de estas categorías, ver Quirós: «Despenalización», pp. 129-130; y *Manual...*, p. 98.

³³Ángel C. Betancourt: *Código penal*, p. 19.

³⁴Este reglamento puso en vigor, en territorio liberado por el Ejército Rebelde, la Ley Penal de Cuba en Armas.

³⁵Asamblea Nacional del Poder Popular: *Exposición acerca del proyecto de Código penal*, pp. 8-9.

³⁶Modificado por: 1) Decreto-Ley 140, de 13 de agosto de 1993; 2) Decreto-Ley No. 150, de 6 de junio de 1994; 3) Decreto-Ley 175, de 17 de junio de 1997; y 4) Ley 87, de 16 de febrero de 1999.

³⁷Quirós: *Manual...*, pp. 98-99.

- ³⁸González Alcantul establece, como indicador para determinar la peligrosidad social, la finalidad perseguida (*Ob. cit.*, t. I, p. 85).
- ³⁹Jescheck/Weigend: *Ob. cit.*, p. 55.
- ⁴⁰Se trata de un término normativo que lacera el principio de legalidad. Puede entenderse en un sentido estricto, como he indicado; pero, en un sentido amplio, pudiera perder la significación aquí asumida.
- ⁴¹Quirós: «Despenalización», pp. 133-134.
- ⁴²El resto de la doctrina, aunque establece como elemento esencial del delito la peligrosidad social, define esta como el bien jurídico y, de esta manera, se conecta con aquellas definiciones que fundamentan el concepto material del delito en la afectación de bienes jurídicos. En este sentido, Ramos Smith (*Ob. cit.*, t. I, p. 265) considera conductas socialmente peligrosas todas las que atenten contra los bienes jurídicos protegidos en la parte especial del Código Penal; Rodríguez Sánchez (*Ob. cit.*) dice que «(...) Como puede apreciarse, se emplea la expresión 'socialmente peligrosa', pero, que hemos planteado, es a manera de un atributo exigible para la conducta que pretenda ser encuadrable como delito; es decir, la acción u omisión debe ser potencialmente capaz de provocar la afectación a un bien jurídico penalmente protegido». De estos criterios, se aparta González Alcantul (*Ob. cit.*, p. 85), quien establece el contenido de la peligrosidad social a un nivel singular: «El grado de peligrosidad social se determina por: El modo y los medios empleados, La finalidad perseguida, El lugar en que se comete, Las consecuencias producidas o las que hubieran producido, La personalidad del autor.»
- ⁴³Quirós: «Despenalización», p. 135; y *Manual*, pp. 102-105. Cuando Quirós se refiere a relación social, está asumiendo este criterio como objeto de protección del Derecho Penal; es decir, como bien jurídico penal, ya que en el texto citado se afilia a la *Teoría de la relación social*, defendida en España, fundamentalmente por Bustos y Hormazabal (*Manual de Derecho penal, Parte general*, pp. 188-191).
- ⁴⁴Esta idea constituyó un principio sostenido e impulsado por el Movimiento del Proyecto Alternativo, surgido en la República Federal Alemana en la década de los sesenta, el cual se replanteó las características que debería asumir el Derecho Penal moderno. En la actualidad, constituye, al menos doctrinalmente, criterio dominante. Ver Roxin: «El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo», pp. 69-73, donde el autor expone y explica 10 tesis sobre las cuales debe girar el Derecho Penal moderno. En la primera, plantea que este debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. La protección de la norma moral como tal no es misión suya, exigencia planteada desde la ilustración.
- ⁴⁵Esta exigencia se desprende del propio concepto de *delito* recogido en el Artículo 8.1 del Código Penal: *Se considera delito toda acción u omisión (...)*. Lo anterior no quita que elementos de la conducta del (o los) interviniente(s) en un delito se tomen en cuenta, por ejemplo en la determinación judicial de la pena. Una postura estricta o pura es insostenible.
- ⁴⁶Ver, en este sentido, Santiago Mir Puig: *Derecho Penal Parte General*, p. 125; y, sobre la relación dialéctica que se establece entre Derecho y Moral, Fernández Bulté: *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho*, pp. 37-43.
- ⁴⁷Eugenio R. Zaffaroni: *Derecho Penal, Parte General*, pp. 486-487. Toda tentativa de emplear el concepto de bien jurídico como legitimación para contener al legislador no implica, en modo alguno, que deba ser descartado como concepto limitativo. Toda tentativa de empleo en este sentido como regla para el legislador lo desvirtúa y neutraliza; el desencanto que esto ha provocado, traducido en la renuncia al concepto de bien jurídico, no es más que un ensayo de abandono del principio de lesividad y, por ende, de dejar aun más omnipotente al legislador.
- ⁴⁸Muñoz Conde y García Arán: *Ob. cit.*, p. 61.
- ⁴⁹Mir Puig: *Ob. cit.*, pp. 162 ss. Sobre una exposición del origen y diversos conceptos de bien jurídico, ver Bustos: *Ob. cit.*, pp. 108-124; y Quirós: *Manual...*, pp. 180-191.
- ⁵⁰Muñoz Conde y García Arán: *Ob. cit.*, p. 78.
- ⁵¹No son palabras de Marx, sino de Mir Puig: *Ob. cit.*, p. 163. En el mismo sentido, Muñoz Conde y García Arán: *Ob. cit.*, p. 60.
- ⁵²Jorge L. Acanda González: «Sociedad civil y hegemonía», en Fernández Bulté y Lissette Pérez Hernández: *Selección de lecturas de Teoría del Estado y del Derecho*, p. 6.
- ⁵³Rafael Hernández: «Mirar a Cuba», p. 3. Las cursivas son del autor.
- ⁵⁴Ver Vicente J. Arranz Castillero: «Minimalismo y maximalismo penal en la evolución del constitucionalismo moderno. Una proyección para el análisis de los contenidos penales de la Constitución cubana en ocasión de su XXX aniversario», p. 28. El Derecho Penal moderno viene caracterizándose por una funcionalización y la pérdida del principio de subsidiaridad y, con él, el de la concepción del Derecho Penal como *ultima ratio* de la política social y, unido a ello, el extravío de su carácter fragmentario. En este sentido, Julio B. J. Mayer: «La esquizofrenia del Derecho penal».
- ⁵⁵Como acota Mir Puig, el principio de que el Derecho Penal solo puede proteger bienes merecedores de dicha tutela supone una limitación que desaparece cuando no se considera necesario comprobar tal merecimiento de protección, sino que será suficiente la infracción de una norma, la que se convierte en el único objeto de protección del Derecho Penal. A partir de esta postura (Jakobs), la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado. «(...) que sea discutible lo que merece ser considerado como un bien necesitado de protección jurídico-penal no significa que tal cuestión no debe discutirse, y exigir la comprobación de aquel merecimiento de protección supone precisamente declarar necesaria tal discusión». (Mir Puig: «Valoración, norma y antijuricidad penal».)
- ⁵⁶Como dijera Beccaria (*Ob. cit.*, p. 105), «prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos sino crear otros nuevos (...)».
- ⁵⁷Binding fue el que por vez primera habló del carácter fragmentario del Derecho Penal como un defecto a superar completando la protección de los bienes jurídicos. En nuestros días, es interpretado positivamente (vid. Mir Puig: *Derecho Penal...*, p. 124).
- ⁵⁸Muñoz Conde y García Arán: *Ob. cit.*, pp. 72 ss.
- ⁵⁹Gonzalo Rodríguez Mourullo: «Directrices político-criminales del anteproyecto de código penal», p. 160.

⁶⁰Quirós: «Despenalización», p. 137. Las cursivas son del autor.

⁶¹No obstante la importancia de lo expuesto, el Derecho Penal se ha caracterizado por el respeto en extremo de conductas heredadas del pasado, teniendo en cuenta su significación histórico-socio-cultural, manteniéndolas reguladas, aun cuando las nuevas condiciones sociales demuestren su impracticabilidad. La cuestión apuntada no debe perderse de vista al analizar este elemento.

⁶²El ligamen Constitución-Derecho Penal es fruto del pensamiento ilustrado y de su acción revolucionaria por limitar la potestad punitiva del antiguo régimen. Ver Arranz Castillero: *Ob. cit.*, p. 4. Es importante consignar la distinción realizada por Arroyo Zapatero (*Fundamento y función del Sistema penal: El programa de la Constitución*), pp. 97 ss, entre «Programa penal de la constitución» y «Derecho penal constitucional», donde el primero es el conjunto de postulados político-criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar; y el segundo está compuesto por los principios generales de la Constitución y concretos preceptos de esta.

⁶³Entre otros, Mir Puig: *Derecho...*, p. 126; Rodríguez Mourullo: *Ob. cit.*, p. 160. La participación activa de la sociedad posibilita, a su vez, la tarea de motivación por la norma penal y su consecuencia, la prevención. Quirós («Despenalización», p. 147) apuntaba: «El Derecho penal socialista tiene, entre sus misiones, la de proteger a la sociedad, al Estado y a las personas, finalidad que, a su vez, persigue prevenir la infracciones delictivas; pero esas funciones se logran —en la sociedad socialista— por el concurso crecientemente voluntario, consecuente y libre de todos los ciudadanos, se logra fundamental y decisivamente por medio de la educación de éstos en los principios de la nueva moral, la moral socialista.»

⁶⁴Quirós: *Manual...*, p. 104.

⁶⁵Zaffaroni: *Ob. cit.*, p. 490.

⁶⁶Quirós: *Manual...*, p. 104.

BIBLIOGRAFÍA

- Arranz Castillero, Vicente J.: «Minimalismo y maximalismo penal en la evolución del constitucionalismo moderno. Una proyección para el análisis de los contenidos penales de la constitución cubana en ocasión de su XXX aniversario», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 28, julio-diciembre, UNJC, La Habana, 2006.
- Arroyo Zapatero, L.: *Fundamento y función del sistema penal: El programa de la Constitución*, Editorial Universidad Castilla de la Mancha, 1986.
- Asamblea Nacional del Poder Popular: *Exposición acerca del proyecto de Código penal*, Editorial Ministerio de Justicia, La Habana, 1978.
- Baquero Vernier, Ulises: *Derecho Penal General*, t. I y II, Editorial ENSPES, Santiago de Cuba, 1985.
- Beccaria, Cesar: *De los delitos y de las penas*, tr. por Juan Antonio de las Casas, Editora Alianza, Madrid, 1968.
- Betancourt, Ángel C.: *Código Penal*, Editorial Imprenta y papelería de Rambla, La Habana, 1913.
- Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Editorial PPU, Barcelona, 1994.
- Carone Dede, Francisco: *Derecho penal, Primer Curso, Parte general, copias de clases*, Editorial Universidad de La Habana, La Habana, 1949-1950.
- Carrara, Francisco: *Programa de Derecho criminal*, tr. por José J. Ortega y Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1959.
- Cobo del Rosal, Manuel y Tomás S. Vives Antón: *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1999.
- Colectivo de autores: *Comentarios a la Ley de los Delitos Militares*, Editorial MINJUS, 1982.
- Costa, Fausto: *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, tr. por Mariano Ruiz-Fuentes, Editorial Hispano-Americana, México, 1953.
- Fernández Bulté, Julio: *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1997.
- : *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- : y Lissette Pérez Hernández: *Selección de lecturas de Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- Garófalo, Rafael: *Criminología*, Editorial Bocca, Turín, 1885.
- Gómez Pérez, Ángela: «Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en Cuba», en Colectivo de autores: *Temas de Derecho administrativo cubano*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- González Alcantul, David: *Manual de Derecho Penal General*, t. I y II, Editorial Imprenta Central de las FAR, La Habana, 1986.
- Hernández, Rafael: «Mirar a Cuba», en *La Gaceta de Cuba*, no. 5, La Habana, 1993.
- Jakobs, Günter: *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, tr. por Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.
- Jeschek, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tr. de la 3ª ed. y adiciones del Derecho Penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.
- : y Tomas Weigend: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., tr. por Miguel Olmedo Cardenote, Editorial Comares, Granada, 2002.
- Jiménez de Asúa, Luis: *La ley y el delito. Curso de Dogmática penal*, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945.

- : *Tratado de Derecho Penal*, t. I, II y III, Editorial Losada, Buenos Aires, 1977.
- Kusnetzova, N. F.: *Fundamentos del Derecho Penal Soviético*, tr. por Guadalupe Ramos Smith, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980.
- Marx, Engels y Lenin: *Selección de textos*, t. 2, Editora Política, La Habana, 1978.
- Mayer, Julio B. J.: «La esquizofrenia del Derecho penal» (conferencia impartida en el III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2006).
- Mezger, Edmundo: *Tratado de Derecho penal*, t. I, tr. por Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955.
- Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- : «Valoración, norma y antijuricidad», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas*, <http://criminnet.org.es/recpc>, 2004.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán: *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2002.
- Placencia Villanueva, Raúl: *Teoría del delito*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª reimpresión, México, 2004.
- Peñaranda Ramos, Enrique: «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito» (ponencia presentada en el seminario celebrado en León, los días 8 y 9 de junio de 2000), *Doxa*.
- Portela, Guillermo: *Derecho penal, Primer Curso, copias de clases*, Editorial Universidad de La Habana, La Habana, 1945-1946.
- Quintero Olivares, Gonzalo: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.
- Quirós Pérez, Renén: «Despenalización», en *Revista Jurídica*, no. 10, MINJUS, La Habana, 1986, pp.123-153.
- : «El pensamiento jurídico-penal burgués: exposición y crítica», en *Revista Jurídica*, no. 8, julio-septiembre, 1985, MINJUS, La Habana, pp. 5-246.
- : *Introducción a la teoría del Derecho Penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1987.
- : *Manual de Derecho Penal*, t. I, II y III, Editorial Ciencias Jurídicas, La Habana, 2002.
- Ramos Smith, Guadalupe: *Derecho Penal, Parte General*, t. I y II, 2ª ed., Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo: «Directrices político-criminales del anteproyecto del Código penal», en Colectivo de autores: *La Reforma del Derecho penal*, Editorial Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1981.
- Rodríguez Sánchez, Ciro F.: «Peligrosidad y medidas de seguridad en el Derecho penal cubano» (tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2001).
- Roxin, Claus: *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 2ª ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2001.
- : «El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo», tr. de J. Queralt, en Colectivo de autores: *La Reforma del Derecho penal*, Editorial Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1981.
- Von Liszt, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., tr. por Jiménez de Asúa, t. II, Editorial Hijos de Reus, Madrid, 1917.
- Welzel, Hans: *Derecho Penal alemán*, tr. por Bustos Ramírez y Yáñez, Editorial Universitaria de Chile, 1970.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002.

«La dimensión esencial del delito la constituye la peligrosidad social.»



Notijurídicas

TOMA DE POSESIÓN

La compañera Roselia Reina Batlle tomó posesión de su cargo de jueza en el Tribunal Supremo Popular, en ceremonia solemne efectuada, en horas de la tarde del 14 de abril último, a la que asistieron los miembros del Consejo de Gobierno y jueces profesionales de la institución.

La colega juró cumplir y hacer cumplir la Constitución Socialista, la legislación vigente y el Código de Ética Judicial, de acuerdo con los principios que los sustentan, y desempeñar dicha función con la modestia, austeridad y prudencia que requiere tan alta investidura.

Celaida Rivero Mederos

Foto: Nelsy Gomero Morejón



EXPERIENCIA EXTENDIDA

Luego de evaluar como positivos los resultados alcanzados en la aplicación de algunas modificaciones experimentales de la práctica judicial en procesos vinculados al Derecho de Familia, en especial cuando se tratan cuestiones relacionadas con menores, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular acordó extenderlas a otros territorios del país.

Inicialmente aplicadas en Guanabacoa y Placetas, ahora se extenderán a los municipios Pinar del Río, Artemisa, Isla de la Juventud, Cárdenas, Cienfuegos, Cabaiguán, Santa Clara, Morón, Camagüey, Puerto Padre, Manzanillo, Banes, Gibara, Palma Soriano y Guantánamo.

Esta experiencia introduce la participación de un equipo técnico asesor multidisciplinario, vinculado a la Casa de Orientación a la Mujer y la Familia, de la FMC, como componente auxiliar en la toma de decisiones de los jueces, a los que les posibilita el acceso a criterios profesionales especializados en dicha materia.

Asimismo, prevé que el tribunal interese la intervención de los abuelos del menor, en calidad de terceros, y oír el parecer del fiscal al respecto.

CRM

CONCURSO DE OPOSICIÓN

Teniendo en cuenta el empeño permanente por elevar la calidad de la actividad jurisdiccional en el Sistema de Tribunales, el Acuerdo No. 69 del Consejo de Gobierno del TSP dispuso reasumir la realización de los ejercicios de oposición para profesionales del Derecho que aspiren a ingresar a los órganos judiciales.

Los interesados en las plazas vacantes de jueces profesionales de los tribunales municipales y provinciales presentarán las solicitudes en la Secretaría del Tribunal Provincial del territorio en que residen o trabajen, hasta el 15 de junio de 2009.

Los concursantes se someterán a exámenes escritos sobre temas vinculados con esta actividad, los que tendrán lugar, simultáneamente, en las sedes de los respectivos tribunales populares, el 14 de julio, a las 9:00 a.m.

CRM

CONVOCATORIA AL V ENCUENTRO

El Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, con el coauspicio de la Unión Nacional de Juristas y la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, convoca al V Encuentro Internacional Justicia y Derecho, a celebrarse en el Palacio de Convenciones de La Habana, durante los días 26, 27 y 28 de mayo del año 2010.

El encuentro, como ya es tradicional, pretende servir de marco propicio para el debate, la reflexión y el intercambio de experiencias entre los distintos operadores de los sistemas judiciales de los diferentes países participantes, con el claro propósito de contribuir a que el mundo logre una justicia mejor.

Podrán participar como ponentes o delegados todos los profesionales del Derecho que formalicen su inscripción.

TEMÁTICAS CONVOCADAS

➤ Justicia penal: Autonomía o recepción

- Reforma procesal y debido proceso
- Principios que informan el proceso
- Doble instancia y medios de impugnación
- Lucha contra la corrupción
- Terrorismo
- Sanciones alternativas a la prisión
- Determinación de la sanción
- La prueba
- El juicio oral
- Delito transnacional y jurisdicción
- Delincuencia juvenil: programas especiales para su atención
- Reeducción y readaptación social
- Control social y prevención
- Tratamiento penitenciario

➤ Justicia civil: acceso y garantías

- Nuevas tendencias del Derecho Procesal
- Medios alternativos de solución de conflictos
- La prueba. Su relación con el objeto del proceso y su apreciación
- Bioética y jurisdicción
- Creación intelectual y tutela judicial

- El consumidor ante la jurisdicción
- Responsabilidad civil patrimonial
- Acceso a la justicia de familia
- Daño moral

➤ La economía ante la jurisdicción

- Jurisdicción económica
- Métodos alternativos de solución de litigios
- Especialización del juez
- Autocomposición y proceso
- Procedimientos especiales
- Celeridad, garantías y medios de impugnación
- Lo cautelar en lo económico
- Análisis económico del Derecho

➤ Jurisdicción y control de la administración

- Control jurisdiccional de la administración
- Legitimación en el proceso administrativo
- Tutela al contribuyente
- Disciplina social, régimen contravencional y control jurisdiccional
- El acto administrativo y su impugnación judicial
- Conflictos medioambientales

➤ Nuevos retos de la justicia laboral y del Derecho Previsional

- Nuevos derroteros de la justicia laboral
- Conflicto laboral y prejudicialidad
- Crisis empresarial y protección al trabajador
- Protección penal a los derechos laborales
- El derecho al trabajo frente a la globalización
- Impacto de las tecnologías de la información en el Derecho Laboral
- Tendencias y realidades actuales de la seguridad social

➤ La mujer y el niño en el Derecho del trabajo

- Protección e inserción laboral de los discapacitados
- Trabajo y enfermedad

➤ Gobierno y administración de justicia

- Acceso a la justicia. Grupos desfavorecidos
- Participación popular en la administración de justicia. Mitos y realidades

- La mujer en la administración de justicia
- Ingreso a la judicatura y formación judicial
- Ética judicial
- Modernización de la administración de justicia
- Mora judicial
- Independencia judicial

PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

Los interesados podrán presentar ponencias en forma individual o colectiva, con una extensión máxima de 30 cuartillas, en soporte magnético, antes del 5 de marzo de 2010, acompañadas de un resumen de una cuartilla, en el que se precise, además: tema, título del trabajo, nombre del autor o los autores, dirección electrónica, teléfono, fax, país al que pertenece y conformidad con que el trabajo se reproduzca durante el evento, o no.

Una comisión científica, creada por el Comité Organizador, seleccionará los trabajos que se expondrán durante el Encuentro y asignará el tiempo de exposición de cada uno de ellos.

El idioma oficial será el español; no obstante, se ofrecerá traducción simultánea español-inglés y viceversa.

SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN

Las solicitudes de inscripción se formularán al Comité Organizador mediante correo electrónico, fax, teléfono o por vía postal.

CUOTA DE INSCRIPCIÓN

Ponente	Delegado	Estudiante
120.00 CUC	160.00 CUC	100.00 CUC

La inscripción incluye credencial, programa, certificado de asistencia, y participación en el programa científico y en la actividad final.

COMITÉ ORGANIZADOR

Presidente

Rubén Remigio Ferro
presidente del Tribunal Supremo Popular

Vicepresidentes

Oswaldo Sánchez Martín
vicepresidente del Tribunal Supremo Popular

Emilia González Pérez
vicepresidenta del Tribunal Supremo Popular
Eduardo Rodríguez González
vicepresidente del Tribunal Supremo Popular
Pedro Luis González Chávez
vicepresidente del Tribunal Supremo Popular

Secretario

Ortelio Juiz Prieto
director de Informática
Tribunal Supremo Popular

Miembros

Tomás Betancourt Peña
presidente de la Sala de lo Penal
del Tribunal Supremo Popular

Narciso Cobo Roura
presidente de la Sala de lo Económico
del Tribunal Supremo y de la Sociedad
Cubana de Derecho Económico y Financiero

Carlos M. Díaz Tenreiro
pdte. de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo
del Tribunal Supremo Popular

Raudilio Martín Sánchez
presidente de la Sociedad Cubana
de Derecho Laboral y Seguridad Social

Odalys Quintero Silverio
directora de la Escuela Judicial

Migdalia Luna Cisneros
organizadora profesional de congresos
del Palacio de Convenciones

Para cualquier información, dirigirse a:

Ortelio Juiz Prieto
Tribunal Supremo Popular
Ave. Independencia e/ Tulipán y Lombillo,
Plaza de la Revolución, La Habana, Cuba
Telf. (537) 881 0742. Fax: (537) 8368064
E-mail: dinfotsp@cenai.inf.cu

Migdalia Luna Cisneros
Palacio de Convenciones de La Habana
Apartado Postal 16046. Teléf. (537) 2086176
Fax: 2028382. E-mail: migdalia@palco.cu
<http://lwwwcpalco.com>

Caridad Sagó Rivera
Agencia de Viajes Havanatur, hotel Tritón,
Telf. (537) 2019830 y 2019767
Fax. (537) 2019830. E-mail: sago@havanatur.cu
<http://www.havanatur.cu>

En torno a las Normas de presentación de textos

LA DESCRIPCIÓN BIBLIOGRÁFICA (I)

Más allá del estilo personal al escribir, el análisis de textos y el tratamiento de aspectos puramente gramaticales —los tres asuntos que, hasta ahora, han ocupado el espacio de *Lapsus cálamí*—, se impone adentrarnos en otros elementos fundamentales que atañen al quehacer de todos aquellos que redactan trabajos para ser publicados en *Justicia y Derecho*.

Tal necesidad parte de peticiones de algunos lectores de la revista, motivados a escribir, pero con inquietudes acerca de varios tópicos recogidos en nuestras *Normas de presentación de textos*, que han visto la luz en la página 2 de las últimas ediciones (y, también, se incluyen en esta).

No digo «dudas», sino «inquietudes», porque de eso se trata precisamente. Me han pedido, por ejemplo, profundizar en el tratamiento al titulado (incluidos los subtítulos), negritas, cursivas, mayúsculas y minúsculas, y el denominado plural de modestia; la diferenciación concreta, desde el punto de vista de la redacción, entre tesis, ponencia, artículo, comentario e información; y todo lo posible en relación con citas, notas bibliográficas y bibliografía.

Y pienso que bien vale dedicar nuestro espacio a ahondar en tales direcciones, pues al respecto no todo está perfectamente delimitado en los libros, ni existen definiciones precisas que puedan seguirse al pie de la letra como patrones estables. En todo caso, hay reglas plagadas de excepciones, normas ramales que se contradicen unas con otras (y hasta en sí mismas, al ejemplificar los enunciados) y criterios muy diversos, en dependencia de los intereses de cada quien.

En esa barahúnda de opiniones, y de complicaciones técnicas que muchas veces lo que logran es enredar más, estamos obligados —como editorial— a darle un tratamiento específico a determinados asuntos (siempre respetando la tendencia más generalizada en los últimos tiempos), para lograr una uniformidad en la presentación de textos, independientemente del género de que se trate.

He ahí la razón del presente trabajo (en dos partes, por el cúmulo de detalles que abarca el tema y el espacio de que dispongo en esta sección), cual propuesta concreta de la manera en que debemos describir las fuentes consultadas, en las referencias bibliográficas o notas y en la bibliografía, con las particularidades de cada una, los principales elementos intrínsecos de ellas y su interrelación con las citas.

Se trata, sin duda alguna, de uno de los entuertos que debo descifrar, modificar o reestructurar en cada edición, precisamente por el hecho de que se siguen patrones o criterios diferentes, a la hora de escribir.

(En cada enunciado donde considero necesario ejemplificar, coloco una letra volada mayúscula y, al final del párrafo, en menor puntaje, ofrezco un ejemplo correcto correspondiente a ese caso. Los expongo tal como fueron publicados, no cual verdaderas citas porque eso implicaría alterarles signos de puntuación y, con ello, se perdería la esencia de la muestra.)

LAS CITAS

Cuando resulta necesario trabajar con una fuente de información escrita (en cualquier tipo de formato), debe cuidarse mucho lo dicho por otro autor. Si hay copia textual (ya sea de un párrafo, una parte de él o una oración), hay que identificarla siempre.

Si se toma una idea general o algo harto conocido, debe procurarse darle una redacción adecuada, sin variar elementos conceptuales o informativos, pero con sintaxis y estilo propios, que denoten autenticidad. Si no se hace así, y solo se altera el orden de la frase o se sustituyen algunas palabras, entonces estaremos en presencia de una cita parafraseada, que también ha de ser identificada, para respetar en su totalidad la propiedad intelectual.

La cita breve (hasta cinco líneas, siguiendo el patrón establecido por las *Normas de presentación de textos*) se entrecomilla, y queda integrada al párrafo que le corresponde. Si, dentro de ella, se intercalan palabras que no forman parte de lo citado, puede haber dos variantes: para incluir una valoración, contrasentido o simple enlace de ideas, se cierran las comillas y se vuelven a abrir después de lo que se ha añadido;^A si se trata de una palabra o pequeña estructura que contribuye a insertar coherentemente lo citado en un contexto, se coloca entre corchetes, sin interrumpir el mencionado signo de puntuación.^B Si en la parte tomada textualmente, hay algún elemento entrecomillado, este debe aparecer entre apóstrofes.^C

^AJustamente en la exposición de motivos del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, el apartado XII define que «los 'principios éticos' configuran el repertorio de las exigencias nucleares de la excelencia judicial», y añade: «Esos principios, al procurar modelar el ideal del mejor juez posible, no sólo reclaman ciertas conductas sino que alientan que, tras la reiteración de las mismas, se arraiguen en hábitos benéficos, facilitadores de los respectivos comportamientos y fuente de una más sólida confianza ciudadana».¹

^BEl Ministerio Fiscal, en su informe, califica los hechos del Moncada, a tenor de lo establecido en el Artículo 148 del Código —como he dicho— al considerar que se había atentado contra los poderes constitucionales del Estado. Pero, como declarara Fidel: «¿Quién le ha dicho [al señor Fiscal] que nosotros hemos promovido alzamiento contra los poderes Constitucionales del Estado?».²

^CVéase el principio del fragmento de Lidia Sira presentado en el primer ejemplo.

Las citas largas (de más de cinco líneas) van sangradas (todos los renglones con idéntica entrada a la sangría normal del párrafo español) y sin comillas. En este caso, cualquier parte entrecomillada en el texto original, debe llevarlas normalmente.^D

^DEn la exposición del proyecto de este código, la Asamblea Nacional del Poder Popular expuso lo siguiente: El Código de Defensa Social no ofrece el concepto de delito; el Proyecto sí. Al definir el delito, el Proyecto se aparta de los criterios que atienden sólo a su aspecto formal. La interpretación formal del delito es ajena, como se sabe, a la Ciencia penal socialista. El Proyecto, poniendo el acento en su carácter de acto socialmente peligroso, lo define como «toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley bajo la conminación de una sanción penal» (artículo 8, apartado 1). La peligrosidad social alude a la característica de la acción; la nota de prohibición legal, a la antijuricidad.³

Cuando se elimina una parte de las citas textuales: si es al principio, se abre comillas, se colocan tres puntos suspensivos entre paréntesis y, a continuación, el texto; si es al final, se pondrán tres puntos suspensivos entre paréntesis y se cierran aquellas. La elipsis en el centro no ofrece dificultades. En cuanto a la colocación del punto final, este debe ir en el entrecomillado, si se cita un texto íntegro, es decir, cuando ese punto forma parte de lo citado; en caso contrario, se sitúa fuera.^E

^ESegún Borrero Moro, el hecho imponible de los tributos ambientales recae sobre «(...) actos, hechos o actividades degradantes del medio, (...) mientras que en otros (supuestos) el hecho imponible se limita a configurarse con base en dichas situaciones degradantes (...)».⁴

Si en el original de la parte citada textualmente, aparece un error de cualquier tipo,

nadie está autorizado a enmendarlo. Solo existen dos posibilidades válidas: o se elimina esa parte del texto, mediante la colocación de tres puntos entre paréntesis; o, a continuación del dislate, se escribe entre corchetes la palabra *sic* (así). Con ello, salvamos nuestra responsabilidad y no alteramos lo escrito.^F

^F¿Y quién podría objetar que la rebelión contra la tiranía de Batista, amén de reconocerse en un precepto constitucional, constituía un aspecto esencial de la norma de cultura arraigada durante décadas de lucha en la conciencia y el sentimiento de nuestro pueblo?, pues, como expusiera Fidel: Vivimos orgullosos de la historia de nuestra patria; la aprendimos en la escuela y hemos crecido oyendo hablar de libertad, de justicia, y de derechos. Se nos enseñó a venerar desde temprano el ejemplo glorioso de nuestros héroes y nuestros mártires. Céspedes, Agramonte, Maceo, Gómez y Martí fueron los primeros nombres que se grabaron en nuestro cerebro; se nos enseñó que el Titán había dicho que la libertad no se mendiga sino que se conquista con el filo del machete; se nos enseñó que para la educación de los ciudadanos en la patria libre, escribió el Apóstol en su Libro [sic] de Oro: «Un hombre que se conforma con obedecer leyes injustas, y permite que le pisen el país en que nació los hombres que se lo maltratan, no es un hombre honrado (...)».⁵

NOTAS O REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ya sea para identificar una cita, ya con el objetivo de hacer una acotación o ampliación, ya para sugerir algo, incluida la lectura de textos que suman elementos a lo que se acaba de decir, en un artículo, tesis, ponencia, ... son necesarias las notas, las cuales, para la presentación de trabajos con vista a ser publicados en *Justicia y Derecho*, sugerimos colocarlas al final, no en pie de página, porque en tal posición complican demasiado el proceso de edición.

Las notas, o llamadas, siempre comienzan por su indicación en el texto, mediante algún elemento identificativo (asteriscos, puntos, ...). En este caso, preferimos los números volados en orden consecutivo ascendente, los cuales se colocarán inmediatamente después de las palabras, frases o párrafos donde deseamos acotar algo, o al final de la cita que debemos identificar (en ocasiones, según el encabezamiento de esta, puede ser al principio). Si, junto a la palabra que precede a tal número, hay un signo de puntuación, aquel se colocará a continuación de este.

Aunque en la revista seguimos el principio de que los números volados, las notas y la bibliografía aparezcan impresos con un puntaje menor, necesitamos que, en los originales, se escriban igual que el texto (arial, 12 puntos), pues esto favorece la visibilidad en la lectura y la corrección, permite —con mayor exactitud— calcular el espacio que ocupará un artículo al convertirlo de word a page maker, es patrón indispensable para prever cuántos trabajos incluirá la edición, y resulta imprescindible cuando hay que sustituir uno ya procesado. Esta norma no sería tan inevitable si solo se tratara de algunas notas breves, pues no variarían mucho la extensión total; pero nos vemos precisados a establecerla porque, en la mayoría de los casos, se nos presentan decenas de ellas y algunas bastante amplias.

Un elemento muy importante es la concepción de la nota en sí. Aquí, solo me limito a tratar acerca de las que son verdaderas referencias bibliográficas, ya que deben seguir ciertos requisitos, para que cumplan su cometido, no carezcan de elementos indispensables y no incluyan otros propios de la bibliografía.

La más elemental de las notas correspondientes a una publicación no periódica (libros, folletos, ...) que se cita por primera vez debe incluir el nombre del autor (sin inversión alguna, pues aquí no se organizan por orden alfabético, como tampoco ocurre en el texto), seguido de dos puntos y el título de la obra en cursivas (si hay subtítulo, este se

escribe en letras redondas blancas, después de un punto y coma colocado para separarlo del título).⁶

⁶Revisé minuciosamente toda la colección de *Justicia y Derecho* (de donde me propuse tomar los ejemplos) y, a juzgar por los signos empleados (punto y seguido, o coma), no parece haber caso alguno de subtítulo en los libros incluidos en las Notas, a no ser que se haya pretendido indicar aquel mediante los mencionados signos. El único caso que encontré aparece recogido en la Bibliografía y lo reproduzco aquí de principio a fin, aunque, en realidad, ese tipo de descripción es propio de la segunda parte de este trabajo:
Grillo Longoria, Rafael: *Derecho Procesal Civil I*; Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1986.⁶

A partir de ahí, en la mayoría de los casos, basta con los códigos seguidos para indicar la (o las) página(s). Por ejemplo: p. 25 (si es solo esa); pp. 25-27 (cuando hay más de una consecutivamente); pp. 25 y 27 (si no son consecutivas); pp. 25 y ss. (si lo citado abarca desde la indicada hasta el final de la obra o una de sus partes); pp. 25-30 y 41, que se explica por sí sola, lo mismo que pp. 25-30 y 41-44.

Pero hay ocasiones en las que se han consultado más de un tomo (t.), volumen (vol.) o edición (ed.) y, entonces, resulta imprescindible indicarlos. En tales casos, se colocarían inmediatamente después del título (o subtítulo, si lo hubiera), separado de este por coma y, también, ellos entre sí. Los demás elementos, salvo raras excepciones, son propios de la bibliografía.

Un caso especialmente complejo e interesante se produce cuando, en la fuente a nuestra disposición (digamos A), se cita un texto escrito en una obra que no tenemos a mano (llamémosla B), y necesitamos reproducirlo. ¿Cómo lo identificamos? Sencillamente, debemos decir que eso fue expresado por B, según nos indica A. Para estas situaciones, se emplea la preposición latina *apud* («apoyado en»).

⁷Luis Manuel Cosculluela Montaner, en *Manual de Derecho Administrativo*, apud Colectivo de autores: *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, p. 487.

A partir de la segunda vez que se cita una fuente no periódica, pueden indicarse solo los apellidos del autor (si son dos, los de cada uno de ellos), seguidos de dos puntos, más *Ob. cit.* («obra citada»), en cursivas y con mayúscula el primer elemento de la estructura, porque esta sustituye al título¹ o abreviar este, si se ha mencionado antes y hay otra (u otras) obras de ese autor² y la página; lo demás, según sea necesario o no. Si la nota que sigue a esta pertenece a la propia fuente, tras colocar el número volado, basta la abreviatura *Ibíd.* (de *ibídem*, «allí mismo»), coma y la precisión de dónde está situado eso exactamente³ (si estuviera en la misma página, únicamente se pone *Ibíd.*, o *Íd.* —de *ídem*—, pero preferimos la primera variante).

¹Aquí presento una muestra de nota en la que quien la escribió hizo bien al reducir sus elementos, por haberla indicado antes integralmente. La primera vez, la redactó de esta forma:
Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal, Parte general*, p. 197.
Al mencionarla por segunda vez, abrevió adecuadamente así:
Muñoz Conde y García Arán: *Ob. cit.*, p. 46.⁸

²Esto representa un grado mayor de complicación, donde *ob. cit.* no resuelve la situación y perdería al lector, pues este no lograría descifrar de qué obra se trata. Por eso, presento un ejemplo de la verdadera solución:
Quirós: «El pensamiento...», pp. 60-69.
Valga acotar que, con anterioridad a esa nota, de Renén Quirós Pérez se habían mencionado cuatro textos: «Despenalización»; *Introducción a la teoría del Derecho Penal*; *Manual de Derecho Penal*; y «El pensamiento jurídico-penal burgués: exposición y crítica».⁹

³Aquí muestro, como ejemplos, dos notas consecutivas de un texto:
¹Fidel Castro: *La Historia me absolverá*, p. 35.
²*Ibíd.*, p. 73.¹⁰

Cuando la fuente es una publicación periódica (revistas y similares), do...
cita uno de sus textos, después de los dos puntos que siguen al autor, escribimos,
entre comillas, el título de la información, comentario, artículo,... a que corresponda
aquel, coma y la página.

Pudiera extenderme en otros detalles útiles, por si se nos presenta la ocasión de
usarlos, o necesitamos decodificar el mensaje que encierran en un texto determinado.
Pienso, por ejemplo, en otras abreviaturas y locuciones, diferenciación entre tomo y
volumen, notas múltiples (cuando se recomienda consultar varias obras); referencias
cruzadas; descripción de una fuente parcial o la que tiene autor corporativo,... pero
aquí me limito a los casos más comunes en los textos que recibimos para *Justicia y
Derecho*.

Sí quiero dejar establecido que la nota bibliográfica debe reflejar solo los elemen-
tos mínimos indispensables para identificarla con su correspondiente descripción en
la bibliografía, donde se ofrece una información más completa. Y que, por supuesto,
no puede haber contradicciones, cambios, alteraciones,... en lo que se indica en una
y en otra, lo cual he encontrado en varias ocasiones y ello me ha hecho dudar si se
trata de la misma fuente, o no, cuál es el título verdadero, o el tomo, o las páginas,...
Tiene que haber una estricta correlación entre ambas. Eso lo podremos apreciar me-
jor en la segunda parte de este trabajo.

NOTAS

¹Lidia Sira Rosario López: «Visión cubana de los principios de la ética judicial», p. 12.

²Elpidio Pérez Suárez: «Paradigma de una brillante estrategia de defensa», p. 35.

³Yan Vera Toste: «Fundamento de la esencia del concepto de delito», p. 43.

⁴Ingryd Teresa Santos Díaz: «Regulación de la tributación ambiental», p. 20.

⁵Pérez Suárez: *Ob. cit.*, p. 37.

⁶Ranulfo A. Andux Alfonso: «Régimen cautelar y efectividad de sentencias», p. 27.

⁷María Cristina Carrasco Casí: «Razones que sustentan un procedimiento común», p. 13.

⁸Vera Toste: *Ob. cit.*, p. 49.

⁹Ibid.

¹⁰Pérez Suárez: *Ob. cit.*, p. 38.

BIBLIOGRAFÍA

Andux Alfonso, Ranulfo A.: «Régimen cautelar y efectividad de sentencias», en *Justicia y Derecho*, año 5, no. 9, diciembre de 2007, Ciudad de La Habana, pp. 20-27.

Carrasco Casí, María Cristina: «Razones que sustentan un procedimiento común», en *Justicia y Derecho*, año 7, no. 12, junio de 2009, Ciudad de La Habana, pp. 7-13.

Pérez Suárez, Elpidio: «Paradigma de una brillante estrategia de defensa», en *Justicia y Derecho*, año 7, no. 12, junio de 2009, Ciudad de La Habana, pp. 32-38.

Rosario López, Lidia Sira: «Visión cubana de los principios de la ética judicial», en *Justicia y Derecho*, año 6, no. 11, diciembre de 2008, Ciudad de La Habana, pp. 12-20.

Santos Díaz, Ingryd Teresa: «Regulación de la tributación ambiental», en *Justicia y Derecho*, año 7, no. 12, junio de 2009, Ciudad de La Habana, pp. 19-31.

Vera Toste, Yan: «Fundamento de la esencia del concepto de delito», en *Justicia y Derecho*, año 7, no. 12, junio de 2009, Ciudad de La Habana, pp. 39-52.

Directorio telefónico tribunales provinciales populares

