

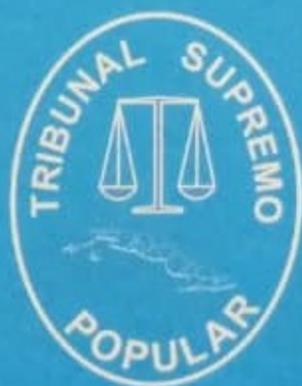
JUSTICIA Y DERECHO

No. 14, año 8, junio de 2010

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

En este número:

- *V Encuentro Internacional Justicia y Derecho*
- Discurso inaugural
- Relatoría
- *Jornada por el Día del Trabajador Jurídico*
- Homenaje al Doctor Enrique Hart Ramírez



Justicia y Derecho
**REVISTA DEL TRIBUNAL
SUPREMO POPULAR**



Director

Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez

Consejo editorial

Presidenta:

Dra. cor. Lourdes M. Carrasco Espinach

Demás miembros:

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro

M.Sc. Narciso A. Cobo Roura

Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Lic. Andrés R. Bolaños Gassó

Esp. Tomás Betancourt Peña

Esp. María Caridad Bertot Yero

Compilación:

Lic. Celaida Rivero Mederos

Diseño y composición:

Lic. Alejandro Greenidge Clark

Edición y corrección:

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Nota:

Los trabajos expresan los criterios de los autores.

Redacción:

Avenida Independencia, entre Tulipán y
Lombillo, Plaza de la Revolución

Teléfono: (537) 8 55 5035, extensión 184

E-mail: rufina@tsp.cu / ravelo@tsp.cu

SUMARIO

- A los lectores y colaboradores **2**
- A los juristas cubanos **3**
(Dr. Armando Hart Dávalos)
- Figura cimera de la judicatura cubana **5**
(Lic. Sergio Ravelo López)
- Vocación de justicia: propia, universal
y efectiva (Lic. Rubén Remigio Ferro) **8**
- Relatoría de las sesiones de trabajo **15**
(Dra. cor. Lourdes M. Carrasco Espinach)
- El paradigma de juez cubano **29**
(Esp. Vivian Aguilar Pascaud)
- ¿Principios generales del Derecho
en el sistema de fuentes? **39**
(Esp. Isabel I. Arredondo Suárez)
- Práctica judicial garantista
de los derechos de los justiciables **54**
(Esp. Orlando González García)
- Otra mirada en torno a la correlación penal **70**
(Esp. M. C. Bertot Yero y Lic. D. G. López Rojas)
- Para un adecuado tratamiento al delito
imprudente (Esp. Yamila Reyna López) **100**
- Dáviva, ventaja o beneficio como
instrumento de corrupción **127**
(Lic. Yéldiz Yin Cabrera)
- Reflexión sobre la viabilidad
de la mediación en Cuba **137**
(Esp. Nancy Morales González)
- La cosa juzgada en el Derecho Ambiental **147**
(Esp. Lidia S. Rosario López)
- Ni muy muy ni tan tan: El intérprete judicial
en Cuba (M.Sc. Narciso A. Cobo Roura) **167**
- Notijurídicas (Lic. Celaida Rivero Mederos) **176**
- Evitemos incorrecciones (I) **179**
(Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez)

ISSN 1810-0171

Publicación semestral

No. 14, año 8, junio de 2009

Nota editorial

A LOS LECTORES Y COLABORADORES

COMO parte del perfeccionamiento de la labor del Tribunal Supremo Popular, y del Sistema de Tribunales en su conjunto, en los últimos meses hemos evaluado los alentadores resultados alcanzados por la revista *Justicia y Derecho* durante los años en que ha venido cumpliendo un importante papel en la divulgación jurídica.

Los avances logrados nos permiten, en correspondencia con los análisis efectuados en el pasado proceso de balance, y los objetivos y tareas contenidos en las «Proyecciones estratégicas y Lineamientos de trabajo para 2010», iniciar una nueva etapa en busca de una calidad superior, en todos los órdenes.

Por ello, el Consejo de Gobierno del TSP aprobó un nuevo perfil editorial, en aras de elevar el rigor, calidad científica, literaria, actualidad e intencionalidad de los artículos que se publiquen, que incluye elementos identitarios, entre ellos la utilización del color azul con carácter institucional, una tipografía que hará posible una mejor lectura, y un formato que facilitará su consulta y conservación.

Igualmente, en correspondencia con su labor, se decidió modificar el nombre de Consejo de Redacción por el de Consejo editorial, integrado por presidentes de salas y jueces de alta calificación y experiencia, lo que permitirá mayor rigor evaluativo de las propuestas presentadas y de cada número de la revista, integralmente.

De tal forma, la aprobación de trabajos constituirá, en esta nueva etapa, un estímulo superior para los autores, y reconocimiento a la calidad y prestigio de las salas, tribunales e instituciones de procedencia.

Esperamos sus criterios y sugerencias, vitales para continuar perfeccionando la revista, como contribución a divulgar la labor investigativa, los fundamentos teóricos y prácticos del Derecho, la legalidad y la administración de justicia socialistas.

A LOS JURISTAS CUBANOS

Palabras del Dr. Armando Hart Dávalos para la presentación del libro *Enrique Hart Ramírez, maestro de jueces y de hombres*, en la sede del TSP, el 8 de junio de 2010.

EL Tribunal Supremo Popular decidió honrar a mi padre, Enrique Hart Ramírez, por considerarlo entre los más destacados juristas de los últimos 50 años. Mis palabras en la mañana de hoy van dirigidas a agradecer, en nombre de mi familia, la decisión del máximo órgano judicial y a presentarles una modesta contribución a este propósito.

Esta decisión me ha causado mucha satisfacción, pues siempre tuve en él un ejemplo a seguir y una inspiración para continuar esa tradición familiar y graduarme de doctor en Derecho en 1952. Por cierto, en estos días, he tenido ocasión de revisar mi tesis de grado elaborada en 1952, cuando me gradué, y he podido apreciar la estrecha relación que guarda con otros trabajos redactados a lo largo de más de 50 años. La crisis del Derecho en el siglo XX que describí en aquel texto continúa con más fuerza que nunca en el XXI.

En las aulas de la Facultad de Derecho, aprendí a hablar en público. Recuerdo que la primera vez fue en homenaje a Pedro Albizu Campos, y me asombra hoy apre-

ciar que lo dicho entonces tiene concordancia plena con lo que hoy se necesita. Subrayo que con la diferencia de los años transcurridos.

El mejor homenaje que podemos rendirle a nuestro padre, en mi nombre y en el de mi familia, se relaciona con la necesidad de destacar el papel clave de la juridicidad y cómo influyeron en nuestra formación tres eslabones básicos: familia, escuela y comunidad. Hoy, cuando han pasado tantos años, resulta indispensable articular estos tres elementos, desde la base hasta la cúspide, para evitar el colapso de la civilización que llamaron «occidental».

La ruptura del orden jurídico internacional, y el desprecio por las más elementales normas de la ética por parte del imperialismo y sus aliados, están en el trasfondo de los graves problemas que hoy enfrenta la humanidad. Se requiere para afrontarlos la juridicidad sobre profundos fundamentos éticos con una proyección y alcance universales.

De la dilatada historia de la sociedad humana, podemos extraer, como conclusión, que no hay civi-

lización que haya nacido, crecido y fortalecido sin el apoyo de un régimen de Derecho. No hubiera existido civilización esclavista romana sin el Derecho romano. Tampoco existiría civilización capitalista sin el sistema de Derecho que le sirve de sustento. No habrá socialismo en Cuba ni en ninguna parte sin que el sostén de la ley se corresponda con sus exigencias.

Rindo, por tanto, tributo a mi padre, cuya trayectoria lo convierte en un símbolo de la juridicidad. Lo hago subrayando, una vez más, la importancia que dieran él y mi madre a tres instituciones fundamentales del mundo actual: la escuela, la familia y la comunidad. Estos son baluartes que necesita el mundo para sobrevivir el momento de gravísima crisis por el que atraviesa.

Por último, quiero compartir con ustedes algo que he conveniado con el presidente, Rubén Remigio Ferro, pues tiene mucho interés para la continuidad de este empeño. Se trata de organizar círculos de estudios e investigaciones jurídicas con el nombre de «Enrique Hart Ramírez» en la presidencia del Tribunal Supremo Popular. Estos tendrían por misión estudiar e investigar la cultura jurídica de Martí y de Fidel con vistas a alcanzar un objetivo supremo: un mundo que pueda salvarse del exterminio que amenaza al planeta y a

nuestra especie. Estoy seguro de que los juristas cubanos podrán hacer mucho en este empeño.

Les acompaño, también, una serie de trabajos que avalan el aporte de la política, la educación y el Derecho para alcanzar estos grandes objetivos; entre ellos, una relación de principios filosóficos que nos pueden conducir al camino de la acción, y recuérdese que Lenin dijo que «sin teoría revolucionaria tampoco puede haber movimiento revolucionario».*

Les expongo algunos principios filosóficos que se deben estudiar en nuestra época:

–La política tiene, entre sus objetivos esenciales, instrumentar medidas encaminadas a defender los intereses de los sectores dominantes en la sociedad.

–La educación persigue preparar culturalmente a la población para estos fines.

–El Derecho tiene por misión establecer, a través de principios jurídicos, las relaciones entre las necesidades de la práctica y las exigencias de los intereses dominantes.

* V. I. Lenin: «¿Qué hacer?» [escrito entre fines de 1901 e inicios de 1902], en *Obras completas*, t. 6, Editorial Progreso, Moscú, 1981, pp. 1-203.

Lo anterior tiene fundamentos en las profundas verdades filosóficas a lo largo de la historia.

La relación entre los diferentes objetos de la realidad está en establecer vínculos de cada uno de los procesos de la vida real, de forma que puedan hacer prevalecer los intereses dominantes. Pongamos un ejemplo, a partir del Derecho: la legalidad debe garantizar un vínculo eficaz para proteger la justicia, tal como se entiende en cada época. Esto, desde luego, se ha hecho siempre.

La justicia universal a plenitud para toda la humanidad solo es posible lograrla a través de una articulación del objeto de la realidad que sirva a todos sin excepción. Por eso, la justicia plena a nivel universal resulta siempre mucho más compleja que cuando se aprecia en nombre de intereses parciales. Por eso, el socialismo, con la aspiración

a la justicia universal, es más complejo que cualquier otro régimen social. Para esto, es necesario estudiar lo expresado por los grandes pensadores y próceres. He ahí la fuerza que tiene la cultura cubana y su tradición, expresada en el pensamiento de Luz y Caballero, cuando afirmó: «Todas las escuelas y ninguna escuela, he ahí la escuela.» Para mí, esta es la escuela de Marx, Engels, Lenin, Martí y la mejor tradición cubana. Ahí están los fundamentos de las raíces de la tradición cubana del siglo XVIII.

En fin, les reitero mi agradecimiento por la iniciativa de homenajear a mi padre y el compromiso de contribuir modestamente a exaltar su ejemplo y su contribución a mantener viva la tradición jurídica de la nación cubana, de gran importancia para las nuevas generaciones.

Muchas gracias.

Dr. Enrique Hart Ramírez

FIGURA CIMERA DE LA JUDICATURA CUBANA

Lic. Sergio Ravelo López,

jefe del Departamento de Divulgación e Información, TSP

EN ocasión de celebrarse la Jornada por el Día del Trabajador Jurídico, el Tribunal Supremo Popular y el Sistema de Tribunales, en general, dedicaron especial homenaje de recordación a una de las figuras cimera de la judicatura cubana, el doctor Enrique Hart Ramírez, quien se desempeñó durante 54

años como juez, en diversas instancias, hasta ocupar la Presidencia del Tribunal Supremo Popular entre 1959 y 1980, desde cuya alta investidura, con la entereza, profesionalidad y sentido del deber que lo caracterizaban, tuvo a su cargo un papel relevante en los profundos cambios y procesos que lle-

vó a cabo la Revolución, en aras de la consolidación y perfeccionamiento de la legalidad socialista.

Enrique Hart Ramírez nació en La Habana el 13 de diciembre de 1900. Realizó estudios en el Instituto de Segunda Enseñanza de la capital, donde fundó y coeditó la revista *En Broma. Edición en Serio*. Fue un estudiante ejemplar y obtuvo el título de bachiller en julio de 1918.

Ingresó en la Universidad de La Habana en septiembre de 1918 y, en 1922, se graduó con altas calificaciones como doctor en Derecho Civil y Derecho Público. Ejerció la abogacía en diferentes bufetes, entre 1922 y 1925; y, al año siguiente, ganó por oposición una plaza de juez municipal de Trinidad. Tres días antes, había contraído matrimonio con la doctora en Farmacia Marina Dávalos Torice, de cuya unión nacieron sus hijos Enrique Armando, Armando Enrique, Marina, Martha, Jorge, Alberto y Gustavo. Con especial sentido de la ética y los valores patrios, supo inculcar en sus hijos principios e ideales que enrumbarían sus vidas por el camino de la Revolución.

En virtud de su trabajo, fue promovido en diversas ocasiones: en 1932, a juez de instrucción de Trinidad y, en 1935, al mismo cargo en Sancti Spíritus. En 1937, fue nombrado juez de primera instancia de

Colón y correccional de Matanzas. Diez años después, a magistrado de la Audiencia de Santiago de Cuba. En 1950, pasó a la Audiencia de Matanzas y, dos años más tarde, a la de La Habana, donde lo sorprendió el golpe de Estado del 10 de marzo de 1952.

El régimen, entre sus primeras medidas, derogó la Constitución de 1940 y en su lugar instauró unos llamados Estatutos Constitucionales. Él se negó a jurarlos y solo se vio obligado ante una orden que libró la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de Justicia, lo que lo ponía en entredicho ante la dictadura.

En octubre de 1957, la Sala Especial de Gobierno del Tribunal Supremo radicó la causa número 93 «para conocer de la actuación del Magistrado de la Audiencia de La Habana, Dr. Enrique Hart Ramírez», a partir de una investigación del Servicio de Inteligencia Militar que lo vinculaba a las actividades revolucionarias de sus hijos Armando y Enrique y expresaba que su permanencia en el poder judicial constituía «un serio peligro para la estabilidad de la República».

El 6 de marzo de 1958, once magistrados de la Audiencia de La Habana, entre ellos el doctor Enrique Hart, y dos jueces de tribunales de instancias, suscribieron un escrito, hecho público, donde denunciaban la violencia del

régimen y las presiones sobre el poder judicial.

Como consecuencia de lo anterior, el doctor Hart fue separado de su cargo. Perseguido por el régimen, pues mantenía cercanas relaciones con combatientes clandestinos, a lo que se sumaba la destacada trayectoria de sus hijos Enrique –muerto por una explosión durante acciones clandestinas– y Armando, uno de los principales dirigentes del Movimiento 26 de Julio, partió al exilio para regresar al país tras el triunfo revolucionario del Primero de Enero.

En febrero de 1959, ante sus méritos y capacidad, pasó a ocupar el cargo de Presidente del Tribunal Supremo, el que desempeñó hasta su jubilación en 1980.

Durante ese tiempo, hizo patente su impronta en los profundos cambios que tenían lugar en el país en la conformación y consolidación de la legalidad socialista y el trascendente papel que debía desempeñar una judicatura genuinamente revolucionaria y popular.

En consideración a sus relevantes méritos, en 1966 recibió el carné número 1, en el proceso de acreditación de abogados. Con la sencillez que le era propia, participaba como revolucionario de filas en diversas tareas que llevaba a cabo nuestro pueblo.

Fue miembro destacado del Secretariado de la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido, que redactó las leyes de Organización del Sistema Judicial, de Procesamiento Civil, Administrativo y Laboral, y el Código de Familia; miembro de la Comisión que elaboró el anteproyecto de la Constitución Socialista de 1976; integrante del Consejo Mundial de la Paz; representante de Cuba, desde 1966, en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya; delegado a los primeros congresos del Partido, vicepresidente de la comisión encargada de los proyectos de resoluciones sobre la Constitución, la Ley de Tránsito Constitucional y los Órganos del Poder Popular, entre otras. Propuesto por el Comandante en Jefe Fidel Castro, fue el primer cubano en recibir la Orden Nacional José Martí, al pasar a retiro en 1980.

El doctor Enrique Hart constituye paradigma para los juristas y jueces cubanos. Nos legó no solo su ejemplo de revolucionario íntegro y consagrado por entero a la causa del pueblo, sino, además, un rico caudal de ideas y principios, su arraigado sentido popular, creador y revolucionario, que mantienen total vigencia en nuestros días y nutren lo mejor del pensamiento jurídico cubano.

VOCACIÓN DE JUSTICIA: PROPIA, UNIVERSAL Y EFECTIVA

Discurso pronunciado por el Lic. Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular, en la apertura del V Encuentro Internacional Justicia y Derecho, el 26 de mayo de 2010

Distinguidos miembros de la Presidencia,
Estimados delegados e invitados:

Permítanme, en primer lugar, expresar la profunda satisfacción y gratitud que experimentamos los juristas cubanos, en particular los integrantes del sistema judicial, por la presencia entre nosotros de tan numeroso y calificado grupo de profesionales, estudiosos y operadores del Derecho, provenientes de 19 países de Latinoamérica, Europa y África.

La calurosa acogida dispensada por los colegas de otras naciones aquí presentes a la convocatoria de este encuentro, el quinto organizado por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, constituye, sin dudas, una muestra de consideración y respeto hacia nuestros órganos judiciales y, mediante ellos, hacia nuestro país y su pueblo resuelto, digno e ineludible frente a asedios y amenazas de cualquier tipo. Ello refuerza nuestro empeño en corresponderles con el despliegue de la sincera y fraterna hospitalidad que nos caracteriza.

Destaco, con especial énfasis, el alto honor que significa para todos los aquí reunidos compartir estas jornadas con las prominentes autoridades cubanas que nos acompañan, junto a ilustres personalidades de naciones hermanas que prestigian sobremanera esta reunión, que igualmente se honra con la presencia de distinguidos representantes del cuerpo diplomático acreditado en el país.

El propósito de este evento es, nuevamente, propiciar la reflexión, el debate y el intercambio técnico-profesional y académico en torno a diversos temas de naturaleza jurídica, vinculados directa e indirectamente con la actividad jurisdiccional, que puedan servir de provecho, de cara a los procesos de actualización y evolución de concepciones y prácticas que, en relación con el Derecho y la administración de justicia, tienen lugar en la mayoría de nuestros países.

En Cuba, nos mantenemos en el empeño de alcanzar niveles superiores de eficiencia y eficacia en la labor judicial y jurídica en general y,

en aras de lograrlo, trabajamos en la revisión crítica de disposiciones, procedimientos y prácticas establecidas, para modificarlas en lo pertinente y atemperarlas a las actuales necesidades y circunstancias del país y sus perspectivas. De esa manera, el Derecho y la justicia se insertan como corresponde, en la dinámica de evolución progresiva que se opera en las esferas económica, política y social del país.

De ahí que apreciemos muy positivamente oportunidades como las que ofrece este congreso para escuchar e intercambiar experiencias y puntos de vista, que nos ayuden a enriquecer el arsenal de ideas y enfoques que impulsan y sustentan el perfeccionamiento de la actividad judicial para hacerla más accesible, inclusiva, garantista, inmediata y efectiva.

Aun así, creo importante significar que, por razones que nos parecen obvias, en Cuba consideramos que el sistema jurídico y judicial del país solo funciona con la debida efectividad y eficacia, si se estructura consecuentemente atemperado a las condiciones contextuales de nuestro entorno, aunque sin perder de vista el necesario e imprescindible referente recogido en convenciones internacionales y las experiencias foráneas afines. En tal sentido, evitamos traspolar mecánicamente a nuestro ordenamiento sustantivo o procesal disposiciones o prácticas que no se avengan con la idiosincrasia, cultura y valores del pueblo cubano y el nivel de desarrollo de nuestra sociedad.

La experiencia enseña con suficiente elocuencia que allí donde se olvidan de estos condicionamientos y postulados, el sistema jurídico resulta una entelequia inoperante e inefectiva para su población, que es su principal destinataria, y deja, por tanto, de cumplir su función y cometido. El *esnobismo* y el *vanguardismo* jurídicos a ultranza conducen a perder el contacto con la realidad circundante, a contrapelo de las necesidades concretas y palpables de lo circunstancial y específico de cada escenario nacional o regional.

A los colegas que nos visitan por primera vez, o carezcan de suficiente información sobre el sistema judicial cubano, les adelanto que su posicionamiento está expresamente refrendado por la Constitución y la ley, y se estructura y funciona sobre la base de los principios de independencia judicial, unidad de jurisdicción, integración colegiada de todos los órganos judiciales, participación popular directa en la administración de justicia y carácter electivo, inamovible, responsable y revocable de los jueces, entre otros aspectos que le confieren a este sistema la incuestionable juridicidad y legitimidad que solo pretenden

negar quienes lo examinan desde una óptica sesgada por prejuicios ideológicos tendenciosos y aviesos, al estilo de patrones hegemónicos dictados ya se sabe donde.

Los adversarios del socialismo cubano, liderados como se conoce por el gobierno norteamericano, mantienen una furibunda campaña difamatoria contra nuestro país en todos los ámbitos; los tribunales de justicia, los procesos y las decisiones judiciales que aquí tienen lugar no escapan a su ponzoñosa alharaca. No obstante, en esta actividad, como en cualquier otra, la realidad palpable e incuestionable de lo que en Cuba acontece echa por tierra toda falacia o patraña malintencionada. La transparencia en la actuación de nuestros órganos judiciales, su apego a la ley y al Debido proceso; el carácter abiertamente popular e inclusivo de sus integrantes, son prueba irrefutable de que, más allá de dificultades y aspectos perfectibles, nuestra administración de justicia constituye también una conquista de la Revolución, con un desempeño superior al que pudieran mostrar aquellos que se autoevalúan como paradigmas de democracia y adalides del Derecho. Este cónclave les permitirá a los participantes constatar la certeza de lo anteriormente expresado.

Por otra parte, el programa científico del congreso incluye varias proyecciones de interés y actualidad acerca de modestas experiencias cubanas relacionadas con la administración de justicia, en temas como el sistema de control judicial y social al cumplimiento de las penas sustitutivas de la privación de libertad y de los beneficios de excarcelación anticipada, y la relativa a los procesos vinculados al Derecho de Familia, con creciente inclusión de enfoques multidisciplinarios y el reforzamiento de la oralidad, entre otras novedades.

De gran interés e impacto en ese sentido resultan, también, las transformaciones que, desde hace algunos años, vienen operándose en el sistema penitenciario del país, sobre la base de concepciones muy avanzadas en relación con el papel de la educación, la cultura y el deporte en la rehabilitación de las personas que cumplen sanciones de internamiento, lo que incluye la implementación de condiciones que favorecen los vínculos sistemáticos de estas personas con su familia y la sociedad.

No creo necesario extenderme ahora en detalles al respecto. Los participantes en este encuentro tendrán oportunidad de escuchar las exposiciones que, en relación con algunos de estos temas, realizarán destacados juristas y especialistas; además de la posibilidad de pro-

fundizar en los ricos intercambios que solemos sostener, más allá de los reducidos espacios de tiempo y lugar consagrados al programa científico.

Creo prudente de mi parte anticiparles que, si bien no encontrarán al respecto ninguna novedad espectacular, seguramente podrán constatar que, más allá de imperfecciones y defectos, el sistema judicial y la administración de justicia en nuestro país funcionan con aceptable efectividad, como garantes de la tutela y la seguridad jurídica de los ciudadanos y la sociedad, y tienden a continuar consolidándose y avanzando, lo que determina que no padezcamos aquí la grave crisis de confianza de la población en las instituciones judiciales, presente en no pocos lugares del mundo.

En razón de ello, en Cuba albergamos la profunda convicción de que, tanto o más que las retóricas conceptuales y apologéticas o exquisiteces normativas, que tanto proliferan en ámbitos oficiales o académicos, son los hechos y realidades que acontecen, cotidiana o eventualmente, en el escenario en que se imparte justicia, los que dicen la última palabra acerca de la objetividad, intensidad y extensión con que se materializa la necesaria interacción entre Constitución, democracia y actividad judicial.

El sentido de lo justo, el discernimiento y la sensatez aparecen generalmente en la mayoría de los seres humanos, con independencia de que tengan o no conocimientos especializados en Derecho; de la misma forma, pueden estar ausentes, de manera permanente o momentánea, en algunos dotados de conocimientos técnicos o científicos en el orden jurídico. Por ello, un poder judicial que se precie de ser democrático no debe subestimar nunca la percepción que pueda tener la ciudadanía, en general, sobre el nivel de acierto con que se cumple nuestra compleja misión.

Los asuntos que se ventilan en los tribunales de justicia en cualquiera de las disciplinas jurídicas (penal, de familia, civil, etc.) suelen reflejar, en lo fundamental, conflictos que tienen su génesis en el ámbito de las relaciones sociales y, por tal razón, cualquier intento por encontrarles una solución justa, democrática y razonable, además del necesario sustento legal, debe contener, cuando corresponde, un enfoque que no pierda de vista esa dimensión humana que los caracteriza.

Dicho de otro modo, el carácter verdaderamente democrático de la impartición de justicia también tiene que ver con la capacidad real de los jueces de tomar en cuenta, para sus análisis y decisiones, junto a

las normas y disposiciones aplicables al caso que se enjuicia, los factores circunstanciales y contextuales concomitantes con los hechos y las personas involucradas en el asunto sometido al arbitrio judicial. Debemos tener siempre presente que los jueces juzgan, pero a la vez son permanentemente enjuiciados en su desempeño por la sociedad en cuyo nombre, según usual mandato constitucional, se ejerce la función. Es un contrasentido, en nuestra opinión, llamar *democrático* a un poder judicial que actúa tras bambalinas y de espaldas a la generalidad de la ciudadanía de su país.

Partiendo de los criterios expresados con anterioridad, uno de los rasgos distintivos fundamentales de la actividad judicial en Cuba consiste en la actitud subjetiva asumida por los jueces sobre la necesidad de ejercer su función como un verdadero e importante servicio a la sociedad, para cuyo cumplimiento cabal se requiere, ante todo, de un profundo sentido de justicia.

Esa postura de los jueces cubanos es, naturalmente, resultado de la plena conciencia sobre la trascendencia de nuestra misión, adquirida al calor del propio proceso revolucionario cubano y su perenne lucha, desde hace más de medio siglo, por 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 de la mujer, con el propósito, raigal y explícito, de *conquistar toda la justicia*.

He querido destacar deliberadamente el carácter decisivo que implica, en nuestro caso, la actitud subjetiva de los jueces en el desempeño de la labor jurisdiccional, porque, al tener bajo su atribución la dirección de los procesos judiciales y la potestad de decidir conforme a Derecho, el litigio sometido a su juicio, 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 Constitución misma y el resto del ordenamiento jurídico del país, incluyendo las normas que regulan los procedimientos judiciales.

Partiendo de la consideración anteriormente expresada, el Sistema de Tribunales de la República de Cuba presta atención tanto a la formación y desarrollo profesional continuo de los jueces en temas científico-técnicos de Derecho Procesal y sustantivo, como en aquellos vinculados con el afianzamiento de la ética judicial en el desempeño y

los relacionados con informaciones de interés territorial, nacional e internacional.

Para nosotros, cada acto y decisión judicial, además de su incuestionable fundamento legal, debe caracterizarse 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 materializarlos constituye nuestro mayor empeño, en el entendido de que, aun cuando la mayoría del pueblo cubano muestra confianza en la actuación de sus jueces y tribunales, todavía existen deficiencias de nuestra parte por erradicar.

Nada de lo dicho hasta aquí debe entenderse en contraposición con la plena vigencia del principio de independencia judicial. Más bien debe asumirse como complemento necesario e imprescindible para que su ejercicio no rebase los límites de lo verdaderamente democrático en la administración de justicia, con sus componentes de imparcialidad, transparencia y eficacia. Resulta totalmente irracional que la insoslayable independencia objetiva y subjetiva que debe amparar a los jueces sirva de manto protector al libre albedrío, la anarquía y la irresponsabilidad en el desempeño de esa trascendental función. Cuando así sucede, son inevitables las crisis de confianza de la población en las instituciones judiciales, como ocurre en no pocos lugares.

La libertad de los jueces para tomar decisiones, sin interferencias ni influencias ajenas al proceso, necesita de control social como correlato que les prevenga de caer en las antípodas de lo justo, lo ético y lo legal. Quienes se alarman y rasgan sus vestiduras ante esta posibilidad prefieren la arbitrariedad a la justicia, los turbios conciliábulos al actuar transparente, la impune prevalencia de intereses ocultos a la tutela de los derechos legítimos.

El juez que se precia de actuar con verticalidad ética y profesional sabe, además, que tiene en sí mismo al principal garante de su independencia para juzgar. Si es genuflexo, influenciado o corrupto, ninguna barrera normativa o institucional impedirá que ceda ante presiones, sobornos o intentos sutiles de predisponer su criterio, y tendrá que lidiar indefectiblemente con ellos mientras ejerza la profesión.

Precisamente por defender ese fuerte compromiso con la justicia y la ética, y porque concebimos que el desempeño legítimo de la función

judicial supone siempre la actitud digna y responsable de quienes la ejercen, repudiamos profundamente las veleidades y turbios manejos a que se prestan ciertos órganos judiciales en algunos sitios del mundo, donde se pone de manifiesto una evidente prostitución de la profesión por parte de jueces venales que colocan sus togas y sus conciencias al servicio de mezquinos intereses, mancillando el honor y prestigio de la magistratura.

De ahí que, siendo consecuentes con esos principios y sintiéndonos parte indisoluble de este pueblo digno, heroico y batallador, los jueces y demás juristas cubanos reiteramos nuestra profunda indignación y protesta por el amañado y parcializado juicio, violatorio de las garantías del Debido proceso, de la Constitución y las normas procesales de los Estados Unidos de Norteamérica, mediante el que han resultado injusta y severamente sancionados por un tribunal de aquel país, y por razones indudablemente políticas, cinco jóvenes cubanos (a los que nuestro pueblo reconoce como Héroe de la República de Cuba), cuya única *falta* consistió en haber procurado información acerca de los tenebrosos planes de grupos mafiosos y terroristas radicados en la Florida, para que tanto el pueblo de Cuba como el de Estados Unidos pudieran protegerse de sus programadas acciones de destrucción y muerte.

Estimados colegas, amigos y amigas que nos visitan:

Cuba les acoge hoy en pleno apogeo de su empeño por construir una sociedad mejor, integrada por hombres y mujeres cada vez más cultos, dignos y libres. Para lograrlo, continuaremos enfrentando grandes obstáculos y desafíos, pero sabremos vencerlos con determinación, unidad y convicción infinita de que ese mundo mejor es posible.

Esperamos que su presencia entre nosotros les permita, también, conocer parte de las bondades y bellezas de este país, y su rico patrimonio histórico, cultural y social. Sobre todo, no dejen pasar la oportunidad de conocer el gran tesoro de esta isla que es su gente, esa que, pese a las adversidades, no claudicará en su empeño de hacer realidad el sueño de nuestro Héroe Nacional José Martí de conquistar toda la justicia.

¡Sean todos y todas bienvenidos al Congreso!

¡Declaro inaugurado el V Encuentro Internacional Justicia y Derecho!

Muchas gracias.

V Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2010

RELATORÍA DE LAS SESIONES DE TRABAJO

Dra. cor. Lourdes María Carrasco Espinach

Distinguidos señores invitados,

Estimados delegados:

Luego de tres días de intensa labor, concluimos hoy, 28 de mayo, el V Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2010, auspiciado por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Se caracterizó por la amplia concurrencia de magistrados, jueces y otros juristas provenientes de 19 países. Por América: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guadalupe, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y Cuba, como país sede; en representación de Europa: España, Italia, Rusia y Suecia; y, por África: Mozambique. El Encuentro contó con la presencia de 144 delegados cubanos y 81 de otras naciones.

Se prestigió con la presencia de José Ramón Machado Ventura, primer vicepresidente del Consejo de Estado de la República de Cuba, y la participación de invitados, autoridades gubernamentales y políticas e ilustres personalidades cubanas y de otras latitudes:

Dr. Ricardo Alarcón de Quesada, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

Lic. Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado de la República de Cuba.

Lic. Darío Delgado Cura, fiscal general de la República.

Doctora María Esther Reus González, ministra de Justicia.

Doctor José Luis Toledo Santander, presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

Lic. Joaquín Bernal Rodríguez, vicejefe del Departamento de Organización del Comité Central del Partido.

Doctor Arnel Medina Cuenca, presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

General de brigada Adalberto Rabeiro García, jefe de la Dirección de Investigación Criminal y Operaciones del Ministerio del Interior.

Excelentísima señora Luisa Estella Morales Lamuño, presidenta del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela

Excelentísimo señor Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional de Ecuador.

Excelentísimo señor Alexander N. Savenkov, vicepresidente del Comité para la Legislación Constitucional, Asamblea Federal de Rusia.

Doctor Víctor Manuel Núñez, vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay y presidente de su Sala Constitucional.

Doctor Alberto Cigarruista Cortés, vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá y presidente de la Sala Primera de lo Civil de dicha Corte.

Doctor Walter Nunes da Silva Júnior, magistrado consejero del Consejo Nacional de Justicia de Brasil.

Doctor Winston Spadafora Franco, presidente de la Sala Tercera de lo Contencioso, Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Panamá.

Doctor Juan Cristóbal Morales Ordóñez, magistrado de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador.

Doctor Leonardo Simbine, juez consejero del Tribunal Supremo de Mozambique.

Doctor José Xavier Junior, juez presidente del Tribunal de la Policía de Mozambique.

Doctor Magnus Augustus Costa, juez federal de la República de Brasil.

Doctor Isidro Acosta Galindo, presidente de la Unión Nacional de Abogados Indígenas de Panamá.

En sus palabras inaugurales, el presidente del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, Lic. Rubén Remigio Ferro, luego de patentizar nuestra gratitud por la asistencia de colegas y prominentes autoridades cubanas e ilustres personalidades de naciones hermanas, expresó que, una vez más, el propósito del evento es propiciar un espacio de reflexión e intercambio en torno a temas vinculados con la actividad jurisdiccional de cara a su evolución, en la que también nos encontramos inmersos, atemperándola a la idiosincrasia, cultura, valores y desarrollo de nuestra sociedad. Significó que el sistema judicial cubano está constitucional y legalmente instituido, sobre la base de principios que le confieren incuestionable juridicidad y legitimidad. Resaltó que la administración de justicia no escapa a la campaña difamatoria contra Cuba, no obstante que su realidad –identificada por la transparencia, el apego a la ley y al Debido proceso, el carácter popular e inclusivo de sus integrantes, la agilidad en la resolución de los asuntos, y la inmediatez en la ejecución de las sentencias– echa

por tierra toda patraña, constatable mediante las modestas experiencias incluidas en el cónclave, que si bien perfectibles, permiten que no se padezca aquí la grave crisis de confianza presente en no pocos lugares: son los hechos los que dicen la última palabra acerca de la interacción entre Constitución, democracia y actividad judicial; uno de cuyos rasgos distintivos en Cuba consiste en la actitud subjetiva asumida por los jueces en el ejercicio independiente de su función, como soporte de la observancia de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, de manera que cada acto y decisión judicial, además de su legalidad, se distinga por la transparencia, sensatez y sentido de lo justo.

Destacó que, por defender ese compromiso con la justicia y la ética, reiteramos nuestra profunda indignación y protesta por el amañado y parcializado juicio, violatorio de las garantías del Debido proceso, de la Constitución y de las normas procesales de los Estados Unidos de Norteamérica, mediante el que fueron injusta y severamente sancionados cinco cubanos, por razones indudablemente políticas y la única «falta» de proteger al pueblo cubano y al norteamericano de acciones de destrucción y muerte orquestadas por terroristas radicados en la Florida. Concluyó con una invitación a conocer el gran tesoro de esta isla, su gente, que no claudicará en su empeño de hacer realidad el sueño de nuestro Héroe Nacional José Martí de conquistar toda la justicia.

El programa científico se caracterizó por la diversidad de temas examinados; contó con una intervención especial, 10 conferencias magistrales, 5 conferencias, 28 ponencias, 12 paneles y 3 talleres.

En la mañana del primer día, el plenario disfrutó de tres conferencias magistrales. La primera a cargo del profesor Jorge Juan Lozano Ros, asesor de la Oficina del Programa Martiano del Consejo de Estado de la República de Cuba, y vicepresidente de la Cátedra Martiana, quien, sobre la base del principio filosófico estructural de José Martí, transmitió un mensaje de reflexión, patriotismo, integridad, y generosidad en el que se entrelazan su pensamiento, el de Marx y el de Fidel, y realizó las concepciones martianas sobre la humanidad como patria, y la dignidad como ley suprema de la República.

Otra, en la voz del doctor Juan Morales Ordóñez, magistrado de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, versó sobre el constitucionalismo contemporáneo en la región latinoamericana, su incidencia en la Teoría General del Derecho y la dogmática jurídica, la relación

de la norma con la realidad social y los valores, como vía para realizar la justicia.

Cerró la jornada matutina la excelentísima señora Luisa Estella Morales Lamuño, presidenta del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, quien enfatizó que el nuevo constitucionalismo venezolano posee un carácter incluyente, procura que el Derecho emerja de la propia sociedad, refleja los principios bolivarianos, la voluntad popular, la justicia, la protección de la mujer, y transmitió la experiencia de crear salas de justicia especializadas, de todo lo cual se deriva un reto para la formación de los jueces.

En la tarde, se emprendió el trabajo en tres comisiones. En lo penal, se desarrollaron cuatro ponencias y un panel. El doctor Rogelio Barba, de México, trató la política de despenalización como medio eficaz para una justicia penal justa, a la que debe ser sometida la legislación penal sustantiva vigente en su país, que entiende que conduce a una verdadera incertidumbre.

A continuación, expusieron tres cubanos: el doctor Carlos Mejías Rodríguez delineó sus consideraciones sobre la proyección realizadora del Derecho Penal económico, las medidas organizacionales adoptadas en su persecución, promoción y juzgamiento, y la necesidad de especialización de la judicatura en esa materia.

El doctor Armando Torres Aguirre fundamentó la prisión como último recurso del Derecho Penal, la adopción de sanciones alternativas, la experiencia nacional respecto al control de su cumplimiento, y otros beneficios de excarcelación anticipada previstos en la ley.

Sobre el juicio oral, la doctora María Elvira Batista Ojeda destacó el humanismo como base de la responsabilidad penal, su reflejo como garantía de la administración de justicia, y la presencia de principios en esta fase del proceso, que permiten a los jueces una actitud integradora.

Por último, en un panel compuesto por Clara Consuegra, Bryan Gual, Yusuan Palacio, Arnel Medina, Carla Menéndez e Hilda María Vázquez –estudiantes de Derecho de la Universidad de La Habana–, a través de juicios connotados a escala mundial, interpretaron el pasado, presente y futuro de quebrantos a la justicia, y del enfrentamiento a crímenes contra la humanidad.

La materia civil se inició con un panel sobre la experiencia judicial cubana en temas de familia, donde la máster Luz de la Caridad Chinique Rojo enarboló que su procedimiento se debe diferenciar del establecido para la generalidad de la materia civil, e instituirse el auxilio interdis-

ciplinario; la especialista Lourdes Rodríguez Bautista relató los éxitos en la práctica del nuevo proceso familiar, y la psicóloga Daylanys Figueroa Verdecia precisó las fases en la actuación del equipo multidisciplinario, en cuyo eje se encuentran los niños y las niñas; mientras, la máster Caridad Katywska Pimentel Rueda incursionó en las garantías que estos poseen mediante los tribunales de familia y el papel activo del juez en ellos.

Tuvo fin esta temática con una ponencia de la licenciada Jennie Aimeé Molina Morán, de Guatemala, quien, a partir de su labor como jueza de primera instancia, puntualizó los obstáculos en la consecución de la justicia de familia.

Concluyó esta comisión con una conferencia del doctor Leonardo Pérez Gallardo, quien discursó que el Derecho Sucesorio en Cuba no puede quedar rezagado ante los cambios sociodemográficos que ya se sienten, pues las normas jurídicas han de ser expresión de la dinámica social, y no tomarlo en cuenta en las regulaciones de la sucesión iría contra la esencia de estos tiempos.

En otra comisión, se mantuvo el lugar abierto para la mediación en el encuentro anterior, con un taller integrado por expositores del país sede, que, en lo económico, contó con las másteres Yamilka Ríos Ibar y Maritza Labrada Verdecia. La primera enfatizó en la necesidad de favorecer soluciones autocompositivas de carácter intraprocesal; la segunda analizó que la mediación propicia la audiencia preliminar, y la conveniencia de un mayor uso de esta figura procesal.

Respecto a lo laboral, la especialista Nancy Morales González reflexionó sobre las inconveniencias de aplicarla como sistema alternativo en Cuba, por considerar que no existen las circunstancias que la justifican en otros países.

La mediación familiar fue tratada por las másteres Yamila González Ferrer y Misalys Hernández Pérez. La primera sintetizó que es un instrumento en la solución de conflictos y el papel que en ella desempeñan las casas de orientación de la mujer; la segunda resaltó que constituye una tendencia del Derecho de Familia moderno, el interés superior del niño y de la niña, y su empleo en controversias derivadas del ejercicio de la patria potestad.

Desde lo penal, la máster Marily Fuentes Águila destacó la utilidad de instituirlo como medio para prevenir y enfrentar determinados delitos, y fijó los objetivos, beneficios, limitaciones, condiciones y diseño para implementarla.

A modo de colofón, fue presentado el libro *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos. Senderos para la paz*, de las doctoras María Cristina Cavalli y Liliana Graciela Quinteros Avellaneda, de Argentina.

Paralelamente, en otra comisión, se trataron temas diversos. Así, en una conferencia, el doctor Vittorio di Cagno, de Italia, valoró la relación entre justicia y amor, su previsión y aplicación desde las enseñanzas de José Martí, y llamó a incorporarlas en el actuar cotidiano.

En lo adelante, se brindaron tres ponencias: El doctor José Alfredo Tapia Navarrete, de México, señaló que los gobiernos deben generar condiciones mínimas para solucionar las necesidades vitales, en especial de los menos favorecidos, y erradicar medidas que rezagan salir de la pobreza y crean vulnerabilidad a vicios e ilegalidad.

Desde su óptica como abogada, la doctora Claudia Cerdá, de Argentina, presentó una propuesta sobre el rol que corresponde a los abogados ante emergencias debido a desastres causados por la naturaleza.

La maestra Rosa Cózatl Sánchez, de México, describió la no exigencia en la Ley Federal del Trabajo de la identificación a los absolventes en la prueba confesional, y propuso su modificación con el fin de garantizar la seguridad jurídica.

En la mañana del segundo día, se reanudaron las sesiones en plenaria con cinco conferencias magistrales y un panel. La inicial, a cargo de la máster Marcia Enrique Charles, viceministra de Trabajo y Seguridad Social de Cuba, mostró los beneficios que introduce la nueva Ley de Seguridad Social, la cual mantiene al Estado como garante de la política que la rige, y se basa, entre otros, en los principios de universalidad y solidaridad, ante el reto que representa el envejecimiento poblacional.

Le dio continuidad el doctor Víctor Manuel Núñez, vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, el que caracterizó la incidencia de la reforma penal en el Debido proceso que, en relación con el procedimiento abreviado aplicable a los menores por mandato del Código de la Niñez y la Adolescencia, violenta derechos y garantías previstos en la Constitución.

A partir de un recorrido histórico, el excelentísimo señor Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional de Ecuador, discursó que el actual modelo constitucional es garantista, democrático y participativo, implica transformaciones y concede a los jueces la interpretación auténtica, lo que los convierte en jueces constitucionales.

El doctor Walter Nunes da Silva Júnior, juez federal y consejero del Consejo Nacional de Justicia de Brasil, especificó que el nuevo constitucionalismo elevó los principios del Derecho a la cúspide normativa, y que la creación del referido Consejo marcó la democratización de la justicia y su planteamiento estratégico, el cual, entre otras metas, vincula la independencia judicial con la responsabilidad y la armonía del sistema, la solución de los asuntos en un tiempo razonable y la informatización del proceso.

En otra dirección, la doctora Mayda Goite Pierre, vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, y vicepresidenta de la Sociedad Científica de Ciencias Penales y Criminológicas, abogó por la reforma procesal, y porque el Derecho Penal deje de ser simbólico, entre tanto hay un espacio para el principio de oportunidad reglada, donde la facultad decisoria definitiva recaiga en un juez u órgano ajeno al gestor de la acción penal, en fase anterior a la del juzgamiento.

Puso término a la jornada matutina un panel sobre el sistema penitenciario en Cuba, donde el teniente coronel máster Luis Daniel Almanza Hernández explicó los tres niveles en que este se estructura, mientras que el teniente coronel doctor Alfonso Zequeira Peña esbozó la política de reeducación, basada en el principio martiano de respeto a la dignidad humana y centrada en un programa educativo que alcanza una alta incorporación. En otro orden, la coronel doctora Sara Infante Zaavedra precisó que el tratamiento de salud a los reclusos es un subsistema del sistema nacional, con iguales derechos que el resto de la población: atención primaria y, de ser necesario, especializada, en instalaciones hospitalarias de las prisiones o fuera de estas.

Lo anterior pudo ser constatado por los delegados que en horas de la tarde visitaron tres centros penitenciarios de la capital, cuando el cónclave se proyectó más allá de su sede. En esta ocasión, alcanzó al sensible tema familiar, con la presencia en la Casa de Orientación a la Mujer y la Familia del municipio Plaza de la Revolución, en Ciudad de La Habana.

Entretanto, en el recinto, la sesión vespertina prosiguió el trabajo en comisiones. En penal, se presentaron cuatro ponencias cubanas. Desde una perspectiva jurídico-penal, la máster Odalys Quintero Silverio incursionó en las diferentes posiciones en torno al derecho a la vida, su indisponibilidad, enfoque legislativo nacional, y trascendencia que tiene transgredir este principio.

Con un giro hacia aspectos procesales, la máster María Caridad Bertot Yero caracterizó el principio de correlación imputación-sentencia como garantía del Derecho Constitucional de defensa, y esbozó soluciones para evitar indefensión frente a la mutación del objeto del proceso.

En línea con este tema, sucedieron dos exposiciones referidas a la motivación de la sentencia: la especialista Gladys María Hernández de Armas se centró en la obligación de motivar las pruebas que sustentan la convicción, y su impacto en el control de la actividad jurisdiccional; con otro ángulo, el especialista Alejandro Vázquez Almenárez destacó el papel de la lógica y la argumentación jurídica en la justificación de las cuestiones fáctica, jurídica, y de adecuación de la sanción.

Los contenidos laborales comenzaron con una conferencia del máster Guillermo Ferriol, en la que abordó la incidencia de las corrientes neoliberales en los derechos laborales y sociales en América Latina, la afectación a la economía cubana en este contexto, y las medidas legislativas adoptadas para rebasarla, ninguna de ellas de corte neoliberal.

Un panel sobre protección a los trabajadores fue protagonizado por tres cubanos: la especialista Leukem Santiesteban Morales reseñó la referida a los discapacitados, que ilustró con un video de un taller donde están empleados; la máster Amada Trujillo Rodríguez precisó la necesidad de una norma legal concerniente a las relaciones laborales de los atletas; y la licenciada Yaíma González Mustelieir acentuó el amparo constitucional y penal que tiene en Cuba la vida e integridad física de las personas, en particular por riesgos derivados del trabajo.

Otra conferencia fue presentada por la especialista Vivian Aguilar Pascaud, presidenta de la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular, quien destacó que el pluriempleo es una alternativa para estimular a las fuerzas productivas, el trabajo como fuente de ingresos, y atenuar el envejecimiento poblacional.

Llamó la atención un taller sobre el derecho al trabajo de los enfermos de SIDA en Cuba, con la intervención de los licenciados Eremis Marilyn Tamayo Pérez y Manuel Mora Rodríguez, acerca del tratamiento médico y laboral de quienes padecen la dolencia, en contraste con otros países.

Siguió un panel relativo a la mujer trabajadora en Cuba, donde la especialista Mibiala Camiñas Pérez y las licenciadas Yusmila Saraí Martínez Matamoro y Yuneysi Castro Muñagorry reflejaron el amparo que en el ámbito jurídico-laboral reciben la mujer y la madre trabajadora y sus diferencias en relación con otras naciones.

Finalizó esta materia con dos ponencias cubanas: la licenciada Noarys Hernández Torres apuntó la importancia que reviste la motivación de la sentencia laboral, para mayor garantía de las partes y la necesidad de instrumentarla; y el máster Gustavo Méndez González resaltó las peculiaridades del principio de *no reformatio in peius* en el proceso laboral y su empleo diferenciado en esta rama.

Un panel concerniente a Derecho Ambiental emprendió la temática económica: la licenciada Beatriz Elena Arcila Salazar, de Colombia, examinó el principio de precaución como elemento estructural dirigido a evitar los daños graves o irreversibles al medio ambiente, y el conflicto entre este y el desarrollo; el licenciado Mariano Rodríguez García, de Cuba, advirtió la relevancia de la función tuitiva del Derecho Penal en esta materia y la conveniencia de modificar el Código Penal para una tutela más efectiva.

Los expositores siguientes también fueron del país anfitrión. En una ponencia, la máster Iliana María Quesada Pérez llamó la atención sobre la dispersión normativa de la prescripción y la caducidad en la jurisdicción económica, y la complejidad e inseguridad que de ello resulta.

Otro panel se concentró en la documentación de deudas y su tutela judicial: la licenciada Odelexis Álvarez Guerra situó las razones para extender la función tuitiva al crédito documentario, e instó a equipararla con los títulos de valores del proceso ejecutivo; la licenciada Alina Bielsa Palomo reveló la existencia de lagunas en el Derecho material y adjetivo relativas a la insolvencia, y la necesidad de un procedimiento que la regule, mientras que la licenciada Yamichel Góngora García caracterizó los sujetos que integran el sistema empresarial cubano y las regulaciones sobre la insolvencia patrimonial.

Finalizó esta comisión con una conferencia del licenciado Elpidio Pérez Suárez, quien subrayó la trascendencia del principio dispositivo en la jurisdicción económica y que, para alcanzar racionalidad en sus decisiones, el juez no puede ser un mero espectador.

La sesión matutina del último día se dedicó al trabajo en comisiones. Lo penal se reanudó con seis ponencias. En primer orden, la

máster Rufina Hernández Rodríguez, de Cuba, transitó de la política criminal a la penal, como un camino hacia la determinación judicial de la sanción, y caracterizó el modelo cubano de cara a la racionalidad en la realización de la justicia.

El doctor José Waldir Servín, de Paraguay, puntualizó la importancia de la medición de la pena como eje del Derecho Penal y Procesal Penal, y el tratamiento en la legislación sustantiva de su país.

La doctora Estefanía López Salazar, de Colombia, expuso que, aunque el actual sistema penal acusatorio resulta un cambio significativo, presenta pensamientos y acciones casi esquizofrénicos por ambivalentes, que mantienen la disconformidad entre la teoría y su aplicación práctica.

Con un tema sustantivo, los doctores Catalina Morales Duque y Julián Urego Atehortúa, de Colombia, con apoyo de un video, acotaron que el delito de Trata de personas es el tercero que aporta más dinero a las mafias internacionales y, dentro de este, la explotación sexual es la de mayor usanza, e ilustraron las políticas de prevención y protección a las víctimas que se adoptan en Medellín.

Por otro lado, el doctor Arturo Rivera Pineda mostró el rango constitucional del Debido proceso en México y los cambios operados con la reforma penal, que aún es insuficiente, porque su existencia es formal.

Cerró el trabajo de esta comisión la doctora María Noel Rodríguez, de ILANUD, quien, con apoyo en una investigación, significó las precarias condiciones de reclusión de las mujeres en América Latina, y realizó recomendaciones para revertir esta situación.

Los civilistas volvieron a su labor con tres paneles, dos ponencias y un taller, desarrollados todos por cubanos.

El primero versó sobre la tutela judicial urgente: la licenciada Irisdalys Viera Castro subrayó la importancia de implementar mecanismos legales para lograrla; la máster Ivón Pérez Gutiérrez resumió las regulaciones sobre el régimen cautelar y el papel del juez al interpretarlas en relación con el término de urgencia en ellas contenido; mientras que la licenciada Sahily Amaro Deben definió las normas procesales atinentes a las excepciones perentorias, cómo se materializan, y las consecuencias de su desprotección.

Con apuntes generales relativos al procedimiento sucesorio, la especialista Yanet Alfaro Guillén resaltó la simplificación en su tramitación, aunque, precisó, en algunos casos se halla desprovisto de regulaciones necesarias.

Otro panel aportó las tendencias actuales del Derecho Procesal Civil en Cuba: el máster Ranulfo Antonio Andux Alfonso destacó que la reforma procesal, que atiende a la concepción contemporánea iberoamericana, y a los antecedentes en la legislación nacional, se ubica en un lugar prominente; y la licenciada Liliana Hernández Díaz enunció los progresos hacia la transformación e integración del procedimiento civil.

Las garantías procesales centraron las intervenciones del tercer panel: el especialista Orlando González García propugnó que se prevea decretar de oficio la casación, ante vulneraciones trascendentales no denunciadas por el recurrente, en garantía de un fallo justo y apegado a Derecho; y la especialista Isabel Arredondo Suárez demostró que la causal de revisión que permite salvar la indefensión, de haberse producido, deviene salvaguarda del Debido proceso y del valor supremo de la justicia.

Finalizó esta materia con un taller sobre responsabilidad civil, a cargo de tres cubanos: la licenciada Grisel Galiano Maritán se situó en la derivada de la transmisión del SIDA, que exige protección jurídica a los contagiados; el licenciado José Raúl Vega Cardona declaró su importancia y la tendencia a estimarla como Derecho de daño; en tanto, la máster María Carrasco Casí advirió que las particularidades del Derecho Administrativo y el Civil demandan un régimen jurídico y procedimiento interno común para las administraciones públicas, en aras de efectiva tutela frente a daños causados por la actividad del Estado.

La comisión que reunió temas diversos retornó a su actividad con seis ponencias y dos paneles.

El doctor Jesús Genaro Hernández Santaolaya, de México, transmitió un proyecto para incorporar a los Estatutos de la Corte Penal Internacional, como crímenes de lesa humanidad, los cometidos contra menores de doce años y otros derivados de la delincuencia organizada, en específico del narcotráfico.

En lo sucesivo, las cuestiones de gobierno y administración de justicia acapararon la atención, con una ponencia inicial del especialista Oscar Manuel Silvera Martínez, vicepresidente del Tribunal Supremo Popular, donde evaluó que, para la plena realización de la justicia, no bastan mecanismos jurisdiccionales, se requiere que los jueces estén conscientes de su función social y sean garantes de procesos transparentes, ágiles y con decisiones justas, apegadas a la ley; en tal sentido, ilustró sobre la estructura y funcionamiento del sistema judicial cubano como garantía ciudadana de real acceso a la justicia.

Siguió un panel en manos de dos colombianos: el doctor Gerardo Durango Álvarez, con apoyo en sentencias de la Corte Constitucional de su país, citó acciones desarrolladas por ese órgano, a favor de grupos o individuos excluidos socialmente; y la doctora Diana Quintero analizó el marco jurídico de la veeduría judicial en su función de vigilancia, a fin de lograr más eficiencia en la tutela jurídica y el derecho al Debido proceso.

Otra ponencia, del maestro Oscar Fernando Ríos Pimentel, de México, defendió que interpretar los derechos sociales como programáticos, es limitativo, y que si el ejecutivo y el legislativo se muestran ciegos frente a las privaciones de los marginados, es tiempo de que accedan a aquellos mediante vías jurisdiccionales.

En la siguiente, el doctor Alfredo José Luis Carella, de Argentina, expresó el trato que recibe la independencia del poder judicial en las constituciones nacionales y promovió modificaciones para otorgarle significado operativo.

Por su parte, el doctor Clemente Zaballos González aludió a la objeción de conciencia de jueces y magistrados, ante la admisión de uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo.

La última, de la doctora Liliana del Rosario Marín Sánchez, de Perú, destacó la desprotección en que se encuentran la mujer y el niño en el actual mundo globalizado, y el reto que para los estados significa procurar una solución justa a esta situación.

Selló sus labores esta comisión con un desplazamiento hacia el uso de la informática en el sistema judicial, con un panel constituido por cubanos: el licenciado Ortelio Juiz Prieto, la máster Marily Fuentes Águila y los ingenieros Daimi Lamorú Marcial, Alain Osorio Rodríguez y Yinett Henández Hernández, quienes dieron a conocer el proyecto de informatización de los procesos en el que se encuentra inmerso el país, y las ventajas que traerá para la actividad judicial.

La jornada final del Encuentro sesionó en plenaria, con la presencia de familiares de los cinco cubanos injustamente presos en Estados Unidos.

En conferencia magistral, el doctor Juan Mendoza Díaz, vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, y presidente de la Sociedad Científica de Derecho Procesal, disertó sobre aspectos que ocupan a la doctrina y a la jurisprudencia; significó que modelos como el inquisitivo y el acusatorio hallan puntos de contacto, tanto en el campo del Derecho Penal como en el privado, y colocó en el centro del debate categorías de un extraordinario conflicto actual, como

el objeto de la prueba, y las facultades de las partes y del juez en la dialéctica probatoria.

Otra conferencia magistral fue dictada por la doctora Laura Miraut Martín, profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Las Palmas, Gran Canaria, España, quien discurre que el control ideal de la actividad judicial exigiría que el juez diera cuenta del razonamiento que sigue para llegar a la decisión y de la limitación de medios para afinar su sentido, pues su motivación atiende preferentemente a los argumentos, no a las condiciones reales de aquella, y provoca una contradicción entre el modelo de hombre inteligente y virtuoso, referente para determinarla, y el de hombre medio, susceptible de manipulación, que utiliza para asegurar la credibilidad del sistema.

Cerró el programa científico una intervención especial de Ricardo Alarcón de Quesada, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular, quien, luego de celebrar la cantidad de mujeres, especialmente jóvenes, que integran el sistema judicial, actualizó sobre la situación que presentan los cinco cubanos antiterroristas que cumplen injustas y prolongadas condenas en cárceles de extrema seguridad de Estados Unidos, en virtud de un proceso plagado de violaciones al Debido proceso, así reconocido por decisión de un panel de la Corte de Apelaciones, que fuera revocada por el pleno, y reenviada para reconsiderar los restantes aspectos de la apelación, a resultas de lo cual remitió a tres de ellos para resentencia, y no lo hizo respecto a Gerardo Hernández, por considerar irrelevante cualquier error en el cálculo de la sentencia, aunque la Fiscalía había admitido que era insostenible el cargo de conspiración para cometer espionaje, sancionado con cadena perpetua, pues se le impuso igual pena por el de conspiración para cometer asesinato.

Destacó el silencio cómplice y corrupto de los medios de comunicación que, por otro lado, fabrican la oposición y la propaganda en contra de Cuba. Recalcó la duplicación de la injusticia para Gerardo Hernández y René González, a cuyas esposas se les ha negado permanentemente la autorización para visitarlos; entretanto, connotados y confesos terroristas, como Luis Posada Carriles, prófugo de la justicia venezolana, ha sido beneficiado por aquel país y disfruta de libertad.

Especificó que la injusticia continuará mientras se le niegue al pueblo norteamericano conocer la verdad, y denunció la campaña mediática contra Cuba a partir de la muerte de un preso común a quien se le dio atención médica en un país bloqueado; en cambio, nada se ha dicho

de la muerte de la joven puertorriqueña Natalia Sánchez López, la que participaba en la huelga de los estudiantes universitarios de Mayagüez. Reiteró, en nombre de la Asamblea Nacional del Poder Popular, la firme y completa solidaridad con la juventud y el pueblo de Puerto Rico, para el cual algún día justicia y Derecho serán una realidad.

Los temas examinados fueron enriquecidos por un amplio debate, con la intervención de 61 delegados, 31 cubanos y 30 de otras naciones, cuyo valor incalculable no es posible resumir en esta relatoría.

Una vez más, el Encuentro trascendió de su sede, y el auditorio se privilegió con las intervenciones de altos representantes de la magistratura en Latinoamérica y del Presidente del Parlamento cubano.

Así, luego de ocho años de iniciado, continúa siendo este un espacio propicio para estrechar los lazos que nos unen y discernir acerca de aspectos sustanciales concernientes al Derecho y a la justicia. Han sido jornadas de arduo quehacer, pero nos hallamos complacidos porque estamos mejor preparados para hacer justicia, y siguiendo el pensamiento martiano de colocarla tan alto como las palmas, esas que simbolizan a nuestro país y que, erguidas, esperan, desde ya, para acogernos en un próximo encuentro.

Muchas gracias.

EL PARADIGMA DE JUEZ CUBANO

*Esp. Vivian Aguilar Pascaud, presidenta de la Sala de lo Laboral, TSP
M.Sc. M. I. Domínguez Chaveco, jueza profesional, TPP Santiago de Cuba*

EL proceso de formación de profesionales competentes ha de partir del problema social de que los hombres y las mujeres que desarrollan y gestionan los procesos de la sociedad deben poseer un alto nivel de formación.

Lo fundamental aquí es comprender que tal proceso, entendido en su acepción más general, revela dos dimensiones esenciales que lo caracterizan: una, de carácter *instructivo*, asociada con la apropiación de los conocimientos y las habilidades que propician la preparación científico-técnica del profesional; y otra, *educativa*, vinculada a los aspectos más trascendentes de su personalidad y que se resuelve sobre la base de garantizar que se apropie, de un modo consciente, de los valores que caracterizan la actuación de un profesional en nuestra sociedad, lo cual garantiza su más exitoso desarrollo.

La comprensión del vínculo entre ambas dimensiones, y la necesidad de poner en primer plano la segunda de ellas, conduce a organizar el proceso de formación de modo que esa concepción se rea-

lice en la práctica, durante el cumplimiento del servicio social. Para esto es necesario, en primer lugar, identificar la presencia de estos elementos en el contenido mismo de la enseñanza que se le brinde y, en consecuencia con ello, desarrollar el proceso docente-educativo y práctico, de modo que ese enfoque se realice en cada rotación inicial. En esencia, se trata de lograr transformar dicho proceso, tradicionalmente centrado en los aspectos cognitivos, para lograr que estos se integren, de manera dialéctica, con aquellos de carácter significativo, consciente, de compromiso social.

Tal encargo supone el desarrollo de una personalidad multifacética y armónica, donde el profesional sea un luchador incansable de los valores sociales emanados de nuestro sistema.

Hablar sobre los valores es reflexionar sobre nuestra vida y destino. Sobre lo que somos y queremos ser. Cuando hablamos de *valores*, nos referimos a algo que nos guía en la vida porque se van a expresar en actos concretos de esta. Algo muy importante para to-

do lo que hacemos y lo que no hacemos. Algo que, tal vez, no podemos tocar, ver, oír o gustar materialmente, pero que significa la diferencia entre sentirnos bien o percibirnos terriblemente miserables; ellos nos aportan soluciones aplicables a los problemas más inmediatos de nuestra cotidianidad, constituyen principios de conducta, una manera de ser y hacer, nos permiten vivir en sociedad. Se pueden aprender en el contacto con las personas significativas de nuestras vidas, que son aquellas que dejan huellas importantes.

Aunque no estemos plenamente conscientes de ello a cada momento, cada uno de nosotros posee una serie de valores que nos sirven de guía, sin importar nuestra procedencia social, económica o religiosa.

Ahora bien, ¿qué valores profesionales han de configurar la personalidad de los egresados de la carrera de Derecho, en particular de los jueces? es una de las interrogantes que nos planteamos, cuya respuesta nos permitirá acercarnos a un diseño inicial del sistema de valores en la carrera, y que subyacen y se derivan del modelo de profesional, y de las normas y principios deontológicos que rigen la actuación del jurista en Cuba.

La estructuración de un sistema de valores profesionales, presu-

pone tener en cuenta, como punto de partida, la esencialidad de la profesión y del sistema judicial, imbricados con las exigencias de la sociedad; lo que implica, en nuestro caso, un jurista de formación integral y básica, que sea capaz de desempeñarse profesionalmente en todos los campos de la acción jurídica (en específico en el sistema judicial) y lo alcance sin limitaciones normativistas, sino como científico del Derecho, como militante de un proceso político que constituye ejemplo y particularidad en el mundo de hoy.¹

En la propuesta que se realiza, dentro del sistema de valores, se determinan aquellos que deben jerarquizarse, y que tienen como características principales las siguientes:

- Son valores esenciales en el jurista (juez).
- Deben perdurar en el tiempo.
- Poseen características orientadoras y reguladoras de la actuación profesional.²
- Son generadores de otros valores.
- Reflejan la significación de la profesión e institución judicial desde una dimensión intelectual, técnica, estética, política y ética.

Para la determinación del sistema de valores en el sistema judicial cubano, tomamos como base el modelo de personalidad profesional construido por Niuris Batista,³ en el que las dimensio-

nes intelectuales, técnicas, éticas, estéticas y políticas se concretan en valores que contienen la interpretación social de la profesión, y se forman a partir de la individualidad y subjetividad de los futuros jueces.

MODELO DE PERSONALIDAD

Dimensión Valor que se forma

intelectual	saber
técnica	sustentabilidad
ética	dignidad
estética	sensibilidad
política	patriotismo

DIMENSIÓN INTELECTUAL. Se refiere a la interpretación axiológica de la ciencia. Es enseñar y comprender que el Derecho es más que un sistema de normas jurídicas establecidas y sancionadas por el Estado, pues traduce como voluntad política las condiciones esenciales (materiales y espirituales) de vida de la sociedad de clases, en la cual suelen sintetizarse los valores fundamentales como fórmula de consenso social de la clase dominante y sus sectores más influyentes; significa ver el Derecho con su gran carga axiológica.⁴

Esta dimensión cobra vida en la objetividad, que es el saber objetivo de una realidad, adecuado a un grado de desarrollo de la ciencia como conocimiento y actividad. Es

el estudio del Derecho en todas sus dimensiones: Derecho objetivo o sistema normativo; ciencia del Derecho o dogmática jurídica; Derecho subjetivo o conjunto de facultades del individuo; decisiones de los tribunales o jurisprudencia; con su reflejo en el Derecho comparado y el análisis histórico de las principales instituciones jurídicas.

VALORES

- Rigor científico
- Responsabilidad
- Honestidad intelectual

INDICADORES

- Utilización adecuada del método histórico, el exegético y el jurídico-comparado en el análisis de las instituciones jurídicas.
- Análisis de las consecuencias sociales de las regulaciones jurídicas.
- Conocer y reconocer lo positivo en el campo de la dogmática y de la práctica jurídica, que contribuya a rechazar el ocultamiento de la verdad científica por motivos ajenos a la ciencia.
- Nivel de actualización e información por el uso de la bibliografía, la jurisprudencia, etc.
- Actitud crítica y desarrollo de juicios de valor sobre el Derecho y su aplicación.
- Cultura de debate científico y del trabajo en colectivo, que respete la diversidad de opiniones y logre la comunicación.

➤ Adecuada expresión oral y escrita.

➤ Actuar con modestia y honestidad intelectual, reconociendo los resultados de los demás.

DIMENSIÓN TÉCNICA. Se enfatiza en la necesidad de intervenir a partir de los conocimientos científicos de manera eficiente; es lograr la eficacia y eficiencia en el proceso de creación y aplicación del Derecho. Se expresa en el respeto a la legalidad, cualidad profesional que supone el apego consciente a la Constitución y a la ley, cuando interpreta, compara y aplica el ordenamiento jurídico de forma racional y lógica, en sus dos campos de acción, haciéndolo con celeridad (pues están en juego bienes tan preciados como la vida humana, la libertad, etc.) y manteniendo una absoluta discreción de los asuntos que se ponen en su consideración, a la vez que somete el propio ordenamiento jurídico a valoración crítica para perfeccionarlo y adecuarlo a las nuevas situaciones, a partir de sus experiencias prácticas y a través de su labor de creación intelectual.

VALORES

➤ Diligencia. «Justicia tardía no es justicia.»

➤ Sentido de la equidad y la justicia

➤ Discreción

➤ Creatividad

INDICADORES

➤ Ser capaz de utilizar adecuadamente los métodos de interpretación jurídica.

➤ Valoración correcta de las pruebas en los diferentes procesos.

➤ Redacción de instrumentos jurídicos basados en la lógica y la razón.

➤ Aplicación adecuada de la teoría de la argumentación.

➤ Saber trabajar en equipo y escuchar diferentes criterios y opiniones.

➤ Actuar con celeridad en la solución de los casos, dentro de los términos establecidos por la ley.

➤ Actuar diligentemente en los trámites en que intervenga.

➤ Que las soluciones que adopte, en los diferentes casos, sean equitativas y adecuadas a los intereses que representa.

➤ Poseer la capacidad crítica y valorativa del ordenamiento jurídico, en el proceso de interpretación y aplicación.

➤ Basar siempre sus criterios en hechos y pruebas, a la hora de solucionar los casos.

➤ Guardar discreción en relación con los asuntos judiciales.

DIMENSIÓN ESTÉTICA. Propicia el fomento del gusto y la sensibilidad por la actividad profesional. La belleza como valor destaca el desarrollo de la preocupación estética por los resultados de su la-

bor, y la satisfacción por la misión que realiza. Cobra expresión en la belleza jurídica, que es la cualidad del profesional que permite desarrollar el afán por la sensibilidad en el proceso de creación, interpretación y aplicación del Derecho.

VALORES

- Creatividad
- Dignidad profesional
- Sensibilidad

INDICADORES

- Calidad de los instrumentos jurídicos que se redacten (sentencias, autos, providencias, etc.); no solo por los requerimientos técnicos, sino también estéticos (belleza del escrito jurídico).
- Calidad del discurso jurídico (elocuencia forense).
- Dignidad en su porte y aspecto. Correcto uso de la toga, que es un atributo honroso y privilegiado del jurista; no puede vérselo como la supervivencia de un formalismo profesional, es algo más: un signo y, como tal, esencial en el ejercicio de la profesión, es un elemento de diferenciación. La toga, según el ilustre abogado Ossorio,⁵ es freno e ilusión. Freno porque obliga a actitudes, circunspección y decoro; con la toga se reprimirá el lenguaje; con la toga se considerará ligado por un deber de pundonor y sobriedad. La toga, también, es ilusión; por eso, dice Ossorio, en su magnífica apología,

la toga nos recuerda la carrera estudiada, la confianza que en nosotros se ha puesto, la índole científica y artística del torneo en que vamos a entrar, la curiosidad, más o menos admirativa que en el público despierta.⁶

- Mantener la solemnidad en los juicios y vistas. (Compostura y buenos modales.)

*DIMENSIÓN ÉTICA.*⁷ Esta forma de comportamiento humano se caracteriza por la regulación de las relaciones entre los individuos, y entre ellos y la comunidad. Aquí, se destaca la dignidad profesional, teniendo en cuenta que a través de ella se patentiza el respeto hacia la profesión. En el caso del profesional del Derecho, está muy ligada a las dimensiones estética y técnica, y al prestigio profesional como fin de la deontología jurídica. Para que los jueces podamos cumplir debidamente nuestra función de impartir justicia de manera ética, legítima y eficaz, necesitamos crear credibilidad y confianza dentro de la sociedad. No se puede encomendar la justicia al hombre y a la mujer injustos. Escribe acertadamente Rafael Bielsa:

La falta de moral del pintor, del matemático, no empaña su obra. Las flaquezas del artista son independientes del cuadro que pintó. Pero la separación

entre el hombre y su obra no es admisible en el jurisconsulto (en el juez). El hombre del Derecho rebaja su obra o la eleva, con su actitud en la vida pública y también en la privada.⁸

Con independencia de lo absoluto de la afirmación, en relación con otras profesiones, es válida su valoración respecto al juez.

VALORES

- Humanismo
- Honestidad
- Probidad, cortesía y respeto en sus relaciones
- Independencia
- Solidaridad
- Sentido de la justicia y la equidad

INDICADORES

- Hacer que prevalezca en la solución de los casos un profundo sentimiento de la equidad y la justicia.
- Observar la mayor consideración y respeto hacia las personas con quien mantiene relaciones con motivo de su trabajo.
- Convertirse en un agente de la persuasión y la reeducación, en su trato con las personas que han infringido la ley.
- Mantener independencia en la solución de sus casos (solo debe obediencia a la ley).
- Utilizar solo los medios de prueba que estime verídicos en la solución de los casos.

➤ Uso de la crítica y la autocrítica como instrumentos de educación moral.

➤ Rechazar toda manifestación de autosuficiencia, egoísmo e individualismo.

DIMENSIÓN POLÍTICA. Tributa a la formación de valores revolucionarios vinculados al desarrollo de la identidad nacional. Supone fomentar el conocimiento y la defensa de lo nacional. Aquí, adquiere significación el patriotismo, como el sentido de amor a la historia y a las tradiciones de la nación, disposición plena a contribuir con la Patria. Significa sentido de pertenencia. En el juez, se expresa el respeto y defensa a la Constitución y las leyes, a partir de considerar que en esos textos está la herencia política de lo más puro y fructífero de nuestra historia y en ellos subyace el régimen económico, político y social. «Defender la Constitución es defender el legado histórico.»⁹

VALORES

- Amor a la Patria
- Fidelidad

INDICADORES

- Respeto a la Constitución y a las leyes en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho.
- Capacidad para realizar labor extensionista de divulgación de los

principales actos normativos del Estado cubano.

- Conocer la personalidad de las principales figuras de nuestra historia que abrazaron la profesión.
- Valorar y reconocer lo positivo de la herencia constitucional y legal.
- Poseer sentido de independencia nacional y de orgullo por su identidad.
- Disposición a defender con valentía y espíritu crítico las conquistas de la sociedad cubana, haciendo uso, si es debido, del derecho de resistencia (Artículo 3 de la Constitución).

El sistema de valores antes enunciado se expresa en un todo, caracterizado por una cualidad sistémica, que se deriva del *ethos* de la profesión, y está dado en un principio que es la vocación por la justicia¹⁰ o, lo que es lo mismo, servir a la justicia a través del Derecho.¹¹

La responsabilidad de tender a la justicia y de obedecer al Derecho constituye una dimensión del desarrollo humano que nadie puede ignorar, ni llegar a ser plenamente humano desconociendo

los derechos de los demás y de la comunidad de la que se forma parte, esos derechos que están especificados en el Derecho positivo. Pero hay un grupo de hombres y mujeres que dedican su vida al conocimiento y a la implementación de la justicia por medio del Derecho. Asumen así un especial compromiso.

Este principio general sirve de pivote para, sobre él, articular los demás valores profesionales: dignidad, humanismo, honestidad, diligencia, discreción, responsabilidad, creatividad, sensibilidad, patriotismo, solidaridad, probidad, fidelidad e independencia, que alcanzan una dimensión propia, diferente de las que tienen en otras profesiones, porque cobran especial sentido cuando le sirve de piedra de toque este principio rector.

En este proceso, desempeña un importante papel el tutor de cada egresado para ayudarlo a través de la labor educativa que le permita conducirlo hacia una formación de valores y principios acordes con nuestra sociedad ■

NOTAS

¹ Los jueces debemos considerarnos éticamente obligados a comportarnos «como se espera», para hacernos merecedores de la confianza de los conciudadanos para los que trabajamos. Habremos de asumir unas pautas res-

petuosas con los derechos de las personas, junto con las que se ejerce dicha labor. (Ver, al respecto, a Andrés Ollero Tessara, en <http://perso.wanadoo.fr/b.p.c.>)

² Para cualquier persona consciente de su dignidad, el desempeño del trabajo debe plantearle problemas de conciencia, con no menos intensidad que los que le puedan suscitar las responsabilidades familiares o el destino de su tiempo libre. La deontología profesional no es solo una *ética especial* personal, reguladora de uno de los ámbitos de nuestra conducta, sino, también, una dimensión primordialmente relacional. Con ella, entrarán en juego peculiares dimensiones éticas emparentadas con nociones como responsabilidad y confianza. Puede ser que nuestra moral personal nos imponga la exigencia ética de no defraudar a los demás y, en consecuencia, rechazaremos toda norma social que pueda favorecer el fraude; pero, integrados en un contexto profesional, difícilmente podremos dar un contenido concreto y coherente a todo ello, si no es partiendo de cómo los demás esperan que nosotros nos comportemos. Las expectativas sociales se convertirán así en un elemento decisivo.

³ Niuris Batista: *Tesis doctoral*.

⁴ Se trata de que el fenómeno jurídico, es decir todo el problema relacionado con la regulación jurídica de la sociedad y con las normas del Derecho, tiene varias dimensiones, y puede ser examinado desde distintos ángulos. Lamentablemente, predomina la concepción normativista, en absoluto positivista, de que el Derecho es solo una gran lista de normas o artículos de leyes, y de leyes mismas y otros cuerpos legales. En tal sentido, el Derecho tiene tres dimensiones: *normativa*, *valorativa* y *social*. En la primera, se contempla como sistema de normas obligatorias, pero con rasgos y características singulares que se crean mediante un proceso técnico determinado. En la *social*, se tiene en cuenta que el Derecho es un producto de la sociedad, de

una determinada cultura, y que se deriva de circunstancias sociales, económicas, demográficas, políticas, etc.; se constituye para cumplir determinadas funciones sociales. En la *valorativa*, se aprecia que el Derecho no es un simple y absurdo conjunto normativo, sino que pretende alcanzar determinados valores; su contenido tiene que estar vinculado con conceptos tales como justicia, seguridad, bien común, honestidad, igualdad, etc.; deben estudiarse los valores que lo guían. (Consúltese al respecto a Julio Fernández Bulté: *Teoría del Derecho*, pp. 1-4.)

⁵ Ángel Ossorio: *El alma de la toga*.

⁶ *Ibíd.*

⁷ La palabra *ética* deriva de *ethos* (carácter), pero no en el sentido de temperamento dado con las estructuras sicobiológicas, sino en el modo de ser adquirido, lo que se logra a través de la estructuración unitaria y concreta de los hábitos de cada persona. La ética está considerada una ciencia normativa, porque se ocupa de las normas de la conducta humana, cuya bondad los filósofos han intentado determinar, de acuerdo con dos principios fundamentales y han considerado algunos tipos de conducta buenos en sí mismos o buenos porque readaptan un modelo moral concreto. El primero implica el valor final o *summum bonum*, deseable en sí mismo y no solo como un medio para alcanzar un fin. En la historia de la ética, hay tres modelos de conducta principales, cada uno de los cuales ha sido propuesto por varios grupos o individuos como el bien más elevado: la felicidad o placer; el deber, la virtud o la obligación, y la perfección, el más completo desarrollo de las potencialidades humanas. La filosofía ética iguala la satisfacción en la vida con prudencia, placer o poder.

⁸ Rafael Bielsa: *La Abogacía*.

⁹ Julio Fernández Bulté: «Los modelos de Control Constitucional y la perspectiva de la Cuba de hoy».

¹⁰ La justicia es un valor que se construye día a día. Es dar a cada cual lo que corresponde, según sus acciones. Esta determinación no es nada fácil. En ella, podemos equivocarnos, cuando sobreevaluamos a algunos o evaluamos a otros por debajo de lo que realmente son o han realizado. Se impone que mantengamos una conducta de justicia en todas nuestras acciones. Ello exige ponderación y respeto.

¹¹ Código de Ética de los Juristas
PRIMERO: El jurista en el desempeño de sus funciones como tal se atenderá a principios éticos entre los cuales están los siguientes:

- a) Contribuir al desarrollo de la conciencia jurídica de todo el pueblo y al fortalecimiento de la legalidad.
- b) Reflejar en el ejercicio de las actividades que le conciernen en su profesión una consciente y voluntaria lealtad a la Patria.
- c) Ser fiel cumplidor de la Ley, influyendo para que quienes le rodean actúen siempre dentro de su estricto cumplimiento.
- d) Observar una conducta personal que le haga acreedor del respeto de los ciudadanos.
- e) Rechazar toda manifestación o práctica individualista, negligente, superficial, burocrática o irresponsable que contradiga los objetivos sociales de la labor del profesional del Derecho.
- f) Observar en el desarrollo de su actuar y en sus relaciones con cualquier persona en los procedimientos en que intervenga, la mayor objetividad y respeto.
- g) Esforzarse para que las decisiones que adopte o proponga sean las más equitativas y adecuadas a los intereses que representa.

h) Respetar las opiniones de las personas que intervengan en los procedimientos en que participe.

i) Basar sus criterios sobre hechos y pruebas sin prejuicio alguno.

j) Asesorar leal y verazmente a quienes deban recibir sus servicios, aconsejando en cada caso la mejor solución conforme a la Ley.

k) Utilizar sólo medios de prueba que estime verídicos.

l) Actuar siempre con la debida diligencia y atender solícitamente los asuntos de su competencia.

m) Realizar con agilidad y calidad los trámites a su cargo, absteniéndose de efectuar acciones encaminadas a dilatar innecesariamente los procesos, con al ánimo de retardar la marcha de la justicia.

n) Mantener discreción sobre los asuntos en que participe con motivo de su actividad profesional y no revelar ni dar a conocer las cuestiones que por esa razón conozca.

o) Cumplir con los procedimientos establecidos legalmente para obtener información acerca de los asuntos que atiende.

p) Ser ejemplo de probidad en sus relaciones con quienes acudan o concurren en su esfera de actuación profesional.

q) Conducir su actuación sin que en ella influyan las relaciones personales que le unan a quienes deba acudir en su desempeño profesional.

r) Actuar en su vida personal y profesional en correspondencia con la responsabilidad que le impone su investidura o cargo, sin favorecerse de éstos de tal forma que le hagan desmerecer el concepto público.

s) Contribuir a la elevación constante de la calidad técnica en lo relacionado con la creación, interpretación y aplicación del Derecho.

SEGUNDO: El reglamento establecerá el procedimiento y las sanciones a imponer a los juristas miembros de la UNJC

que infrinjan los principios éticos postulados en el presente Código.

BIBLIOGRAFÍA

- Advine Fernández, Fátima: *Didáctica: Teoría y Práctica*, Editorial Vozes, São Paulo, 1983.
- Batista, Niuris: *Tesis doctoral*, Ciudad de La Habana, 2000.
- Baxter Pérez, Esther: *La formación de valores; Una tarea pedagógica*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989.
- Bello Porras, José Gregorio: *Valores esenciales para la vida en familia y en comunidad*, Consejo Nacional de Cultura, Caracas, 2004.
- Bernales Ballesteros, Enrique: *Los valores éticos de la juventud y la democracia* (tomado de internet).
- Bielsa, Rafael: *La abogacía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- Boletín *El sistema de trabajo político-ideológico del MINED*, La Habana, 1999.
- Boletín *de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, no. 10, septiembre-diciembre, Ciudad de La Habana, 2002.
- Buxarris, M. R.: «La formación del profesorado en educación y valores», en *Desclée de Brower*, Bilbao, 1997 (tomado de internet).
- Castro Ruz, Fidel: «Discurso con motivo del 60 aniversario de su ingreso a la Universidad de La Habana», en *Tabloide especial*, no. 11, La Habana, 17 de noviembre de 2005.
- Código de Ética de los Juristas*, UNJC, La Habana, 2000.
- Código de Ética Judicial*, La Habana, febrero de 2001.
- Constitución de la República de Cuba*.
- Fernández Bulté, Julio: *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- : «Los modelos de Control Constitucional y las perspectivas de la Cuba de hoy», en *El otro Derecho*, vol. 6, no. 2, Bogotá, 1994.
- : *Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Horruitinier Silva, Pedro: «El modelo curricular de la Educación Superior Cubana», en *Pedagogía Universitaria*, vol. 5, no. 3, La Habana, 2000.
- La ética* (consultado en Encarta Jurídica).
- Martínez, M., M. R. Buxarris y F. Esteban: «La universidad como espacio de aprendizaje ético», en *Revista Latinoamericana de Educación*, no. 29, agosto de 2000 (consultado en internet).
- Ministerio de Educación Superior: *El tutor en las sedes universitarias*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Ollero Tessara, Andrés: *Deontología Jurídica*, t. 4, en <http://perso.Wanadoo.fr/b.p.c>.
- Ossorio, Ángel: *El alma de la toga*, Editorial Porrúa, México, 1972.
- Sholz, G.: «Función educativa de la clase y formación de valores» (conferencia ofrecida en el Instituto Central de Ciencias Pedagógicas, Ciudad de La Habana, 1987).
- Tribunal Supremo Popular: *Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales*, TSP, La Habana, mayo de 2000.

¿PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL SISTEMA DE FUENTES?

*Esp. Isabel Inés Arredondo Suárez,
jueza profesional, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP*

EL Derecho tiene tres dimensiones principales, basadas en los elementos clásicos de la definición de lo jurídico: perspectiva normativa, perspectiva social y perspectiva valorativa.

No es posible concebir el Derecho como algo dado ni como el resultado o la invención de un hombre, sociedad, momento histórico o proceso legislativo o jurisprudencial; es la obra de creación permanente que se realiza por un complejo entramado de actos y procesos complementarios que responden en un contexto histórico, político y social determinado.

La creación del Derecho aparece como un fenómeno complejo y dinámico que incorpora, desincorpora o renueva valores, principios, creencias, aspiraciones, necesidades u otros criterios y normas jurídicas.

En las sociedades conviven diversas formas de ordenamiento de la conducta humana. Entre estas, encontramos la moral, convencionalismos sociales, religiones y, por supuesto, el Derecho. Todas prescriben conductas, pero la efectiva manera de distinguir

las depende, en principio, de la forma específica que asegura su cumplimiento.

Por ello, más allá de la teoría normativista del Derecho, la teoría tridimensional de este explica el fenómeno jurídico desde una tríada de manifestaciones: hecho social que responde a su eficacia, norma jurídica en relación con su vigencia, y en correspondencia con la justicia del Derecho. Resultan apreciables en todo instante de la vida jurídica: su aspecto normativo, conjunto de normas que regulan la conducta social debida y que se estudia a través de las disciplinas particulares de la ciencia y del Derecho comparado; el fáctico, que denota el fenómeno jurídico cual acontecer de la realidad social, cultural, económica y política y se estudia mediante la Sociología del Derecho; y el axiológico, visto como valor de justicia, expresión de este, portador y garante de otros valores superiores, que se estudia en la Filosofía del Derecho.

Todo fenómeno jurídico responde a un hecho económico, geográfico, demográfico, etc., a un valor que da determinada significación a ese

hecho y, además, una norma o regla que da la medida que integra cada uno de esos elementos en el otro. Estos factores coexisten en una unidad, interactuando dinámica y dialécticamente, se implican y se exigen desde que aparece la norma como expresión de hechos ordenados, según valores hasta el momento final de su aplicación.¹

FUENTES DEL DERECHO

Al referirme a la palabra *fuentes*, hago alusión al origen o fundamento de algo. Es, como indica su origen del latín, manantial de agua que brota de la tierra; entonces, al emplearla en materia del Derecho, nos referimos a conocer cuáles son las fuentes del ordenamiento jurídico.

Dicha acepción ha sido indistintamente usada por los autores tanto para referirse a: *fuentes materiales*, en las que inobjetablemente resulta el hombre como ser social; *fuentes de producción*, con lo que pensamos de inmediato en la *potestas normandi* o poder de crear normas a través del Estado como poseedor de capacidad normativa por ostentar el poder público político; *fuentes formales*, que sería la forma de exteriorizarse el Derecho en un ordenamiento jurídico dado (Constitución, leyes, costumbres, jurisprudencia, etc.); y *fuentes de conocimiento*, que servirían al estudio tanto del Derecho vigente como del antiguo, a través de materiales normativos o teóricos.

Son cuestiones diferentes, pero no independientes entre sí ni tampoco respecto a la esencia misma del Derecho; por ello, el problema de esas fuentes ha sido una de las cuestiones más complejas y discutidas por la ciencia jurídica.

El tema de las fuentes formales resulta uno de los más debatidos doctrinalmente, tanto por las diferentes disciplinas del saber jurídico como por la Teoría del Derecho, al resultar uno de sus apoyos, pero su determinación ha de pasar por determinado condicionamiento político, en tanto es innegable que se trata, como sostiene el profesor Luis Díez-Picazo, de

(...) un problema eminentemente político por una parte y, por otra, una cuestión de índole sociológica. La enumeración y el establecimiento de la jerarquía de las fuentes es, ante todo, un problema político porque entraña el especial reconocimiento de un ámbito de poder –poder mandar y poder hacerse obedecer–, que en última instancia es un poder de naturaleza política.²

De tal guisa es el razonamiento del profesor Grillo Longoria, quien trata como fuente de un fenómeno aquello que lo origina y le da vida, y estima que son fuentes del Derecho las condiciones económicas y políticas de la vida de la sociedad y el poder del Estado que encarna su voluntad en ley.³

Rotondi, en *Instituciones de Derecho Privado*, razonaba que, si por *fuentes* se entendía el origen último de la norma jurídica, todas proceden de la conciencia jurídica colectiva; pero, desde el punto de vista técnico, deberían entenderse como tal los medios, los instrumentos inmediatos a través de los cuales se actúa en cualquier ordenamiento positivo, el mandato de las normas jurídicas.⁴

El profesor Mendoza estima que solo tendrá el carácter de fuente formal del Derecho aquello de lo que el juez pueda hacer uso para fundamentar jurídicamente su actuar en un proceso determinado.⁵

Para Díez-Picazo, la expresión *fuentes del Derecho*, además de designar el origen de las normas jurídicas, es decir sus autores, y la forma en que se exteriorizan, también identifica la instancia de legitimación o causa de justificación del ordenamiento y sirve al conocimiento del material normativo.⁶

Visto así, es indiscutible que la ley resulta la fuerza jurídica superior por ser expresión de la voluntad general; es la norma jurídica emanada del pueblo a través del órgano que la representa políticamente y es este su destinatario. Dentro de estas, la Constitución es la norma preeminente, al ser creada y justificada precisamente por el poder que da origen al ordenamiento jurídico; es la norma superior en la que descansa la unidad del ordenamiento y

contiene los principios cardinales sobre los que se fundamenta un Estado y su Derecho, el punto de inicio y de sujeción de las restantes normas.

El resto de las fuentes formales del Derecho tienen relación de dependencia para con la ley y, para su validez, penden del reconocimiento que esta haga de ellas; es lo que se ha dado en llamar el principio de legalidad, sinónimo de supremacía de la ley, pero no necesariamente implica la exclusión de otras fuentes.

Por fuentes formales indirectas, hablamos de procedimientos de formalización del Derecho, cuya función creadora es indirecta, por coadyuvar en la formulación de las normas jurídicas, ya sea orientando, ya interpretando o integrando.

La jurisprudencia es la principal fuente formal indirecta del Derecho. Consiste en el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los tribunales, lo cual es coadyuvante tanto de la formación de las normas jurídicas como de su aplicación por parte de los mismos jueces, los profesionales del Derecho y los particulares.

La costumbre es entendida como la norma jurídica creada por los integrantes de la comunidad, a partir del uso o reiteración uniforme y constante de determinado actuar por estos, bajo la convicción de que ese actuar es jurídicamente obligatorio y su eficacia depende del re-

conocimiento que como fuente formal tenga en el orden positivo.

Los principios generales del Derecho son el conjunto de criterios orientadores insertos en todo sistema jurídico, cuyo objeto es suplir las insuficiencias o ausencias de la ley u otras fuentes formales.

La doctrina, como fuente formal indirecta del Derecho, consiste en los estudios, análisis y crítica que, con carácter científico, llevan a cabo los juristas de reconocida autoridad o prestigio profesional; puede ser importante en la interpretación de las leyes e incluso en su elaboración.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La doctrina define los principios generales del Derecho como las «ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una nación».⁷ Son, en sentido jurídico, los pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado derecho positivo.

Para Díez-Picazo, estos constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto a los problemas fundamentales de su organización y convivencia; pueden estar acogidos de modo expreso en el texto de las leyes positivas o implícitos en la normativa concreta de las instituciones.⁸

Pudiera puntualizarlos como las normas o reglas generales sobre las que se estructura el ordenamiento positivo, cuya existencia deriva de las convicciones jurídicas de la comunidad.

Por su propia naturaleza, son abstractos y abarcadores de un número superior de situaciones de hecho e involucran mayor número de sujetos que las que pudiesen contemplar las normas escritas, por demás sujetas a las variaciones de las condicionantes sociales.

Su validez como fuente depende de la aceptación, o no, del Estado en su ordenamiento jurídico y, por lo general, se aceptan como fuente subsidiaria en ausencia de ley, consecuencia lógica del principio de legalidad formal.

En el devenir histórico, siempre se apreció la falta de disposiciones legales que regulasen todos los casos de la vida práctica. No basta la ley ni la costumbre para atender a los supuestos novedosos que iban apareciendo en la realidad; por ello, al lado de las normas positivas manifestadas en aquellas, surgieron determinadas normas superestatales y fuera del uso social, pero con valor tal que servían de fundamento y base al Derecho positivo.

Gómez de la Serna consideraba que

hay principios inmutables que en todos los pueblos a que ha llegado la antorcha de la civi-

lización se respetan como leyes, y, sin embargo, que son la base sobre la que el legislador levanta su obra, no han recibido jamás sanción expresa (...), estos principios no son leyes, sino que pueden llamarse con propiedad leyes de leyes; son reglas de orden superior que siempre se suponen aunque no estén reducidas a formas oficiales de la ley, ni pasen por las solemnidades de una publicación que nadie necesita para conocerlos.⁹

Sobre estos se han sostenido diversas posiciones. Aquellos que los admiten no son unánimes en la determinación de su naturaleza jurídica; mientras para unos son normas jurídicas paralelas al Derecho positivo, para otros son principios que como tales se derivan del ordenamiento, pero que no tienen que encontrarse explícitamente en él. Esa es la división tradicional que se produce entre iusnaturalistas y positivistas. Los primeros, cualquiera que sea su tipo, sostienen la existencia paralela del Derecho natural entendido como expresión de la racionalidad humana o de la voluntad divina, según el caso. Los segundos los conciben unidos orgánicamente al ordenamiento jurídico, por lo que deben estar implícitos en él.¹⁰

En otra parte, se sitúan quienes niegan la existencia de dichos principios, argumentando que

adolecen de una vaguedad excesiva, que permite al operador jurídico alejarse peligrosamente del texto de la ley, concediéndole al juez más una función legisferante que la de aplicación de la ley al asunto litigioso concreto sometido a su conocimiento.

De modo que la doctrina mantuvo criterios divididos, en el caso de la positiva, mientras unos los consideran normas jurídicas independientes de las legales, otros los estiman como dependientes de aquellas, inspiradores del Derecho positivo obtenidos por la sucesiva abstracción de las diversas leyes, y algunos los asimilan a los principios más generales de la ciencia del Derecho o con el Derecho natural. La doctrina negativa argumenta su oposición en que los principios son una autorización a la libre creación del juez, se critica su vaguedad como incompleta y no meditada. En cambio, otros autores mantienen una posición ecléctica, que es más seguida, por ser más conciliadora y trata de aunar las anteriores.

Son tres códigos civiles europeos los modernos antecedentes normativos de la regulación de los principios generales de Derecho como fuente:

—El austríaco, de 1811, que se refiere a la posibilidad de decidir un caso que no es posible resolver con las palabras ni el sentido natural de una ley mediante lo que esta decide para casos análogos

y en los fundamentos de otras leyes semejantes y, si aun fuese dudoso, se decidirá conforme a las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, según los principios jurídicos naturales, con clara inspiración en el *iusnaturalismo* racional.

—El Albertino, de 1838, que rigió para Cerdeña y Piamonte, el cual se refiere expresamente a los principios generales del Derecho como recurso, cuando una cuestión no pudiera ser resuelta por el texto ni por el espíritu de la ley ni tampoco teniendo en cuenta los casos semejantes que las leyes hubieran especialmente previsto y los principios que sirven de fundamento a leyes análogas.

—El italiano, de 1865, que previó que si no es posible decidir una controversia mediante una precisa regulación legal, se recurrirá a las disposiciones que regulan casos semejantes y materias análogas y, si aun el caso es dudoso, autoriza que se decida conforme a los principios generales de Derecho. Todos tuvieron evidente influencia posterior en la redacción de otros códigos europeos y latinoamericanos que los acogen en su articulado.¹¹

Estos principios formaron parte del derogado Código Civil español de 1888, cuyo Artículo 6 postulaba:

El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando

no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del Derecho.

Tal proyección resolvía el dilema de las lagunas de la ley y mandaba al juzgador a acudir a estos como último remedio; asimismo, servía de orientación a su labor interpretativa, constituyendo el fundamento del ordenamiento jurídico, con doble misión: positiva, en cuanto a creación; y negativa, al condenar determinada actuación como anti-jurídica, al apartarse de esos principios primarios.

No obstante, por mucho tiempo, existió especial oposición de la jurisprudencia, identificada con la doctrina legal por imperio de los artículos 1691 y 1692 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, siendo opinión mayoritaria que los principios no reconocidos por la ley o por declaración del Tribunal Supremo no podían ser admitidos y, por ende, alegados.

Al referirse a la ordenación jerárquica de las fuentes y, luego de resaltar la primacía de la ley y la imposibilidad de que existan dos fuentes con igual grado, De Castro y Bravo criticó la función supletoria que a los principios generales signaba el Artículo 6 del derogado Código español por considerar tal posición incompatible con la función informadora, vivificadora y correc-

tiva de estos, justificando que escapan a cualquier orden escalonado por ser la base última de todo el ordenamiento jurídico.¹²

En ningún caso, deben ser confundidos los principios generales del Derecho con las reglas o máximas jurídicas que proceden del Derecho romano justiniano y que no son más que refranes jurídicos o fórmulas simplificadas que contienen una experiencia jurídica.

LAGUNAS LEGALES E INTEGRACIÓN DEL DERECHO

Según Castán, el reconocimiento de las lagunas de la ley figuraba ya desde el preámbulo de la compilación aragonesa de 1247, la cual remitía al juez, donde los fueros callasen, a la equidad o sentido natural; de igual modo, la Constitución catalana de 1251 mandaba a fallar los casos peculiares de acuerdo con los usos de Barcelona, en su defecto por la costumbre y, a falta de esta, por la razón natural.¹³

Valverde aceptaba la existencia de tales insuficiencias acotando que, por ser muy grande la transformación de la vida social humana, es continuo el nacimiento de relaciones nuevas, diversas y aun opuestas a las preexistentes, distintas también las circunstancias sociales y económicas de los pueblos originadas por factores de variada índole que el legislador

más cauto no ha podido sospechar; para tales casos, reconocía la difícil situación del juzgador y apelaba por que se librara a la jurisprudencia de un automatismo perjudicial.¹⁴

Lejos quedaron los tiempos en que se pretendió alcanzar un ordenamiento jurídico coherente y pleno. La coherencia o unidad se ha logrado en alta medida debido a las modernas técnicas legislativas, pero se considera utópica la aspiración de regular cada sector de la realidad, sin vacío legislativo alguno.

Es en la resolución de los conflictos, mediante la aplicación de la norma al caso específico, donde los sistemas jurídicos se concretan y se alcanza la fase culminante del Derecho, su aplicación; de ahí que, ante un supuesto vacío legislativo, ha de asumir el órgano jurisdiccional un carácter creativo que se traduce en la integración del Derecho, donde, a diferencia de la interpretación, no se trata de establecer el significado de un precepto, sino de salvar el defecto o insuficiencia del material normativo.

En la teoría jurídica contemporánea, ello se explica en los procedimientos de autointegración y heterointegración del sistema jurídico.

La autointegración se realiza mediante la concatenación lógica de las normas positivas y se redu-

ce al método de pura analogía, cuando se entiende a la luz del positivismo que impide que se tengan en cuenta normas distintas a las ofrecidas por la propia ley positiva; pero, también, puede alcanzarse mediante la aplicación de los principios generales del Derecho que tienen como esencia las convicciones y creencias arraigadas en la comunidad.

Mientras la analogía *legis* funciona como operación lógica de lo particular a lo particular, previo juicio de valor sobre la conveniencia de dar al supuesto carente de regulación la norma del supuesto análogo, en la analogía *iuris* se va desde lo particular a una abstracción (lo general) y, luego, pasa a aplicar lo general, que se obtiene a lo particular; o sea, partiendo de un conjunto de normas, trata de inducir en ellas un principio general del Derecho, así, el caso a solucionar, aunque distinto al de aquellas normas, puede ser igual al supuesto de hecho del principio inducido del conjunto, de lo que se evidencia que es un mecanismo de aplicación de los principios generales del Derecho.¹⁵

Otro método que reconoce la doctrina para la aplicación de los principios generales del Derecho es el procedimiento de abstracción, de generalización progresiva, consecutiva, ascendente y abstracta de las normas particulares, hasta llegar a la norma generalísima que alcance el supuesto no regula-

do por las primeras y que ha sido criticado en tanto se opone que puede conducir al arbitrio judicial ejercido en forma arbitraria a la ley o a elaborar principios contrarios al Derecho positivo e, incluso, a la solución analógica del caso.¹⁶

Como riesgo del proceso de aplicación de los principios generales del Derecho, obviamente a cargo de los órganos jurisdiccionales encargados de ello, se menciona que se enarboles principios resultantes de la elaboración subjetiva que respondan al modo individual de pensar de los juzgadores y, por ende, se distancien de la creencia jurídica de la colectividad, que es el verdadero sentido y la razón de tales principios generales.

EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

En la realidad jurídica cubana, no existe norma alguna que se pronuncie determinando expresamente cuáles son las fuentes del ordenamiento jurídico patrio y la relación de jerarquía entre sí, por lo que, a la fecha, subsiste la especulación doctrinal de diversos autores al respecto.

Tal indeterminación parte de que, al promulgarse, en 1987, el vigente Código Civil, quedó derogado el viejo Código Civil español de 1888, el cual, en su antes transcrito Artículo 6, ofrecía, con carácter su-

pletorio para el resto del ordenamiento, lo que debía considerarse fuente formal, y la nueva ley positiva no ofrece precepto alguno referido a esto, mientras que, por otra parte, la Constitución se limita a enunciar los órganos con facultad normativa y el tipo de norma que crean, con lo que deja una oquedad en el sistema jurídico cubano, al omitirse toda referencia a las fuentes, institución trascendente en la Teoría del Derecho y en la sistemática de la ciencia jurídica.

La tendencia predominante en el panorama jurídico cubano ha sido la defensa del principio de legalidad, al considerar la supremacía de la ley, y subordinar a ella cualquier otra posible fuente, como pudiera ser la jurisprudencia o los principios generales de Derecho, de modo que sea imposible prescindir de lo normado en aras de la búsqueda propia de este.

Grillo Longoria afirmaba que es la ley la fuente principal y dominante de las distintas ramas jurídicas en el ordenamiento jurídico socialista y que debían ser rechazados tanto la costumbre como los principios generales de Derecho y la jurisprudencia como fuentes, especificando, respecto a los segundos, que los propios autores burgueses

(...) no han podido ofrecer un sentido definido de éstos, elaborando formulaciones vagas, imprecisas, exigiéndose muchas

veces para su validez jurídica su reconocimiento expreso por la jurisprudencia o por la ley.¹⁷

Pero, indudablemente, para abordar este tema con objetividad, no se puede separar del referido a las lagunas del Derecho y a la interpretación e integración de este, de tanta incidencia en la función jurisdiccional, si se tiene en cuenta el deber inexcusable del juez de impartir justicia, aun cuando no encuentre norma concreta para la solución del caso específico, tal como se infiere del Artículo 3 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en cuanto señala que la jurisdicción de los tribunales cubanos es indeclinable y no podrán rehusar el conocimiento de los asuntos que se les someten a su consideración. El Artículo 23 impide abstenerse de fallar, salvo cuando corresponda a órgano superior; y el 40 autoriza al tribunal, en caso de presentarse situación de indefensión o desigualdad que pudiera causar perjuicio no imputable a la parte que la sufra, a adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal, aunque sin alterar los términos del debate.

TRATAMIENTO DADO POR LA SALA

La versatilidad de las relaciones sociales impone que el juez sea flexible y capaz de interpretar las

normas legales conforme con el momento histórico en que se aplican, lo cual

(...) no es sino un corolario de la esencia misma de la función jurídica interpretativa, que consiste en poner las normas en relación con la vida, para que su concreción, en el caso enjuiciado, resulte justa.¹⁸

Los principios rectores sirven precisamente a ello. Entre estos, cabe citar, en nuestro caso, dignidad y respeto de la persona, igualdad ante la ley, protección a los derechos individuales, tutela de todas las formas de propiedad reconocidas, legalidad, deber de indemnizar los daños causados, que nadie puede enriquecerse sin causa justa, etc.

La cuestión reside en que estas reglas generales, si bien en la mayoría de las ocasiones se encuentran claramente positivizadas en la Constitución como principios superiores del ordenamiento, y respaldadas mediante normas recogidas en el vigente Código Civil, en otras no existe un precepto específico que las acoja de forma expresa. Es, entonces, que entraría a desempeñar un rol relevante el sistema de fuentes establecido dentro del ordenamiento jurídico.

Pero, tal sistema de fuentes no se encuentra regulado en ninguna disposición normativa vigente en nuestro país. Cuando se promulgó el texto constitucional de

1976, no se abordó dicha materia, seguramente teniendo en cuenta que ya estaba regulado por el Código Civil español. Al promulgarse el nuevo Código Civil, no se concibió un precepto que supliere lo previsto en el Artículo 6 del anterior, por considerar que es materia constitucional, creándose de esa forma un vacío legal de graves implicaciones en el quehacer jurídico.

Teniendo en cuenta la ya argumentada inexcusabilidad de impartir justicia que tienen nuestros tribunales, sostengo la necesidad de reconocer legalmente los principios generales del Derecho como una fuente, si no del todo independiente a la ley, sí al menos con alguna sustantividad propia, pues aunque se deriva de esta, en última instancia, no se identifica con ella.¹⁹

Tales principios abstractos inspirados en la justicia y en la razón, no contemplados siempre en la legislación positiva, aunque inspiradores de ella, son posibles de alcanzar por la vía de la interpretación analógica, que permite extender lo dispuesto en una norma a un caso concreto no regulado allí, pero con caracteres de semejanza con el reglado, ya que la norma expresa un principio de Derecho más general que se extiende incluso fuera de la materia en que se ha dictado; se abstrae de la norma dicho principio de valor general aplicándolo al caso

concreto no subsumible directamente en la formulación de esta por ser normas inspiradoras de todo el sistema jurídico, lo que confirma su unidad orgánica y su construcción científica, y ofrece al juzgador un remedio extremo para resolver, a partir del espíritu que preside la obra legislativa, los casos que de otro modo quedarían sin solución.

No ha sido mi intención centrar el objeto de este trabajo en la controversia acerca de si deben ser admitidos los principios generales de Derecho como fuente formal directa o indirecta del Derecho en Cuba, no es desde la perspectiva del sistema de fuentes en que intento tratarlo, sino desde el quehacer práctico, como operadora del Derecho, complementando con mi experiencia la opinión de otros autores, de modo que pueda ofrecer otros criterios interpretativos, incluso distintos, que permitan un enfoque integral y multifacético de tan controvertido tema.

A punto de alcanzar los treinta años de aplicación del actual Código Civil, la doctrina civilista cubana no se ha dedicado a ofrecer un estudio pormenorizado de los criterios vertidos por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP acerca del tratamiento de instituciones jurídicas, entre ellas los principios generales, pero el máximo órgano de justicia les ha dado vida a estas y a la exégesis de nues-

tros principales cuerpos legales, expresión inequívoca del Derecho creado en particulares circunstancias sociales e históricas, cuando ha sido imprescindible recurrir a tales principios en la fundamentación de sus decisiones, las cuales, ineludiblemente, se convierten en asiento de la *ratio decidendi* de muchos fallos venideros.

Esto influye en el logro de la experiencia en la actividad judicial que motiva las instrucciones del Consejo de Gobierno del TSP y, por ende, favorece la aplicación uniforme del Derecho, mediante lo que se satisfacen los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, función que se materializa cuando el máximo órgano jurisdiccional construye, a través de la práctica judicial y los criterios reiterados en sus sentencias, la base que, en disímiles asuntos sometidos a su consideración, sirve de criterio de la aplicación por los demás tribunales, garantía indiscutible ante las innumerables interpretaciones que del ordenamiento jurídico vigente suelen hacer quienes lo operan.

Como muestra práctica de lo tratado, reproduzco el segundo considerando de la Sentencia 219, dictada el 31 de marzo de 2006 por la sala de la especialidad del TSP, en el recurso de casación civil 152 de 2006, mediante el cual se impugnaba la Sentencia 155, de 30 de diciem-

bre de 2005, que dictó la Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral del Tribunal Provincial Popular de Matanzas, en el proceso ordinario 103 de 2005, promovido en solicitud de que se decretase la nulidad del acto jurídico contenido en la escritura pública 857, de 22 de septiembre de 2003, sobre descripción de obra, liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, aceptación y adjudicación de herencia intestada, cesión de derechos hereditarios, cesión de participación en la comunidad matrimonial de bienes, constitución de condominio, división de vivienda y liquidación de copropiedad.

En ese recurso, se formuló un motivo de casación con amparo en el apartado uno del Artículo 630 de la ley de trámites que acusaba infringido el 122 de la Constitución de la República, en relación con el propio 630.1 de la ley instrumental, aduciendo en su concepto de infracción que la sala de instancia había aplicado el principio general de Derecho *non bis in ídem*, en tanto la legislación positiva no lo recogía como fuente —las fuentes se limitaban a las señaladas en el mencionado precepto—, y la condenó por ir contra sus propios actos, aplicando analógicamente la solución prevista en el Artículo 181 de la ley procesal, cuando la nulidad no había sido causada por el actuar de la inconforme, sino por el funcio-

nario público actuante que autorizó la escritura, en violación de lo establecido en la legislación sustantiva.

CONSIDERANDO: que los motivos primero original y primero adicional del recurso establecido por MLTP y los motivos primero, segundo y tercero originales así como el adicional del que interpusiera NEPH, todos con amparo en el apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral que se examinan de conjunto por ser innecesario su análisis por separado, deben ser desestimados in integrum, toda vez que con independencia de que las recurrentes en los respectivos conceptos de infracción no aceptan la situación fáctica que la sentencia interpelada ha dejado establecida, cual es la existencia de impedimento legal para invalidar el acto jurídico contenido en la escritura cuya nulidad pretende la demandante al haber comparecido como otorgante en la misma y por ende haber dado lugar con la emisión de su manifestación de voluntad a los desciertos que se advierten en la misma, razonamiento que debieron respetar de acuerdo a la técnica del recurso con el amparo escogido, es lo cierto que al negar el fundamento de la sentencia interpelada, argumentando no tener respaldo en la legislación

positiva el principio enarbolado de que nemo auditur propriam turpitudinem allegans, o lo que es lo mismo, nadie que alegue propia causa torpe puede ser escuchado, se soslaya que aquel es consustancial y deviene de la propia naturaleza de la relación jurídica que regula y protege el Código Civil vigente a través de diversas instituciones, consolidada en el acto impugnado por la manifestación de voluntad de los sujetos intervinientes, entre otros de la promovente del proceso en ejercicio de su plena capacidad civil que obviamente no puede contradecir, puesto que admitir lo opuesto atentaría contra el orden, la seguridad y la igualdad jurídica, principios instrumentales con los que cuenta el Derecho para la realización efectiva de la Justicia; a mayor abundamiento, si bien normas de vital trascendencia como resultan la Constitución o la propia ley sustantiva se limitan a establecer los órganos con facultades normativas, no existiendo en nuestro ordenamiento precepto que enumere cuáles son sus fuentes y la relación de jerarquía entre éstas, es imposible desconocer como fuerza vinculante, sin atentar a su vez contra el principio de legalidad formal, el valor de fuente material e indirecta de los principios generales de Derecho que sirven de basamento natural de la

legislación positiva al expresar valores, intereses e ideas rectoras que dominan la forma de interactuar la sociedad y que se materializan mediante la autointegración, cuando se da respuesta a un supuesto no reglado expresamente ya sea por analogía, aplicando una regulación existente para otro supuesto que tiene similitud con él, como sería en el caso lo preceptuado en el artículo ciento ochenta y uno de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral que prohíbe reclamar la declaración de nulidad a quien con sus actos dio lugar a la misma, o, a través de la generalización sucesiva y abstracta de normas particulares que permite llegar a la más general y lógica que alcance el supuesto no contemplado, por lo que en el caso estaríamos frente a similar resultado al analizar los conceptos de relación jurídica, acto jurídico como causa de aquella, sujeto de la relación, personalidad y capacidad jurídica.

La inclusión de los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes en Cuba vendría a cumplir funciones importantes:

♦ Serían el fundamento del ordenamiento jurídico, como fuente inspiradora de las diferentes disposiciones legales, por un lado, y como instancia crítica, por otro, a partir de la cual puedan ser contrastadas las normas jurídicas con la esencia misma de nuestro sistema político y jurídico.

◆ Orientadores de la labor interpretativa de las normas jurídicas, a partir de las cuales se puede desarrollar con precisión la interpretación sistemática y la autointegración del ordenamiento, en la medida en que este constituye verdaderamente un sistema cuyos nervios –los principios– permiten su interpretación extensiva o restrictiva.

◆ Fuente subsidiaria e integradora en caso de insuficiencia de la ley; en otros términos, en caso de ausencia de ley expresa, aplicable al caso controvertido, el tribunal debe hacer uso de los principios generales del Derecho para resolver de acuerdo con los fundamentos mismos del ordenamiento nacional, pues no puede dejar de fallar so pretexto de silencio de la ley.²⁰

Es precisamente el TSP el que tiene la elevada misión de ir dis-

tinguiendo los principios generales del Derecho en sus sucesivos fallos, de forma que se pueda ir enriqueciendo la práctica jurídica.

En la medida en que estos sean acogidos por el máximo órgano judicial, podrán ser aplicados por los tribunales, y serán alegables en todas las instancias, cuando no exista ley aplicable al caso concreto o para orientar su actividad jurisdiccional en la recta interpretación de la ley, junto a las disposiciones con ese carácter emanadas del Consejo de Estado y las instrucciones de carácter obligatorio del Consejo de Gobierno del TSP, pues recogen la experiencia de la actividad judicial en la interpretación, aplicación de las leyes y las decisiones que dicta, al evacuar consultas de los tribunales, que también han de ser consideradas como fuentes formales del ordenamiento jurídico■

NOTAS

¹ Miguel Reale: «Acepciones de la palabra ‘Derecho’», p. 141.

² Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, p. 101.

³ Rafael Grillo Longoria: *Teoría general del Proceso Civil*, p. 15.

⁴ Mario Rotondi: *Instituciones de Derecho Privado*, p. 52.

⁵ Juan Mendoza Díaz *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, p. 9.

⁶ Díez-Picazo y Gullón: *Ob. cit.*, p. 99.

⁷ Fernández de Castro, *apud* Francisco Cerrillo y Quílez, «Principios de Derecho», p. 3111.

⁸ Díez-Picazo y Gullón: *Ob. cit.*, p. 143.

⁹ Gómez de la Serna, *apud* Cerrillo y Quílez: *Ob. cit.*, p. 3112.

¹⁰ Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y del Derecho*, pp. 232-236.

¹¹ Andry Matilla Correa: «Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)», pp. 187-188.

¹² Federico de Castro y Bravo: *Compendio de Derecho Civil*, pp. 98-99.

¹³ Castán Tobeñas, *apud* Werner Goldschmidt, *Diccionario de Derecho Privado*, p. 1991.

¹⁴ Calixto Valverde y Valverde: *Tratado de Derecho Civil Español*, pp. 114 y 116.

¹⁵ Díez-Picazo y Gullón: *Ob. cit.*, pp. 178-179.

¹⁶ Matilla Correa: *Ob. cit.*, p. 193.

¹⁷ Grillo Longoria: *Ob. cit.*, p. 17.

¹⁸ Juan B. Vallet de Goytosolo: *Metodología de la determinación del Derecho II (Parte Sistemática)*, p. 1412.

¹⁹ Manuel Albadalejo: *Curso de Derecho Civil Español, Común y Foral*, pp. 75-77.

²⁰ Federico de Castro y Bravo: *Derecho Civil de España, Parte general*, t. 1, pp. 428-429.

BIBLIOGRAFÍA

Albadalejo, Manuel: *Curso de Derecho Civil Español, Común y Foral*, Librería Bosch, Barcelona, 1997.

Castro y Bravo, Federico de: *Compendio de Derecho Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

———: *Derecho Civil de España; Parte general*, t. 1, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

Cerrillo y Quílez, Francisco: «Principios de Derecho», en *Diccionario de Derecho Privado*, t. 2, Editorial Labor, Madrid, 1950.

Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10.^a ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

Fernández Bulté, Julio: *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

Grillo Longoria, Rafael: *Teoría general del Proceso Civil; Derecho Procesal Civil I*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

Matilla Correa, Andry: «Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)», en Colectivo de autores, *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

Mendoza Díaz, Juan *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

Reale, Miguel: «Acepciones de la palabra 'Derecho'», en *Selección de Lecturas de Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

Rotondi, Mario: *Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Labor, Barcelona, 1953.

Vallet de Goytosolo, Juan B.: *Metodología de la determinación del Derecho II (Parte Sistemática)*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

Valverde y Valverde, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*, t. 1 (Parte general), 4.^a ed., Valladolid, 1935.

Werner Goldschmidt, A.: *Diccionario de Derecho Privado*, t. 2, Editorial Labor, Madrid, 1954.

Legislación

Código Civil Español de 1888, vigente en Cuba desde 1889.

Constitución de la República, 2002.

Ley 7 de 1977, «Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral».

Ley 59 de 1987, «Código Civil».

Ley 82 de 1997, «Ley de los Tribunales Populares».

Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, vigente en Cuba desde 1886.

La Casación civil de oficio

PRÁCTICA JUDICIAL GARANTISTA DE LOS DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES

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

EL presente artículo tiene la intención de examinar las diferentes aristas de un tema controvertido y polémico en el ámbito de las tendencias del derecho procesal contemporáneo y, en particular, en lo referido al proceso civil, como resulta la posibilidad de que en sede de casación pueda el órgano jurisdiccional supremo casar y anular una sentencia o auto definitivo de oficio, es decir que, aun habiendo sido recurrido en casación por parte debidamente legitimada, el tribunal, ante determinado quebrantamiento sustancial que no puede solventar de otro modo y soslayando las alegaciones de distinta índole formuladas por el inconforme, con diferentes fundamentos, decreta la invalidez del fallo interpelado.

Tal posibilidad se traduce en eficaz herramienta en poder del juzgador de casación en pos de las garantías de que resulta acreedor el justiciable, tanto en su condición de recurrente como de no impugnante, en el sentido de recibir un justo y debido proceso con estricto apego a Derecho, que comple-

menta la de acceso a la justicia y el efectivo logro de esta, pues como finalidad de aquel no podría materializarse sin que discurren el *iter* procesal en la forma apuntada.

IMPLEMENTACIÓN DE LA CASACIÓN CIVIL DE OFICIO

El criterio de admisión como válido de tal proceder tiene su condicionante en la postura que adoptemos en relación con el rol que corresponde desempeñar al órgano jurisdiccional en el proceso, en virtud de que, si nos afiliamos a aquella que propugna un papel pasivo del juzgador, a merced del accionar de las partes en conflicto y con pleno imperio del principio dispositivo, en la que el tribunal debe mantenerse equidistante de los argumentos de las partes, que le resultan vinculantes, sin posibilidad alguna de introducir elementos ajenos a aquellos formulados por los litigantes en la búsqueda de la verdad material más allá de la

verdad formal que resulta del conflicto en la forma planteada por los contendientes, posición que defienden, en la actualidad, entre otros, algunos procesalistas de la denominada *Escuela de Valencia*, encabezados por Montero Aroca,¹ de ello resultaría la imposibilidad de admitir tal pronunciamiento. Este enfoque ha sido el predominante en el aspecto normativo y en la doctrina jurídica; como señala la chilena Cecilia Paz Latorre Florido:

(...) la casación se creó como recurso a favor de las partes del juicio; no se diseñó un recurso en interés de la ley o se permitió la actividad oficial en temas de correcciones oficiosas al derecho aplicado en las cuestiones de fondo. Luego, es evidente que la casación está al servicio de quien es parte litigante y que no se le consagró en pos del interés social. Si el fallo viola la ley y las partes no recurren, la trasgresión al derecho objetivo se afianza y la comunidad nada puede hacer.²

En sentido contrario, si entendemos que debe corresponder al juzgador un papel activo durante el curso del proceso civil –sin suplantarse con ello las facultades y cargas de las partes ni vulnerar sus garantías fundamentales, lo que precisamente constituye premisa esencial de nuestro ordenamien-

to procesal, de manera que prevalezca el mayor acercamiento posible de lo formalmente declarado probado a la verdad material de lo sucedido–, coincidiríamos, entonces, seguramente, en admitir la necesidad de la casación de oficio y su consecuente regulación positiva.

A ello contribuye, además, la propia esencia de la labor casacional, que en modo alguno puede quedar constreñida a la mera revisión de la probable concurrencia de las infracciones de ley o quebrantamientos procesales denunciados por el recurrente, sino que, sin desconocer tales cuestiones, debe extenderse a la revisión integral de lo actuado por los tribunales inferiores, tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal, función conocida en la doctrina a partir de su denominación por el ilustre profesor italiano Piero Calamandrei³ como «nomofilia judicial», que consiste en el deber del tribunal de casación de velar por el estricto cumplimiento de las leyes y demás fuentes formales de Derecho a que se refiere, en nuestro caso, el ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico⁴ (LPCALE) y llevar a cabo la función uniformadora de la actuación judicial, lo que tiene su efecto en la elevación del índice de

posible predicción del fallo casacional frente a un mismo tipo de conflicto reiterado; puesto que la casación extravasa el mero interés de los particulares contendientes para erigirse en función pública en la que el interés que prevalece es el de restablecimiento de la legalidad quebrantada y la garantía de certeza jurídica, lo que necesariamente conduce de la mano a admitir que deberá pronunciarse por la revocación de la resolución judicial impugnada, si advirtiere vulneración de las garantías y reglas esenciales del Debido proceso mediante su examen integral, aun no habiendo sido denunciadas tales cuestiones por el recurrente, bien por desentendimiento o por no coincidir con su interés parcializado de parte litigante.

A estas dos importantes funciones que desempeña el tribunal de casación, la de nomofilaquia o veladora de la legalidad, y la uniformadora de la jurisprudencia, se adiciona una tercera y no menos importante, consistente en la denominada función dialéctica,⁵ relacionada con la búsqueda de la verdad y la justicia en el caso concreto, que solo puede alcanzarse ofreciendo amplitud de acción al juzgador mediante la revisión integral de lo actuado por los tribunales inferiores, sin las ataduras propias de la obligación de ceñirse estrictamente

a los argumentos expuestos por el recurrente, aunque cuidando que ello no convierta este recurso extraordinario y limitado en tercera instancia o reproducción del de apelación.

La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP ha reiterado el criterio del interés público predominante en casación, respecto a velar por la pureza en la aplicación del Derecho en relación con el conflicto individual concreto que se dilucida y, en tal sentido, resulta aleccionador el contenido de la Sentencia no. 12, de 22 de enero de 1979, dictada durante la presidencia del doctor Fernando Álvarez Tabío, que expresa lo siguiente:

CONSIDERANDO: que no obstante ser suficientes los anteriores fundamentos para desestimar el recurso, esta Sala no puede desconocer que la casación, si bien en un orden en cierto modo subalterno, es un medio que se provee a las partes para la defensa de sus privativos intereses, su designio es mucho más trascendental ya que tiende a restablecer el imperio de la Ley infringida o vulnerada, por error, al apreciar el sentido y alcance de un precepto, o por incongruencia en la subsunción de los hechos en la norma aplicable o por desconocimiento de ella en el caso sometido a discusión; de ahí que sea obligado estimar que la casa-

ción, a la par que se nutre de un elemento jurisdiccional, se halla siempre impregnada de la esencia política que le reserva la misión concreta de velar por la pureza en la aplicación o interpretación de la ley en todo el territorio nacional, lo cual impone al Tribunal el ineludible deber de examinar todos los vicios que presente la sentencia recurrida.

EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CUBANO

La regulación normativa de esta figura procesal, si bien resulta novedosa para el proceso civil, que aún no la recoge en la vigente LPCALE, ha tenido en nuestro país feliz presencia y antecedente en otras jurisdicciones, como examino a continuación. El Artículo 79 de la vigente Ley No. 5, «Ley de Procedimiento Penal», establece que

(...) Si del examen de las actuaciones de que conozca por vía de casación, el Tribunal advierte que por el de instancia no se ha hecho uso oportunamente de las facultades que le atribuyen los artículos doscientos sesenta y tres (contentivo de los supuestos en que podrán devolverse al Fiscal las actuaciones preparatorias) y trescientos cincuenta y uno (sobre sumaria instrucción suplementaria), o se

han infringido las formas y garantías esenciales del proceso, de manera que pueda resultar trascendente al fallo, *declarará de oficio el quebrantamiento de forma* y ordenará al de instancia que proceda conforme a los preceptos anteriormente citados, señalándose concretamente las diligencias o medidas que deberá ordenar. Asimismo, dispondrá que se haga cargo de las actuaciones, o que celebre nuevo juicio oral el mismo Tribunal compuesto por sus Jueces o por otros.

Cabe, entonces, la interrogante de si tales dislates de probable aparición en el proceso penal pudieran encontrarse, también, con las especificidades propias de cada cual, en las restantes materias de conocimiento jurisdiccional y, en especial, en la civil, extensiva a la administrativa, en atención a su carácter supletorio. No es posible otra respuesta sino la afirmativa; es más, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP ha tenido que acudir en la práctica a la casación de oficio en casos de flagrantes vulneraciones del Debido proceso que no alcanzan a denunciar los recurrentes, haciendo interpretación extensiva de preceptos de la propia ley de trámites, tales como el artículo cuarenta de la LPCALE,⁶ que permite al juzgador solventar determinada situación de

evidente indefensión o desigualdad susceptible de causar perjuicio irreparable no imputable a la parte que la sufra, sin que tuviere solución específica en dicha Ley, ante la cual puede, de oficio y oídas las partes, o a instancia del interesado y oída la contraparte, adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal, aunque sin alterar los términos del debate.

No obstante, es obvio que el aludido precepto no se asimila a situaciones de tal índole detectadas en casación, que no constituye una nueva instancia del proceso, sino el examen extraordinario de lo ya resuelto, por si hubiere en ello infracción de Derecho, a aquellas acontecidas durante el curso del proceso, por lo que no deja de ser remedio verdaderamente no susceptible de aplicación a dichos supuestos.

Deviene, por tanto, imperativa la incorporación de la figura de la casación de oficio al ordenamiento procesal civil en su aspecto normativo o positivo, de manera que garantice al tribunal una eficaz y efectiva herramienta para encauzar los procesos así viciados al curso adecuado y salvaguardar el logro de la justicia como finalidad suprema. En tales casos, el fin justifica los medios, con mayor razón si se trata de medios legítimos y garantistas, como acontece.

Similar camino recorrió la ampliación de las causales de revisión de sentencias y autos definitivos firmes para tutelar los casos de indefensión que el legislador no puede prever en su totalidad de manera casuística, mediante la adición de una causal quinta al artículo seiscientos cuarenta y dos de la LPCALE⁷ que se materializó por el Decreto-Ley número doscientos cuarenta y uno de dos mil seis, modificativo de la citada ley adjetiva.

Esta nueva causal de revisión permite examinar las sentencias y autos definitivos firmes, a tenor de vulneraciones procesales o referidas a la aplicación del Derecho mismo, que hubieren provocado situación de indefensión no imputable a la parte que la alegare. De la antigua máxima de Derecho, en el sentido de que «quien puede lo mucho, puede también lo poco», deriva que resultaría contradictorio negarle tal posibilidad al tribunal, cuando conoce de recurso de casación interpuesto contra resolución judicial aún no firme, si en cambio ya la tiene reconocida por el legislador cuando ventila la revisión de resolución judicial firme.

Por otra parte, no colisiona la casación decretada de oficio con el imperio del principio de la *no reformatio in peius* que consagra el artículo seiscientos cuatro de la

ley adjetiva civil,⁸ en tanto por ella se produce en definitiva la revocación o anulación del fallo impugnado, que es el fin perseguido por el recurrente; aunque, obviamente, por distintos fundamentos a los alegados por este al interponer el recurso. Si de la ulterior tramitación del asunto surgiera una nueva solución en mayor grado perjudicial en relación con aquella contenida en la casada de oficio, ello no sería imputable directamente a la resolución en tal forma del recurso de casación entonces establecido, sino de manera mediata a la posterior tramitación del asunto, con lo que resultaría ileso el añejo principio mencionado.

PRESUPUESTOS BÁSICOS DE ESTA FIGURA PROCESAL

A continuación, examino los presupuestos sobre los que entiendo que debería erigirse esta institución del Derecho Procesal Civil en su regulación positiva:

◆ La sentencia o auto definitivo objeto de casación de oficio *ha de haber sido forzosamente recurrido mediante tal impugnación*, porque no puede permitirse tal pronunciamiento si la resolución judicial sobre la que recae no ha sido objeto de interposición de recurso de casación por parte interesada, debidamente legitimada

para establecerlo y la sala de casación hubiere examinado las actuaciones en virtud de otra razón y tampoco si se tratare de sentencia o auto que hubiere ganado firmeza. Se casa de oficio simplemente porque los motivos que sustentan tal decisión son distintos a los alegados por el recurrente, aunque de todas formas está presente la solicitud de este, en el sentido de que se revoque la sentencia o resolución definitiva que estima que le causa perjuicios. El hecho de apreciar el juzgador fundamento distinto a los señalados por el recurrente determina la actuación judicial de oficio y, de ahí, la denominación adoptada en tal sentido. No obstante, las nuevas cuestiones apreciadas de oficio han de poder subsumirse en algunas de las causales de casación que establece el artículo seiscientos treinta de la LPCALE, pues, de lo contrario, la excesiva amplitud del campo de análisis pudiera tornar este recurso extraordinario en una nueva instancia, asimilándolo al de apelación.

◆ Las causas que determinan la casación de oficio han de ser *vulneraciones trascendentales* en la tramitación del asunto que infrinjan las reglas del denominado Debido proceso, conforme a las normas procesales vigentes, que conculquen garantías fundamentales a las partes o infrinjan severamente la aplicación del de-

recho sustantivo al caso concreto sometido a la consideración del juzgador, de tal suerte que no puedan ser subsanadas de otro modo e impidan a este resolver el caso a tenor de los fundamentos alegados por las partes obviando la transgresión advertida de oficio.

◆ El quebrantamiento *no puede haber sido abordado en el recurso de casación interpuesto por la parte inconforme*, bien por no haber reparado en él o simplemente a consecuencia de algún interés parcializado dado su carácter de litigante, en virtud de que, obviamente, de haber sido articulado en alguno de los motivos de casación de que conste el recurso, aun cuando se citare bajo precepto amparador equivocado, ello haría innecesario tal pronunciamiento judicial, pues bastaría acoger el recurso de casación establecido declarándolo *con lugar* y revocando la sentencia interpelada en el sentido interesado por el recurrente.

Aspecto en extremo polémico lo es si las causas que pudieran desembocar en una casación decretada de oficio deben constreñirse al ámbito de las vulneraciones procesales o errores *in procedendo* o si, por el contrario, deben abarcar tanto las infracciones de tal naturaleza como las atinentes a la aplicación misma del Derecho en su aspecto sustantivo o errores *in iudicando*. Tal disyuntiva resulta

poco práctica, pues resulta casi improbable un caso en que, habiendo incurrido el juzgador en una severa violación de derecho material, no sea esta denunciada por el recurrente. No obstante, de acontecer ello, debería primar el principio de legalidad y justicia con prelación a las garantías que pudiere alegar vulneradas quien hubiere obtenido a su favor el fallo defectuoso, pero no atacado, como corresponde por su contrario, puesto que el proceso no es un fin en sí mismo, sino que está concebido para que el juzgador arribe a la verdad material desempeñando un papel activo o al menos intente acercarse a ella en lo posible, en virtud de lo cual habrá de permitirse la casación de oficio en ambos sentidos, sustantivo y procesal. De nada serviría un modelo de proceso civil en extremo garantista que se convirtiera en un valladar para el alcance de la verdad material y el pronunciamiento de justicia que corresponde, más allá de la verdad formal que resulta de autos.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN SENTENCIAS DEL TSP

Examino los argumentos del juzgador contenidos en algunas sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP en las que el autor del presente artículo fungió como juez

ponente y resultó imperativo decretar de oficio la casación de la sentencia interpelada:

Sentencia No. 228, de 14 de abril de 2006 (Expediente No. 202 de 2006, materia civil)

CONSIDERANDO: Que del simple examen de las actuaciones se constata que la Sala de instancia, mediante providencia de fecha veintiséis de abril del dos mil cinco, visible a fojas cincuenta y uno del expediente, admitió la intervención de la Delegación Municipal del Ministerio de la Agricultura en Habana del Este, representada por la Lic. MBSG, como tercero interesado en concepto de parte demandada, la que al presentar su escrito de personería realizó alegaciones de fondo en relación con la litis planteada, interesando fuere acogida la pretensión de nulidad formulada por el actor; aspectos sobre los que la mencionada Sala no efectuó pronunciamiento alguno ni en la aludida providencia ni en la sentencia dictada, en la que simplemente se desentendió totalmente de la existencia de dicha parte, ignorándola; cuestión que rebasa la mera incongruencia por omisión a que se refiere como causal de casación el ordinal segundo del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral respecto a las pretensiones articuladas por las partes, y que, apreciada de oficio por esta Sala, pudiendo ocasionar a éstas perjuicio irreparable y

no siendo subsanable de otro modo, determina la necesidad de decretar la nulidad de actuaciones conforme establecen los artículos ciento setenta y ocho y ciento setenta y nueve de la citada ley de trámites civiles; sin entrar a conocer de los motivos de fondo que informan el recurso de casación interpuesto.

Esta sentencia restableció la legalidad casando de oficio la recurrida, al constatar que el juzgador *a quo* se desentendió de la existencia de tercero con interés legítimo en el pleito a quien había admitido en concepto de parte demandada debidamente personada, con lo que vulneró las reglas del Debido proceso, infringiendo lo previsto en los artículos noventa y dos y noventa y tres de la LPCALE.⁹

Sentencia No. 101, de 21 de febrero de 2007 (Expediente No. 184 de 2007, materia administrativa)

CONSIDERANDO: Que examinadas las actuaciones del expediente del proceso administrativo en que se dictare la sentencia que por el presente recurso de casación se interpela, con carácter previo a conocer del fondo de dicha impugnación; se evidencia que la sala de instancia ha infringido las normas y reglas del debido proceso, pues habiendo acordado fallo en fecha veintisiete de diciembre del dos mil seis, visi-

ble en acta de discusión y votación de sentencia a fojas setenta y nueve del expediente en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo número cuatro de cuatro de enero de mil novecientos ochenta y tres del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el sentido de declarar sin lugar la demanda establecida, lo que genera efecto confirmatorio del acto administrativo impugnado conforme establece el artículo seiscientos ochenta y nueve, párrafo primero, de la ley de trámites civiles; sin embargo, seguidamente en fecha veintinueve del propio mes y año procedió a dictar sentencia, visible a fojas ochenta a la ochenta y dos del expediente, en la que acogió en parte la controvertida demanda en atención a que rechazó una de las pretensiones de la parte actora, aunque revocando el cuestionado acto administrativo según ordena en tal supuesto el artículo seiscientos noventa, párrafo primero, de la mencionada ley adjetiva, en franca contradicción con lo que los propios jueces actuantes habían acordado y firmado en la primera de las ocasiones mencionadas; lo que se traduce en clara violación de lo previsto en los artículos ciento cuarenta y seis y ciento cincuenta y uno, inciso sexto, de la ley de trámites civiles; cuestión que resulta insalvable en casación.

Con ella, se resolvió una clara incongruencia entre la sentencia recurrida y el acta de votación que le

antecedió, con infracción de lo establecido por el Acuerdo No. 4, de 4 de enero de 1983, del Consejo de Gobierno del TSP,¹⁰ contradicción que no fue combatida por el recurrente.

Sentencia No. 413, de 15 de mayo de 2008 (Expediente No. 497 de 2008, materia administrativa)

CONSIDERANDO: Que del simple examen de las actuaciones y sin que resulte necesario entrar a conocer de los motivos en que se sustentan los recursos de casación interpuestos, se constata que la Sala de instancia no dispuso de suficientes elementos de juicio para fundamentar debidamente el fallo que se combate; habida cuenta que aun cuando declara probada la inexistencia de compraventa respecto al inmueble controvertido, sin embargo enarbolaba la tesis de cesión ilícita del inmueble, que de lo actuado carece de sustento probatorio, en atención a que lo único acreditado en las escuetas diligencias practicadas por la Dirección Municipal de la Vivienda resulta que el titular del inmueble y ahora recurrente LAGF, se marchó a residir a la Ciudad de La Habana y dejó a una prima de su ex esposa, la también recurrente YGP, residiendo en la vivienda de su propiedad en Santiago de Cuba; sin que existan otros elementos o evidencias de prueba que efectivamente apunten a la existencia

de acto ilegal en torno a esa vivienda, salvo la declaración de RICG, conviviente de esta última, conminado por ella a abandonar la vivienda; de lo que deriva que en modo alguno pudo la Sala de instancia tener por suficientemente acreditados hechos que pudieran calificar la cesión ilícita del referido inmueble.

Esta resolución revocó fallo incongruente sin sustento probatorio en las diligencias practicadas por la Dirección Municipal de la Vivienda, con franca vulneración de lo previsto en el artículo ciento cuarenta y seis de la LPCALE y decretó que por dicho órgano gubernativo se profundizara en las investigaciones, casando de oficio la sentencia recurrida, con revocación de la resolución administrativa impugnada, para que por la Administración se procediera a dar cumplimiento a lo que al respecto establecen los artículos ciento treinta y cuatro, ciento treinta y cinco y ciento treinta y seis de la Ley General de la Vivienda.¹¹

Sentencia No. 910, de 17 de septiembre de 2008 (Expediente No. 1075 de 2008, materia administrativa)

CONSIDERANDO: Que con carácter previo al conocimiento de los dos motivos de que consta el recurso de casación interpuesto, ambos invocados al amparo del ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley

de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en los que el inconforme respectivamente acusa como infringidos los artículos veintiocho, segundo párrafo, seis, inciso e, de la Ley General de la Vivienda y el artículo dos de la Resolución número cuatro de mil novecientos noventa y uno del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda; se constata del simple examen de las actuaciones que al celebrarse la vista oral correspondiente al proceso administrativo en cuestión en fecha dieciocho de julio del año dos mil ocho, cuya acta consta a foja setenta y siete del sumario, intervino en dicho acto el juez lego MHA, quien sin embargo no intervino en la votación del asunto efectuada el propio día conforme al acta de discusión y votación de sentencia visible a foja setenta y ocho, pues en su lugar lo hizo la juez lego GRS; de lo que resulta que el tribunal sentenciador infringió el principio de inmediación a los efectos que previene el artículo ciento treinta y uno de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico y con ello las garantías del debido proceso.

Esta sentencia de oficio casó la impugnada al detectarse que intervino en la votación y fallo del asunto un juez lego distinto a aquellos que constituyeron el tribunal en

la celebración de la vista oral del caso, con evidente infracción del principio de inmediación.

Sentencia No. 146, de 12 de mayo de 2008 (Expediente No. 159 de 2008, materia civil)

CONSIDERANDO: Que del simple examen de las actuaciones y sin que resulte necesario entrar a conocer de los motivos en que se sustenta el recurso de casación interpuesto, se constata que la Sala de instancia no dispuso de suficientes elementos de juicio para sustentar debidamente el fallo que se combate; habida cuenta que respecto a las imputaciones de abuso sexual, en el orden de haber efectuado tocamientos lascivos a su menor hija, que se atribuyen al demandado, sólo contó con lo manifestado por la menor en cuestión, de ocho años de edad aproximadamente al momento de los hechos, mediante test y exámenes de tipo psicológico que le fueron aplicados; así como la deposición de una perito que alude a los referidos hechos también partiendo de las declaraciones de dicha menor; lo que en modo alguno resultaba suficiente para darlos por acreditados; considerando que el demandado en todo momento los ha negado y que no ha sido presentado testigo presencial alguno que avale su ocurrencia, además de que resultó sobreseído libremente por el Fiscal el expediente de fase preparatoria incoado en la jurisdic-

ción de lo penal para reprimir al imputado por la supuesta ocurrencia de hechos que pudieran tipificar el delito de abusos lascivos, a consecuencia de insuficiencia probatoria, a lo que se adiciona haber omitido la actora del presente proceso tales imputaciones al momento de interesar y tramitar judicialmente el divorcio del demandado, ocasión oportuna en que pudo haber alcanzado un pronunciamiento similar al que ahora interesa en proceso ordinario; advirtiéndose que la Sala de instancia, con tales endebles elementos de juicio, sustenta una medida de tal envergadura y trascendencia como la de privación de patria potestad que resulta definitiva e irrecuperable, sin que hubiere agotado las posibilidades que le brinda la ley de trámites en cuanto a convocar a las partes a comparecencia, disponer la exploración de la menor supuestamente afectada por los actos que se atribuyen a su progenitor, practicar una pericial profunda y consecuente; así como inclusive hacer examinar a la menor y a sus padres por el equipo asesor multidisciplinario a que se refiere la Instrucción número ciento ochenta y siete del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular; todo ello para mejor proveer en la oportunidad procesal que le concede el artículo doscientos cuarenta y ocho de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económi-

co, a los efectos de arribar a válida convicción sobre la certeza de los hechos en disputa, circunstancias que, apreciadas de oficio por esta Sala, pudiendo ocasionar a las partes perjuicio irreparable y no siendo subsanables de otro modo, determinan la necesidad de decretar la nulidad de actuaciones conforme establecen los artículos ciento setenta y ocho y ciento setenta y nueve de la citada ley de trámites civiles; sin entrar a conocer de los motivos de fondo que informan el recurso de casación interpuesto.

En este asunto, resultó imperativo casar de oficio la sentencia dictada, que sin contar con los suficientes elementos de probanza decretó la privación de la patria potestad del recurrente sobre su menor hija, por lo que la Sala de casación, sin conocer de las cuestiones de fondo alegadas por este, dispuso que se profundizara en la práctica de pruebas por el tribunal *a quo*, que ulteriormente desestimó la demanda.

En todos y cada uno de estos casos se evidencia la concurrencia de los presupuestos a que antes me referí; pues en todos ellos la sentencia luego casada de oficio fue impugnada en casación por alguno de los litigantes, aunque alegando razones distintas a las que advirtió el tribunal, que sin entrar a conocer de las expuestas

por el inconforme decretó la casación de la sentencia cuestionada, por ser trascendentales las vulneraciones procesales o de Derecho constatadas.

EXAMEN EN EL DERECHO IBEROAMERICANO

La Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley No. 1, de 7 de enero de 2000), actualmente en vigor, no contiene precepto alguno que faculte al tribunal de casación para anular de oficio los fallos emitidos por tribunales inferiores a consecuencia de advertir defectos sustanciales no señalados por el recurrente. De la misma manera, acontece con la mayoría de las legislaciones procesales civiles en el ámbito iberoamericano, con las siguientes excepciones:

Código de Procedimiento Civil de Bolivia

El Artículo 252 establece que el juez o tribunal de casación anulará de oficio todo proceso en el que se encontraren infracciones de aquellas que interesan al orden público, mientras que por su parte el Artículo 90 del propio cuerpo legal prescribe que serán de orden público las normas procesales, lo que franquea la casación de oficio, cuando se detectaren transgresiones procesales sustanciales en que hubiere incurrido el tribunal inferior.

Código de Procedimiento Civil de Venezuela

El Artículo 320 establece que podrá la Corte Suprema de Justicia en su sentencia hacer pronunciamiento expreso para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que ella encontrare, aunque no se hayan denunciado; lo que implica la facultad del tribunal de casación para casar de oficio por vulneraciones de semejante índole no señaladas por la parte recurrente.

Código de Procedimiento Civil de Ecuador

El Artículo 358 establece que los jueces y tribunales declararán la nulidad, aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades previstas en los apartados primero, segundo, tercero, cuarto, sexto y séptimo del Artículo 355, que a su vez determina cuáles se consideren solemnidades sustanciales a todos los juicios e instancias; siempre que ello pueda influir en la decisión de la causa, salvo que conste en el proceso que las partes hubiesen convenido en prescindir de la nulidad y que no se trate de la falta de jurisdicción; con lo cual franquea la casación de oficio en tales supuestos.

Código de Procedimiento Civil de Chile

El Artículo 775 establece que podrá el tribunal que conozca de re-

curso de casación invalidar de oficio las sentencias, cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír al respecto a los abogados que concurren a alegar en la vista de la causa e indicar a estos los posibles vicios sobre los cuales deberán alegar.

En adición, el Artículo 785 establece que el tribunal, en los casos en que no admitiera el recurso de casación en el fondo, por defectos en su formalización, podrá invalidar de oficio la sentencia recurrida, si se hubiere dictado con infracción de ley y ello haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia. Seguidamente, dictará otra, en reemplazo de la casada de oficio.

CONCLUSIONES

Anualmente, prospera menos de un 10% de los recursos de casación que se interponen por las partes inconformes con sentencias o autos definitivos dictados por los tribunales provinciales populares en materias civil y administrativa y, de ellos, resulta ínfima la cantidad en que la sala de la especialidad del TSP ha estimado necesario casar de oficio la resolución interpelada, pero no por ello resulta menos trascendente la cuestión planteada.

No cabe dudar que resulta necesaria en la materia civil la regulación

normativa de la figura procesal de la casación de oficio, que permita al juzgador solventar quebrantamientos esenciales no denunciados por el recurrente, que lastran y vician el proceso de manera sustancial y frente a las que no puede en modo alguno permanecer impasible el tribunal, o impedido de actuación, ante la simple carencia de norma específica que lo ampare.

Ello permitiría al órgano jurisdiccional encauzar el asunto por los derroteros del Debido proceso sin que tengan carácter vinculante en su fallo los parámetros fijados por el recurrente que, por impericia, negligencia o intención, pueden apartarse del estricto orden que establecen las normas de Derecho, tanto en el ámbito procesal como sustantivo y conducir a una decisión ilegítima; por tanto, esta institución procesal reviste un incuestionable papel preventivo de la emisión de sentencias de casación susceptibles de ulterior revisión, en especial a tenor del estado de indefensión a que se refiere la nueva causal quinta del artículo seiscientos cuarenta y

dos de la LPCALE y se erige como de vital importancia para salvaguardar las garantías atinentes a las partes en lo concerniente no ya al acceso a la justicia, sino a recibir un fallo justo y estrictamente apegado a Derecho.

En tal sentido, sugiero a quienes corresponde la iniciativa legislativa, conforme a la Constitución de la República, su ejercicio para la inclusión de nuevo precepto en la LPCALE que pudiera ser del tenor siguiente:

«La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, de manera excepcional y sin que resulte necesario entrar a conocer de los motivos articulados por el recurrente, podrá de oficio decretar la casación de la sentencia cuestionada, si advirtiere vulneración de garantías esenciales del proceso o en la aplicación del Derecho al caso concreto no denunciadas por el recurso de que conozca, que no pudieren subsanarse de otro modo y, al propio tiempo, hará los señalamientos que estime necesarios para restablecer el imperio de la legalidad»■

NOTAS

¹ Juan Montero Aroca, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia y magistrado del Tribunal Superior de Justicia, Valencia, España. El 27 de enero de 2006, bajo su convocatoria, un conjunto de juristas procesalistas de diferentes nacionalidades emitieron una Declaración de Principios

del Derecho Procesal, conocida como *Moción de Valencia*, en la que, entre otras cuestiones, se postula que el juez debe ser un tercero ajeno a los hechos y al objeto planteado por las partes y, en consecuencia, le debe estar vedada cualquier actuación de oficio que suplante las facultades exclusivas de las partes, tales

como: iniciar el proceso, determinar o alterar su objeto, apreciar de oficio hechos no alegados por las partes, decidir la práctica de pruebas en relación con los hechos alegados, etc.

² Cecilia Paz Latorre Florido. «El recurso de casación civil: Antecedentes históricos y perfil actual», p. 8.

³ Piero Calamandrei: *La Casación Civil*, pp. 237 y ss. *Nomofilaquia* proviene de *nomos* (ley) y *philasso* (guardar o cuidar); guardar o cuidar la ley.

⁴ Artículo 630.- Procede el recurso de casación por los motivos siguientes: PRIMERO: que la sentencia o resolución contenga infracción por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida, con trascendencia al fallo, de las leyes, de las interpretaciones de éstas emanadas del Consejo de Estado, de las instrucciones de carácter obligatorio dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo Popular o su Consejo de Gobierno, recogiendo la experiencia de la actividad judicial en la interpretación y aplicación de las leyes, o de las decisiones dictadas por esos órganos al evacuar consultas de los Tribunales sobre conflictos entre las leyes y otras disposiciones de rango normativo inferior.

⁵ En la doctrina, se ha denominado función dikelógica (ver Juan Monroy Gálvez: «Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano»).

⁶ Artículo 40.- Cuando en un proceso se presentare una situación de evidente indefensión o desigualdad susceptible de causar perjuicio irreparable no imputable a la parte que la sufra, y no tuviere solución específica en esta Ley, el Tribunal, de oficio y oídas las partes o, a instancia del interesado y oída la contraparte, puede adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal aunque sin alterar los términos del debate.

⁷ Artículo 642.- Habrá lugar a la revisión de sentencia firme:

5) cuando, atendiendo a argumento debidamente fundamentado, se constatare por la Sala la presencia de situación específica de haberse colocado en estado de indefensión a parte interesada, con trascendencia al derecho que reclama.

⁸ Artículo 604.- Ningún recurso podrá resolverse en sentido que agrave la situación del que lo haya interpuesto.

⁹ Artículo 92.- Cualquier persona que demuestre interés legítimo puede intervenir en un proceso para hacer valer, con relación a los que sean partes, su derecho sobre la cosa objeto de litigio o derivado del título en que se fundamenta la pretensión del actor.

También puede intervenir para sostener la pretensión del actor o las excepciones del demandado, cuando justifique tener un interés legítimo.

Deducida la solicitud, el Tribunal lo tendrá como parte si demuestra su interés legítimo.

Contra la providencia que desestime la intervención cabrá el recurso de súplica.

Contra la que la admita, podrán las demás partes formular la oposición a que se refiere el artículo 96.

Artículo 93.- En los casos del artículo anterior, el tercero podrá formalizar su intervención en cualquier estado del proceso, antes del trámite de sentencia.

La intervención del tercero no dará lugar a la retroacción del proceso, el cual continuará por sus trámites, según su estado. En lo sucesivo podrá participar en él con los mismos derechos y cargas que corresponden a las demás partes.

¹⁰ Acuerdo No. 4, de 4 de enero de 1983. PRIMERO: una vez discutida y acordada una sentencia por las salas de este Tribunal Supremo, por las salas o secciones de los tribunales provinciales o las secciones de los municipales, en

todas las especialidades constituidas en cada uno de esos niveles, incluyendo la de lo penal en los municipales, se procederá a extender acta en la que se hará constar el fallo que se acuerde.

¹¹ Artículo 134.- A cada parte le incumbirá probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras, sin perjuicio de la facultad de la autoridad actuante de practicar pruebas de oficio.

Artículo 135.- Para la práctica de las pruebas que se admitan se concederá un término que no excederá de veinte días laborables a partir de la providencia del funcionario actuante.

Sin perjuicio de las pruebas propuestas y practicadas a instancia de las par-

tes el funcionario actuante podrá practicar de oficio, en el término de diez días laborables, las que considere necesarias para llegar al conocimiento cabal de la verdad. Este término sólo podrá prorrogarse por cinco días laborables más cuando existan razones que lo justifiquen.

Artículo 136.- Antes de dictar resolución, el funcionario actuante, en cualquier estado del procedimiento, podrá hacer comparecer a las partes para interrogarlas sobre los hechos del litigio, siempre que ello sea indispensable para el conocimiento de la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

Calamandrei, Piero: *La Casación Civil*, t. 1, vol. I, Buenos Aires, 1961.

Dujarric Hart, Marina: *El Recurso de Casación*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

Latorre Florido, Cecilia: «El recurso de casación civil: Antecedentes históricos y perfil actual», en *Revista de Derecho*, no. 12 (versión digital).

Monroy Gálvez, Juan: «Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano», en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, no. 1, Lima, 1997.

Rapa Álvarez, Vicente: «La casación en lo civil», en *Revista Jurídica*, no. 2, Ministerio de Justicia, enero-marzo de 1984.

———: «Las resoluciones judiciales y su impugnación en el proceso civil», en *Revista Jurídica*, no. 18, Ministerio de Justicia, enero-marzo de 1988.

Silva Vallejo, José Antonio: *El Recurso de Casación. Análisis y contenido* (edición digital).

Legislación

Boletines del Tribunal Supremo Popular. Códigos de procedimiento civil de iberoamérica.

Compendio de Acuerdos en Materia Civil, TSP, 1974-2005.

«Decreto-Ley no. 241 de 2006», en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 33, La Habana, 27 de septiembre de 2006.

Ley de Enjuiciamiento Civil Española No. 1 de 2000.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Ley de Procedimiento Penal, Editorial SIMAR, La Habana, 1997.

Ley General de la Vivienda, Ministerio de Justicia, La Habana, 2000.

Primera Jornada Internacional sobre Proceso Civil y Garantía (Moción de Valencia), 2006.

Sentencias 2004-2008, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP.

OTRA MIRADA EN TORNO A LA CORRELACIÓN PENAL

*Esp. María C. Bertot Yero, jueza profesional, Sala de lo Penal, TSP.
Lic. Dayán G. López Rojas, Prof. de Derecho Procesal Penal, Matanzas.*

EL propósito de este trabajo es permitir un acercamiento al principio de correlación entre imputación y sentencia, con vistas a valorar su importancia y vinculación con el Derecho a la Defensa. Se trata de un asunto apasionante y controvertido entre los juristas que se dedican al ejercicio del Derecho Penal que, a pesar de reiteradas sentencias del máximo órgano de Justicia, no encuentra una sólida posición en la práctica; de ahí que, aunque ha sido tratado con antelación, se pretende ahora ofrecer una visión teórica que permita sostener una valoración crítica acerca de la tutela legal que se le dispensa en nuestro modelo procesal.

Cualquier estudio que intente realizarse sobre alguna cuestión o institución del proceso penal no puede dejar de lado la base política que informa el sistema procesal. Valga recordar que la historia del enjuiciamiento criminal ha reconocido tres formas o sistemas de enjuiciar, las cuales han regido en distintas etapas, en correspondencia con el entorno político im-

perante, a saber: el *Acusatorio*, el *Inquisitivo* y el *Acusatorio formal*, conocido también como *Mixto*.

Cada uno de ellos tiene sus notas propias que, en esencia, son las siguientes:

El modelo Acusatorio fue el primero en surgir; lo encontramos en Grecia y Roma en un momento de la historia en el que imperaba una noción privada del delito y donde no existían diferencias entre los procesos civil y penal.¹ Suponía la existencia de partes situadas en pie de igualdad, la pretensión del acusador debía ser resuelta por un tercero imparcial, el ofendido era el titular de la acción y, por ende, era quien exigía que se impusiese una pena al culpable. De su actuación, se derivaban las siguientes consecuencias:²

◆ El proceso se ponía en marcha únicamente cuando el particular formulaba la acusación.

◆ La acusación determinaba los ámbitos objetivo (hecho cometido) y subjetivo (persona acusada) de la imputación; y la sentencia tenía que ser congruente, sin que se pudiera condenar por hechos dis-

tintos ni a persona distinta ni a pena diferente de la solicitada por el acusador.

♦ La actividad jurisdiccional se mostraba como un verdadero proceso, regido por principios de contradicción e igualdad.

Desapareció este sistema acusatorio puro o material cuando el grado de civilización permitió comprender que la persecución de los delitos no podía abandonarse en manos de los particulares, sino que se trataba de una función que debía asumir el Estado y ejercitarse conforme a la legalidad. Así se produjo la ruptura entre los procesos civil y penal.³

A este sistema de enjuiciar le sucedió el Inquisitivo, instaurado en el siglo XIII, a partir del Concilio de Letrán, celebrado en el año 1215, para acabar con las herejías de la época que intentaban socavar el orden religioso, y del cual se derivó ese capítulo trágico de la historia a cargo de la conocida Santa Inquisición.

La principal nota distintiva de este sistema es que el inquisidor, encargado de la acusación, era quien debía juzgar el hecho imputado y probarlo, luego de haberse convencido de la verdad de la imputación. O sea, las funciones de acusador y juzgador se concentraban en la misma persona: el inquisidor era quien determinaba el ámbito objetivo y subjetivo

de la acusación, por lo que la congruencia carecía de sentido.⁴

En el siglo XVIII, como resultado del movimiento revolucionario francés de 1789, surge el sistema Acusatorio formal o Mixto. Este nuevo modelo de juzgamiento, que generó una conciencia crítica frente a todo lo que venía de la vieja sociedad feudal, combinó las características más provechosas de los anteriores sistemas. La Asamblea General dividió el proceso en dos momentos o fases: una secreta, que comprendía la instrucción, y otra pública, correspondiente al juicio. Este fue el modelo que enarbó el *Código de Instrucción Criminal Francés de 1808*, obra de Napoleón Bonaparte, quien se encargó de difundirlo por el mundo a través de su inapreciable labor codificadora, gracias a lo cual ha llegado a la mayoría de las legislaciones modernas.

La esencia de esta nueva forma de enjuiciar está signada por la expropiación de la reacción jurídica a la víctima del delito por el Estado; surge, entonces, la persecución oficial como institución y el Ministerio Público como órgano estatal encargado del ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio.

Este es el modelo de enjuiciamiento que rige los destinos del proceso penal en Cuba desde el primero de enero del año 1889, fe-

cha en que entró en vigor en la Isla la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 14 de septiembre de 1882 (LECrim), ubicada entre los textos procesales más avanzados de la época. Las distintas modificaciones que ha sufrido el proceso penal cubano a lo largo del tiempo han obedecido a disímiles causas, pero nunca se ha cuestionado la vigencia del sistema Mixto.

De manera que la institución de la congruencia entre la acusación y la sentencia surge con la forma acusatoria pura, desaparece cuando se instaura el Inquisitivo, y es retomada nuevamente al implantarse el Acusatorio formal.

La experiencia histórica ha demostrado, de modo inequívoco, la imposibilidad del sistema de enjuiciamiento inquisitivo para garantizar en un grado aceptable el respeto de los derechos humanos de los individuos. En consecuencia, la única opción posible, si se pretende establecer un procedimiento penal que no vulnere las exigencias mínimas del Estado de derecho, consiste en el encausamiento de las prácticas de la justicia penal a través de la realización de los principios derivados del sistema Acusatorio.⁵

Como consecuencia de lo anterior, la tendencia en el Derecho actual es defender el absoluto respeto al principio Acusatorio, cu-

yos postulados determinan la forma mediante la cual se realizará el proceso y el papel que desempeñan en él los distintos sujetos intervinientes en la fijación del objeto del debate.

La base de este principio descansa en la separación y diferenciación entre las funciones requirentes y decisorias. En la actualidad, rige la vertiente *formal* del principio Acusatorio –que informa los sistemas procesales modernos–, y recibe esta denominación en razón precisamente de que, a pesar de que aquellas funciones aparecen separadas,⁶ ambas están a cargo de órganos estatales, en oposición a lo que ocurría en el antiguo *acusatorio material*, en el que se apreciaba una absoluta separación entre acusador y juzgador, en tanto solo podían ejercitar la acusación los particulares agraviados por el delito.

Sobre la base de la delimitación entre los órganos encargados de la persecución penal (Ministerio Fiscal) y el juzgamiento (tribunales), el respeto al principio Acusatorio supone, además:

- a) La imposibilidad de llevar adelante el juicio oral sin que sea requerido por el acusador estatal (*nemo iudex sine actore*).
- b) Que la sentencia resulte congruente con la acusación (*principio de congruencia* o de *correlación entre la imputación y la sentencia*).

c) Respeto a la regla de la *non reformatio in peius*.

De los aludidos caracteres del Acusatorio, solo vamos a examinar el segundo de ellos, por constituir el objeto de este trabajo.

La esencia de la regla de la congruencia descansa en la proscripción de la indefensión, en el respeto al Derecho de Defensa constitucionalmente reconocido;⁷ y opera sobre la base de la sumisión por parte del tribunal a la *intangibilidad de la base fáctica del juicio* (inmutabilidad esencial del objeto del proceso). De modo que el análisis y el enfoque sobre la interpretación de este principio o regla de lo que se denomina *proceso regular o Debido proceso* va a depender de la noción de objeto procesal con la que se opere.

OBJETO Y CARACTERES DEL PROCESO

Gómez Orbaneja y Herce Quemada entienden que

el objeto de cada concreto proceso, aquello de que se acusa en él a una persona y sobre lo que versa la actividad y ha de pronunciarse la sentencia, es un hecho considerado como delito o falta, y no una determinada figura delictiva ni una determinada consecuencia penal [...]⁸

Ernst Beling define el *objeto procesal* como «el asunto de la

vida (causa, «res»), en torno del cual gira el proceso, y cuya resolución (mediante decisión sobre el fondo) constituye la tarea propia del proceso [...]», y explica sobre ese hecho que «constituye únicamente el tema de la investigación y de la resolución».⁹ Este afamado tratadista también incluye en la definición de objeto del proceso al inculcado, sosteniendo que existen tantos objetos procesales como sujetos acusados, con independencia del título de participación por el que cada uno esté siendo enjuiciado, y sustenta su criterio en que el asunto procesal contra el cómplice es diferente del seguido contra el autor principal.¹⁰

Según Gómez Colomer, el objeto procesal penal está constituido por el

tema decidendi, la materia fundamental a resolver por el órgano jurisdiccional en la sentencia, que no es otra que el hecho delictivo imputado a una persona determinada.¹¹

Para Clariá Olmedo, el objeto del proceso o *res iudicanda*

es el tema propuesto cuya finalidad más característica es la obtención de la *res iudicata* (cosa juzgada), de modo que el objeto resulta ser así un asunto de la vida [...] un posible acontecer cuyas consecuencias son penalmente relevantes.¹²

Julio Maier entiende el objeto procesal «como el hecho descrito en la acusación [...] con todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativos, físicos y psíquicos».¹³

En el ámbito académico nacional, el profesor Mendoza Díaz sostiene la idea de comprender el objeto procesal penal como

el hecho punible o contenido fáctico del debate, y que el resto de los elementos que integran la pretensión punitiva constituyen el denominado objeto del debate en el juicio oral.¹⁴

Con el criterio defendido por el prestigioso profesor argentino coincidimos plenamente, entendiendo en tal sentido que el objeto del proceso penal contenido en la imputación está integrado no solo por el acontecimiento externo fríamente examinado, sino también por toda otra circunstancia con importancia para la ley penal, en particular por los elementos subjetivos o meramente normativos –valorativos– de la prohibición que, de alterarse en la sentencia, redunden en una situación procesal de agravamiento para el acusado.

De las anteriores definiciones del objeto procesal penal, se colige que este posee determinadas particularidades. Suelen reseñarse las siguientes:¹⁵

Individualidad. Cada proceso penal tiene su propio objeto, que

se concreta y especifica en la acusación; incluso en los casos de conexidad –varios hechos delictivos que se tramitan en un único expediente, se sustancian en un solo juicio y son resueltos en una misma sentencia (Art. 13 en relación con el 108, párrafo tercero, de la LPP)– donde se da el fenómeno de la *pluralidad de objetos procesales*.¹⁶

Integridad. El hecho penalmente relevante que compone el objeto del proceso constituye una totalidad, por lo que no puede fragmentarse. El tribunal debe valorarlo sin omitir ninguna de las consecuencias jurídicas que de él se deriven. Así, el *non bis in ídem* será aplicable aun respecto a lo no considerado por la sentencia firme, siempre que integre el objeto propuesto a la jurisdicción para que se decida sobre él.

Inmutabilidad. Desde que el objeto del proceso se configura de modo esencial (trámite de calificaciones provisionales por parte de la Fiscalía), este debe mantenerse incólume, durante toda la trayectoria del proceso, hasta su agotamiento en la sentencia; puede alterarse solamente en lo referido a cuestiones que no lo modifiquen de un modo sustancial (Artículo 349 de la LPP).

De estas características, la última de las explicadas es la que se relaciona estrechamente con el tema en comentario, pues del

análisis de su dinámica podrá concluirse si ciertamente el tribunal ha alterado o modificado el problema judicial sometido a decisión, situación que no resulta fácil de determinar si se desconocen cuáles son los elementos que identifican el objeto procesal; y así tenemos que son dos fundamentales: uno objetivo –*el hecho delictivo imputado*– y otro subjetivo –*la persona acusada*.

El objeto del proceso no aparece de una vez, de forma estática, sino que comienza a formarse de una manera progresiva, desde los primeros momentos del proceso, en razón de los *actos de iniciación* y los *de investigación*, y pasa por los *actos de prueba*, hasta su definitiva composición en la *sentencia*.¹⁷

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, el objeto del proceso comenzaba a delimitarse a partir de los hechos indiciarios consignados en el auto de procesamiento (Art. 384); en el modelo procesal cubano actual, queda fijado de modo esencial por las conclusiones provisionales acusatorias (Art. 278), y la plataforma de hechos que componen la imputación puede modificarse en el posterior trámite de calificaciones definitivas a instancia del titular de la acción penal, en cuanto a elementos no esenciales exclusivamente (Art. 349, LPP), y es en este trá-

mite procesal donde se delimita de modo absoluto el objeto procesal.¹⁸

Como resultado de una interpretación exagerada del principio Acusatorio, la jurisprudencia española, sin embargo, ha venido interpretando que la potestad de resolución del tribunal no solo queda limitada por los hechos imputados y por la persona acusada, sino que se hace extensiva a la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Fiscal.¹⁹

TEORÍAS SOBRE LA IDENTIDAD DEL HECHO

Una mutación de la faz subjetiva del objeto procesal es fácilmente distinguible, por lo que este extremo no merece particular atención; a diferencia de lo que acontece en cuanto al hecho imputado, respecto del cual se complejiza sensiblemente la cuestión de cuándo se está ante una variación sustancial objetiva del *tema decidendi*, o no.

Cuándo se produce una variación sustancial del hecho imputado es un punto muy controvertido,²⁰ que reviste importancia en sede de *congruencia*, y también para determinar si existe *cosa juzgada*. La posición de los distintos estudiosos del tema sobre este particular está en correspondencia con la variante teórica sobre la *identidad del hecho* a la que se afilian.

Para determinar este particular, se han desarrollado dos corrientes

doctrinales: la *teoría naturalista* —con dos variantes—; y la *teoría normativista*.²¹

La *teoría naturalista* recibe tal denominación precisamente porque entiende al hecho despojado de toda valoración jurídica, y valora que la identidad surge del propio acontecer natural. Esta posición teórica reconoce, a su vez, dos vertientes, según intervenga la voluntad, o no.

Para la primera vertiente, el objeto procesal se configura por la pluralidad de elementos fácticos integrantes del suceso en el que ha intervenido el acusado; o sea, el segmento de la vida del sujeto en un lugar y tiempo determinados (unidad espacio-temporal), con independencia de cómo venga afirmado por la acusación o la sentencia. La crítica que se le formula a esta línea de pensamiento es que no resulta válida para el análisis de determinados supuestos en los que, a pesar de no existir unidad espacial y temporal, se aprecia unidad de hecho; por ejemplo: A dispara a B un lunes y este muere dos semanas después; o cuando X es enjuiciado como autor y, finalmente, sancionado como cómplice.

La otra corriente dentro de la teoría naturalista hace depender de la voluntad del sujeto la identidad del hecho, de modo que sostienen sus defensores que el hecho será el mismo, siempre que la voluntad haya sido la misma. El pun-

to débil de esta variante consiste en la dificultad que en el orden probatorio entraña la demostración del ánimo o la intención que perseguía el comisor, además de que sería intrascendente que la conducta del sujeto estuviera animada por dolo o culpa.

La *teoría normativista* considera, entonces, que el hecho, además de los elementos naturalísticos que lo componen, se configura sobre todo por criterios jurídicos. Así, el objeto procesal está conformado por el hecho unitariamente considerado que resulta subsumible en alguna de las unidades de conducta que constituyen los tipos delictivos.

Según sus postulados, habrá identidad de hecho cuando exista coincidencia de elementos esenciales (identidad parcial) en cualquiera de las unidades jurídicas en las que pueda reducirse un hecho humano. Este será el mismo cuando exista identidad parcial en los actos de ejecución concretos; por ejemplo, al acusado de un delito de lesiones se le condena por autor de un delito de asesinato en grado de tentativa; pero no podrá sancionarse como receptor a quien se acusó como autor de un delito de hurto por cuanto se trata de conductas distintas.²²

Esta última es la posición que ha venido asumiendo nuestro máximo órgano de justicia,²³ aunque se encuentran aislados pro-

nunciamentos que se apartan de tal postura.²⁴

Como se desprende del criterio asumido sobre el concepto de objeto procesal,²⁵ lo verdaderamente importante para determinar si se está ante el mismo hecho, o no, es el contenido del injusto. Cuando resulte lesionado el mismo bien jurídico y exista identidad (total o parcial)²⁶ en los actos ejecutivos descritos por el tipo penal en cuestión, y siempre que estén animados por la misma forma de imputación subjetiva,²⁷ podrá afirmarse la identidad del hecho objeto del proceso.

No obstante, si se advierte que aun estando presentes los requisitos anteriormente enunciados, se ha incorporado al componente histórico de la sentencia un elemento accidental contra el cual no pudo reaccionar el acusado, y que en consecuencia le causa indefensión, se entiende que ha existido alteración sustancial del suceso originalmente imputado.

MODIFICACIÓN DEL HECHO IMPUTADO Y AMPLIACIÓN DE LA ACUSACIÓN

El Derecho a la Defensa supone la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación,²⁸ con el fin de evitar la consecuencia jurídica posible o aminorarla. Así, la garantía de una defensa eficaz supone el conoci-

miento de aquella en toda su extensión, de ahí la necesidad de que el hecho sea narrado en forma clara, precisa y circunstanciada.

Como garantía y respeto a ese derecho del acusado, la Ley de Procedimiento Penal impide que el acusador varíe sustancialmente el hecho jurídico-penalmente relevante que constituye la base de la acusación de la que se ha venido defendiendo el acusado, desde que fue impuesto de las conclusiones acusatorias. Solo se admite la modificación de la primera de estas en cuanto ello suponga la inclusión de elementos no esenciales, o sea, siempre que no se produzca una mutación del hecho originalmente imputado.²⁹

La posibilidad que le confiere al órgano acusador el Artículo 349 de la ley procesal, en punto a modificar el hecho que se acusa, obedece a la necesidad de que este quede perfectamente particularizado, garantizando así una mejor comprensión del acontecimiento histórico sometido a debate, lo cual beneficia la búsqueda de la verdad y, a la postre, la realización de la justicia. Lo mismo ocurre con las simples correcciones que introduce el tribunal en el que declara probado en la sentencia.³⁰

Para comprender el alcance de esta facultad concedida al fiscal, se hace necesario definir *ab initio* qué entender por «elemento o cir-

cunstancia que altere sustancialmente el hecho original».

En opinión de los autores de este trabajo, constituye una circunstancia o elemento novedoso que altera el hecho imputado aquel que no figuraba en la narrativa contenida en la acusación provisional, aparecido de la práctica de las pruebas, con una significación jurídico-penal negativa para el acusado por provocar un agravamiento en alguna de las calificaciones jurídicas; de tal suerte que incluirlo en las conclusiones definitivas sería introducir una imputación tardía o extemporánea, imposible de enfrentar desde la óptica probatoria, por lo que ocasiona indefensión. Esta opinión se funda en el análisis teleológico del Artículo 349, cuya *ratio legis* es, precisamente, la de garantizar a aquel la posibilidad de defenderse plenamente de todos los extremos relevantes de la acusación.³¹

También existirá un mudamiento del hecho originalmente imputado cuando la base fáctica de la acusación es modificada para incluir elementos o circunstancias que convierten a aquel en otro distinto, aunque con una significación jurídico-penal menos intensa. Tal es el caso de las conclusiones acusatorias donde se narra la sustracción por el acusado de determinados bienes ajenos, y luego se modifican aquellas, en virtud del

resultado de las pruebas practicadas en juicio, porque los señalados bienes fueron adquiridos por este sujeto conociendo su procedencia ilícita. Lo anterior se hace extensivo para los supuestos en los que la variación la introduce el tribunal en su relato fáctico.³²

Un longevo, pero magistral pronunciamiento, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular expone con absoluta claridad, y en precisos términos, cuándo se está ante una modificación sustancial y cuándo ante una accidental variación del hecho objeto del proceso. Se trata de la Sentencia No. 784, de 18 de agosto de 1977, cuyo ponente fuera el docto juez Francisco Varona Duque de Estrada. Dado el valor de la magna resolución judicial, se consigna íntegramente el considerando pertinente:

CONSIDERANDO: Que en sus conclusiones provisionales el Fiscal le imputó al acusado que después de una discusión buscó un machete, agrediendo al acusado y causándole heridas a consecuencia de las cuales falleció instantáneamente. En el acto del juicio oral el tribunal hizo uso de la fórmula del artículo trescientos cincuenta y cinco acerca de los particulares de los incisos uno y dos, en el sentido de que se le ilustrara acerca de si la agresión se produjo de forma súbita e

inesperada, asegurando la ejecución, sin riesgo, del crimen y si, en consecuencia, el hecho constituía el delito de Asesinato. Por fin la sentencia en su primer resultado describe cómo el agente por el móvil de una discusión, cuando la víctima se retiraba para su hogar acompañado de su esposa e hijo, se presentó y en forma súbita e inesperada sacó un machete de debajo de la capa de agua, agrediendo a este de modo que no pudo defenderse e hiriéndolo mortalmente; y califica los hechos como asesinato por la concurrencia de alevosía. Frente a esta secuencia de actos procesales, el recurrente no tiene razón al alegar que se quebrantó una garantía esencial del proceso, al aplicarse indebidamente los artículos trescientos cincuenta y cuatro y trescientos cincuenta y cinco incisos uno y dos de la Ley de Procedimiento Penal; porque, por el contrario estos preceptos fueron adecuadamente aplicados en la instancia. En efecto, el artículo trescientos cincuenta y cinco autoriza al tribunal del juicio para traer al debate válidamente —como posible fundamento factual del fallo— los particulares de hecho que se hubieren omitido. Para ello sólo precisa dos condiciones; a saber: que no se alteren sustancialmente los hechos imputados y que los particulares

omitidos pudieran afectar la calificación. Por tanto es un absurdo identificar los conceptos de alteración sustancial y variación de la calificación. Es obvio que el legislador cuando habla de alteración sustancial de los hechos no se refiere a particulares que modifiquen la calificación, sino que cambien lo sustancial, no en lo accidental, el hecho, o sea, que hagan del hecho otro distinto. Así al amparo de la fórmula se puede ventilar una circunstancia que haga de un hurto un robo, o de un homicidio un asesinato, etc.; pero, desde luego, no se podrá hacer de un hurto un homicidio. En un orden filosófico el término no sustancial es inequívoco, designa la adición accidental, que se incorpora sobre el mismo sustrato fáctico, que se le agrega, sin cambiarlo —como tal hecho— en otro. Pero al mismo tiempo este agregado, esta adición de un particular, que no convierte al hecho en otro incompatible con el originalmente imputado, sino que se sustenta en el mismo, concretizándolo, detalladamente, desenvolviéndolo, tiene que influir en su calificación jurídica penal, pues si no sería innecesario el uso de la fórmula. Y aunque esta connotación de los términos legales es conceptualmente clara, ello no excusa que en cada caso los tribunales tengan que valorar si, en

efecto, el particular que se añade determina una variación sustancial que cambia al ser del hecho básico imputado o si es accidental, que se limita a pormenorizarlo, aunque, o mejor dicho, siempre que esa particularización implique una variación en la calificación, para de este análisis concluir la pertinencia o no del uso de la fórmula. Y la decisión que se adopte debe basarse en un criterio jurídico; a saber si dentro del desarrollo dialéctico del proceso, el particular que se agrega es racional, fácticamente secunente; si se inscribe en el contexto lógico del debate; y si, por consiguiente, el reo se defendió de la imputación de esta circunstancia que puede determinar una agravación de la calificación. Y en el subjúdice, es indudable que tuvo que probarse y debatirse respecto a cómo aconteció el acto criminal, máxime cuando la defensa alegó en sus conclusiones una situación de personal defensa putativa que exigía el análisis cuidadoso de la más mínima circunstancia en el desarrollo del hecho y en torno al mismo. En suma, no es razonable que la subitaneidad alevosa de la agresión mortal, que está implícita en el crimen, se puede estimar como una alteración de la sustancia del hecho, que contradiga la lógica consecuencia del proceso, o como una nueva imputación, ajena al debate factual, y

contra la que no pudo defenderse el acusado. Y, en tal virtud, se debe rechazar el motivo primero, por quebrantamiento de forma, del recurso.³³

En punto a la modificación del pliego acusatorio, también constituye un planteo válido que cambios bruscos en las calificaciones jurídicas, aun respetando el hecho, podrían ocasionar indefensión; pues si bien con ello no se alteraría el objeto procesal, sí se produce una mutación en el objeto del debate. No es un secreto que en muchas ocasiones la tesis de la defensa se dirige a reaccionar contra la calificación ofrecida en la acusación; piénsese en un asunto en el cual el acusado y su representante voluntario han admitido los hechos y deciden enfocar la defensa oponiéndose a la calificación propuesta. Ello normalmente supone preparación académica y científica sobre el asunto que se va a controvertir, consulta de obras de tratadistas, de pronunciamientos y disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular sobre el particular, etc., tanto para desvirtuar la calificación de la acusación como para sostener la propia; y cuando en el plenario la Fiscalía decide modificar su criterio de calificación y propone otra tesis de subsunción típica para exigir una mayor responsabilidad, se tornará difícil enfrentarse a ello y reor-

ganizar la defensa en ese fugaz momento.

En estos casos, se violenta uno de los presupuestos del Derecho a la Defensa, que exige el conocimiento previo de la acusación en su totalidad, y evita sorpresas en un momento avanzado del procedimiento que impida o dificulte la utilización de los adecuados medios defensivos. Entiéndase que una defensa efectiva, contradictoria, por parte del acusado, supone la posibilidad de articular medios probatorios para enfrentar todos y cada uno de los extremos sometidos a contradictorio por el fiscal; y ello no está autorizado por nuestro modelo legal en la estudiada fase del proceso.

Dicho inconveniente podría evitarse en muchos casos si, valorando la calidad del material probatorio en que se sustenta la hipótesis acusatoria, la Fiscalía decidiera formular conclusiones acusatorias alternativas, de acuerdo con lo permitido por el Artículo 284 de la LPP, decidiéndose a la vista de la práctica del material probatorio, por la variante que estime procedente. Esta conducta procesal por parte del Ministerio Fiscal ofrecería a la defensa un horizonte más amplio, y colocaría al acusado en posición de enfrentar la acusación en todas las aristas posibles, con independencia de que luego el objeto procesal quede definitivamente delimitado por

uno solo de los hechos narrados en la acusación provisional.³⁴

Más complicado sería el asunto cuando las circunstancias que influyen sobre el hecho, alterando su significación jurídica, no pudieron ser tomadas en consideración por el representante del Estado por haber aflorado de la práctica de alguna de las pruebas.

Para solucionar estas situaciones, y armonizarlas con el respeto de la garantía constitucional de defensa, la doctrina procesal de avanzada ha asumido el expediente de la *Ampliación de la Acusación*, implementado por algunos de los códigos procesales de nuestra área de cultura, entre ellos los de Guatemala y El Salvador,³⁵ (en Perú se le denomina *Acusación Complementaria*,³⁶ pero su esencia es la misma). Esta figura aparece positivizada en la Ordenanza Procesal Penal alemana (*StPO*),³⁷ de donde al parecer es tomada por el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, ingresando por esta vía a la realidad legislativa del continente americano.

Esta institución constituye una excepción en orden al momento procesal de fijar de modo intangible los hechos, permitiéndose al acusador completar la descripción del hecho en que funda su acusación con una circunstancia nueva que no le era exigible co-

nocer con anterioridad por un obstáculo fáctico comprobable.

Se trata de aquellos casos en los que aflora, de la práctica de pruebas en el juicio, un nuevo hecho o una nueva circunstancia con trascendencia a la calificación legal o a la pena. Si el dato era conocido por obrar en el sumario, ya no sería posible su incorporación por la vía de la acusación ampliada, pues, como ya se dijo, esta figura es de uso excepcional y no está diseñada para sanear un olvido o un error padecido por el acusador en el momento de fijar los hechos en los que funda la responsabilidad, que no es otro que el de la acusación provisional. Recuérdense que el acusado solo se defiende del hecho que aparece dibujado en la primera de las conclusiones acusatorias, y no de las diligencias sumariales, cuya única misión es servir de base al fiscal para decidir cuál será el hecho que someterá a contradictorio.

Esta facultad deferida al acusador —como excepción al *principio de inmutabilidad del objeto procesal*— se fundamenta en la necesidad de evitar que la rigidez de esta vertiente del principio Acusatorio genere privaciones de tutela judicial a las víctimas; pero, para armonizar ello con las garantías fundamentales del imputado, se ha admitido que, al hacer uso de esta institución, se suspenda el juzgamiento y se produzca una reorganización del juicio para que el acusado prepare nuevamen-

te su defensa, brindándosele la oportunidad de ofrecer nuevas pruebas.³⁸

Nótese que en el caso del procesamiento penal en nuestro país, la figura de la *Sumaria Instrucción Suplementaria* (Art. 351, LPP) presenta algunos puntos de contacto con el instituto de la *Ampliación de la Acusación*,³⁹ se acude a ella cuando se produce una alteración sustancial del objeto del proceso, no por haber variado una circunstancia o uno de sus elementos, sino por haber sufrido una transformación esencial, de la que no pudo defenderse oportunamente el acusado.

Desde la posición que antes se ofreció sobre circunstancia o elemento novedoso que altera el hecho imputado,⁴⁰ sería necesario hacer uso del Artículo 351 de la LPP, siempre que las variaciones que pretendan introducirse a la plataforma de hechos fijada en las conclusiones provisionales del fiscal provoquen una modificación en las calificaciones jurídicas en desfavor del acusado; procede así a ampliar la acusación en los términos explicados, en aras de evitar una acusación sorpresiva y garantizar el ejercicio efectivo del derecho constitucional de defensa.

EL TRIBUNAL FRENTE AL HECHO IMPUTADO

En cuanto a la posibilidad de movimiento del tribunal, respecto a

los hechos objeto del proceso, rige el principio de la *intangibilidad de la base fáctica del juicio* (Art. 357, LPP). Como regla, el órgano jurisdiccional no puede fallar sobre otro hecho ni sobre otras circunstancias que aquellas que se introdujeron por la acusación en sus conclusiones definitivas (Art. 349, LPP).⁴¹

Ello se debe a que la introducción de los hechos en el proceso es tarea de las partes (regla general); no obstante, una excepción a esta regla aparece contenida en el Artículo 350 de la LPP,⁴² que permite al tribunal arrimar al debate un elemento o circunstancia no esencial con trascendencia a la calificación, surgido de la práctica de pruebas, y pasado por alto por el acusador, al no modificar la primera de sus conclusiones provisionales en los términos permitidos por el Artículo 349 de la LPP.

Con la aplicación de esta fórmula, también denominada por la doctrina española como *tesis de desvinculación*, en nuestro contexto procesal, el órgano jurisdiccional valida un fallo posterior en los términos planteados, con independencia de que el fiscal disienta del criterio del tribunal y decida sostener la acusación sin introducirle variación alguna.

Las serias críticas a las que en el orden académico se ha visto enfrentada esta figura de corte inqui-

sitivo parten de la idea de que la construcción de la imputación es tarea exclusiva del órgano requirente, y no del órgano juzgador –base del principio Acusatorio–; sin lugar a dudas, y «sin prejuizar el fallo», el tribunal se convierte en el inquisidor que juzgará su propia acusación, con lo cual pierde su calidad de sujeto imparcial.⁴³

Según la opinión sostenida en este trabajo, en orden a lo que se entiende por elemento o circunstancia que altera el hecho inicialmente imputado,⁴⁴ en correspondencia con el sentido y finalidad propios de «la fórmula» –que siempre se utiliza para agravar los términos de la acusación, con independencia de lo que finalmente se decida por el tribunal–, esta facultad le permite al órgano juzgador inmiscuirse en la base fáctica de la acusación y alterar el objeto del proceso, por lo que puede afectar gravemente el derecho a la defensa, en tanto solo compete al acusado con su defensor oponerse a dicha decisión con las alegaciones orales, sin posibilidad alguna de articular medios probatorios en contra de los extremos que en ese estado del proceso lo sorprenden.

Para evitar la intervención del tribunal en la base fáctica que le ha sido propuesta –y preservar así la regla de imparcialidad–, lo procedente sería, en pos de preservar una garantía de rango cons-

titucional, que el órgano juzgador impusiera a las partes de sus impresiones, luego de la práctica de pruebas, ilustrándolos del nuevo elemento que pudiera ser incorporado al objeto procesal, dada su trascendencia a la calificación, en aras del logro de la justicia material; y que fuera el titular de la acción persecutoria—en consonancia con la función constitucionalmente atribuida a este órgano—⁴⁵ quien decidiera, en definitiva, sobre la procedencia de incluir el nuevo dato en la imputación, o no.⁴⁶

Ello operaría como una propuesta de ampliación de la acusación, por parte del tribunal, sujeta a la definitiva decisión de la Fiscalía; o sea, en caso de que el acusador disintiera del criterio del órgano judicial y decidiera no ampliar la hipótesis acusatoria, ello impediría al tribunal tomar en cuenta los nuevos elementos aparecidos porque no contaría con una nueva base fáctica sobre la cual modificar el juicio de tipicidad o de responsabilidad; pero, de acoger el fiscal este nuevo elemento, tal posición implicaría ofrecer a las partes la posibilidad de proponer las pruebas necesarias que correspondan.

Sin pretender implantar nuevas figuras en el procedimiento patrio, se entiende que una visión distinta de la fórmula del Artículo 350, acompañado de algunas modifica-

ciones, sería suficiente para garantizar el ejercicio eficaz del Derecho a la Defensa. Sería conveniente ampliar el plazo de suspensión del debate—que incluso no tendría necesariamente que estar sujeto a término, sino que podría decidirlo el tribunal, según la envergadura del asunto y las necesidades de la defensa—, y permitir al acusado, de ser necesario, la proposición de nuevos medios probatorios para enfrentarse a los extremos que se introducen en el analizado momento con efecto agravatorio de su responsabilidad.

La otra vertiente de la fórmula del Artículo 350 que interesa a este estudio es la de permitir al tribunal modificar la calificación legal del suceso servido en la narrativa de hechos de la acusación, y procurar siempre salvar un error del fiscal que puede resultar perjudicial para la justicia.

Si el Derecho a la Defensa significa la posibilidad de controvertir y producir prueba en contra de todos y cada uno de los elementos de la acusación, es indudable que un cambio de calificación en ese momento del juicio—cuando han precluido los momentos de proposición y práctica de las pruebas— puede ocasionar indefensión, y ello constituye la razón para reconocer la *regla de prohibición de calificación sorpresiva en perjuicio del acusado*.

Si bien resulta incuestionable la atribución del tribunal de velador de una correcta subsunción típica, aun cuando resulte más drástica que la interesada por el órgano acusador, en aras de conceder mayores garantías al sujeto pasivo de la relación procesal, sería conveniente replantearse una reforma de esta arista del Artículo 350 de la vigente LPP, en el sentido de no limitar la amplitud del plazo de suspensión, sino que quede a su valoración, en dependencia de la complejidad del asunto.

Para evitar los cambios sorpresivos en la calificación, la Ordenanza Procesal Penal alemana⁴⁷ incorporó la institución de *la Advertencia sobre el Cambio de Calificación*, la que fue asumida luego por el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, de donde la han tomado otros países del área, como es el caso de Guatemala (Art. 374 del Código de Procedimiento Penal guatemalteco).⁴⁸ Esta figura permite al tribunal alertar a las partes sobre un posible cambio de calificación, siempre sobre la base del hecho acusado, en los casos en que la calificación que se pretenda sea más grave que la interesada por el fiscal. En dichos supuestos, de interesarlo las partes, el tribunal decretará la suspensión del debate por un plazo prudencial —el precepto no esta-

blece término alguno—, en aras de que aquellas puedan reorganizar sus posiciones.

La razón de ser de este instituto obedece a una interpretación garantista del principio *iura novit curia*,⁴⁹ longevo brocárdico que establece como obligación de los jueces aplicar correctamente el Derecho sin quedar vinculados a las alegaciones de las partes; y reconoce como límite de dicha facultad el Derecho a la Defensa.

La advertencia ha de ser siempre precisa, circunstanciada y completa, que permita a las partes, y en especial a la representación letrada del acusado, preparar y ajustar su defensa. Para la mejor comprensión, el tribunal podría ilustrarlos sobre las alternativas de calificación que se está planteando.

Resulta curioso cómo estas directrices doctrinales, desconocidas por la ley procesal común, fueron tenidas en cuenta por el legislador militar cubano. Sin hacer expresa referencia a las figuras de la *Advertencia del Cambio de Calificación* y la *Ampliación de la Acusación*, la Ley de Procedimiento Penal Militar, de fecha 6 de agosto de 1977, ofrece en el Artículo 366⁵⁰ una regulación normativa con significativo parecido a dichas instituciones, con la particularidad de que tanto la advertencia jurisdiccional sobre la modificación de las calificaciones jurídicas, como la

solicitud de una acusación ampliada por los cauces de una instrucción complementaria, tienen lugar con posterioridad al debate, en el momento de la deliberación, lo que obedece a los caracteres propios de agilidad y ausencia de una exclusiva y rígida fase de proposición y práctica de pruebas en esta jurisdicción (artículos 320 y 352).

De lo anterior, se concluye que tales posibilidades no son ajenas a nuestra realidad procesal, por lo que bien pudieran tenerse presentes ante futuras modificaciones de la LPP.

LA DENUNCIA DE LA INCONGRUENCIA FÁCTICA

Atendiendo a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, solo pueden denunciarse a través de dicho medio impugnativo los vicios que taxativamente se enuncian en los artículos 69 y 70 de la LPP.

Del análisis del catálogo de causales que habilitan la casación, no advertimos que alguna de ellas permita la denuncia *ex parte* del vicio de incongruencia entre el hecho base de la acusación y la resultancia fáctica de la sentencia, o sea, la falta de correlación entre la imputación y la sentencia por haber sancionado hechos no intimados.

La denuncia que permiten las causales *quinta* y *sexta* del Artícu-

lo 70 de la ley procesal alcanza, en nuestro criterio, únicamente la incongruencia jurídica y no la que versa sobre extremos fácticos. El profesor Aldo Prieto, sin embargo, sostiene posición contraria, al afirmar que la incongruencia a que se refiere el motivo sexto del artículo setenta de la ya citada norma procesal no recoge exclusivamente la hipótesis de que el tribunal sancione por un delito más grave, sino otras en las que puede incurrir el tribunal sin que sea necesariamente por exceso; por ejemplo, cuando varía sustancialmente los hechos, aunque sancione por un delito de menor entidad que el imputado.⁵¹

Con apoyo en la interpretación gramatical del precepto, y en los tres años de experiencia en la resolución de este tipo de recurso —en el caso de la autora—, opinamos que la mencionada causal está diseñada únicamente para denunciar la *incongruencia por exceso*, que tiene lugar cuando el tribunal, sin alterar sustancialmente el hecho imputado, decide variar alguno de los extremos de Derecho en perjuicio del acusado sin hacer uso de la facultad que se le confiere en el Artículo 350, en franca violación de lo establecido en el párrafo segundo del Artículo 357 de la LPP.

De modo que esta falta, tan lesiva para el Derecho a la Defen-

sa, no encuentra, de manera expresa, cauce procesal para su cuestionamiento en casación por el recurrente; su descubrimiento, en muchas ocasiones, está supe-
ditado al control de las actuaciones que realizan los jueces del tribunal *ad quem* en su función revisora —que, como seres humanos, no son infalibles y pueden no percatarse de ello—, y solo entonces, podrán sanear el quebrantamiento padecido, a tenor de las facultades que reconoce a la sala de casación el Artículo 79 de la mentada ley de trámites penales.⁵²

Si bien mediante esta actividad *supra parte* se puede enmendar el problema, lo cierto es que se debería reformular el motivo sexto ya comentado, de manera tal que permitiera la denuncia de la incongruencia fáctica entre la acusación y la sentencia, para reafirmar así la imposibilidad del tribunal de incorporar al hecho de la sentencia datos nuevos respecto a las conclusiones acusatorias definitivas que agraven la situación procesal del acusado.

IDEAS FINALES

1.- El principio de congruencia entre la acusación y la sentencia se desarrolla dentro del modelo Acusatorio formal que rige el enjuiciamiento penal, y su fundamento descansa en el respeto al Derecho de Defensa constitucionalmente reconocido.

2.- El objeto del proceso penal está constituido por el hecho descrito en la imputación fiscal, acompañado de todas aquellas circunstancias y elementos trascendentes para la ley penal, en particular por los elementos subjetivos y normativos de la prohibición que, de alterarse en la sentencia, ocasionen un perjuicio al acusado.

3.- Constituye una circunstancia novedosa que altera sustancialmente el hecho imputado aquella que no figuraba en la narrativa de hechos contenida en la acusación provisional, surgida de la práctica de las pruebas, con una significación jurídico-penalmente negativa para el acusado por agravar alguna de las calificaciones jurídicas.

4.- Para evitar modificaciones del pliego acusatorio, que signifiquen alteraciones sustanciales de los hechos acusados, sería conveniente que la Fiscalía explotara con más frecuencia la posibilidad de formular conclusiones provisionales alternativas, lo cual ofrecería a la defensa un horizonte más amplio, colocando al acusado en posición de enfrentar la imputación desde todas las aristas posibles.

5.- Cuando el tribunal hace uso de la fórmula del Artículo 350 de la LPP para incorporar al debate un extremo fáctico aparecido de la práctica de pruebas, o para modificar la calificación ofrecida por el acusador, puede ocasionar indefensión

al acusado. Ello sería evitable si se ampliara el plazo de suspensión del juicio y se le permitiera al acusado reorganizar su defensa y enfrentar dichas variaciones en el orden probatorio.

6.- No existe cauce casacional que permita a las partes denunciar el vicio de alteración sustancial del

hecho imputado, lo cual queda sometido a la revisión ex officio que realiza el TSP. Sería aconsejable que, en futuras modificaciones legislativas, se variara de forma la redacción de la causal sexta, de modo que permitiera el cuestionamiento de tan grave falta procesal■

NOTAS

¹ En la antigüedad, el diseño del proceso penal fue *similar* al utilizado en el civil, ya que por entonces no se establecieron diferencias sustanciales en el modo de procesar y juzgar los distintos conflictos, aunque la índole de estos proviniera de ilícitos penales o cuestiones civiles. (Ver Omar A. Benabentos: *Teoría General del Proceso*, t. 2, p. 6.)

² Ver Juan Montero Aroca *et al.*: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, p. 14.

³ *Ibíd.*

⁴ Con agudeza, explica Montero Aroca que el llamado «proceso inquisitivo» no existe, pues, aunque la aplicación del Derecho Penal la llevaba a cabo un tribunal, estos no utilizaban como medio el proceso, el cual supone la existencia de partes que en sus posiciones contradictorias se encuentran en pie de igualdad. El Inquisitivo es un sistema de aplicación del Derecho Penal típicamente administrativo. (Montero Aroca *et al.*: *Ob. cit.*, p. 16.)

⁵ *Apud* Alberto Bovino: *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, p. 10.

⁶ Mientras la Ilustración mantuvo la persecución penal pública, fue instrumentadora, en el ámbito político, del principio de la división de los poderes del Estado.

Este principio tuvo, entre sus principales consecuencias, la diferenciación estricta de las tareas ejecutivas, legislativas y judiciales a cargo de los órganos del Estado y, como producto de esa diferenciación, el nacimiento del principio de independencia judicial. (Ver Bovino: *Ob. cit.*, p. 14.) Explica Hassemer que la superación del procedimiento inquisitivo en el actual proceso penal constituye una piedra angular en el desarrollo hacia el estado de derecho; y resalta la importancia del principio Acusatorio sobre la base de que prohíbe a quien debe juzgar una causa el atraerla para sí, y a aquel que la trae a decisión, el decidirla. La separación entre tribunales y fiscalías, la atribución de diferentes funciones, y el equilibramiento práctico en el proceso de las diferentes competencias y derechos de intervención, concretan un momento importante de la división de poderes en el proceso penal. Una armonía de los poderes resulta amenazadora para aquel que se encuentra sometido a ellos; a partir de su contraposición, puede desarrollar posibilidades para su defensa, corrección y control. (Winfried Hassemer: *Crítica al Derecho Penal de Hoy –Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva–*, p. 91.)

⁷ El Derecho a la Defensa aparece reconocido en el Artículo 59 de la Carta Magna, el cual establece que «todo acusado tiene derecho a la defensa».

⁸ Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada: *Derecho Procesal*, vol. II, pp. 8-9.

⁹ Ernst Beling: *Manual de Derecho Procesal Penal*, pp. 79-80. Refiere que «cada proceso sirve más bien para abordar un fragmento de la vida criminal en su totalidad; de modo que con respecto a un solo inculpado nunca constituye su vida entera el objeto procesal en tanto cada proceso se refiere sólo a un determinado acontecimiento de su vida: a un 'hecho' determinado». (pp. 83-84.)

¹⁰ *Ibid.*, p. 84.

¹¹ Montero Aroca *et al.*: *Ob. cit.*, pp. 98 y ss.

¹² Jorge A. Clariá Olmedo: *Derecho Procesal Penal*, t. 1, p. 220.

¹³ Julio B. J. Maier: *Derecho Procesal Penal argentino*, t. 1-B, p. 336.

¹⁴ Juan Mendoza Díaz: «Los Principios del Proceso Penal», p. 97.

¹⁵ Clariá Olmedo: *Ob. cit.*, p. 223.

¹⁶ En este orden de ideas, se pronuncia Beling, en el sentido de que, existiendo varios objetos, puede el actor reunirlos todos en una querrela, pero sin que pierdan su individualidad propia. Aclara que la unidad o pluralidad de los hechos no depende de valoraciones jurídicas, sino que se distinguen en atención al momento histórico, de modo que dos actos punibles independientes constituyen siempre dos objetos procesales. En cambio, un delito, a los efectos del Derecho Penal, representa un objeto procesal, aun tratándose de actos jurídicamente dependientes, por ejemplo, «delito continuado». (Beling: *Ob. cit.*, pp. 84-85.)

¹⁷ Este *iter* en la formación del objeto procesal tiene su origen en el conocimiento de la ocurrencia de un «hecho que reviste caracteres de delito»; se asume, entonces, por parte de la policía y/o la instrucción un grupo de acciones encaminadas a lograr su esclarecimiento y su responsable (artículos 104 y 106 de la LPP); luego, el fiscal formula unas calificaciones provisionales, que constituyen la primera manifestación concentrada de aquel (Artículo 278, LPP) y que se concreta de un modo terminante en el trámite en que se elevan a definitivas (Artículo 349 de la LPP). No obstante, el último acto de formación del objeto del proceso es la sentencia firme, pues el acontecimiento histórico que esta contiene en el *primer resultando probado* es lo que hace frente al futuro con los efectos de cosa juzgada.

¹⁸ Ilustrativa resulta, en este sentido, la Sentencia No. 217, de 21 de mayo de 1947, dictada por la otrora Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo, la cual, respecto al Artículo 732 de la LECrim (antecedente del actual 349 de la LPP), declaró «que son las conclusiones a que el mismo se refiere las que verdaderamente encierran o envuelven la única acusación que, al amparo de su texto, pueden articular las partes acusadoras en el proceso penal. Por eso precisamente se llaman definitivas; para expresar que las otras, calificadas como provisionales, quedan supeditadas a la efectuación del juicio oral correspondiente; y por eso también, cuando las repetidas partes acusadoras mantienen como definitivas las que en principio articularon con el carácter de provisionales, es práctica constante y uniforme en todas las Salas de Audiencia hacerlo constar así, para demostrar que los informes de las partes y demás trámites posteriores se efectuaron sobre la base de las mencionadas conclusiones definitivas». (Núñez y Núñez: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. 1, p. 691.)

¹⁹ Así se pronunció el Tribunal Supremo español, en una sentencia de 14 de febrero de 1994: «Es algo indiscutido que el principio acusatorio –consagrado constitucionalmente en el Art. 24.2 de nuestra Ley Fundamental– responde a una evolución histórica que culmina en un sistema penal que tiende a eliminar cualquier vestigio de arbitrariedad en las decisiones de los órganos judiciales: por eso la información sobre los términos de la acusación debe ser indubitada en referencia a los hechos, al título de imputación y al sujeto imputado. Y no puede ser de otra manera, porque el principio se conecta con el inalienable derecho a defenderse que la propia Constitución, en el mismo citado precepto, reconoce a todos, lo que hace preciso observar cuanto sea necesario para ahuyentar el fantasma de la indefensión. Partiendo de la distinción de las funciones acusadora y decisoria, la primera está atribuida en nuestro derecho con carácter general al Ministerio Fiscal, quien, como órgano imparcial, viene obligado a fijar una narración histórica, con una referencia inequívoca al posible título de imputación y a la autoría –con las circunstancias que pudieran concurrir– de forma tal que llegue a ser posible una decisión del juzgador vinculado en definitiva a los términos del debate con la única y mínima flexibilidad que le permite la consideración de la posible homogeneidad de tipos.» (*Apud* Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar: «La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal».)

²⁰ Refiriéndose a los hechos que conforman la base de la acusación, explica Fenech que «cualquier cambio esencial de los mismos que afecte a su individualización concreta afectaría a la esencia misma de la pretensión punitiva, con lo

que nos encontraríamos ante una nueva pretensión y un proceso con un objeto distinto de aquel que había tenido desde su iniciación [...] Desde luego, no sirve para su identificación la calificación jurídica del mismo, pues esta puede legalmente ser variada aun dentro del mismo proceso. Los elementos decisivos para la individualización del hecho son, además de la persona a quien se imputa, las condiciones de lugar, tiempo y forma en que se supone cometido, así como la persona que aparece como sujeto pasivo del hecho punible y cualquier otra circunstancia concreta que pudiera servir a este fin». (*Apud* Rivero García y Pérez Pérez, *El Juicio Oral*, p. 198.)

²¹ Ver Montero Aroca *et al.*: *Ob. cit.*, pp. 105-106.

²² En sentido contrario, ver, en la nota 32, fragmento de la Sentencia No. 4238, de 22 de septiembre de 2005, dictada por la Sala de lo Penal del TSP.

²³ En relación con este extremo, se muestran aclaratorias las siguientes sentencias de la Sala de lo Penal del TSP: **Sentencia No. 408, de 8 de febrero de 1979**

CONSIDERANDO: que imputado por el fiscal al acusado la comisión de un delito de corrupción de menores, es evidente que para sancionar la Sala del juicio por el de abusos lascivos, ésta no venía obligada a hacer uso de la fórmula que previene la Ley de Procedimiento Penal, ya que sancionó por un delito de igual entidad al imputado y ambos están comprendidos en el mismo título del Código de Defensa Social, lo que ha reiterado esta Sala, siempre que sean por unos mismos hechos, tal cual acontece en el caso en examen, en el que se dio por probado que el acusado realizó determinados tocamientos lúbricos sobre el cuerpo del menor, mediante el

empleo de la violencia; por tanto se debe rechazar el primer motivo por quebrantamiento de forma. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1979, primer semestre, p. 346.)

Sentencia No. 256, de 16 de enero de 1980

CONSIDERANDO: que en las presentes actuaciones se observa que el Tribunal hizo uso de la fórmula prescripta en el artículo 350 de la Ley de Procedimiento Penal, en el sentido de invitar a las partes a que lo ilustran si el hecho justiciable constituía, más bien que el delito de escándalo público calificado por el fiscal, el de abusos lascivos, lo que no autorizaba, sin embargo, para alterarlo sustancialmente, en la sentencia, hasta el punto de hacerlo subsumible en el tipo penal correspondiente a este último delito; y como la referida falta puede redundar en menoscabo de las garantías procesales, debe esta Sala, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Penal, declarar, de oficio, el quebrantamiento de forma, con efecto anulativo limitado a la sentencia. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1980, primer semestre, p. 303.)

Sentencia No. 245, de 15 de enero de 1981

CONSIDERANDO: Que con respecto al acusado A.F.B., el Fiscal imputó un hecho que calificó con más o menos acierto, como constitutivo de un delito de receptación con arreglo al Artículo 401, inciso 1, del Código Penal, y pidió para este acusado la sanción de nueve meses de prisión, y esto porque le atribuyó recibir carne de res que le facilitaban los otros acusados, sabiendo que procedían de un delito; y la Sala, desentendiéndose de la imputación del Fiscal, le carga la participación en el delito de hurto y de su sacrificio ilegal, y le impone la sanción de cuatro años de prisión, lo que, según

el segundo párrafo del artículo 357 de la Ley de Procedimiento Penal, no resulta lícito porque este precepto establece, entre otras prohibiciones, la de sancionar por un delito más grave que el que haya sido calificado por la acusación, salvo que la Sala hubiere hecho uso de la facultad que le atribuye el Artículo 350 de la propia ley procesal *en los supuestos en que esta norma permite la variación no sustancial de los hechos y el cambio de calificación*. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1981, p. 229.)

²⁴ Ver notas 22 y 32.

²⁵ *Ut supra*.

²⁶ Sobre tal particular, se pronunció la Sentencia No. 213, de 15 de enero de 1980, dictada por la Sala de lo Penal del TSP: CONSIDERANDO: que la Sala solo precisó, aportando algunos datos que no alteran el hecho imputado por el Fiscal, la acusación que este le hizo al acusado, de quien dijo que, de acuerdo con los demás encausados, se dedicaba a asaltar ciudadanos que de una u otra forma conocían que se dedicaban al juego prohibido «bolita» y que a éstos les exigían grandes cantidades; y que el recurrente concretamente, utilizaba su automóvil para ese fin; y la Sala dice por su parte que el recurrente, que conocía de estas actividades de los otros sancionados, llegó en el automóvil de servicio público que estaba a su cargo, al sitio en que los autores apremiaban a la víctima para que entregara cierta cantidad de dinero, cooperando, mediante el traslado en el taxi que guiaba a los autores y al perjurado hasta la Quinta Unidad de la Policía, además que M que tenía conocimiento de la actividad ilícita, escuchó cuando los dos acusados que menciona le exigían dinero a la víctima, que no es agregar hecho alguno que esté fuera de la imputación, sino la simple exposición

de un dato que cabe fuera de la acusación más genérica y menos minuciosa, hecha por el Fiscal. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1980, primer semestre, p. 293.)

²⁷ Ilustra este particular la Sentencia No. 5665, de 5 de octubre de 1981, dictada por la Sala de lo Penal del TSP, que en lo atinente dispuso:

CONSIDERANDO: que al imputar el Ministerio Fiscal a la acusada recurrente la comisión de un delito de malversación, de carácter culposo previsto en el artículo [...] la Sala de instancia no podía sancionarle como autora de un delito de malversación de carácter doloso [...] ni aun haciendo uso de la fórmula del artículo 350 de la LPP, pues se vulneran normas esenciales de las garantías en el proceso y procede [...] la nulidad de la sentencia recurrida. (*Apud* Danilo Rivero García: *Comentario en torno a las calificaciones provisionales*, p. 40.) Sobre la base de esta postura, habrá que entender que se ha producido un apartamiento del rumbo de la acusación originaria que altera sustancialmente el hecho imputado, cuando se venía acusando por un delito de Tenencia simple de Drogas (Artículo 191 del Código Penal cubano), y en el trámite al que se refiere el Artículo 349 de la LPP, el Fiscal decide modificar la imputación para incluir el dato del «propósito de traficar» (elemento subjetivo del injusto), e interesa una sanción por el delito de Tráfico de Drogas del Artículo 190.1-a del texto punitivo.

²⁸ La imputación es una hipótesis fáctica (conducta lesiva para un bien jurídico) que contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. (*Apud* Julio B. J. Maier: *Derecho Procesal Penal argentino*, t. 1-A, p. 317.)

²⁹ Ello se infiere del pronunciamiento contenido en la Sentencia No. 458, de 13 de febrero de 1979:

CONSIDERANDO: Que no podía el Tribunal de instancia sancionar al acusado por un delito del cual no pudo defenderse oportunamente, sin infringir lo dispuesto en el artículo 357 de la LPP, pues a lo más que el mismo le autoriza es hacer uso de la fórmula del artículo 350 condicionada a los supuestos a que en el mismo se establece, y como el delito de Abandono de Desvalidos *no fue imputado en las conclusiones provisionales del Fiscal, aunque sí en las definitivas*, no podía el Tribunal ni siquiera con el uso de la aludida fórmula adicionar a los hechos un nuevo delito, y al hacerlo incurrió en el motivo de quebrantamiento relacionado, por lo que procede devolver las actuaciones al Tribunal de instancia para que proceda a dictar una nueva sentencia con arreglo a lo dispuesto en la ley. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1979, primer semestre, p. 350.)

³⁰ En este orden, el TSP ha expedido sucesivos pronunciamientos, entre los que se destacan, por su claridad, los que aparecen contenidos en las siguientes sentencias:

Sentencia No. 5559, de 4 de septiembre de 1980

CONSIDERANDO: que aunque el fiscal no expresara que el acusado simuló que había cometido un delito de robo en su domicilio con el fin de justificar así la desaparición de dinero de los fondos sociales que estaban bajo su cuidado por sus funciones sindicales, no se excedió la Sala de instancia al consignar este particular porque no trasciende a la calificación y al fallo, de manera que el único motivo de casación por quebrantamiento de forma debe rechazarse. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1980, segundo semestre, p. 346.)

Sentencia No. 1205, de 28 de febrero de 1985

CONSIDERANDO: que no puede afirmarse que los hechos narrados por el Fiscal en su escrito de Conclusiones Provisionales, hayan sido variados en el Resultando Probado, en su entidad esencial; pues el delito calificado en la sentencia recurrida coincide con la imputación hecha por el Ministerio Público, y aunque en la narración hecha por la Sala se incluyen elementos accidentales surgidos en la celebración del juicio oral, ellos no pueden considerarse como agravatorios de la responsabilidad penal del recurrente, por cuya razón la Sala de instancia no dejó de cumplir lo dispuesto en los Artículos 350 y 357 de la Ley de Procedimiento Penal, como arguye el acusado A.M.G. en el primer motivo por Quebrantamiento de Forma, lo que obliga a rechazar el referido motivo. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1985, edición extraordinaria, pp. 230-231.)

Sentencia No. 8320, de 6 de diciembre de 1996

CONSIDERANDO: [...] que la Sala juzgadora no viene obligada a repetir textualmente los cargos acusados, sino que conforme a lo debatido en el acto de la vista oral, el tribunal en el primer resultando de su sentencia, narra, da como probados los hechos tal y como los percibió en el juicio, pudiendo introducir elementos circunstanciales, ilustrativos, complementarios que sin alterar sustancialmente el hecho original imputado lo complementen; y como en el caso objeto de análisis, el debate se centró sobre la imputación de un delito de Lesiones Graves cometido por el recurrente L.A., y la sentencia sancionadora así igualmente lo expresa, recoge y lo da como indubitado, no hay alteración

o modificación sustancial y procesal alguna que pueda motivar el quebrantamiento de forma. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1995-1996, pp. 267-268.)

³¹ En este sentido, se pronunció la Sentencia No. 2560, de 7 de mayo de 1981, dictada por la Sala de lo Penal del TSP:

CONSIDERANDO: habiéndose imputado al acusado su participación en el delito de Juegos Prohibidos, en la modalidad de colector, no podía el Tribunal sancionar por la más grave de Banquero, por lo que el motivo segundo del recurso por quebrantamiento de forma debe acogerse y haber lugar al mismo devolviéndole las actuaciones al tribunal de origen para que dicte nueva sentencia explicando cuáles hechos realizaba el acusado que conforman su participación como banquero y no como colector. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1981, primer semestre, p. 307.)

³² De acuerdo con la opinión sostenida, aunque respecto a tipicidades delictivas distintas, se pronunció el TSP en la Sentencia No. 4982, de 6 de noviembre de 1980, dictada por la Sala de lo Penal que, con apoyo en las funciones revisoras que a esa instancia le confiere el Artículo 79 de la ley de enjuiciar, resolvió en el sentido siguiente:

CONSIDERANDO: que el Fiscal atribuyó a la acusada haberse apropiado de la cantidad de (...) proveniente de las ventas que administraba y la sentencia, en cambio declara probado que la misma, por su negligencia, dio lugar a que personas desconocidas sustrajeran esa cantidad; y como ello implica un cambio sustancial de los presupuestos objetivos de la pretensión punitiva –incompatible con los principios que rigen nuestro ordenamiento procesal–, que puede redundar en merma de las garantías del proceso, tanto con respecto a la imputada

como a la sociedad, debe esta Sala, en uso de las facultades que le confiere el artículo 79 de la LPP, declarar, de oficio, la casación por quebrantamiento de forma, con efecto anulador limitado a la mencionada resolución. (*Apud* Rivero García: *Comentario...*, p. 40.)

Subyace una opinión contraria en la Sentencia No. 4238, de 22 de septiembre de 2005, dictada por este propio órgano judicial, mediante la cual se dispuso:

CONSIDERANDO: Que el recurrente no ha fundado el único motivo de su recurso por quebrantamiento de forma en un hecho cierto, pues el Fiscal acusó en definitiva por un delito de Hurto, previsto y sancionado en el artículo trescientos veintidós, apartados primero y tercero del Código Penal, que tiene un marco sancionador que discurre de dos a cinco años de privación de libertad; y como la Sala de instancia describió un hecho que es esencialmente el que el Ministerio Público relató, y aunque no coinciden la calificación dada por el Fiscal y la adoptada por el Tribunal, pues no se pudo probar el delito imputado y sí el calificado de Receptación, pero teniendo ambos delitos el mismo marco sancionador no se da el supuesto de la sanción por un delito más grave que el imputado y, por tanto, no ha incurrido la Sala de instancia en el quebrantamiento enunciado en el ordinal sexto del artículo setenta de la Ley de Procedimiento Penal, y el motivo examinado debe rechazarse. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 2005, p. 24.)

³³ En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 1977, edición extraordinaria, pp. 380-384.

³⁴ Como con acierto explica el profesor Danilo Rivero, debe valorarse que no siempre los hechos investigados quedan establecidos en forma indubitable, pues no se trata de un hecho probado (el que se determina luego de la celebración del juicio oral con apoyo en la práctica de las

pruebas), sino que el conjunto de diligencias que se registran en el expediente de fase preparatoria solo permite fundar una sospecha. Y es por ello que sostiene Maier, citado por el autor antes referido, que «(...) la acusación alternativa o subsidiaria: ella supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas. Una acusación construida en esa forma permite la contestación defensiva, la prueba y la decisión; se observa cómo ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa». (*Apud* Rivero García: *Comentario...*, pp. 39-40.)

³⁵ El Artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de Guatemala reconoce la figura de la Ampliación de la Acusación, estableciendo que: «Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modificar la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integrare la continuación delictiva.

»En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido el Tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.»

En similar sentido, regula la comentada figura el Código Procesal Penal de El Salvador, en el Artículo 343:

«Durante la vista, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho, integra un delito continuado o modifica los términos de la responsabilidad civil.

»La corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, se podrá realizar durante la audiencia, sin que sea considerada una ampliación.

»En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión de la vista para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

»Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación.»

³⁶ El Código Procesal Penal peruano, de 29 de julio de 2004, dedica el Artículo 374 al poder que ostenta el tribunal y a la facultad del fiscal, durante el acto de la vista oral. Así se establece:

Artículo 374° Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal.- 1. Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.

2. Durante el juicio el Fiscal, introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica.

3. En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no superará el plazo de cinco días.

³⁷ La Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) data del primero de febrero de 1877, y entró en vigor el primero de octubre de 1879. Según explica Rivero García, este cuerpo legal es fruto de la unión de las ideas democráticas y liberales que por la influencia francesa se introdujeron en ese país en la primera mitad del siglo XIX, bajo la ideología de la Ilustración, con las normas y el pensamiento propio de la Inquisición, que rigió sin igual en esos territorios. Dicha Ley ha sido objeto de un considerable número de modificaciones (más de 160 leyes modificativas); las que han obedecido a diversas razones. (Rivero García: *Breve exposición del Proceso Penal alemán.*) Además, ver Gómez Colomer: *El Proceso Penal alemán. Introducción y normas básicas.*

En el parágrafo dedicado al instituto en comentario, se establece:

§266 Ampliación de la acusación. (1) Si extendiera el Fiscal en la vista principal la acusación a ulteriores hechos punibles del acusado, podrá incluirlos el Tribunal, por medio de auto, en el proceso, cuando fuera competente y lo consintiera el acusado.

(2) La ampliación de la acusación podrá ser formulada oralmente. Su contenido satisfará el §. 200, ap. (1). Se llevará al acta de la audiencia. El presidente dará al acusado oportunidad de defenderse.

(3) Se interrumpirá la vista cuando el Presidente lo considerase necesario, o cuando el acusado lo solicitase, y su solicitud no fuera manifiestamente temeraria, o se hubiera interpuesto para retrasar el proceso. Será advertido el acusado del derecho a solicitar la interrupción.

³⁸ Consideramos que resulta atinado concederle al acusado la oportunidad de proponer nuevos elementos de prueba como concreción de un efectivo Derecho a la Defensa; pero, analizando las razones que justifican ese proceder, solo debería admitirse que las nuevas diligencias probatorias versaran exclusivamente sobre los extremos en que se sustenta la ampliación de la acusación, atendiendo a la preclusión del trámite procesal ordinario para la propuesta y la admisión de las pruebas en el proceso.

³⁹ Una de las principales diferencias entre estas dos instituciones es que la Ampliación de la Acusación no es predicable sobre la faz subjetiva del objeto procesal, o sea, no es posible la ampliación de la acusación para dirigirla contra una persona que no tuvo antes la condición de imputado en el proceso de que se trata. (Ver Moreno Carrasco y Rueda García: *Código Procesal Penal Comentado de El Salvador*, t. 2, p. 1342.)

⁴⁰ *Ut supra*.

⁴¹ Este criterio ha sido ratificado, recientemente, por la Sentencia No. 6290, de 24 de diciembre de 2008, dictada por el supremo órgano judicial:

CONSIDERANDO: Que en el caso en examen el Ministerio fiscal en la primera de sus conclusiones provisionales, que

no fueron modificadas posteriormente, en momento alguno imputó al acusado WMV que blandiera el machete contra la víctima ni que le manifestara que la mataría por chivato, ni que cortara las bridas del animal, ni que le tirara un machetazo al perjudicado, por lo que no podía el tribunal de instancia en la sentencia sindicada incluir estos particulares porque de esta forma estaba variando el objeto del proceso de los cuales no se defendió este acusado, sin que estos particulares fueran revelaciones inesperadas en el juicio oral, puesto que el perjudicado cuando hizo la denuncia sí los puso de manifiesto, por lo que debió el órgano juzgador en el momento procesal oportuno haber devuelto las actuaciones al Ministerio fiscal, al amparo del apartado tres del artículo doscientos sesenta y tres de la Ley de Procedimiento Penal para que aquel enmendara estas contradicciones, y como la sentencia infringe el principio de congruencia y las garantías del acusado procede quebrantar de oficio la misma, al amparo del artículo setenta y nueve de la citada ley de trámites. (En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 2008, p. 34.)

⁴² La fórmula siempre se utiliza para agravar los términos de la acusación, ya sea para introducir datos fácticos no esenciales que provocan una calificación más intensa, o para calificar un delito más grave sobre la base del propio hecho imputado. Su uso por el tribunal constituye un requisito de validez del fallo. (Artículos 350 y 357.) Sobre los alcances de esta institución procesal, ver la Sentencia No. 784, de 18 de agosto de 1977, dictada por la Sala de lo Penal del TSP, la que tuvo como ponente al juez Francisco Varona Duque de Estrada.

⁴³ Ver José I. Cafferata Nores: *Derecho procesal Penal. Consensos y nuevas ideas*, p. 41.

⁴⁴ *Ut supra*.

⁴⁵ Artículo 127 de la Constitución de la República de Cuba.

⁴⁶ Así se ha pronunciado la jurisprudencia española, al interpretar los alcances de la *tesis de desvinculación* prevenida en el Artículo 733 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en las sentencias de 7 de febrero de 1990, 21 de febrero, primero de abril y 15 de mayo de 1991: «no obstante el uso de la facultad prevista en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sigue viva y operante si el Ministerio Fiscal o alguna de las partes acusadoras no asume o hace suya expresamente la tesis del Tribunal sentenciador que traspasa los límites de la acusación en alguno de los aspectos indicados; de no otorgar este alcance a la tesis o propuesta —la de simple invitación a modificar los términos de la acusación—, el órgano jurisdiccional perdería su condición de independencia e imparcialidad, convirtiéndose en parte acusadora por un cambio o traspase de funciones que afectaría a las garantías fundamentales del juicio y con patente violación del derecho de defensa que no consiente una condena que desbordaría, con signo peyorativo, el ámbito de la acusación». (Ver Colmenero Menéndez de Lúcar: «La iniciativa del Tribunal en las decisiones...».)

⁴⁷ Ver nota 37. El párrafo de la StPO dedicado a esta figura establece: §265. (Modificación de los puntos de vista jurídicos). (1). El acusado no podrá ser condenado en base a una Ley penal distinta a la citada en la acusación admitida judicialmente, sin que previamente le hubiera advertido especialmente de la modificación del punto de vista jurídico y se le hubiera dado oportunidad para la defensa.

(2) De igual forma se procederá cuando en la vista por vez primera, resultaran de la Ley penal circunstancias especialmente previstas que agravaran la punibilidad o justificaran la ordenación de una medida de corrección y de seguridad.

(3) Si objetara el acusado, declarando no estar suficientemente preparado para la defensa, las nuevas circunstancias sobrevenidas que admitan la aplicación de una Ley más grave contra del acusado a la citada en la acusación admitida judicialmente, o que pertenecieran a las descritas en el apartado segundo, se suspenderá la vista principal a su instancia.

(4) También suspenderá además el Tribunal la vista principal, a instancia de parte o de oficio, en caso de que pareciera conveniente, a consecuencia de la situación real modificada, para la suficiente preparación de la acusación o de la defensa.

(5) Si en los casos del §.231, ap. (2), y §. 231, ap. 231^a, ap. (1), se realizara la vista principal sin el acusado, será suficiente si son indicados al defensor los datos necesarios conforme a los ap. (1) y (2).

⁴⁸ El Artículo 374 del Código de Procedimiento Penal de Guatemala es del tenor siguiente: «El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la modificación posible de la calificación jurídica, quienes podrán ejercer el derecho consignado en el artículo anterior.» (Suspensión del debate para readecuar el litigio).

⁴⁹ Sentís Melendo, quien ha estudiado acuciosamente este principio en sede de Derecho Civil, ubica su origen en la Edad Media y, en cuanto a las circunstancias y ocasión del surgimiento de la frase, refiere, junto a Augenti y Planiol, que nació de un exabrupto de un juez que, fatigado por las disquisiciones jurídicas de un abogado, lo interrumpiría exclamando: *Venite ad factum. Curia novit ius* (Abogado, pásada los hechos; la Corte sabe el Derecho).

Ver Santiago Sentís Melendo: *El Juez y el Derecho (lura novit Curia)*, pp.14-16.

⁵⁰ El Artículo 366 de la Ley de Procedimiento Penal Militar es del tenor siguiente:

El Tribunal, siempre que de ello no se derive una alteración sustancial del hecho imputado, suspenderá la *deliberación* de la sentencia y dispondrá la reanudación del período de práctica de pruebas, cuando considere:

- 1) que el hecho enjuiciado constituye un delito distinto y más grave que el calificado por la acusación;
- 2) que procede imponer sanción más grave que la solicitada;
- 3) que existen circunstancias agravantes no comprendidas en la acusación;
- 4) que la participación del acusado o el grado de ejecución del delito implica mayor gravedad que la sostenida por la acusación.

En la resolución que al efecto se dicte, el Tribunal dispondrá la práctica de nuevas

pruebas o la reproducción de las que estime necesarias, entregando copia de la resolución al Fiscal, al defensor y al acusado. La nueva vista se celebrará, no antes de haber transcurrido el término de tres días a partir de la entrega de la copia a que se refiere el párrafo anterior y durante la misma se tomará nuevamente declaración al acusado sobre el objeto de la modificación de la acusación y se practicarán las nuevas pruebas. Posteriormente, se oirán los informes conclusivos y las últimas manifestaciones del acusado.

Si el Tribunal no puede hacer uso de la facultad anterior sin alterar sustancialmente el hecho imputado, dictará resolución fundada remitiendo la causa al Fiscal correspondiente para que realice una instrucción complementaria.

⁵¹ Aldo Prieto Morales: *Derecho Procesal Penal*, vol. I, p. 324.

⁵² Ver nota 26.

BIBLIOGRAFÍA

- Beling, Ernst: *Manual de Derecho Procesal Penal*, tr. del alemán y notas por Miguel Fenech, Editorial Labor S. A., Barcelona, 1945.
- Benabentos, Omar A.: *Teoría General del Proceso*, t. 2, Editorial Juris, Rosario, 2005.
- Bertot Yero, María Caridad: «La correlación entre la imputación y la sentencia», Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, 1997 (inédito).
- Bovino, Alberto: *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- Cafferata Nores, José I.: *Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- Clariá Olmedo, Jorge A.: *Derecho Procesal Penal*, t. 1, actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
- Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel: «La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal», en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, España, 2004.
- Gómez Colomer, Juan Luis: *El Proceso Penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch S.A., Madrid, 1985.
- Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada: *Derecho Procesal*, vol. II, 3.^a ed., modificada y puesta al día, Editorial Gráfica Administrativa, Madrid, 1951.
- Hassemer, Winfried: *Crítica al Derecho Penal de Hoy – Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*–, trad. de Patricia S. Ziffer, 2.^a ed., Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2003.
- Maier, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal argentino*, t. 1-B, Editorial Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires, 1989.

- : *Derecho Procesal Penal argentino*, t. 1-A, Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 1996.
- Mendoza Díaz, Juan: «Los Principios del Proceso Penal», en Colectivo de Autores, *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Montero Aroca, Juan *et al.*: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 10.^a ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Moreno Carrasco, Francisco y Luis Rueda García: *Código Procesal Penal Comentado de El Salvador*, t. 2, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2004.
- Núñez y Núñez, Eduardo R.: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. 1, 2.^a ed., corregida, aumentada y puesta al día por Miguel A. D'Estéfano Pisani, Jesús Montero Editor, La Habana, 1954.
- Prieto Morales, Aldo: *Derecho Procesal Penal*, vol. I, 2.^a ed., actualizada, Ediciones ENPES, La Habana, 1982.
- Rivero García, Danilo: *Breve exposición del Proceso Penal alemán* (conferencia), La Habana, 19 de junio de 2008 (versión digital).
- : *Comentario en torno a las calificaciones provisionales*, Ediciones ONBC, La Habana, 2009.
- y Pedro Pérez Pérez: *El Juicio Oral*, Ediciones ONBC, La Habana, 2001.
- Sentís Melendo, Santiago: *El Juez y el Derecho (lura novit Curia)*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
- Solá López, Abel A.: *La alteración sustancial del hecho originalmente imputado* (tesis para obtener el grado de Especialista en Derecho Penal), Universidad de La Habana, 2003.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba*, de 24 de febrero de 1976, en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, La Habana, viernes 31 de enero de 2003.
- Ley No. 6, de 7 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal Militar.
- Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal.
- Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987, Código Penal.
- Ley No. 87, de 16 de febrero de 1999, modificativa del Código Penal, en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, La Habana, 15 de marzo de 1999.
- Código de Procedimiento Penal de Guatemala, Decreto Núm. 51, de 7 de diciembre de 1992.
- Código Procesal Penal de El Salvador, de 4 de diciembre de 1996.
- Código Procesal Penal de Perú, Decreto Legislativo N.º 957, 29 de julio de 2004.

PARA UN ADECUADO TRATAMIENTO AL DELITO IMPRUDENTE

Esp. Yamila Reyna López,
Prof. de Derecho Penal, Escuela Militar Superior Arides Estévez

VIVIMOS en una sociedad de riesgos, en la que estamos expuestos a la utilización de medios, tecnologías y productos que, como consecuencia del desarrollo científico-técnico, se han aplicado en todos los ámbitos de la vida social. Esta realidad demanda cuidados especiales para evitar resultados indeseados y que no siempre son respetados. Por esta razón, la imprudencia se convierte en un comportamiento de gran impacto en la vida social y los delitos de este tipo constituyen, en la práctica judicial, un número apreciable de los ilícitos que se investigan y se sancionan por los tribunales.

Durante años, en la doctrina penal, se priorizó el estudio y la elaboración teórica del delito doloso, por tener una mayor incidencia y poseer una entidad superior con relación a la peligrosidad social; sin embargo, hoy existe el consenso de que es una institución que requiere un desarrollo teórico con vistas a garantizar la fundamentación del tratamiento jurídico-penal de este ilícito, cada vez más creciente.

Este trabajo tiene como objetivo determinar los elementos confi-

gurativos que permitan identificar el delito imprudente, sobre la base del análisis exegético de la ley penal cubana, la revisión bibliográfica y el estudio de Derecho comparado, para contribuir a un mejor tratamiento jurídico-penal.

ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE

No existe un consenso en cuanto a la estructura típica del delito imprudente. Las principales opiniones pudieran dividirse en dos grandes tendencias: los que asumen los criterios o presupuestos de la imputación objetiva, considerando estos suficientes para la determinación del delito imprudente;¹ y aquellos que mantienen una postura más clásica, y reconocen la infracción del deber objetivo de cuidado como elemento principal, aunque retoman la teoría de la imputación objetiva para la valoración del resultado y su vínculo con la acción infractora.²

Considero que la teoría de la imputación objetiva constituye un instrumento valioso para la determinación típica del delito impru-

dente; pero el elemento *violación de un deber objetivo de cuidado* resulta necesario e irrenunciable, es más comprensible y da una idea más precisa de este comportamiento.

La creación de un riesgo no permitido es una situación objetiva en la que se ha puesto en peligro de manera ilícita un bien jurídico. Para poder determinar esa situación concreta, necesariamente se debe apelar a un análisis normativo y concretarlo en las exigencias de cuidado.³

Claus Roxin expone la definición de Puppe, quien califica de no permitido un peligro

cuando los indicios y factores causales de los que se componen permiten indicaciones tan fuertes sobre la posibilidad de un resultado desaprobado y de un curso causal desaprobado que el sujeto está obligado según las reglas de cuidado a hacerse consciente de esa posibilidad y a emplear estrategias para evitar su realización.⁴

Al analizar esta definición, de manera muy manifiesta, se observa que se utiliza como elemento esencial *reglas de cuidado* y lo despliega en sus dos momentos fundamentales: «hacerse consciente y emplear estrategias», lo que algunos autores han llamado *cuidado interno y externo*.⁵

Otro argumento para la toma de postura es que el riesgo no permitido es una situación que no es ex-

clusiva de los imprudentes, está presente en los delitos dolosos, en su primera fase de ejecución (tentativa) y en los delitos de peligro abstracto, lo que fundamenta el desvalor de la acción.

Si se analiza lo que constituye *riesgo*, se representa una situación potencial de afectación y la expresión *no permitido* permite calificarla como contraria a lo establecido. Solo es posible esto, cuando se demuestra que se ha quebrantado un deber de cuidado.⁶

En el delito doloso, la norma violada es la penal; en el imprudente, se ha incumplido simultáneamente con dos normas jurídicas: una del carácter antes mencionado y otra no penal, generalmente de carácter administrativo.

En la estructura típica de un delito imprudente, se encuentra una parte objetiva y otra subjetiva. En la primera, se halla, cronológicamente, una conducta violatoria de un deber objetivo de cuidado y la ocurrencia de un resultado lesivo o peligroso a un bien jurídico ajeno. En la parte subjetiva, la realización de un comportamiento descuidado con voluntad, es decir, querido por el agente, y la falta de este elemento en el resultado que se produce (resultado no querido).

LA INFRACCIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

Los tipos culposos se desarrollan generalmente⁷ en el contexto de

actividades no delictivas, pero que comprometen la seguridad de los bienes jurídicos; de ahí que existan precauciones que permiten mantener esa actividad dentro de lo adecuado, evitando daños o situaciones de peligro a valores importantes de interés social.

El peligro puede tener diferentes grados, las actividades más riesgosas llevarán una mayor reglamentación; sin embargo, existen situaciones en las que no aparecen expresamente regulaciones jurídicas y surgen precauciones que tienen su fundamento en la experiencia humana.

Para mí, los deberes de cuidado constituyen obligaciones derivadas de requerimientos de carácter formal o informal, que se establecen con el objetivo de garantizar la seguridad de los bienes jurídicos en actividades peligrosas, pero socialmente necesarias, en un contexto histórico determinado. Tienen sobre todo una función preventiva y reguladora.⁸

En una sociedad moderna, ineludiblemente, las relaciones entre los hombres deben estar reguladas. El alcance que tienen los comportamientos humanos en afectaciones a terceros, por el avance tecnológico aplicado a todos los ámbitos de la vida social, requiere extremar las precauciones y establecer cautelas que garanticen esa seguridad.⁹

Una vez ocurrido lo que se pretendía evitar, la norma de cuidado adquiere otra función, se convierte en el fundamento para demostrar la tipicidad del comportamiento.

Lo más frecuente es que se apele a fuentes formales, las que pueden tener diferentes rangos, desde una ley, como el Código de Viabilidad y Tránsito, hasta una resolución o reglamento.¹⁰

Dentro del deber objetivo de cuidado, se hace la distinción de dos momentos en esa exigencia social:

a) *El deber de prever la situación de peligro (deber de cuidado interno)*

Toda persona, atendiendo a las condiciones concretas, debe prever que con su comportamiento, en un particular contexto, podrá afectar un bien jurídico. Según Jescheck, consiste en

identificar y valorar correctamente los peligros que acechan al bien jurídico protegido, pues todas las precauciones destinadas a evitar un daño dependen de la clase y medida del conocimiento del peligro amenazante.¹¹

Resulta así un nivel elemental en el cuidado, del que depende el comportamiento adecuado. En la negligencia o imprudencia inconsciente, falla este momento, el sujeto no reconoce el peligro y, por tanto, no puede actuar debidamente.

b) El deber de impedir la afectación al bien jurídico (deber de cuidado externo)

Una vez reconocida la situación amenazante, se exige, además, la realización de una conducta, con el especial propósito de evitar la realización de un resultado lesivo a un bien jurídico.

Para Bustos Ramírez, es un momento correctivo del anterior porque debe valorarse las medidas que razonablemente en esa situación concreta debió realizar un hombre prudente.¹²

No todo lo que resulta previsible será imprudente. Hay que comprobar la presencia de normas que prohíban o regulen el comportamiento. Sobre este particular, Bustos Ramírez explica la necesidad de valorar la teoría del riesgo permitido, que establece la existencia de una serie de riesgos adecuados para desencadenar procesos que afecten bienes jurídicos y, sin embargo, son permitidos, pues de otra manera se paralizaría la vida social y su progreso.¹³ Ejemplos: la práctica de deportes, la utilización de medios riesgosos como el transporte automotor.

Para Engisch, los modos de comportamiento adecuados son el cuidado como omisión de acciones peligrosas, el cuidado como actuación precavida en actuaciones de peligro y el cuidado como cumplimiento de un deber de información.¹⁴

Para mí, existen dos formas apropiadas de comportamiento: la acción cuidadosa y la abstención de una conducta peligrosa. Las dos últimas variantes propuestas por Engisch (precaución y deber de información) pueden incluirse dentro de la primera.

La abstención constituye un modo de comportamiento en que resulta intolerable la realización de una conducta por su potencial lesividad; por lo tanto, el deber de cuidado prohíbe actuar.¹⁵

La acción cuidadosa se manifiesta en el contexto de actividades socialmente útiles, pero peligrosas, que requieren la realización de medidas de cautelas previas o simultáneas. Algunas de estas actividades demandan, antes de su acometimiento, la preparación y la búsqueda de información necesaria que garanticen la posterior ejecución sin resultados lesivos. Aquí, la norma de cuidado es imperativa.

Son frecuentes, también, las exigencias de comportamientos cuidadosos en personas que tienen especiales deberes de garante y que su omisión, conjuntamente con el resultado, configura el delito imprudente.

PRINCIPIO DE CONFIANZA Y VIOLACIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

Este principio surgió como consecuencia de la experiencia en el tráfico viario y se impuso en la

jurisprudencia alemana. Establece que

quien se comportaba debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario.¹⁶

Hoy, su aplicación se ha extendido a otros espacios, como el trabajo en equipo, amparando a los que, cumpliendo el deber de cuidado, condicionan resultados lesivos. Sin embargo, no siempre podrá invocarse este principio.

Un límite en su empleo lo constituye el *principio de defensa*, que establece el deber de evitar una afectación, si existen indicios o la certeza de conductas inadecuadas de terceros, si en esa situación concreta es previsible que, realizando la conducta debida, se ocasionará un resultado lesivo.¹⁷

En la definición de delito imprudente, se asumió el elemento *violación del deber de cuidado* y no el de *norma de cuidado* porque no siempre se encontrará respaldo en una disposición concreta. Existen situaciones en las que, aun cuando se cumpla con lo establecido, se pueden prever afectaciones a bienes jurídicos y la exigencia social unida a la experiencia indica evitarlo.

El principio de confianza, generalmente no podrá invocarse,

cuando el sujeto se encuentre en una situación contravencional, o sea cuando esté violando una norma de cuidado.

Sobre este particular, Claus Roxin acertadamente aclara su contenido:

Muchas resoluciones parten de la base de que no puede invocar el principio de confianza quien a su vez se comporta antijurídicamente. Ello es incorrecto en los numerosos casos en los que una infracción de tráfico no ha repercutido en el accidente, lo que supondría la sanción inadmisibles de un *versari in re ilícita*.¹⁸

La tercera limitación del principio de confianza radica en actividades de cooperación con división del trabajo. Las personas que tienen especiales deberes de vigilancia no pueden ampararse en este principio, si debieron controlar y prevenir el actuar incorrecto de un participante.

La división del trabajo es horizontal, cuando todos los miembros tienen el mismo nivel jerárquico; y vertical, si, además de estar delimitadas las atribuciones entre los participantes, hay una autoridad que responde del actuar de los demás, por lo que los límites de las atribuciones están mejor definidos y es más fácil identificar los responsables directos e indirectos.

CAPACIDADES INDIVIDUALES Y DEBER DE CUIDADO

Para la valoración del cumplimiento del deber de cuidado, se hace necesario analizar las características del sujeto. Desde un inicio, asumí que la imprudencia tiene un carácter normativo, por deberse a exigencias que están previstas con anterioridad a la ocurrencia del hecho.

Para los supuestos en que el autor tiene capacidades por encima de la media, la doctrina elaboró la tesis del *doble baremo* de una amplia aceptación,¹⁹ que propone elevar las exigencias hasta el nivel del sujeto.

El fundamento radica en que al Derecho Penal le resultan trascendentes las conductas en las que los individuos no hayan empleado sus capacidades para preservar los bienes jurídicos. Existe, por tanto, un desvalor en el comportamiento, que conlleva a incrementar las exigencias hasta ese nivel, siempre que estén preestablecidas.

En el supuesto del sujeto que, por sus características, experiencias y conocimientos, no puede advertir el peligro, la solución es más controvertida, por su ubicación sistemática como un problema de tipicidad o de culpabilidad.

La primera solución plantea que, si el sujeto tiene sus capacidades por debajo de las exigencias, hay que establecer un cuidado individual o subjetivo; por lo tanto, a nivel

típico, hay que singularizar el análisis.

Para Bustos Ramírez, el cuidado es uno solo, el requerido, no hay un cuidado subjetivo, y acota que no parece correcto hablar de cuidado individual en vez de requerido, pues ello tiende a confundir el cuidado con problemas de imputabilidad (...), cuando lo que interesa en la tipicidad es averiguar lo que exige el ordenamiento jurídico al sujeto y si éste ha cumplido con ello.²⁰

Quirós asume la primera postura. Parte de que el criterio que debe primar es el subjetivo y plantea que (...) la norma de cuidado no obliga a nadie a aplicar un comportamiento para el cual no se tienen facultades, aunque aquel comportamiento sea impuesto a la mayoría de los hombres, dotados de más elevada capacidad y por otra parte, la norma de cuidado tampoco puede obligar a utilizar un poder sobresaliente no disponible a voluntad (...).²¹

Este autor necesariamente debe asumir tal posición porque la ubicación sistemática que le dio a la imprudencia fue en la culpabilidad y, lógicamente, debía abordarlo con un criterio subjetivo.

Soy partidaria de que es en el tipo donde se analiza si una conducta es típica o no. Demostrar su

existencia no quita que, en otro elemento, se valoren las condiciones personales para asumir esa exigencia; ese es la culpabilidad.

Cuando una persona no tiene conocimiento de la existencia de una norma de cuidado, y asume un comportamiento que considera normal, vulnera el Derecho y su conducta es ilícita, aunque no esté consciente de ello. Existe un error de prohibición sobre esa disposición jurídica. Hay que valorar, entonces, la inexistencia de culpabilidad.

Si la persona no está en condiciones de motivarse por la norma de cuidado, lo que existe es un error de prohibición; si no puede realizar el comportamiento diligente, no habrá exigibilidad. Si su capacidad para comprender el alcance de su acción y dirigir su conducta está afectada, no habrá capacidad de culpabilidad y no responderá penalmente por no existir reproche.²²

En la definición, se hizo especial mención al contexto histórico, como una condición que determina las exigencias de cuidado.

El desarrollo científico y tecnológico, en un momento dado, condiciona la elevación de las cautelas; lo que en un momento histórico no era un deber, puede serlo en otro. Casos recientes, como la implementación de los accesorios para la protección de conductores de

vehículos y pasajeros, y la utilización de equipos de apoyo vital en la medicina, lo corroboran.

Existe, también, una relación importante entre el nivel de desarrollo social y el deber de cuidado. Lo que en un país desarrollado constituye una imprudencia, en otros de escaso desarrollo social y tecnológico se considerará un riesgo permitido y ni siquiera tendrá trascendencia.

EL RESULTADO Y SU ATRIBUCIÓN AL SUJETO

Desde el punto de vista naturalístico y cronológico, el resultado es el último elemento del delito imprudente; sin embargo, es el primero que conoce el operador jurídico. Su existencia determina la intervención del Derecho Penal, a diferencia de los delitos dolosos, que son punibles sin que se produzca este.

Su naturaleza ha sido ampliamente debatida. Autores como Hans Welzel y Zielinki lo ubicaron sistemáticamente fuera de la tipicidad y lo valoraron como una condición objetiva de punibilidad,²³ argumentando que lo esencial en el tipo imprudente es la infracción del deber objetivo de cuidado.

Según Engisch,²⁴

el contenido del injusto de la infracción (...) no es incrementado, ni disminuido por el acaecimiento o la ausencia del resultado; la acción sigue sien-

do inadecuada aun cuando no «sucede» nada y, como a menudo es sabido, constituye tan solo una obra del azar si por medio de la imprudencia se mata o se lesiona a alguien o si sencillamente, todo finaliza bien.

Esta realidad limitó su apreciación como elemento del tipo, y afirmó la primacía del desvalor de la acción y no del resultado.

La posición doctrinal mayoritaria advierte el carácter esencial de ese elemento en la estructura del delito imprudente, y acepta la dualidad en el tipo penal (desvalor de la acción y del resultado).²⁵ Los fundamentos convencen. La gravedad del ilícito imprudente depende no solo de la magnitud en la vulneración del cuidado, que se considera esencial, sino también de la importancia del bien jurídico afectado y, en última instancia, de la intensidad de los daños.

Valorar este elemento significa una garantía de seguridad jurídica, por el efecto limitador que tiene; ya que se excluyen de la esfera de lo penal aquellas violaciones que no produzcan un resultado lesivo. Se trata claramente de una concreción del principio de intervención mínima.

La afectación al bien jurídico penal, además de determinar el carácter criminal del ilícito, incide también en el tipo de injusto en

cuestión, por lo que los efectos objetivos resultan importantes para la calificación.

Los tipos imprudentes son delitos de resultado. Esto significa que se debe producir un daño efectivo al bien jurídico o una concreta situación de peligro, como consecuencia de la inobservancia de un deber objetivo de cuidado.²⁶

Habitualmente, no puede hablarse de un delito imprudente en que no haya un resultado lesivo; sin embargo, puede aceptarse la comisión imprudente en delitos de peligro concreto, como el de estragos.²⁷

Es inadmisibles la existencia de delitos de peligro abstracto como imprudentes. Estos ilícitos carecen de resultados y, aunque lo que se describe en algunos es una conducta violatoria de un deber de cuidado, por ser delitos de mera actividad, no se pueden calificar como tales.²⁸

Otra razón válida es que, ante la imposibilidad técnica de sancionar la tentativa del delito imprudente y en situaciones en que la experiencia ha demostrado lo peligroso del comportamiento, se adelanta la protección del bien jurídico con la técnica del peligro abstracto, pero no con la tentativa.

El resultado constituye un elemento imprescindible para la configuración del delito imprudente. Una conducta violatoria de un de-

ber de cuidado sin este elemento es ilícita y deberá ser enmendada por otra rama del Derecho; pero, si ocasiona un resultado lesivo a un bien jurídico, se convierte en típica.

LA ATRIBUCIÓN DEL RESULTADO A LA ACCIÓN INFRACTORA

La determinación del nexo causal ha conllevado un proceso de elaboración teórica que ha tratado de solucionar este difícil asunto. La pionera de estas fue la teoría de la equivalencia,²⁹ que determinó como causa del delito todas aquellas circunstancias que en igualdad de condiciones incidían en un resultado. De ello, se derivó que cada una de ellas puede ser considerada, por sí sola, como causa del fenómeno acaecido.

La consecuencia más notable de tal planteamiento teórico fue la amplitud del marco de responsabilidad, ya que podía indefinidamente valorarse la relación de causalidad, lo que conducía a consecuencias jurídico-penales ostensiblemente injustas.³⁰

Esto ocasionó una corrección teórica, de donde surgió la teoría *conditio sine qua non*, que expone: puede considerarse que una conducta ha condicionado causalmente un resultado cuando, suprimiendo mentalmente aquella (...) e imaginando la hipótesis de que ésta no se hubiese

efectuado desaparecería el resultado.³¹

La elaboración de las nuevas teorías se dirigió a ofrecer un concepto más restringido de causa. Entre ellas, están la teoría de la causalidad adecuada, que reconocía como causa una conducta que posee capacidad general para provocar el resultado típico, criterio de la previsibilidad objetiva y la teoría de la relevancia, que proponía el análisis del significado jurídico penal del comportamiento, en el que necesariamente debía apreciarse la tipicidad, lo que en el delito imprudente se concretaba con la diligencia debida.³²

Ambas teorías ofrecieron un cambio en el análisis de la causalidad, de lo fáctico a lo valorativo.

En la actualidad, sobre este agudo problema, hay un predominio de la teoría de la imputación objetiva, que ha heredado los postulados teóricos anteriores, y ha logrado una estructuración de sus presupuestos sobre la base de una concepción funcionalista.³³

Según esta teoría, primero hay que comprobar la creación de un riesgo no permitido para un bien jurídico;³⁴ y, después, la confirmación de la realización de ese riesgo en el resultado y el análisis del ámbito de protección de la norma.

Hay consenso en valorar como punto de partida la causalidad natural sobre la base de la teoría de

la *conditio sine qua non*, aunque Claus Roxin reconoce que se ha impuesto ampliamente en la ciencia penal actual la fórmula que se remonta a Engisch, de la condición conforme a las leyes de la naturaleza.³⁵

En un momento posterior, se verifica si entre la conducta infractora y el resultado concurre una relación específica de carácter normativo. Aquí, se comprueba que el resultado constituye la materialización del riesgo, que se pretendía evitar con la norma vulnerada. En ello consiste básicamente la exigencia de realización del riesgo en el resultado.³⁶

En los presupuestos de la imputación objetiva, ha primado el pensamiento problemático, no sistémico, en los diferentes supuestos. Por ejemplo, en la realización del riesgo en el resultado, están los denominados cursos causales anómalos o desviaciones del curso causal,³⁷ el supuesto de comportamientos alternativos conforme a Derecho³⁸ y las contribuciones imprudentes al hecho doloso de un tercero.

El último presupuesto de la imputación objetiva es el del ámbito de protección de la norma o esfera de protección. Para Beatriz Romero, esta última etapa de la imputación es otro paso, pero el más decisivo, y aclara que específicamente en los delitos impru-

dentos se están refiriendo a la norma de cuidado, no a la norma penal, pues es en esta donde mejor se manifiesta el aspecto imperativo de la norma penal.³⁹

Para Martínez Escamilla, no existe este último presupuesto de la imputación objetiva y se coincide en que la profusión teórica ha llevado, incluso, a denominar un mismo fenómeno con diferentes *categorías* e incluir como contenido de un presupuesto lo que otros autores ubican dentro de otro, por lo que queda vacío, por lo menos de contenido, uno de ellos.⁴⁰

En Cuba, el estudio más acabado sobre este complejo asunto lo realizó el profesor Quirós Pérez, quien expone su postura sobre la causalidad y la denomina *concepción dialéctico-materialista del nexo causal*.⁴¹

Aborda las cuestiones más complejas de la causalidad, bajo el enfoque *causalidad y hecho punible*, y analiza a través de la categoría *cadena causal* los supuestos planteados por la imputación objetiva como cursos causales anómalos o desviaciones del curso causal.

Quirós hace una distinción entre las causas inmediatas y mediatas, y llega a la conclusión de que se debe responder de los resultados que se producen de manera inmediata sobre la base de la previsibilidad, y propone la existencia del principio de la responsabilidad

personal por los actos directamente ejecutados.⁴²

Expone, además, que se debe responder de las consecuencias posteriores en los supuestos de concurrir otros factores, como el actuar de un tercero, cuando estas pudieron o debieron ser previstas por el inculpado. Solo así, el sujeto responderá por las consecuencias sobrevenidas.

Del propio examen de la propuesta sobre la causalidad en el terreno del Derecho Penal, este autor concluyó realizando un análisis normativo y no ontológico, al valorar la previsibilidad como el elemento más recurrente de todos los presupuestos.

TOMA DE POSTURA

Se reconoce la necesidad de comprobar, en un primer momento, la relación fáctica entre la acción violatoria y el resultado lesivo.

Posterior a este primer análisis, la relación adquiere un carácter normativo. Considero que no deben separarse en criterios diferentes el presupuesto de *la realización del riesgo en el resultado y el ámbito de protección de la norma*; solo determinando el alcance de la norma de cuidado y sus fines preventivos, puede identificarse si el resultado que se produce, descrito por la norma penal, era lo que se pretendía evitar.

No se puede tomar como denominación del presupuesto *la realización del riesgo en el resultado* porque, con relación a la estructura del delito imprudente, se asumió la violación del deber objetivo de cuidado, no la creación o aumento de un riesgo no permitido. Propongo denominarle a este segundo momento *análisis normativo* para la determinación del vínculo entre el resultado y la norma de cuidado vulnerada.

El contenido de la norma vulnerada exige dos momentos, analizados anteriormente, la previsión del peligro y el deber de evitarlo con un comportamiento adecuado. Lo que en este momento se requiere valorar es su eficacia, es decir, demostrar que con ese comportamiento adecuado se hubiera evitado el resultado.

La valoración de la previsibilidad resulta imprescindible. Autores como Quirós y Martínez Escamilla, con denominaciones diferentes, han llegado a determinar que este elemento es necesario en la apreciación de la causalidad.⁴³

Las innumerables situaciones que se pueden dar en la práctica con relación a la causalidad resultan muy difíciles de sistematizar. Por lo que la solución debe encontrarse con una aplicación dialéctica del método sistémico y problémico.⁴⁴

Este último se materializa con la aplicación en los casos comple-

jos o dudosos del principio de culpabilidad, sobre todo con relación a la exigencia de aplicar la responsabilidad penal por resultados atribuibles subjetivamente y, en consecuencia, excluir cualquier solución versarista. La aplicación, también, del principio procesal de *indubio pro reo* debe servir a los operadores en la solución del problema.

Al utilizar la frase *prohibición de cualquier solución versarista*, se propone que no basta la existencia de una violación de un deber de cuidado y un resultado lesivo. Hay que tener la certeza de que el daño producido era evitable. Si se comprueba que la norma de cuidado, no era efectiva y que necesariamente se hubiera dado la lesión al bien jurídico, no debe exigirse responsabilidad penal. (Efectividad del comportamiento debido en el caso concreto.)

El principio de *indubio pro reo*, como regulador en las decisiones judiciales, es elemental. Para atribuir un resultado lesivo a un comportamiento no intencional, hay que hacerlo con seguridad y convicción; por lo tanto, ante situaciones dudosas, debe primar la solución de no atribuir el resultado.

EL TIPO SUBJETIVO EN EL DELITO IMPRUDENTE

En la doctrina, no existe una posición unánime con relación a este aspec-

to. Autores como Enrique Bacigalupo consideran que, mientras se admita la punibilidad de la culpa inconsciente, defender la existencia de un tipo subjetivo en el ámbito del delito imprudente es una ficción, pues en una de las dos especies de culpa se admite una carencia total de subjetividad del autor.⁴⁵

Roxin es del criterio que la imprudencia con representación posee como elemento subjetivo la previsión del resultado, no así la imprudencia inconsciente en la que no hay representación alguna.⁴⁶

En la literatura científica, otros autores identifican lo subjetivo de los delitos imprudentes con el elemento intelectual, en el que se debe valorar la previsión,⁴⁷ es decir, el conocimiento que tiene el agente del peligro o consecuencia de su conducta; y, en el volitivo, la libertad existente para aceptar la conducta.

Mir Puig expone que, en la parte subjetiva del tipo, se requiere el elemento positivo de haber querido el comportamiento descuidado, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.⁴⁸

Autores como Zaffaroni reconocen que la posibilidad de conocer el deber de cuidado no pertenece al tipo subjetivo, sino a la culpabilidad. Para él, es indispensable valorar en

sede (tipo subjetivo) la finalidad y la previsión.⁴⁹

Considero que existe en la estructura del delito imprudente un elemento subjetivo; negar esto sería despojar del comportamiento humano un elemento inseparable. Ciertamente, en el delito doloso, la coincidencia entre lo objetivo del comportamiento (acciones realizadas y resultado) y lo subjetivo (conciencia y voluntad) hace que ese reconocimiento sea incuestionable.

En los delitos imprudentes, no sucede igual. Hay una ruptura entre lo querido o deseado por el sujeto y el resultado que produce su comportamiento; por lo tanto, si algo caracteriza al delito imprudente, desde el punto de vista subjetivo, es esa divergencia.

La finalidad del sujeto era diferente. La actividad que desarrollaba estaba encaminada a la realización de un objetivo no perjudicial y en la generalidad de los casos irrelevantes jurídico-penalmente. Para demostrar este aspecto, hay que contextualizar el hecho imprudente dentro de la actividad humana que se pretendía realizar.

El otro aspecto, *la voluntad en la realización de la acción violatoria*, es decir, si los medios elegidos o las acciones realizadas se escogieron por el sujeto con voluntad, es en el tipo subjetivo donde debe analizarse.

A pesar de que los delitos imprudentes con representación y sin

ella, tienen características típicas especiales, como la existencia de previsión en el primero, poseen en común la necesaria presencia de cierto conocimiento de la acción riesgosa. Sobre este particular, coincido con la posición de Bustos Ramírez y Hormazábal, quienes plantean:

La exigencia de un aspecto subjetivo en el delito imprudente constituye un aspecto garantista y resulta ineludible e indispensable en un Derecho penal moderno que el sujeto sepa que está llevando a cabo una actividad de alto riesgo y que por eso se le exige un determinado cuidado. Lo contrario sería pura responsabilidad objetiva.⁵⁰

PROPUESTA DE LEGE LATA

Aunque el Artículo 9 define los tipos de imprudencia con relación a la representación del resultado y no establece los elementos esenciales para su configuración, estos se pueden inferir.

La violación del deber objetivo de cuidado entraña: la previsión del riesgo y el comportamiento diligente. En la primera parte del apartado, se hace referencia a que el agente tuvo previsión, lo que falló fue su actuación; es decir, se viola el deber de evitar con una conducta diligente la lesión al bien jurídico. La expresión *pero esperaba con ligereza evitarla* tiene

ese sentido normativo, hay que juzgar el comportamiento de inadecuado, ya sea porque no renunció a su actuar, ya porque no realizó una acción apropiada que evitara el daño.

En la segunda parte de la formulación, se plantea que «cuando no previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias a pesar de que pudo o debió haberlas previsto». Al utilizar la expresión *debió*, se está refiriendo a una exigencia de cuidado vulnerada o al llamado deber objetivo de cuidado, que exige previsión de un resultado. El término *pudo* significa que un sujeto con capacidad para prever no lo hizo. *Poder* significa preparación adecuada para realizar una cosa; en este caso, sería la de prever el resultado. Además de la tipicidad, hay una referencia a la culpabilidad. Por lo tanto, este artículo tiene una doble naturaleza.

FRONTERAS ENTRE DELITO IMPRUDENTE Y DOLO EVENTUAL

La distinción entre el dolo eventual y la imprudencia con representación ha sido una de las cuestiones más debatidas teóricamente y con una trascendencia práctica indiscutible, sobre todo porque las consecuencias jurídico-penales resultan bien diferentes. De identificarse en un caso un dolo eventual, el tratamien-

to es el de una conducta dolosa con un marco penal más severo que el culposo y con el efecto de que si comete otro delito sea considerado un reincidente.

Roxin apuntaba:

La correcta determinación del dolo y la imprudencia expresa (...) una diferencia de injusto (...) [y] una diferencia importante de culpabilidad que justifica la distinta punición de ambas formas de conductas.⁵¹

Las teorías que dentro de las ciencias penales han tratado de establecer las fronteras entre estos dos ilícitos han sido innumerables. Desde posiciones donde se le dio prioridad a aspectos como la voluntad (teoría del consentimiento o de la aprobación) y otras que centraron su atención en la representación o conocimiento.

Según Quirós, la primera (...) sostiene que el dolo, en general, requiere un momento volitivo y el dolo eventual es dolo; por consiguiente hay que considerar en él ese momento volitivo, por lo menos como «asumir» el resultado. Sin embargo, el problema surge cuando se procura precisar ese «asumir», cuestión en la que se han expuesto, fundamentalmente, dos criterios: la teoría hipotética del consentimiento y la positiva del consentimiento.⁵²

Considero que resulta difícil, desde el punto de vista prácti-

co, llevar este planteamiento teórico; el operador se encuentra atado a lo que el sujeto manifieste y objetivamente no hay herramientas o elementos de los que se pueda valer para probar y resolver con seguridad los casos concretos; además de que estas teorías tienen una marcada intención de identificar la estructura del dolo eventual con la del dolo directo.

Sobre este particular, se reconoce que existe un distanciamiento sobre lo que se va a considerar voluntad y querer, para la ciencia de la Psicología y el Derecho Penal.⁵³

Otras posturas dogmáticas hicieron recaer la distinción en el aspecto intelectual, o sea, en el conocimiento o representación del resultado; llegaron, incluso, a posiciones extremas en que sostenían que la existencia de una mera representación de la posibilidad del resultado, sin tener en cuenta ningún elemento volitivo, fundamentaba el dolo eventual (teoría de la posibilidad).

Esta teoría negó la existencia de la imprudencia con representación, por lo que asume que toda imprudencia es imprudencia inconsciente.⁵⁴

En la tendencia de valorar la representación del resultado, autores como Mayer, Schumann, Joerden, elaboraron sus propuestas sobre la base de la probabilidad

del resultado, el que por su significado no es una mera posibilidad, ni tampoco una probabilidad predominante, sino un estado intermedio de la representación, en el que el resultado ha de tomarse en serio.⁵⁵

Esta posición parte de un fundamento diferente: se objetiviza el análisis porque se valora la cuestión del dolo y la imprudencia en torno al injusto. Lo trascendente es determinar cuán disvaliosa es la conducta con relación al bien jurídico protegido, teniendo en cuenta las probabilidades reales de afección o peligro objetivo que se produce.

Hoy, se reconoce la imposibilidad de mantener una posición pura de la probabilidad,⁵⁶ resulta absurdo establecer una medida exacta de esta y, como el dolo eventual se equipara a un dolo directo, por lo menos político-criminalmente en cuanto a su tratamiento punitivo, pudiera llegarse a soluciones versaristas, si no se tiene en cuenta al sujeto.

Esta realidad ha llevado a un predominio de posturas mixtas, en la que se han introducido elementos subjetivos para la determinación de los casos, relacionados especialmente con la actitud del sujeto; expresiones como *decidirse por* o *contar con*, unidas a la probabilidad, son indicadores a valorar.⁵⁷

La representación del resultado es el reflejo en la psiquis de lo que objetivamente es probable con el comportamiento; vincular este aspecto con la actitud del sujeto resulta imprescindible. No puede existir una teoría válida que limite o separe la actitud del sujeto con relación al conocimiento de las posibles consecuencias de su comportamiento (probabilidad). Todas las respuestas teóricas que se proponen actualmente se han acercado a soluciones mixtas.⁵⁸

La teoría de *tomarse en serio*, defendida por Roxin y otros autores, aunque implique por su propia denominación una prioridad al elemento volitivo, no deja en sus argumentos dudas de que hay que valorar las condiciones objetivas y así lo reconoce:

El que todas las teorías en liza se aproximen entre sí en sus resultados concretos no es una casualidad. Pues incluso los elementos de tinte volitivo, como el *tomarse en serio* o la *confianza*, pueden deducirse sólo de indicios objetivos, entre los cuales la mayoría de las veces carecerá de trascendencia decisiva la declaración del acusado, condicionada por su táctica procesal.⁵⁹

Bustos Ramírez plantea que se ha llegado a cierto consenso entre los extremos, pero tal anuencia no significa que se pueda homologar

la estructura del dolo eventual a la del dolo directo. Para este autor, lo que dogmáticamente se presenta en un dolo eventual es una tipicidad culposa, en que se dan los elementos característicos de la imprudencia típica: juicio de probabilidad representado y actuar sin la prudencia correspondiente. Sobre estos elementos básicos, se agregan ciertos elementos específicos, conforme ha señalado tradicionalmente la doctrina, alto grado de probabilidad y actitud de contar con ello (elemento subjetivo específico).⁶⁰

Aparece, entonces, un problema teórico: las características especiales reconocidas tradicionalmente al dolo eventual tienen la suficiencia para equiparar tal situación a una conducta típicamente dolosa o en todos los casos de que exista dolo eventual puede identificarse la estructura del delito imprudente.

Considero que las respuestas absolutas resultan inoperantes. No siempre será posible identificar, desde el punto de vista estructural, un dolo eventual con una imprudencia. Hay casos en los que no hay dudas y ni siquiera se piensa en la posibilidad de analizar una conducta imprudente.

En otros, existe una similitud inquestionable que hace dudosa la determinación del dolo eventual y la imprudencia, precisamente porque comparten elementos comu-

nes. Por estas razones, opino que es una institución de límites irregulares y de naturaleza muy flexible, pero no es dolo directo, ni es una imprudencia.

Para mí, el dolo eventual requiere de un tratamiento penal similar al dolo directo, por su elevada peligrosidad social. Su identificación dependerá de la alta probabilidad del riesgo; para ello, es necesario tener en cuenta algunos indicadores. Por ejemplo, si el peligro creado para el bien jurídico, cuantitativa y cualitativamente, es alto, que en una persona responsable resultaría un motivo suficiente para desistir del comportamiento. Es importante valorar la importancia del bien jurídico,⁶¹ los factores objetivos que debieron ser reconocidos por el sujeto y que inciden conjuntamente. Mientras más factores condicionantes existan, más probable es el resultado.

Deben apreciarse las posibilidades reales de controlar el riesgo: cuanto menos control se tenga, más probable resulta, por lo que deben analizarse las potencialidades o fortalezas con que cuenta la persona para evitarlo, como experiencia, habilidades o habituación a esa situación riesgosa, características de los medios, su alcance, posibilidades reales de evitación por terceros o por la propia víctima, entre otros aspectos.

La valoración integral del comportamiento del sujeto, antes, durante y después de ocurrido el resultado (como la realización de algún esfuerzo por evitar este) condiciona la identificación de un delito imprudente.⁶²

Todos estos elementos contribuyen a la determinación del dolo eventual o la imprudencia con representación, no obstante lo que asegura que las decisiones sean correctas y justas es argumentar la actitud del sujeto, su vínculo con relación al bien jurídico.

Si una persona, consciente de la alta probabilidad de un resultado lesivo, y motivada por una norma de cuidado que le impone no realizar ese comportamiento, pasa por encima de ese respeto elemental al bien jurídico y ejecuta lo que tenía previsto, denota ante todo un alto nivel de irrespeto y egoísmo, que no se justifica.

Hay dolo eventual cuando, en la realización de un hecho encaminado a un fin determinado, es alta la probabilidad de un resultado lesivo a un bien jurídico, del que está consciente el sujeto y su actitud es de aceptación o de una total indiferencia, lo que denota una marcada desconsideración hacia el bien jurídico en riesgo y posteriormente afectado.

En la imprudencia, la posición del sujeto es de confianza en la no afectación, y deben valorarse los

indicios de carácter objetivo y subjetivo que concurren.⁶³

Es importante llegar a una definición del concepto y reconocer algunos indicadores que pueden apreciarse, pero sin perder de vista que el Derecho Penal es una ciencia, en la que no existen fórmulas exactas, que permitan en la práctica resolver los problemas probatorios que se susciten; por lo que se hace necesario retomar principios que, como ideas rectoras, no se pueden vulnerar en las decisiones judiciales.⁶⁴

El principio de *in dubio pro reo* hace que la imprudencia consciente sea en muchos casos un delito de recogida. No es lo ideal, no se aboga por soluciones fáciles; se debe, siempre que sea posible, probar lo que realmente ocurrió; pero, ante la carencia de pruebas, es preferible sancionar por una tipicidad menos grave.

SISTEMA DE INCRIMINACIÓN DEL DELITO IMPRUDENTE

Los sistemas que se han reconocido para la incriminación del delito imprudente son: el de incriminación abierta o *numerus apertus* y el de incriminación cerrada o *numerus clausus*.

Con la incriminación abierta, prácticamente cualquier delito de la parte especial, cuyo tipo no sea incompatible con la estructura del

delito imprudente, puede tipificarse como una infracción culposa, lo que da un margen muy amplio para aplicar el Derecho Penal.

En el caso de la incriminación cerrada, en la parte general de los códigos penales, se aclara que los hechos imprudentes serán sancionables cuando específicamente se disponga y, luego, en la parte especial, quedan expresamente señalados los tipos penales que admiten la punición.

El sistema de incriminación que garantiza una adecuada prohibición del delito imprudente es el de cláusula cerrada, ya que establece directamente los ilícitos que se van a considerar punibles, con sus respectivos marcos legales; no da margen a interpretaciones diferentes en cuanto a la admisión, o no, de la imprudencia en el tipo, ni a valoraciones disímiles en cuanto al grado de lesividad y tratamiento, lo que tributa, de una manera más efectiva, a la legalidad criminal y penal.

Este principio contempla garantías o subprincipios de los que depende su cumplimiento.⁶⁵ De ellos, se analizará el principio de taxatividad o mandato de determinación, por su trascendencia en lo relativo a la forma en que se prohíben los comportamientos imprudentes.⁶⁶

Las leyes penales deben ser claras y describir de una manera directa aquellas conductas que se

van a considerar delitos, para que todos los destinatarios, desde el juez hasta el ciudadano común, puedan comprender su sentido y alcance, teniendo en cuenta que las normas penales tienen una función motivadora y que para cumplirlas se requiere que el mensaje de ilicitud sea lo suficientemente preciso.⁶⁷

En el delito imprudente, se requiere la apreciación de una acción violatoria de un cuidado exigido, que no está directamente en la norma jurídico-penal, y se utilizan técnicas como las normas penales en blanco, por lo que sus prohibiciones deben estar fundamentadas en necesidades político-criminales.⁶⁸

El sistema cerrado exige que se determinen previamente los tipos penales que admiten culpa, que consta de dos momentos: en el primero, se excluyen las tipicidades que poseen características subjetivas particulares, que no admiten imprudencia; y, posteriormente, se realiza una selección de los ilícitos, atendiendo a la peligrosidad social y su necesidad de tratamiento penal.⁶⁹

Es en el momento legislativo en el que debe determinarse lo que político-criminalmente debe ser punible como delito imprudente. Garantiza, además, una mayor instrucción, porque para el ciudadano común es más comprensible que en las figuras delictivas que se determine la criminalización de

la imprudencia aparezca reflejado este particular. La ley penal no es patrimonio de los profesionales del Derecho, sino un instrumento de educación jurídica y garantía de seguridad, por lo que debe ser lo más precisa posible.

CONCLUSIONES

Primera: Aunque no existe un consenso teórico sobre la estructura típica del delito imprudente, en su contenido, las diferentes propuestas no difieren sustancialmente. Se prioriza la valoración de elementos de carácter normativo para su constatación. El tipo imprudente está integrado, en su parte objetiva, por una acción violatoria de un deber de cuidado y un resultado lesivo a un bien jurídico, que es atribuible jurídico-penalmente al sujeto. En su parte subjetiva, tiene, como elemento fundamental, la falta de intención o propósito en el resultado que se produce.

Segunda: La identificación del delito imprudente del dolo eventual dependerá de los propios elementos estructurales que configuran al primero, especialmente los relacionados con la violación del deber objetivo de cuidado, la peligrosidad del riesgo y del resultado acaecido.

Tercera: El sistema que garantiza un tratamiento más adecuado desde el punto de vista jurídico-penal al delito imprudente es el de cláusula cerrada.

NOTAS

¹ Según Roxin, «es correcto que el tipo de los delitos imprudentes, en la medida en que no contengan una descripción adicional de la conducta, se colma mediante la teoría de la imputación objetiva» y hace referencia a Yamanaka, quien en 1990 planteó que «la contrariedad objetiva al cuidado debido no debería poseer una significación autónoma dentro del concepto de imprudencia, sino ser absorbida por el criterio de la imputación objetiva». (Roxin: *Derecho Penal, Parte General*, p. 999.) Entre los seguidores, Romero Flores: «La imputación objetiva en los delitos imprudentes», pp. 259-278.

² Doctrina dominante. Ver Jescheck y Weigend: *Tratado de Derecho penal, parte general*, p. 285; Muñoz Conde y García Arán: *Derecho Penal, Parte General*, pp. 283-295. En Cuba, Quirós Pírez asume una posición diferente en relación con la naturaleza de la imprudencia, y admite que la previsibilidad y la evitabilidad pertenecen a la culpabilidad; sin embargo, reconoce la necesaria relación que estos elementos tienen con el deber objetivo de cuidado, y llega a aseverar que estos representan premisas del deber de cuidado. (Quirós Pírez: *Manual de Derecho Penal*, p. 55.)

³ Si se afirma que el delito imprudente es la creación de un riesgo no permitido, es necesario recurrir a una valoración normativa, que se va a materializar en el cumplimiento de una norma de cuidado, o no. Al respecto, Roxin reconoce que, en la determinación de lo que se ha de considerar *creación de un riesgo no permitido*, se puede y debe tener en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina científica han ido precisando para la constatación de la infracción del deber objetivo de cuidado. (Roxin: *Derecho Penal...*, p. 1001.)

⁴ *Ibíd.*, p. 1001.

⁵ Jescheck y Weigend le denominan de esta manera y refieren que Binding lo designó como «deber de examen preliminar». (Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, p. 622.)

⁶ La expresión *deber de cuidado* es más abarcadora que *norma de cuidado*; en la imprudencia, se vulnera una obligación de preservar la integridad de los bienes jurídicos, que emana de diversas fuentes de cuidado, por lo que significa más que una simple violación formal de una precaución.

⁷ Se utiliza la palabra *generalmente* porque, en situaciones poco frecuentes, en un delito doloso se pueden generar resultados no queridos, que pudieron preverse y evitarse.

⁸ Se coincide con Romero Flores en que debe distinguirse la violación del deber de cuidado, norma de cuidado y reglas de cuidado. (Romero Flores: *Ob. cit.*, p. 264.)

⁹ Jescheck y Weigend plantean: «En la era de la técnica, tal y como lo demuestran los muchos accidentes debidos a ‘fallos humanos’, el mandato de atención posee la misma justificación que el deber de armonizar la voluntad consciente con las normas que integran el ordenamiento jurídico.» (Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, p. 610.)

¹⁰ El ejercicio de actividades profesionales está sometido asimismo a reglas técnicas (*lex artis*) que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de la profesión. Sin embargo, estas reglas rigen solo para las situaciones típicas en el desarrollo de una actividad social determinada, de modo que, en actividades sociales en las que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, es preciso de-

terminar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona razonable y cuidadosa de la misma esfera social. Aquí, la experiencia humana es un factor que se debe valorar.

No siempre que se presente una violación de los reglamentos, existe una imprudencia; en ocasiones, el actuar violatorio es condicionado por necesidades de evitar resultados más graves, otras veces no tienen la entidad suficiente para fundamentar una imprudencia. (Ver Córdoba Roda: «Los delitos culposos» –red del TSP–; y Roxin: *Derecho Penal*, pp. 1003-1004.)

¹¹ Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, p. 622. Estos autores le llaman el deber de cuidado interno y refieren que para Binding constituía *el deber de examen preliminar*, que lo definía como la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar la acción, en el cálculo de su evolución, de las posibles modificaciones de las circunstancias concomitantes, y en la reflexión acerca de cómo puede desenvolverse y repercutir el riesgo identificado.

¹² Este autor le llama al cuidado interno, momento intelectual; y, al externo, conductual (Bustos Ramírez: *Manual de Derecho penal, Parte general*, p. 38.)

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Apud* Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, pp. 624-625.

¹⁵ Es incuestionable que determinados comportamientos no se deben realizar. Por ejemplo, las competencias ilegales de autos; en una profesión como la medicina, ante la falta de experiencia, conocimientos o habilidades, lo prudente es no asumir la atención médica. Se le denomina en la doctrina *culpabilidad por asunción*. (Ver Roxin: *Derecho Penal*, p. 1010; y Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, pp. 624-625.)

¹⁶ Según Reyes Alvarado, conforme a este principio, está permitido llevar a cabo actividades cotidianas, sujetándose a las reglas generales de convivencia pacífica, bajo la presunción de que los demás participantes también acatarán las normas establecidas en ese concreto campo en el que se actúa. (*Apud* Romero Flores: *Ob. cit.*, p. 265; ver Roxin: *Derecho Penal*, p. 1004.)

¹⁷ Ver Romero Flores: *Ibíd.*; y Roxin: *Derecho Penal*, pp. 1005 y ss.

¹⁸ *Ibíd.* Esto está relacionado con el ámbito de protección de la norma violada que posteriormente se desarrollará.

¹⁹ Se le denomina, también, «la teoría de los dos peldaños». Para Jakobs, el injusto depende de las capacidades del autor respectivo para evitar la acción porque sus efectos vayan a realizar el tipo. (Jakobs: *Derecho Penal, Parte general*, pp. 388-389.) Jescheck y Weigend plantean que el criterio a tener en cuenta en la atención para la identificación del peligro es el de «una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor». (Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, p. 623.)

²⁰ Bustos Ramírez: *Manual...* pp. 37-38. Roxin es partidario de esta postura. (Roxin: *Derecho Penal*, p. 1015.)

²¹ Quirós: *Manual...*, p. 49.

²² Por el diseño normativo de la imprudencia, previsto en el Artículo 9.3, se incluye en el análisis de esta tanto lo que debía preverse como la posibilidad individual de prever, lo que hace que se incluyan en una misma regulación aspectos de naturaleza diferente, unos relacionados con la tipicidad y otros con la culpabilidad.

²³ Esta postura reconocía la importancia del resultado para el castigo de la conducta, pero lo consideraban una circunstancia ajena a la antijuridicidad y la culpabili-

dad. (Ver Mir Puig: *Derecho penal, Parte General*, p. 290; y Bellati: *La acción, el tipo de lo injusto del delito imprudente* –consulta: enero de 2001–).

²⁴ *Apud* Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, p. 627.

²⁵ Zaffaroni, Mir Puig, Bacigalupo, Roxin, Jescheck y Weigend, entre otros, sostienen el criterio de que la naturaleza jurídica del resultado es un elemento del tipo y no una condición objetiva de punibilidad. Quirós es claro, la acción y resultado se hallan estrechamente vinculados entre sí y deben entenderse como una unidad. (Ver Zaffaroni: *Tratado de Derecho penal-Parte General*, p. 385; Mir Puig: *Derecho Penal*, pp. 920 y ss; Bacigalupo: *Manual de Derecho Penal*, pp. 216 y 217; Roxin: *Derecho Penal*, p. 998; y Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, pp. 626-627.)

²⁶ Ver Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, p. 627; y Quirós: *Manual...*, p. 55.

²⁷ Peligro concreto aparece en aquellos tipos penales en que se describe como parte de los elementos objetivos una situación de peligro, que hay que verificar en el hecho para considerarlo típico.

²⁸ Según Mir Puig, las razones para llevar estos ilícitos al campo del Derecho Penal descansan en que el peligro para bienes jurídicos importantes aumentan considerablemente y, por otra parte, la experiencia permite tipificar mejor los límites de la norma de cuidado, por lo que se puede juzgar con cierta seguridad la imprudencia de una acción por sí misma, la necesidad de efectiva causación del resultado disminuye. Así nacen *los delitos de peligro*. (Mir Puig: *Derecho Penal*, p. 291.)

²⁹ Ideada por el procesalista Julius Glaser. (Ver Roxin: *Ob. cit.*, pp. 348 y ss.)

³⁰ Según Escamilla, la limitación de tales consecuencias en el imperio de esta

teoría se llevaba a cabo en el ámbito de la culpabilidad, mediante la exigencia de dolo o imprudencia, correctivo efectivo en algunos casos; pero no siempre. (Martínez Escamilla: «La imputación objetiva del resultado, una primera aproximación», pp. 81-109.)

³¹ Principal exponente, V. Buri (Roxin: *Ob. cit.*, pp. 349 y ss). Engisch propone, como parte de esta teoría, el criterio de la «condición adecuada a las leyes de la naturaleza» (*apud* Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, p. 628).

³² Muñoz Conde y García Arán: *Ob. cit.*, pp. 33 y ss.

³³ Quirós ha reconocido la influencia de la teoría de la imputación objetiva y esboza lo aprovechable que resulta en el terreno de los delitos por imprudencia, por constituir una fórmula aceptable para delimitar la estructura de estos, en particular cuando la imprudencia se aplica a delitos previstos en la ley como dolosos, en que el principio de legalidad pudiera resultar afectado en cierta medida. (Quirós: *Manual*, p. 50.)

³⁴ Cuestión que se analizó anteriormente, cuando se valoró el elemento *violación de un deber objetivo de cuidado*.

³⁵ En una versión más concluyente, Jescheck y Weigend enjuician la concurrencia de causalidad atendiendo a «si a una acción se le ha vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo, que estaban unidas con la acción según las leyes naturales y que se presenta como resultado típico». (Ver Roxin: *Derecho Penal*, p. 351; y Jescheck y Weigend: *Ob. cit.*, p. 628.)

³⁶ Según Martínez Escamilla, este supuesto de la imputación objetiva ha caído en un casuismo exagerado y la multiplicación de criterios hace que se acabe por perder el norte del problema, se olvide que deben existir ideas rectoras capaces

de guiar la resolución de todos los supuestos planteados en este ámbito. (Martínez Escamilla: *Ob. cit.*, p. 88.)

³⁷ Constituyen resultados en los que intervienen varios factores –el de la causalidad es complejo de determinar–; Quirós le denomina a este supuesto la realización de una cadena causal en la que se dan varios supuestos. (Quirós: *Manual*, p. 220.)

³⁸ Plantea Roxin que «es el problema más discutido desde la posguerra (...) de si se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a Derecho el mismo no hubiera sido evitado, no con seguridad, sino sólo probable o posiblemente». Para mí, debe exigírsele responsabilidad penal, cuando se ha incrementado con el actuar imprudente la posibilidad de realización del resultado –teoría del incremento del riesgo– (Roxin: *Derecho Penal*, p. 379). Otros autores, como Martínez Escamilla, consideran que resulta irrelevante a los efectos de la imputación la determinación del efecto de la conducta hipotética conforme a Derecho. Para esta autora, hay desvalor en la acción y también en el resultado y resulta importante analizar el ámbito de protección de la norma vulnerada, que tenía por fin precisamente evitar tal resultado. Otro argumento es que podrían recibir diferente tratamiento iguales conductas disvaliosas. (Martínez Escamilla: *Ob. cit.*, pp. 81-109.) Opino que, en estos supuestos de difícil ocurrencia, deben primar la racionalidad; de comprobarse que, de todas maneras, el resultado se iba a ocasionar sería una solución versarista que el sujeto responda penalmente. No comparto el criterio de esta autora de que recibirían tratamientos diferentes iguales conductas disvaliosas; hay una razón más convincente, si se realiza ese aná-

lisis el resultado dejaría de ser un elemento de la estructura del delito imprudente y llevaríamos al campo del Derecho Penal todas las infracciones de cuidado, las que provocan resultados o no, por ser igual de disvaliosas y, por tanto, deben recibir igual tratamiento.

³⁹ Romero Flores: *Ob. cit.*, p. 269. Roxin plantea: «Sólo hay que ser consciente de que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (...) y no del fin de protección del tipo penal.» (Roxin: *Derecho Penal*, p. 378.)

⁴⁰ Margarita Martínez Escamilla: *Ob. cit.*, pp. 88 y ss.

⁴¹ Quirós: *Manual*, p. 217.

⁴² Sin embargo, como excepciones a su aplicación, expone la autoría mediata y la coautoría, en las que el sujeto no actúa de manera inmediata y, no obstante, responde del hecho cometido por otra persona. Opino que lo importante no es la naturaleza mediata o inmediata de la actuación del sujeto, aspecto de carácter ontológico, cuando el análisis debe ser normativo y despojarlo de elementos naturalísticos que nada aportan para la determinación de la atribución del resultado.

⁴³ Martínez Escamilla, al referirse al resultado para que sea contemplado como parte del injusto personal debe ser la materialización del riesgo en virtud del cual la conducta del sujeto estaba prohibida y no de otros riesgos o condiciones del resultado generados de forma imprevisible, es decir, cuando el resultado sea el reflejo del desvalor de la acción y, por tanto, obra del sujeto. (Martínez Escamilla: *Ob. cit.*, p. 89.)

⁴⁴ Para ampliar, Mir Puig: *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, pp. 255-270; Roxin: *Derecho Penal*, pp. 206-215;

y *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, pp. 65 y ss.

⁴⁵ Bacigalupo: *Manual...*, p. 213.

⁴⁶ Roxin: *Derecho Penal*, p. 1022.

⁴⁷ Autores como Maurach consideran que la previsibilidad constituye el núcleo central del tipo subjetivo. (Ver Bellati: *El delito imprudente*, en <http://noticiasjuridicas.com>—consulta: enero de 2001—.)

⁴⁸ Mir Puig: *Derecho Penal*, p. 285.

⁴⁹ Zaffaroni: *Ob. cit.*, pp. 368 y ss.

⁵⁰ Bustos Ramírez y Hormazábal: *Lecciones de Derecho penal*, vol. II, p. 173.

⁵¹ Roxin: *Derecho Penal*, p. 426.

⁵² La teoría hipotética del consentimiento parte de un juicio o análisis hipotético en que se valora qué hubiera hecho el autor en caso de que la representación del resultado lo hubiera dado como seguro; si hubiera actuado a toda costa, estaríamos ante un dolo eventual. La teoría positiva del consentimiento parte de que el análisis hay que hacerlo sobre la base de lo que ciertamente el individuo quería y cómo se comportó en base a ello. Si decidió actuar a toda costa, independientemente de que el resultado ocurriese, o no, hay dolo eventual; por el contrario, si tenía la esperanza de evadirlo, hay imprudencia. A juicio de Quirós, esta es la teoría acogida por el Código Penal en el Artículo 9.2, segunda parte. Aun cuando en el precepto señalado se dice «cuando, sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo» (Quirós: *Manual*, pp. 21-22). Para ampliar sobre las diferentes teorías, ver Zaffaroni: *Ob. cit.*, pp. 353-354.

⁵³ Ángel Torío planteó: «Transcurrido medio siglo desde la aparición de la obra de Mezger el derecho penal sigue operando con un concepto profano de

voluntad.» (Torío López: *La acción peligrosa y el dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, p. 176.)

⁵⁴ Ver Roxin: *Derecho Penal*, p. 432.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 435.

⁵⁶ Ver Bustos y Hornazábal: *Lecciones de Derecho Penal*, p. 186; Bustos: *Homicidio con dolo eventual o imprudente*, pp. 133 y 134; y Roxin: *Manual de Derecho Penal*, p. 447.

⁵⁷ Según Ángel Torío, en la experiencia jurisprudencial conviven las teorías de la probabilidad y del consentimiento, pese a que material y conceptualmente se excluyan entre sí. (Torío: *Ob. cit.*, pp. 155-177.)

⁵⁸ Dice Roxin: «El dolo eventual existe cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de realización del tipo; pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así, sea buena o de mala gana a la eventual realización de un delito, se conforma con ella [y aclara más adelante] quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo (...) puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto ‘deja que las cosas sigan su curso’.» (Roxin: *Derecho Penal*, p. 427.)

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 447.

⁶⁰ Bustos: *Homicidio...* pp. 133 y 134. Según Placencia Villanueva, en el dolo eventual, el sujeto activo dirige su comportamiento hacia un fin de total indiferencia para el Derecho Penal, pero de lo cual se puede derivar un resultado típico, que prevé como posible, sin que incida dicha circunstancia en modificar el comportamiento, sino, por el contrario, sigue adelante, asume el riesgo. (Placencia Villanueva: *Ob. cit.*, pp. 117-118.)

⁶¹ Hay que tener cuidado al apreciar este indicador porque pudiera traer como efecto que en bienes jurídicos importantes, como la vida, se apreciaría siempre el dolo eventual y, en otros de menos importancia, como los derechos patrimoniales, se admitiría la imprudencia consciente. Sin embargo, valorarlo integralmente con los otros indicadores nos parece imprescindible.

⁶² Teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación de Kaufmann. (Ver Roxin: *Manual*, p. 436.)

⁶³ La postura asumida converge con los planteamientos de una teoría ecléctica.

⁶⁴ Según Mir Puig, en la dogmática jurídico-penal, el pensamiento problemático no ha logrado tan explícitos apoyos; pero, sin dudas, influye en el actual enfoque que la necesidad de cubrir lagunas que presentan la falta de concreción en instituciones como el dolo eventual. (Mir Puig: *Introducción*, p. 258.)

⁶⁵ Monopolio o supremacía de la ley para definir las conductas delictivas, mandato de taxatividad o determinación de certeza, prohibición de retroactividad cuando fundamente o agrave una pena, prohibición de analogía y de la costumbre como fuentes de Derecho. (Ver Berdugo Gómez de la Torre *et al.*: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, pp. 47 y ss.)

⁶⁶ Sánchez García de Paz comenta: «En particular el Derecho penal de riesgo se traduce en una pérdida de los criterios de imputación propios del Derecho penal liberal como la quiebra del principio de taxatividad de los tipos penales y la extensión inflacionista del mismo.» (Sánchez García de Paz: *El Moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 84.)

⁶⁷ El Artículo 2 del Código Penal plantea, como parte de sus objetivos, «promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos y contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia del respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista». Asume la función motivadora o de instrucción de las normas penales conjuntamente con la protección de los bienes jurídicos.

⁶⁸ Con relación a las normas penales en blanco, existen cautelas que minimizan la vulneración del principio de legalidad. (Ver Vera Toste, Reyna López y Guevara Roque: *Apuntes introductorios a la asignatura Derecho Penal Especial*, p. 14.)

⁶⁹ Este sistema garantiza, además, una descriminalización de comportamientos imprudentes y tributa al cumplimiento del principio de intervención mínima anteriormente analizado.

BIBLIOGRAFÍA

Angiolini, A.: *De los delitos culposos*, Editores Córcega, Barcelona, 1905.

Bacigalupo Zapater, E.: *La técnica de resolución de casos penales*, 2.ª ed., corregida y aumentada, Editorial Codex, Madrid, 1995.

———: *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1996.

Bellati, C. A.: «La acción, el tipo de lo injusto del delito imprudente», en <http://noticiasjuridicas.com/style.css> (consulta: 18 de enero de 2007).

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et al.*: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Praxis, Barcelona.

Betancourt, Ángel C.: *Código penal*, Bouza y Cía, La Habana, 1913.

Bustos Ramírez, J.: «Homicidio con dolo eventual o imprudente», en *Revista del Poder Judicial*, no. 10, Madrid, 1987.

———: *Manual de Derecho Penal; Parte general*, 4.ª ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1994.

- y Hernán Hormazábal Moraée: *Lecciones de Derecho penal*, vol. II, Madrid, 1997.
- Calderón Cerezo, A.: «Autoría y participación en el delito imprudente. Concurrencia de culpas» (red del TSP).
- Carrara, F.: *Programa del curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Píssa*; Parte General, vol. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- : *Programa del curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Píssa*; Parte Especial, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945.
- Casasús, J. J. E.: *Código de Defensa Social y Derecho Penal*; Complementario, t. 1, 2.^a ed., Editorial Molina y Comp., La Habana, 1950.
- Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español*; Parte General, t. 3, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- Chiossone, T.: *Derecho Vial y delitos culposos en la legislación venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.
- Cobo del Rosal, M. y S. Vives Antón: *Derecho Penal*; Parte General, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Colectivo de autores: *Lecciones de Derecho Penal*; Parte General, 2.^a ed., Editorial Praxis, Barcelona, [s. a.]
- Córdova Roda, Juan: «Los delitos culposos», en *Revista del Consejo general del poder judicial* (red del TSP).
- Cuesta Aguado, Paz de la: *La teoría de la Imputación objetiva* [s. m. d.]
- Ferrajoli, Luigi: «Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales», en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, tomado de www.poderjudicial.go.cr.
- García Galló, Gaspar Jorge: *Categorías del Materialismo Dialéctico*, Editorial Gente Nueva, La Habana, 1984.
- : *Leyes de la Dialéctica Materialista*, Gente Nueva, La Habana, 1985.
- Goldschmidt, J.: *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943.
- Grishaiev, P. I. y B. V. Zdravosmilov: «La figura del delito», en *Divulgación Jurídica*, no. 29, La Habana, mayo de 1987.
- Grishaiev, V. V. et al.: «La parte subjetiva del delito», en *Divulgación Jurídica*, no. 33, La Habana, septiembre de 1987.
- Hoved, Mario A.: «La causalidad y la nueva teoría de la imputación objetiva», en www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista.
- Jakobs, G.: *Derecho Penal, Parte General*; Fundamentos y Teoría de la imputación, 2.^a ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend: *Tratado de Derecho penal, parte general*, 5.^a ed., renovada y ampliada, Editorial Comares, SL, Granada, 2002.
- Jiménez de Asúa, L.: *Derecho penal*, 3.^a ed., Editorial Reus, Madrid [s. a.].
- Kusnetsova, N.: *Fundamentos del Derecho Penal Soviético*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980.
- Martínez, J. A.: *Código de Defensa social*, Editor Jesús Montero, La Habana, 1939.
- Martínez Escamilla, Margarita: «La imputación objetiva del resultado, una primera aproximación», en *Revista del Consejo General del Poder Judicial* (Serie Penal), no. 126, Madrid, 1994.
- Mezger, E.: *Tratado de Derecho Penal*, t.1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- Mir Puig, Santiago: *Derecho penal general*, 6.^a ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- : *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2.^a ed., Editorial IBDF, Buenos Aires, 2003.
- Morales Núñez, G.: *El delito*; Ensayo jurídico dogmático, Editorial Lex, La Habana, 1947.
- Morant Vidal, J.: «Teoría jurídica del delito», en noticiasjuridicas.com/style.css.
- Moreno Mocholi, M.: *La imprudencia punible, conveniencia de una estructuración*, Instituto Reus, Madrid, 1965.

- Morillas Cuevas, L.: «El Derecho Penal Mínimo o la expansión del Derecho Penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 25, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2005.
- Muñoz Conde, F. y Mercedes García Arán: *Derecho Penal, Parte General*, 5.^a ed., revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Placencia Villanueva, Raúl: *Teoría del delito*, Editorial Universidad Autónoma de México, México D. F., 2004.
- Portilla, A. de la: «El automovilismo culposo», en *Monografía Jurídica*, vol. X, Editor Jesús Montero, La Habana, 1937.
- Puig Peña, F.: *Derecho Penal*, t. 1 (Parte General), vol. I, Ediciones Nauta, S. A, Barcelona, 1959.
- Quintero Olivares, G.: *Manual de Derecho Penal; Parte General*, 3.^a ed., Editorial Aranzadi, S. A, Navarra, 2002.
- Quirós Pérez, R.: «El pensamiento Jurídico Penal Burgués: Exposición y crítica», en *Revista Jurídica*, no. 8, MINJUS, La Habana, 1985.
- : *Manual de Derecho Penal*, tt. 1 y 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- Romero Flores, Beatriz: «La imputación objetiva en los delitos imprudentes», en *Anales de Derecho*, no. 19, Universidad de Murcia, en www.um.es/facdere/publicaciones/anales.
- Roxin, C.: *Derecho Penal, Parte General*, t. 1, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- : *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- : *Manual de Derecho Penal*, t. 1, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- Sánchez García de Paz: *El Moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, Universidad de Valladolid, 1999.
- Silva Sánchez, J.: «La teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia», en red del TSP.
- Tabío, E.: *Temas de Derecho penal en torno al Código de Defensa Social* (Sexta serie), Editor Jesús Montero, La Habana, 1952.
- Torío López, Ángel: «La acción peligrosa y el dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Cuadernos de estudio de Derecho Judicial*, no. 33, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- Vega Vega, J.: *Algunas diferencias entre el Código de Defensa Social Burgués y el nuevo Código Penal Cubano*, Editora Política, La Habana, 1979.
- Vera Toste, Yan, Yamila Reyna López y Ernesto Guevara Roque: *Apuntes introductorios a la asignatura Derecho Penal Especial*, La Habana, 2006.
- Von Beling, E.: *Esquema de Derecho Penal; La doctrina del delito tipo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- Von Liszt, F.: *Tratado de Derecho Penal adicionado con la historia del derecho penal en España por Quintiliano Saldaña*, t. 1, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914.
- Welzel, H.: *El nuevo sistema del Derecho Penal; Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ediciones tipográficas Ariel, S. A. Barcelona, 1964.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Culpabilidad por Vulnerabilidad*; Discurso en la aceptación del Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Macerata, Italia, 2002.
- : *Tratado de Derecho penal-Parte general*, t. 3, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1981.

DÁDIVA, VENTAJA O BENEFICIO COMO INSTRUMENTO DE CORRUPCIÓN

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

EL tipo penal del delito de Cohecho exige que el funcionario realice un acto por el cual recibirá un beneficio de parte del particular, lo que constituye un elemento normativo dentro del tipo denominado *dádiva, presente o cualquier otra ventaja o beneficio* (según el Artículo 152 del Código Penal cubano), que es, en definitiva, el medio por el cual se logra la corrupción, la causa del acto en que se concreta el Cohecho.

Sin embargo, este componente del tipo recibe diferentes denominaciones, en dependencia de la legislación específica. El Código Penal argentino lo refiere como *dinero o cualquier otra dádiva*; en los códigos penales de Bolivia, Costa Rica, Guatemala, México, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, El Salvador, España e Italia, se hace mención del término *dádiva o presente*; en Colombia, Chile, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y Ecuador, se utilizan vocablos como *dinero, beneficio o cualquier ventaja*; e, incluso, para la ley hondureña, los préstamos también forman parte de esta figura delictiva.

CONCEPTOS

Aunque los autores cubanos no han definido gramaticalmente qué entender por *dádiva, presente o cualquier otra ventaja o beneficio*, la doctrina extranjera manifiesta que, en el delito de Cohecho, el término *dádiva* implica una cosa que puede darse, entregarse o transferirse por un particular, y recibirse o admitirse por un funcionario público, con un determinado fin, lo que equivale a regalo o donación. En opinión de Francisco Alonso y Granados Pérez, *dádiva* es el don o alhaja que se da graciosamente a un juez u otro funcionario público para tenerle favorable en la decisión de algún negocio. Carlos Creus la valora como cualquier objeto que se transfiere del dador al receptor.¹

El diccionario *Larousse*, de la Lengua Española,² consigna el significado de estos términos así:

- ◆ *Dádiva*: Atención, agasajo, presente, cosa que se da graciosamente.
- ◆ *Presente*: Obsequio, regalo, que se da a otra persona en señal de reconocimiento o afecto.

♦ *Ventaja*: Prerrogativa, mejoría, ganancia, utilidad, provecho.

♦ *Beneficio*: Bien, favor, gracia, donación, ofrenda.

Rodríguez Devesa, Muñoz Conde, Orts Berenguer, y Queralt³ declaran que dádiva es el don o alhaja —generalmente dinero— que un particular entrega o transfiere graciosamente a un funcionario público para tenerle favorable en la decisión de algún negocio, de lo que se deduce que la diversidad de locuciones empleadas para denominar este término, en el fondo, representan lo mismo —cualquier ventaja ilegítima—, son utilizados como sinónimos, por cuanto encierran similar sentido, con el único fin de amplificar la significación del concepto que tiene en la dádiva al elemento referencial principal cuya sola diferencia es su distinta materialización temporal, que recibe el nombre de *promesa* u *ofrecimiento*, si no se entrega en el acto.

TRATAMIENTO POR LA DOCTRINA

Este componente del tipo ha generado en la doctrina y la práctica judicial cubana y foránea dos problemas fundamentales. En primer lugar, el relacionado con su contenido cualitativo, sea exclusivamente económico o no;⁴ y, en segundo, al determinar si su contenido cuan-

titativo le otorga idoneidad para conformar dicha figura.

Contenido estrictamente patrimonial

El cubano Grillo Longoria, los alemanes Frank, Olshausen y Alffed, los españoles Carmona Salgado, Groizard, Quintano Repollés, Muñoz Conde, Rodríguez Devesa y Valeije Álvarez y el argentino Soler⁵ restringen su contenido a prestaciones valorables económicamente: dinero, inmuebles, joyas, distinciones honoríficas; cualquier objeto que constituya una mejora patrimonial del sujeto. Por tanto, las contribuciones que no tengan este contenido, como seducciones, una satisfacción estética, ascensos y menciones honoríficas o una complacencia de la vanidad, el acceso carnal,⁶ no estarían acordes con la intención del legislador y no pueden estimarse como tales, por lo que quedan fuera de esta figura.

Polaino Navarrete, Orts Berenguer y Cobo del Rosal, aunque se mantienen en la misma línea, considerando que, en este caso, se integraría el delito de Prevaricación —lo diferencian del Cohecho por el contenido económico de la solicitud—, amplían un poco su significado y agregan la solicitud de un empleo mejor o un ascenso, incluso para un tercero. Vives Antón, Alonso Pérez y Sánchez

Adsúar justifican tal posición afirmando que el Cohecho reprime la venta de la función pública; por tanto, de no mediar contraprestación económica, la conducta del funcionario no llegaría a tener el rango de delito, mientras que la fijación de la pena en relación con el valor de la dádiva, su comiso y la aplicación de multas de acuerdo con la cuantía corrobora que ha de ser susceptible a una valoración de carácter económico.⁷

Contenido amplio de la dádiva
Diferentes autores, como Tejera y Danilo Rivero, los alemanes Binding, Paeffgen, Neumann y Kindhäuser, los italianos Pessina y Maggiore, los españoles Bacigalupo, Cuello Calón, Ferrer Sama, y los latinoamericanos García Iturbide, Cuaresma Terán y Cancino Moreno⁸ aprecian que es idéntica la afectación del bien jurídico tutelado, tanto si tiene carácter material o económico, como si supone una ventaja de otra naturaleza: prestaciones sexuales, una distinción o satisfacción de un deseo de venganza. Lo esencial es que exista un móvil personal, sin que sea específicamente económico, porque no es el carácter de *cosa* de la dádiva lo que ataca el bien jurídico, sino el trueque de un acto del servicio por una ventaja indebida.

La corrupción moral que supone el Cohecho se manifiesta tanto

si el móvil es un deseo de lucro, como si consiste en una pasión desmedida por otros goces, placeres o utilidades –*gratia, aut inimastia, aut sordes* (gracia, enemistad, codicia)–; por lo que odio, favor, precio material, honores, destinos, ascensos, participación en ámbitos de influencia e, incluso, goces con mujeres⁹ para el funcionario u otro individuo, son causas que impelen este delito, ya que existe aun cuando no se determinase la clase de gratificación. De valorarse solamente la utilidad económica de la dádiva, puede cerrarse el campo de aplicación de la ley para los eventos que producen provecho.

Este criterio también se manifiesta en la ley cubana, que incluye todo lo que tenga algún valor para el sujeto activo o tienda a satisfacer su codicia y otras apetencias, incluidos los deseos eróticos, al igual que en las leyes penales de Nicaragua, Colombia, Honduras, Paraguay, Uruguay y la legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional: se comete esta figura mediante cualquier beneficio o ventaja y donde la dádiva tenga contenido económico, o no.

Posición intermedia

Por último, existe una posición intermedia, en la cual se destaca la opinión de Rodríguez Puerta y

Carlos Creus,¹¹ quienes consideran que el significado gramatical de los vocablos *dádiva* o *presente* no excluye la posibilidad de considerar como tales las ventajas de signo económico y las de naturaleza distinta; una interpretación excesivamente literal de este elemento conduciría a negar el carácter *retributivo* que, en el delito de Cohecho, presentan y ello implicaría dejar al margen de la punibilidad conductas tan venales como otras, o más. Existiría una dádiva típica, si lo que se procuran son objetos que es posible dar o recibir, pero si solo se suministra la satisfacción o el goce de ciertos deseos, al margen de toda materialidad, no se arribaría a esta conclusión.

Incluyen, así, todas aquellas *ventajas objetivas mesurables*, generalmente consistentes en dinero u otro beneficio evaluable en este—directa o indirectamente—, un ascenso laboral o las relaciones sexuales, ya que no existe inconveniente en calificar de mejora objetiva de la situación del funcionario por la solicitud o aceptación de dichos favores, aunque dependiendo de cuáles sean las circunstancias del caso y la finalidad que se persiga con su prestación y de forma casuística.

Si el funcionario requiere favores carnales de un sujeto que se encuentra bajo su guarda o pueda agravar su situación con sus

resoluciones, se integrarían los tipos penales que atentan contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, siempre que no exista insinuación ni disposición por parte de la persona afectada para acceder al reclamo.

Por el contrario, si el agente público formula la propuesta para favorecer a un individuo, se configurará el delito de Cohecho, y ambos intervinientes responderán como autores, puesto que uno y otro están interesados en alcanzar un acuerdo y un beneficio indebido: el empleado, la satisfacción de sus deseos eróticos; y la contraparte, la resolución que injustificadamente le favorece.

En cambio, si la iniciativa la toma la persona interesada en beneficiarse a través de tales favores, se tipificaría el delito de Cohecho.

El resto de las ventajas subjetivas, como satisfacción de relaciones de amistad, parentesco, ánimo de venganza, etc., pese a ser idóneas para lesionar el bien jurídico, deberían subsumirse dentro del Tráfico de influencias, que recorta implícitamente el ámbito del Cohecho, y quedan reservadas, para el primero, las formas de incidir de carácter *subjetivo*; y, para el segundo, aquellas formas de incidir de carácter *objetivo*.

CUANTÍA DE LA DÁDIVA

El otro problema de este vocablo radica en la contradicción respec-

to a la apreciación de su contenido cuantitativo para la integración del delito, donde la doctrina cubana y la extranjera han recurrido a tres criterios para resolver esta disyuntiva.

Criterio de proporcionalidad

Esbozado fundamentalmente por la doctrina italiana –Manzini, Fian-daca y Musco–, al igual que Sebastián Soler,¹² según el cual el poder cohechante dependerá de la proporción del donativo respecto a la función. Se tiene en cuenta la índole de la función que desempeña el sujeto, su posición social y económica, y la naturaleza de sus relaciones con el particular para racionalmente afirmar si la ratificación influyó en el incumplimiento de sus deberes, o no.

Adecuación social

Otro sector de la doctrina –Danilo Rivero, Puig Peña, Muñoz Conde, Francisco Alonso, Iturbide y Sánchez Adsúar– resuelve este dilema mediante *la teoría de la adecuación social o insignificancia*; razonando que estos medios deben ser de cierta capacidad para incidir en la voluntad del funcionario. Por ende, no existe Cohecho si tienen carácter moderado o si la utilidad es tan leve que no implica una grave presunción de la voluntad de corromper: pequeñas gratificaciones, tomar una

bebida en agradecimiento o los admitidos por costumbres y usos sociales, conductas que se castigan en sede administrativa; aunque, en caso de dinero, siempre debe pensarse en la idea del Cohecho.¹³

Por el contrario, si lo ofrecido o prometido es de tal naturaleza o valor que revela intención de corromper, existiría Cohecho. Declaran que regalos son aquellos objetos de valor económico apreciable y relevante objetivamente para motivar la actuación del funcionario, y descartan los de un monto insignificante, con independencia de que no sea este, sino la venta de la función pública, lo que engendra la responsabilidad criminal.

No obstante, Rodríguez Puerta y Valeije Álvarez consideran insuficientes los criterios de proporcionalidad y adecuación social para solucionar esta cuestión, pues la cuantía de la dádiva es únicamente importante desde el punto de vista probatorio, como indicio de que actúa con ánimo de lucro. Es, por tanto, el ánimo de lucro el elemento esencial para apreciar el delito de Cohecho; de ahí que se plantee otra variante para dilucidar este problema.¹⁴

Carácter retributivo

Para este grupo –como Grillo Longoria, el italiano Maggiore, los españoles Cuello Calón y Rodrí-

guez Puerta, y los argentinos Rivarola, Juan Ramos y Carlos Creus—,¹⁵ la medida de valor es irrelevante a los fines de la tipicidad, ya que no es importante para calificar el delito —aunque es cierto que puede desatar con más facilidad la codicia del agente público, en tanto sea mayor—; por ende, no tiene por qué guardar proporción con la importancia del acto del funcionario, respecto del cual puede ser ínfimo o absurdamente desproporcionado, lo que interesa es que constituya el precio de la actividad o inactividad de aquel.

Nada influye en la esencialidad del crimen que el lucro sea dado o prometido, consistente en dinero u otra cosa apetecible —se ofende *etiam uno nummo* (con un simple céntimo)—, abarca desde el regalo valioso hasta el más simple, y tiene un *carácter retributivo*: prestación a intercambiar por el acto al que se compromete el funcionario.

Por tanto, toda ventaja objetiva solicitada o aceptada por el funcionario será idónea, en principio, para integrar el Cohecho, y quedan al margen aquellas que se integran sin la intención de comprar el acto de este, las que fueran solicitadas sin la seriedad necesaria, y las que se solicitaran o se entregaran sin perseguir con ello incidir en la voluntad del

funcionario, ya que no habría actuado dolosamente.¹⁶ En cambio, serán relevantes las dádivas que, pese a tener *pequeño o reducido valor*, se solicitan como contrapartida por la realización de un acto relativo a sus funciones o de incidir en el proceso de motivación del funcionario.

TOMA DE POSICIÓN

A los efectos de la ley cubana, los términos *dádiva, presente o cualquier ventaja o beneficio* deben ser interpretados en el sentido de ventajas objetivas evaluables objetivamente, tanto económicas —dinero o equivalente, cambio de trabajo, horario más reducido—, como otras que no lo son, pero redundan en beneficio del funcionario —por ejemplo, la satisfacción de deseos sexuales—. No así aquellas subjetivas —de venganza o amistad— que integrarían el delito de Tráfico de influencias.

El valor de la dádiva no resulta esencial para que se integre la figura, solo es necesario que las conductas se cometan con la finalidad de retribuir un acto relativo a las funciones del funcionario. Resulta irrelevante que sea proporcional al acto perseguido o adecuada socialmente, pues si bien *a priori* una invitación a comer a un funcionario, unas flores, cigarrillos

bombones parece infrecuente que pueda doblegar la voluntad de este, si son precisamente las ventajas solicitadas, aceptadas o recibidas por él a cambio del acto, deberá postularse su idoneidad para conseguir su ejecución.

Lo que sí es necesario es que las promesas o las dádivas deben ser aceptadas o entregadas como retribución al acto a ejecutar, retardar u omitir, y quedan fuera del mencionado delito los actos de mera gratitud, los homenajes —por ejemplo, un día conmemorativo— u otros actos que son de uso social y sin ánimo de corromper, los cuales no están incluidos dentro del campo de lo ilícito penal.

NOTAS

¹ Francisco Alonso Pérez: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el Código Penal*; Legislación, Comentarios, Jurisprudencia, p. 237; Carlos Granados Pérez: *El instrumento en el delito de cohecho*, pp. 129-152; y Carlos Creus: *Derecho Penal Parte Especial*, t. 2, p. 276.

² Larousse (versión digital).

³ Colectivo de autores: *Derecho Penal Económico*, pp. 46 y 203-233; Muñoz Conde: *Derecho Penal, Parte Especial*, p. 704; Vives: *Derecho Penal, Parte Especial*, p. 702; Alonso Pérez: *Ob. cit.*, p. 237; Granados Pérez: *Ob. cit.*, pp. 129-152; y Creus: *Ob. cit.*, p. 276.

⁴ Hasta 1983, los tribunales cubanos solo apreciaban su contenido económico; sin embargo, en la sentencia correspon-

CONCLUSIONES

1.- Los términos *dádiva*, *presente* o *cualquier ventaja o beneficio* deben ser interpretados como un solo elemento normativo equivalente a *dádiva*.

2.- Este término ha de ser entendido como cualquier ventaja objetiva, evaluable económicamente o no, de manera directa o indirecta, y que beneficie al funcionario, incluyendo la satisfacción de deseos sexuales.

3.- El valor de la dádiva no resulta esencial para que sea delito de Cohecho la conducta del funcionario que la solicita, acepta o exige, ni del particular que la ofrece o entrega; solo requerirá que se realicen con la finalidad de retribuir un acto relativo a las funciones del primero ■

diente al rollo 2542 de 1983, la Sala de lo Penal del TSP sancionó a un juez profesional como autor del delito de Cohecho por exigirle a una empleada la promesa de yacer con él a cambio de satisfacer intereses de esta. No obstante, la Sala de lo Militar del mismo tribunal mantiene el criterio de contenido estrictamente económico.

⁵ Enríquez Goizueta: *Delitos contra la Administración de Justicia*, p. 252; Cuello Calón: *El nuevo Código Penal español*, p. 388; Carmona Salgado: *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, p. 362; Groizard y Gómez de la Serna: *El Código Penal de 1870*, t. 4, p. 837; Quintano Repollés: *Compendio de Derecho Penal*, p. 357; Muñoz Conde: *Ob. cit.*, p. 1688; Rodríguez

Puerta: *El delito de Cohecho: Problema Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, p. 185; Soler: *Derecho Penal Argentino*, t. 2, p. 208; Ferrer Sama: *Comentarios al Código Penal*, t. 5, p. 161; y Grillo Longoria: *Los delitos en especie*, t. 1, p. 151.

⁶ En opinión de Grillo Longoria y Valeije, dichas ventajas, pese a tener una naturaleza objetiva, no suponen una mejora de la situación económica del funcionario y quedan en el delito de Abusos lascivos, de modo que requieren el contenido económico de la gratificación. De lo contrario, el Derecho Penal se convertiría en instrumento de moralización de la función pública y, desde la perspectiva del particular, sería imposible diferenciar el delito de Cohecho de una inducción a cometer un delito de Prevaricación. (Ver Rodríguez Puerta: *Ob. cit.*, p. 185; y Grillo Longoria: *Ob. cit.*, p.151.)

⁷ Sánchez Adsúar: *El delito de Cohecho* (versión digitalizada); Rodríguez Puerta: *Ob. cit.*, p. 185; Vives: *Ob. cit.*, p. 701; y Alonso Pérez: *Ob. cit.*, pp. 238-239.

⁸ Tejera: *Comentarios al Código de Defensa Social*, t. 5, p. 365; Colectivo de autores: *Derecho Penal especial*, t. 1, p. 121; Kindhäuser: *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad* (versión digital); Maggiore: *Derecho Penal especial*, vol. III, p. 194; Rodríguez Puerta: *Ob. cit.*, p. 188; Cuello Calón: *Código Penal*, p. 328; Cancino Moreno: *El delito de Concusión en el nuevo Código Penal Colombiano*, p. 67; Ferrer Sama: *Ob. cit.*, p. 161; García Iturbide: *Delitos contra la cosa pública y contra la Administración de Justicia*, vol. VIII, p. 68; Cuarezma Terán: «Análisis sobre la legislación penal nicaragüense y la Convención interamericana contra la corrupción» (versión digital); y Enríquez Goizueta: *Ob. cit.*, p. 252.

⁹ Durante la República romana, se dio el caso de Clodio, quien, acusado de cometer adulterio con la esposa de Julio César, obtuvo la absolución de los jueces con dinero, y mediante favores de matronas y jovencuelas; y, tal como afirmara Séneca, cada época tiene sus Clodios, y los medios recibidos para ejecutar u omitir el acto relativo a la función pueden tener dimensiones como favores sexuales.

¹⁰ Rodríguez Puerta: *Ob. cit.*, pp. 190-194 y ss; y Creus: *Ob. cit.*, p. 276.

¹¹ Ferrer Sama: *Ob. cit.*, p. 163; y Soler: *Ob. cit.*, p. 209.

¹² La doctrina alemana, entre ella Rudolphi, utiliza esta teoría para excluir aquellos supuestos en que la ventaja era de valor insignificante, como una cajetilla de cigarrillos a un policía de tránsito por no imponerle una multa, la comida carísima, regalo por fecha importante, medallas, libros donados por simpatía, honor o mérito. (Ver Rodríguez Puerta: *Ob. cit.*, p. 195; Colectivo de autores: *Derecho Penal Especial*, t. 1, p. 111; Puig Peña: *Derecho Penal III*, p. 344; Muñoz Conde: *Ob. cit.*, p. 864; Alonso Pérez: *Ob. cit.*, p. 239; y García Iturbide: *Ob. cit.*, p. 68.)

¹³ Sin embargo, Valeije, pese a defender la conveniencia del valor de la dádiva, acaba reconociendo que difícilmente podrá castigarse a un funcionario por Cohecho, cuando admita una cantidad mínima por realizar un acto propio del cargo, puesto que es difícil inferirse que actuó con propósito de enriquecerse. (Rodríguez Puerta: *Ob. cit.*, p. 190.)

¹⁴ Maggiore: *Ob. cit.*, p. 194; Ramos: *Curso de Derecho Penal*, t. 5, p. 269; Rodríguez Puerta: *Ob. cit.*, p. 194; Cuello Calón: *El nuevo Código...*, p. 388; Creus: *Ob. cit.*, p. 276; Rivarola: *Exposición y crítica del Código Penal de Argentina*, pp. 98-99; y Grillo Longoria: *Ob. cit.*, p.151.

¹⁵ Rodríguez Puerta: *Ob. cit.*, pp. 194 y 200.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Pérez, Francisco: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el Código Penal*; Legislación, Comentarios, Jurisprudencia, Dykinson, Madrid, 2000.
- Cancino Moreno, José: *El delito de Concusión en el nuevo Código Penal Colombiano*, Librería del profesional, Bogotá, 1982.
- Carmona Salgado, C: *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.
- Cobo del Rosal, Manuel: *Derecho Penal, Parte Especial*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.
- : *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.
- Colectivo de autores: *Derecho Penal Económico*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- : *Derecho Penal especial*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- Creus, Carlos: *Derecho Penal, Parte Especial*, t. 2, 6.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Cuarezma Terán, Sergio J.: «Análisis sobre la legislación penal nicaragüense y la Convención interamericana contra la corrupción», en <http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio-finalnicaragua.htm>
- Cuello Calón, Eugenio: *Código Penal*, Gráfica administrativa, Madrid, 1946.
- : *El nuevo Código Penal español (Exposición y comentario)*; Libro segundo, Barcelona, Librería Bosch, 1930.
- Enríquez Goizueta, Pablo: *Delitos contra la Administración de Justicia*, Lex, La Habana, 1949.
- Ferrer Sama, Antonio: *Comentarios al Código Penal*, t. 5, 1.ª ed., Estados, Madrid, 1956.
- García Iturbide, Arnoldo: *Delitos contra la cosa pública y contra la Administración de Justicia*, vol. VIII, Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, 1969.
- Granados Pérez, Carlos: «El instrumento en el delito de cohecho», en *Revista del Poder Judicial*, no. 4, Madrid, 1994.
- Grillo Longoria, José A.: Los delitos en especie, t. 1, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1984.
- Groizard y Gómez de la Serna, D. Alejandro: *El Código Penal de 1870*, t. 4, Esteban-Hermanos, Salamanca, 1891.
- Kindhäuser, Urs: *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad*; Los delitos de corrupción en el Código penal alemán, en <http://www.politicacriminal.cl>. Larousse; Gran Diccionario de la Lengua Española, Larousse Planeta S. A, 2002 (versión digital).
- Maggiore, Giuseppe: *Derecho Penal especial*, vol. III, Temis, Bogotá, 1955.
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal, Parte Especial*, 14.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Puig Peña, Federico: *Derecho Penal III, Parte Especial*, 4.ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- Quintano Repollés, Antonio: *Compendio de Derecho Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- Quintero Olivares, Gonzalo: *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, 3.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.
- Ramos, Juan P.: *Curso de Derecho Penal*, 2.ª parte, t. 5, Taller Gráfico Ariel, Buenos Aires, 1938.
- Rivarola, Rodolfo: *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, t. 3, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1890.
- Rodríguez Puerta, M. José: *El delito de Cohecho*; Problema Jurídico-Penal del

- Soborno de Funcionarios, Aranzadi, Navarra, 1999.
- Sánchez Adsúar, Marcos: *El delito de Cohecho*, en www.rgid.com/pages/articnov/msaecdlpdnoeielaudcl.htm#.
- Soler, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, t. 2, 4.ª ed., TEA, Buenos Aires, 1989.
- Tejera, Diego Vicente: *Comentarios al Código de Defensa Social*, t. 5, Jesús Montero, La Habana, 1946.
- Valle Muñiz, José M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.ª ed., Tirant lo Blach, Valencia, 1996.
- Vega Vega, Juan: *Los delitos*, Instituto del Libro, La Habana, 1968.
- Viada y Vilaseca, Salvador: *Código Penal español de 1870 reformado*, t. 2, 4.ª ed., Madrid, 1890.
- Vives, Antón: *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Legislación**
- Código de Defensa Social de Cuba*, 1936.
- Códigos penales de: Alemania (del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998), Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España (1870 y 1995), Guatemala, Honduras, Italia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.
- Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, AG/RES.1395 (XXVI-O/96).
- Ley No. 62 de 1987, modificada por el Decreto-Ley 175, de 17 de junio de 1997, Código Penal cubano.

Solución a conflictos laborales

REFLEXIÓN SOBRE LA VIABILIDAD DE LA MEDIACIÓN EN CUBA

*Esp. Nancy Morales González,
jueza profesional, Sala de lo Laboral, TSP*

LA utilización de medios alternativos en la solución de conflictos es un tema recurrente en los últimos tiempos, cuya implementación abarca a la mayoría de las ramas del Derecho. No pocos laboristas cubanos han incurrido en él y sostienen que su instrumentación coadyuvará a lograr una solución integral a los conflictos laborales, criterio que me ha motivado a ofrecer algunas consideraciones.

La mediación y la conciliación—medios alternativos más sustentados en la solución de tales conflictos en el mundo contemporáneo—propician ventajas; la principal, desjudicializar los procesos y lograr que el Estado no intervenga de primera intención en la búsqueda de su solución. Con ello, se beneficia el cumplimiento exitoso de los principios generales del procedimiento laboral, celeridad y sencillez, premisas que presuponen estos medios, sostenidas en primer lugar por el gran cúmulo de trabajo que pende de los tribunales de esa especialidad en muchos países y la consecuente demora en la solución de los conflic-

tos, totalmente contraproducente con la rapidez con que deben ser resueltos, y evadir el tecnicismo y exceso de formalidades que requieren, en mayor o menor grado, los procesos judiciales. Estas, además de la gratuidad que aqueja a la administración de justicia, son las causas fundamentales que se esgrimen por los defensores de la aplicación de tales vías de solución conflictual.

Pero, sin lugar a dudas, introducir estas transformaciones en nuestro procedimiento laboral, como defienden con fervor algunos colegas, debe sostenerse en nuestras realidades, tanto laborales como económicas y sociales, y analizar si realmente resultan necesarias y de utilidad efectiva. Cambiar por cambiar, por estar a tono con la modernidad o con lo implementado en otros países, no es un fundamento sólido para una modificación legislativa de esta naturaleza.

Con el presente trabajo, pretendo reflexionar sobre este tema y, modestamente, expresar mis opiniones, sustentadas en los años de experiencia que he acumulado

en la administración de justicia laboral, desde la fundación de esta jurisdicción en Cuba, en 1978, hasta entonces enmarcada en la vía administrativa, específicamente en el Ministerio del Trabajo.

Antes de entrar a exponer mis consideraciones al respecto, resulta necesario hacer un breve esbozo del recorrido del Derecho Laboral cubano, a partir del triunfo revolucionario, siempre con el objetivo esencial de proteger a la parte más débil de la relación en un conflicto laboral. No se puede obviar que, como refrenda la Constitución, la República de Cuba es un Estado socialista de obreros y campesinos y demás trabajadores manuales e intelectuales; en consecuencia, debemos contar con un fuerte y sólido Derecho Laboral que haga posible y eficaz el cumplimiento de los derechos de los trabajadores.

En este procedimiento, ha constituido una premisa el interés de que los conflictos de trabajo sean resueltos, en una primera oportunidad, en los centros en los cuales se suscitaron, propósito sustentado en elevar la conciencia laboral de los trabajadores y, por qué no, de las administraciones; y, de esa forma, contribuir a perfeccionar las relaciones de trabajo y a encontrar una manera de actuar con inmediatez, principio imperante en el Derecho Laboral que permite aprovechar

las vivencias del propio colectivo donde tuvo su origen el conflicto, que no se desvirtúen los hechos, mal que conlleva la dilación de su conocimiento. Para cumplir esos propósitos, fueron creados los consejos de trabajo, que se mantuvieron hasta 1997, cuando surgieron los actuales *órganos de justicia laboral de base* (OJLB).

En una primera etapa, surgen los consejos de trabajo con un papel simplemente *conciliatorio*. Trataban de resolver el conflicto y, de no lograrlo, la parte interesada acudía en demanda al tribunal competente. Quiero subrayar este carácter para que se entiendan los argumentos que a continuación expondré acerca de la introducción en nuestra legislación de tales medios alternativos. La práctica del Consejo de Trabajo como órgano conciliador fue excluida, entre otras causas, por ser uno de los indicadores que dilataban el proceso.

Como órganos prejudiciales, la legislación laboral cubana mantuvo los OJLB, para conservar los propósitos con que se crearon los anteriores, pero ya sus decisiones tienen carácter ejecutivo: resuelven el fondo del asunto, y sus resoluciones, de obtener firmeza, son de obligatorio cumplimiento por las partes; de estar inconformes, pueden acceder al tribunal municipal popular que corresponda por razón de competencia te-

ritorial y, así, se inicia el conocimiento en la vía judicial.

Luego de esta breve panorámica, paso a analizar el objeto propuesto aquí, precedido de una interrogante: ¿resultaría útil, en la actualidad, introducir en el procedimiento laboral cubano uno de los medios alternativos de solución de conflictos?

Se impone significar el elemento sustancial que diferencia la *conciliación* y la *mediación*, sin que sean los únicos medios alternativos jurídicamente reconocidos (el *arbitraje* también lo es), pero solo me refiero a ellos por ser los más comunes en la especialidad y los que los laboristas se proponen introducir en nuestro procedimiento, particularmente *la mediación*.

En ambas instituciones, existe un factor y un objetivo comunes: la intervención de un tercero con la finalidad de evitar un futuro pleito judicial; se diferencian en el papel que cada una tiene en la búsqueda de la solución del conflicto planteado. La similitud en las funciones del mediador y del conciliador se traduce en que, frecuentemente, se empleen ambos términos, de manera indistinta, en muchos cuerpos legales, pero el rol del mediador es mucho más activo, más práctico, propone soluciones propias y concretas que convengan a ambas partes litigantes. El conciliador trata de buscar la paz entre ellos, que se entien-

dan y florezca de las propias partes la solución del conflicto, mediante un acuerdo adecuado a sus intereses. Se llegan a confundir los conceptos porque, con frecuencia, el conciliador propone soluciones directamente; de hecho, se convierte en mediador.

Algunos autores señalan, también como elemento diferenciador, que en la mediación se busca una solución aceptable para los contrincantes, sin atemperarla a lo que es justo o injusto; otra diferencia se sostiene en las características de la persona que realiza la función, como plantea un reconocido catedrático español de Derecho Procesal: «Dato importante de la mediación es el de la especialidad del tercero que participa, en la que precisamente se justifica su llamada por las partes.» (Ernesto Penalva: «El Proceso y sus alternativas», p. 41.)

En síntesis, tanto en la conciliación como en la mediación, el acuerdo surge de las partes. En la primera, por la acción del tercero conciliador; y, en la segunda, por propuesta del mediador. De ambas formas, se compatibilizan los intereses de las partes litigantes y surge la solución del conflicto.

Estas formas de solución se han incorporado al procedimiento, de forma obligada, en muchos países. En no pocos, son recogidas en sus códigos de procedimiento judicial laboral; en otros, se propone su inclusión con gran fuerza por

los iuslaboralistas, dadas las ventajas que para ellos significa obtener su aplicación en la solución de tales conflictos, las que esencialmente radican en las siguientes particularidades:

- *El proceso judicial*, como único medio para la solución de conflictos surgidos entre las partes de la relación jurídica laboral, es insuficiente, ya que se produce una demora excesiva de los trámites judiciales al existir una elevada radicación de asuntos en los tribunales, lo que conlleva el incumplimiento de dos de los principios generales que sustentan el Derecho Laboral: *celeridad e inmediatez*.
- Resulta un medio para *desjudicializar* la solución de los litigios laborales. Con ello, se evitan formalismos propios de los tribunales que se han convertido en una práctica tediosa y costosa, y que también destruye principios generales del procedimiento laboral tan importantes como *sencillez y gratuidad*.
- *Se evita el costoso* pago de abogados representantes, exigido para acudir a la vía judicial, y el de costas.
- Algunos sostienen que la *administración de justicia no es eficaz y oportuna* y que produce una absoluta inseguridad jurídica para las partes. Se plantea degradación y desprestigio del sistema judicial, en general, y de la administración de justicia en materia laboral, en

particular, por lo que surge la necesidad de crear y organizar formas alternativas que logren resolver los conflictos, con lo que se reafirman los principios que rigen el Derecho Laboral.

- Existen *corrientes neoliberales que provocan la desprotección e insensibilidad* ante el sufrimiento del trabajador por parte de la judicatura del trabajo.
- *Deficiente funcionamiento del sistema judicial* en muchas localidades de la nación y en no pocos tribunales sin especialización laboral.
- *Facilita el mejoramiento de las relaciones laborales*, al promover una activa participación de las partes en la búsqueda de soluciones.

No es mi pretensión negar esas realidades, sostenidas por honorables colegas laboristas en distintos foros internacionales en los que he participado y que, con beneplácito, los he escuchado; por el contrario, mi propósito es examinar si, en Cuba, se requiere la implementación de esos medios alternativos en la solución de conflictos laborales, ya que no cabe dudar que los cambios legislativos en cada nación parten de sus realidades económicas, sociales y políticas.

Se impone, entonces, un breve recuento de nuestros cambios legislativos y el procedimiento que, en la actualidad, rige en nuestro país para la solución de

conflictos surgidos en las relaciones laborales.

Los consejos de trabajo, en su momento, tuvieron un papel conciliatorio, previo a la vía judicial, por diferentes causas; las fundamentales: resquebrajamiento de la autoridad administrativa y afectación del principio de celeridad. Se les dio otra concepción: sus resoluciones dejaron de desempeñar un papel conciliatorio, adquirieron carácter ejecutivo y constituyeron premisa para acudir en demanda ante los tribunales.

Corresponde precisar que, contrario a la desprotección al trabajador que en otros países subsiste, en el nuestro, como Estado de trabajadores, pecamos, en determinados momentos legislativos, de exceso de paternalismo a favor de la clase proletaria. Por eso, se estableció que cualquier administración—entiéndase empleador—no podía adoptar decisiones disciplinarias que afectaran de cualquier forma o grado la relación laboral con el trabajador, sino pedirla al llamado Consejo de Trabajo, órgano colegiado conformado por trabajadores de prestigio en cada entidad, el que determinaba la sanción, o no imponía ninguna, lo que resquebrajó la autoridad administrativa que, por razón de dicho cargo de dirección, debía tener el empleador. Ante su decisión, fuera la una o la otra, quedaba expedita la vía judicial, ante el

tribunal de primera instancia, pero con igual limitación decisoria para los empleadores.

Era, entonces, el órgano judicial quien determinaba la procedencia de la corrección, o no, fallo impugnabile ante el tribunal de segunda instancia, cuyas sentencias adquirían firmeza y podían ser revisadas por la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular. Cualquier sanción podía ser impugnada, desde una amonestación privada hasta la de mayor gravedad, la desvinculación del trabajador, o despido, como se conoce universalmente.

Estos lastres fueron subsanados con posterioridad, cuando la ley otorgó autoridad a los empleadores para adoptar decisiones disciplinarias y, por supuesto, en otras materias que inciden en la relación laboral, por razón de derechos laborales o de índole económica, las que podían ser impugnadas ante el Consejo de Trabajo, ya con competencia para resolver el conflicto y dictar resoluciones ejecutivas, impugnables por los afectados inconformes, cualquiera de las partes, ante la vía judicial.

Más tarde, en 1997, se perfeccionó nuestro sistema de justicia laboral, y se convirtió el órgano primario en el denominado OJLB, con distinta conformación, no integrado por trabajadores simples, sino por representantes designados por la organización sindical

de la entidad, funcionarios administrativos y un trabajador de alto prestigio elegido en asamblea de trabajadores. Pero la perfección del sistema abarcó otros cambios, sobre todo para lograr el cumplimiento de los principios que conforman el proceso laboral, fundamentalmente celeridad, sencillez y oralidad, que se afectaban por la demora que provocaba ese exceso de protección al trabajador y que atiborraba de trabajo a los tribunales.

Con esos fines, se realizaron sustanciales cambios en el sistema de justicia laboral; hoy, con el tiempo transcurrido y su práctica efectiva, se sostienen nuevas modificaciones, con propuestas muy argumentadas para su perfección, pero de naturaleza distinta a la temática de aplicar medios alternativos para la solución de conflictos laborales.

Trataré de sintetizar y argumentar, comparando con las particularidades que sustentan la aplicación de la mediación en otros países, mi desacuerdo con la implantación en Cuba de los medios alternativos para la solución de los litigios laborales, y exponer los cambios que considero que deben ser estudiados para perfeccionar el vigente sistema de justicia laboral, luego de más de una década de vigencia:

- *El proceso judicial en Cuba* no es el único medio para la solución de conflictos surgidos entre las

partes de la relación jurídica laboral; por el contrario, existen los OJLB, generalmente, en cada entidad, que conocen de los litigios en materia de disciplina y de derechos laborales y económicos contra las decisiones de las administraciones, los que, dentro de 24 días hábiles, deben resolver la controversia y dictar resolución, impugnables ante la vía judicial en 10 días hábiles. La demanda se presenta ante el órgano primario, el cual la remite, con sus actuaciones, al tribunal competente, que tiene otros 24 días hábiles para oír a las partes en comparecencia, practicar las pruebas necesarias, propuestas por los litigantes o de oficio, y dictar sentencia, firme por propia naturaleza y solo impugnables con la interposición de procedimiento de revisión ante el TSP, en 180 días, contados a partir de su notificación (excepcionalmente, por apreciación del máximo tribunal, prorrogable por 180 días más, a partir del vencimiento del primer término concedido).

Con estos perentorios términos, que se cumplen en realidad (conforme a las estadísticas judiciales, promedia en más del 90% su cumplimiento en los asuntos tramitados por los tribunales municipales), no es posible sustentar el incumplimiento de dos principios generales del Derecho Laboral: *celeridad e inmediatez*.

- *La desjudicialización* en la solución de los litigios laborales –y, con ella, evitar formalismos que afectan o destruyen principios generales del procedimiento laboral, como *sencillez y gratuidad*– es cuestión salvada, según criterio de muchos laboristas cubanos y el mío propio, en el sistema de justicia laboral vigente. Téngase en cuenta que la competencia, en materia de disciplina laboral en la vía judicial, se limita solo a dos sanciones que significan un cambio definitivo en el estatus del trabajador afectado con su imposición, por tratarse de medidas disciplinarias severas: traslado a una plaza de menor remuneración o de condiciones laborales distintas, con pérdida de la que ocupaba; y separación definitiva de la entidad, equivalente al despido en otras legislaciones laborales, las que proceden ante indisciplinas laborales de carácter grave.

Anteriormente, todas las sanciones podían ser impugnadas ante la vía jurisdiccional (incluso la justeza de una amonestación se sometía al conocimiento del TSP, si así lo interesaba el trabajador), lo que provocaba una alta radicación de asuntos en los tribunales, que entorpecía su correcto funcionamiento, impedían dedicar el suficiente tiempo a los que realmente lo ameritaban y, como consecuencia, mermaba la calidad de los procesos.

Hoy, laboristas cubanos se cuestionan con mucha fuerza que la *desjudicialización* de la mayoría de las sanciones es excesiva, entendiendo que las de mediana severidad (tal cual es el traslado temporal, de 6 meses a un año, a otra plaza de menor remuneración o de condiciones laborales distintas) puedan ser impugnadas en la vía judicial y no tengan como única posibilidad de combatirlas el OJLB. Por suerte, en materia de derechos laborales, nunca se ha limitado su conocimiento en las vías de solución de conflictos, ya que, hasta el momento, no han constituido un peso en la motivación de estos en nuestro país, aunque en los últimos tiempos se augura un incremento.

Debo significar la extrema sencillez de nuestro procedimiento laboral, tan parco que obliga a los jueces a acudir a normas supletorias del proceso civil, las que, si bien no provocan grandes dilaciones, deben ser aplicadas. He aquí, otro tema por el que luchamos los laboristas cubanos: una ley de trámites independiente. Este escollo no niega que el actual sea sencillo y ágil para solucionar los litigios surgidos entre las partes que integran las relaciones de trabajo, sin que por razones de forma triviales se afecten los contenidos del proceso.

Hay que resaltar la gratuidad del proceso y el obligado pronun-

ciamiento en las sentencias del no pago de costas por las partes. Asimismo, la no exigencia de representación letrada en ninguna de sus instancias de conocimiento, incluyendo el máximo órgano judicial; aunque, en gran número de asuntos, los trabajadores optan por hacerse representar por abogados especializados en la materia laboral, al contar la parte administrativa con la orientación de los asesores jurídicos que trabajan en las entidades.

- Nuestra *administración de justicia* goza de prestigio en el país. La judicatura la integran jueces elegidos por su prestigio y conducta social, lo que no da lugar a inseguridad jurídica para las partes, ni creo que se resuelva con la introducción de un tercero en la solución del conflicto, intrínseco en la aplicación de formas alternativas. En Cuba, de existir y comprobarse algún juez con una conducta deplorable para tan prestigioso cargo, sin lugar a dudas, es excluido del sistema judicial.

- *Existen corrientes neoliberales que provocan la desprotección e insensibilidad*, ante el sufrimiento del trabajador, por parte de la judicatura del trabajo. Esta tendencia se encuentra desterrada totalmente en Cuba y, por ende, en la administración de justicia, no solo en la judicial, sino también en los OJLB y por parte de los fun-

cionarios que, de una forma u otra, pueden intervenir en la solución de conflictos. La legislación sustantiva laboral dimana del organismo rector de la materia y es de obligatorio cumplimiento por todas las entidades, incluso las privadas que, en pequeña cantidad, existen. De esta forma, el carácter público del Derecho del trabajo se encuentra protegido; en su estricto cumplimiento, la inspección del trabajo y la Fiscalía desempeñan un papel fiscalizador; en cuanto a la judicatura, ante un error de aplicación del Derecho Laboral por el empleador, se determina la protección del trabajador y el restablecimiento del derecho que le asiste.

- *Las deficiencias en el funcionamiento del sistema judicial*, por no contar con instancias jurisdiccionales en todas las localidades de la nación, no es nuestro caso. En Cuba, existen tribunales en los municipios o de fácil acceso de los justiciables. En cuanto a la especialización, no en todos existen secciones que atiendan esta materia, por su escasa radicación, incluso los que la tienen deben adquirir mayor dominio de la legislación laboral, diversa, compleja y cambiante, pero nos esforzamos por capacitar a los jueces, con especial interés a quienes atienden estos tribunales de forma integral. No obstante esto, considero que igual situación existiría

con el mediador o conciliador, el que, por supuesto, debe poseer esa especialización, por lo que también descarto que este sea un sólido argumento para su utilización en Cuba.

- Otro de los argumentos es que tales medios alternativos *facilitan el mejoramiento de las relaciones laborales*, al promover una activa participación de las partes en la búsqueda de soluciones. Es cierto, pero también se corre el riesgo de que se negocien derechos laborales *irrenunciables* para los trabajadores, lo que no puede ocurrir ante la judicatura. En Cuba, todo litigio puede ser analizado por las partes, previo a someter su solución ante los órganos de administración de justicia, y el trabajador puede pedir el apoyo al sindicato, en cualquier nivel (de hecho, este es un tercero que coadyuva a buscar una solución). En materia de disciplina, la ley obliga a los empleadores a dar cuenta al sindicato de la entidad de la decisión e imposición de sanción al trabajador y de escuchar sus opiniones. Tenemos dificultades en el cumplimiento correcto y eficiente de tan importante papel del sindicato, pero el remedio será resolver este problema, no sustituir sus funciones por un mediador; en ello, trabaja la organización central de los trabajadores en el país.

Expuestas estas razones, me queda solo, a modo de conclusión,

ratificar mi convencimiento de que debemos continuar perfeccionando el sistema de justicia laboral, lograr alcanzar la total independencia procesal, ganar en sencillez, evitar que por deficiencias procesales no se analice el contenido de fondo de la litis planteada, hacer realidad el cumplimiento de los principios del Derecho del trabajo. La solución y remedios de estos problemas no los dará someter la solución del conflicto a un tercero; esto solo sería un retroceso, una complicación innecesaria, que dilataría y pondría en peligro la protección de los derechos que nuestra legislación laboral consagra.

Por el contrario, desterraremos las tendencias a excluir el conocimiento de tales litigios de la jurisdicción laboral (solo por excepción, debe el Estado privar de ese derecho). Si a alguien corresponde la función social de ser justo e imparcial es al juez, nadie debe suplantarlo. Todos los ciudadanos deben gozar del derecho y la oportunidad de buscar la solución de su conflicto ante los órganos de administración de justicia, cuya función es impartir justicia, la que, como refrenda la Carta Magna, dimana del pueblo y es ejercida a su nombre por el TSP y demás tribunales que la ley instituye; los jueces, en ejercicio de sus funciones, son independientes y no deben obediencia más que a la ley ■

BIBLIOGRAFÍA

- Ernesto Penalva, Ernesto: «El Proceso y sus alternativas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, España, 1995.
- González Almonte, Cleopatra: «El giro paradigmático de la seguridad social y la democracia en la República Dominicana» (ponencia, XII Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Trabajo y Seguridad Social), La Habana, marzo de 2010.
- Jiménez Sanjinés, Raúl: «Formas alternativas de solución de conflictos laborales» (ponencia, XII Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Trabajo y Seguridad Social). La Habana, marzo de 2010.
- Mansueti, Hugo Roberto: «El procedimiento laboral en el siglo XXI. Aspectos críticos actuales que obstaculizan la aplicación de normas protectoras» (ponencia, XII Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Trabajo y Seguridad Social), La Habana, marzo de 2010.
- Morales González, Nancy: «Solución de los conflictos laborales en el sistema de justicia laboral cubano» (ponencia, XI Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Trabajo y Seguridad Social), La Habana, marzo de 2008.
- Perdiguero Bautista, Eduardo: «Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, España, 1995.
- Zúñiga Santiago, Anabel *et al.*: «Violaciones cometidas en contra de los trabajadores por las juntas laborales en México en los convenios celebrados en la etapa de conciliación» (ponencia, XII Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Trabajo y Seguridad Social), La Habana, marzo de 2010.

Legislación

- Código del Trabajo cubano, 1984.
Constitución de la República de Cuba.
Decreto-Ley No. 176, 15 de agosto de 1997.
Ley 1166 de 1964.

LA COSA JUZGADA EN EL DERECHO AMBIENTAL

*Esp. Lidia Sira Rosario López,
jueza profesional, Sala de lo Económico, TSP*

«Si vamos a hablar de ideología, hablemos de la ideología de salvar el mundo primero y perfeccionar el mundo; no después, sino cuanto antes mejor, y tratar de salvarlo y perfeccionarlo desde ahora. Cuando lo hayamos salvado, lo podremos seguir perfeccionando mucho más.»

Fidel Castro Ruz

(Conferencia Magistral impartida en el acto convocado por la Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana, 24 de agosto de 1998.)

CUANDO proyectaba algunas ideas esenciales sobre la *cosa juzgada* en el Derecho Ambiental, intentando hacerlo con una mirada desde el desarrollo sostenible¹ —que le es intrínseco— como principio básico llamado a regir los procesos de cambio en el desarrollo de las relaciones armónicas de los seres humanos con el ambiente, y donde se incorpora la dimensión social y económica a esa sostenibilidad, percibimos que la mejor manera de abordarlo era a través de una visión comprometida socialmente con la protección del ambiente; lo que obligaba a visualizar esta institución jurídico-procesal con una actitud flexible, con la necesaria comprensión de argumentos contrapuestos y conscientes de la eventual necesidad de modificar o rectificar criterios antes asumidos sobre dicha institución para asuntos de otra naturaleza.

Estando íntimamente vinculados los efectos de *cosa juzgada* a la eficacia de las decisiones judiciales y, en especial, a la sentencia firme, resulta necesario preguntarnos si los conceptos tradicionales al respecto dan respuesta a las exigencias del Derecho Ambiental contemporáneo; claro está, asumiendo la forma dinámica que le es inherente como atributo natural, de este nuevo Derecho —de incidencia colectiva— que se inscribe dentro de los derechos humanos de tercera generación y que, además, ya es conceptualizado, según las enseñanzas de Augusto M. Morello y así reconocido por Néstor A. Cafferatta, como «de 4.^a generación, en cuanto a derecho intergeneracional»,² por su proyección de futuro.

Por lo que este trabajo tiene como objetivo demostrar que el tratamiento de la *cosa juzgada* en nuestro actual ordenamiento

procesal, Decreto-Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006, modificativo de la Ley No. 7 de 1977, «De Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral»³ (atribuido a las salas de lo económico de los tribunales populares), dota a esta norma de la necesaria flexibilidad para acceder a la justicia ambiental en nuestro país, sin perjuicio de las interrogantes que –con todo fundamento– puedan sobrevenir en relación con su aplicación.

Para el logro de ese objetivo, partí de un breve análisis doctrinal –no por breve, menos reflexivo– del tema, con el necesario enfoque cualitativo, a fin de exponer de manera sencilla y comprensible la importancia de una mirada diferente de esta institución por sus implicaciones, dada la naturaleza del bien protegido que alcanza una dimensión universal: la vida en la Tierra.

NATURALEZA DE LA COSA JUZGADA

Al decir del profesor Rafael Grillo Longoria, «la vigencia del resultado del proceso se conoce en nuestra ciencia con la denominación de cosa juzgada (...)»⁴ lo que significa que, una vez juzgado un asunto y firme la resolución que se haya dictado a ese efecto, no es factible juzgarlo de nuevo, por lo que la cosa juzgada, cualitativa-

mente, se traduce en la inatacabilidad de lo que se ha resuelto en el proceso.

Sin pretender abordar las dos especies básicas de este instituto general, identificadas tradicionalmente como cosa juzgada *formal* y *material*, objeto de amplio estudio doctrinal, parto de exponer algunos criterios en torno a esta, a modo de ilustración. Así, Montero Aroca, voz autorizada en el procedimiento civil español, dentro de la parquedad normativa, conceptualiza:

Con esa expresión, cosa juzgada, se designa tradicionalmente el valor específico de la resolución judicial que pone fin al proceso de declaración, la fuerza que el ordenamiento jurídico da al resultado de la actividad jurisdiccional declaratoria, fuerza que consiste en la subordinación a los resultados del proceso y que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión judicial.⁵

Con expresiones en ocasiones distintas, y con las variaciones propias de cada autor y las particularidades de sus sistemas jurídicos, puede considerarse que la cosa juzgada, en sentido material, tiene una naturaleza estrictamente jurídica, de carácter procesal, que se define como la prohibición de que se emita, a través de un nuevo proceso, una decisión sobre la misma cuestión o materia, ya re-

suelta mediante sentencia firme, y cuya eficacia entraña que su fallo haya de ser aceptado por todo el mundo como acto de autoridad del Estado que concreta en ese caso el derecho objetivo y lo cual explica que sea común definir la jurisdicción con relación a la actuación de ese derecho objetivo en el caso particular de forma irrevocable. El propio Montero Aroca advierte al respecto que «esa irrevocabilidad no corresponde a cualquier decisión del Estado, sino exclusivamente a las que provienen de los órganos jurisdiccionales (...)».

De lo expuesto, se colige que la cosa juzgada, en sentido material —que, al decir de Montero Aroca, «es la única verdadera cosa juzgada»— es una creación jurídico-procesal del ordenamiento legal porque opera con independencia de que se transforme, o no, la situación jurídico-material existente o la sentencia se pronuncie acerca de la procedencia o desestimación de un derecho, al generar una especial eficacia —externa— que antes no existía, y que se refleja en la posibilidad de hacer valer lo dispuesto en el fallo en otro proceso posterior, virtualidad esta de eminente carácter procesal.

Ahora bien, esa naturaleza de la cosa juzgada en el ámbito legal, como fundamento de la necesaria seguridad de que ha de dotarse a las situaciones jurídicas —de fondo— que se resuelven por la sen-

tencia firme, que goza de eficacia *erga omnes*, en tanto su efecto alcanza a todo el mundo, implica, en su función negativa, la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto o pretensión; en cuanto a la efectividad de la tutela del medio ambiente, como derecho de carácter predominantemente social, colectivo, supraindividual y, a su vez, individual, humano, exige cambiar en su concepción y obtener nuevas respuestas, no exclusivamente por la amplitud de la legitimación a que obligan los intereses colectivos,⁶ sociales o difusos⁷ que protege su propio carácter global, y la complejidad misma, en definitiva de su protección, pues la solución de un asunto entre las mismas partes, con identidad de objeto y causa de pedir, puede incidir no solo en el orden particular de quienes están directamente involucrados en el proceso, sino de otros, es decir, en los intereses de un colectivo o grupo social y, en última instancia, afectar el interés social general, incluso *futuramente*.

De cualquier manera, esta presunta seguridad jurídica, atributo esencial de la cosa juzgada, sufre una gran conmoción ante estos nuevos intereses y como consecuencia de una reinterpretación —necesariamente mutable— de esta institución; ya no se estaría

solo ante el detrimento del ideal de realización de la justicia de un caso determinado que sería dable resolver a través de un proceso excepcional de revisión,⁸ contenido en nuestro ordenamiento procesal, pero sujeto a la brevedad de los términos previstos para ello en la ley (tres meses, según el Artículo 644 de la LPCALE) y a las causales expresas –por demás rigurosas– por las cuales procede su solicitud, sin que en ningún caso pudiera exceder de cuatro años, desde la fecha de la firmeza de la sentencia contra la cual se dirige (Artículo 645 de la LPCALE), lo que puede ser insuficiente para el conocimiento y solución –por ser de trascendencia social– de un asunto ambiental.

Pero lo más significativo no resulta –no obstante su incidencia– el transcurso del tiempo, sino el propio contenido de este proceso.

Si bien en la teoría procesal predomina el criterio de que la revisión no puede incluirse propiamente en la categoría de los recursos, dándole un tratamiento por ello de proceso, es uno de los presupuestos en que nuestro ordenamiento procesal *enfrenta* y *ataca* la cosa juzgada, en tanto hay un interés de justicia, lo cual también es de entender como válido para los intereses de incidencia colectiva, protegidos y consagrados constitucionalmente, como son el derecho a la salud, a la

calidad de vida, o al desarrollo sustentable.

Ello explica que se identifiquen cinco causales para que haya lugar a la revisión de la sentencia firme, a saber:

1. Si se obtuvieron documentos decisivos de los que no se pudo disponer a tiempo por fuerza mayor o por obra de la contraparte;
2. si el fallo se funda en documento que al tiempo de dictarse ignoraba la parte haber sido declarado falso en causa penal o se declarare después la falsedad en dicha forma;
3. cuando habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido después sancionados por perjuicio y su declaración hubiere servido de fundamento a la sentencia;
4. cuando la sentencia se hubiere dictado por un tribunal cuyos integrantes sean posteriormente sancionados por prevaricación o cohecho cometido al dictar dicha sentencia o haberse obtenido ésta por violencia ejercida sobre ellos;
5. cuando, atendiendo a argumento debidamente fundamentado, se constate por la Sala la presencia de situación específica de haberse colocado en estado de indefensión a parte interesada, con tras-

cendencia al derecho que reclama.⁹

La insuficiencia o imprevisión, respecto a los supuestos a que se contrae este examen, salta a la vista.

No debe obviarse que en la solución de estos procesos ambientales, según sea su complejidad, se pueden presentar dificultades en la determinación en la relación de causalidad generadora del daño, entre otras razones por pluralidad de sujetos susceptibles de intervenir en la producción de este, entre otros supuestos; máxime cuando no sería posible atacar una sentencia que favorezca al demandante, teniendo en cuenta la necesaria distinción entre los efectos de una sentencia estimatoria, de condena, y la desestimatoria, que parecen tener, como de hecho tienen, una eficacia diferente.

No parece adecuado, pues, hablar de cosa juzgada en el Derecho Ambiental, de igual manera que en otros campos del Derecho, porque quizás estaríamos siendo inconsecuentes con su carácter dinámico, multiforme, multidisciplinario, transdisciplinario, cambiante, sujeto al desarrollo científico y de proyección de futuro, entre otras razones porque una persona jurídica o natural física, en un proceso actual, está implícitamente actuando no solo por sí ante un presunto daño o efecto de daño, sino por un sujeto expectante que lo constituyen las generaciones futuras.

Eso parece ser una abstracción y, de hecho, lo es; pero cualquier asunto a conocer por el órgano jurisdiccional en materia ambiental, por aparentemente insignificante que hoy sea, puede ser el preludio de otro complejo y multifactorial, cuyo alcance no es siempre determinado de inmediato, pues depende su valoración, incluso, de la cultura e información para afrontarlo, pudiendo mañana contar con diferente marco de explicación científica; máxime cuando está ante nuestra mirada el terreno inexplorable del cambio climático, donde ningún elemento debe ser desdeñado y que abre el campo a su visualización como una dimensión para la política, los planes y programas del Estado en esta materia, en cuyo ámbito los órganos jurisdiccionales están obligados a cumplir con su función tutelar, teniendo en cuenta, por supuesto, el grado de vulnerabilidad del país a este cambio, que obliga a asumir una actitud renovadora en la toma de decisiones en tal sentido.

REQUISITOS DE IDENTIDAD

Estamos ante el panorama cierto de que la cosa juzgada, como tradicionalmente ha sido entendida, en sentido material, exige un fallo que haya recaído sobre el fondo del asunto planteado, es decir, que

se haya resuelto ciertamente la pretensión deducida, y no si el proceso se decide por una cuestión formal, en que se mantiene virtualmente la litis, y con ella la posibilidad jurídica de abrir un nuevo proceso; además, para que se configure dicha cosa juzgada y se produzca el efecto de hacerla valer en otro proceso distinto, se precisa que el fallo sea firme, por no ser recurrible por su naturaleza, o porque los recursos, posibles en principio, no hayan sido interpuestos, o —de haberlo sido— hayan resultado desestimados por el órgano jurisdiccional que los conoció.¹⁰

El requisito básico para que se configure la cosa juzgada, en sentido material, al decir de Grillo Longoria, «es que el proceso en que se haya dictado el fallo no está excluido expresamente por el ordenamiento jurídico de esta especial eficacia».¹¹ Y este parece ser el caso justamente en la excepción fijada por nuestro ordenamiento en materia de lo que hemos dado en llamar *justicia ambiental*.

A tono con las exigencias de este novedoso derecho, el legislador cubano se propuso en esta temática dar un viraje revolucionario, y con una concepción sencilla y como devenida de la forma natural de conocer un asunto, no impeditiva, no restringida por interpretación de conceptos, dando

un viraje, que tiene por precedente el conocimiento del desenvolvimiento de otros procesos de naturaleza distinta, que no han estado signados por los límites que impone la cosa juzgada, expresa, en el Artículo 829 del citado Decreto-Ley No. 241 de 2006:

La sentencia que se dicte en proceso referido a daño al medio ambiente, no causa estado de cosa juzgada, quedando legitimado el perjudicado para ejercitar nuevas acciones reclamatorias por la continuidad de los efectos del mismo evento dañoso que haya dado lugar a la misma.

Muchas pueden ser las interrogantes que sugiere esta nueva visión, y es de razón preguntarnos si será posible continuar un proceso indefinidamente, o si esta novedad legislativa pudiera afectar la necesaria seguridad que ha de otorgarse a las situaciones jurídicas, que son sostén de la institución de la cosa juzgada o cómo armonizar esta con los valores *seguridad jurídica* y *justicia* por los que los jueces debemos velar.

Creo que está al alcance del juez cubano desempeñar el rol que se le exige para dar respuesta a estas y otras interrogantes que se sucedan sobre el tema, teniendo la convicción de que, como expresara Néstor A. Cafferatta, en este tipo de proceso ambiental,

el Juez se transforma así en un Pretor sin perder la imparcialidad, deja de ser indiferente en el juego eterno de demandas y respuestas, o pedidos de proveimientos, para adoptar una actitud proactiva, en defensa efectiva del interés general en crisis.¹²

Por lo que el juez ha de abordar estos asuntos –como le viene dado por ley hacer– con la debida racionalidad y sensatez, utilizando todos los medios probatorios en derecho para adoptar las medidas que procedan, empleando con sabiduría la valoración integral de las pruebas, y ordenando de oficio las que estime obligado hacer, cuando así procediere, en conjunción con una cultura de previsión en el ámbito de la duda científica¹³ y las medidas cautelares¹⁴ que se requieran para impedir o mitigar la degradación del ambiente o su agravamiento, con la clara noción de actuar no solo en la reparación del daño, sino, especialmente en evitarlo, teniendo como premisa básica que el alcance de un daño puede ser irreversible, dañar la biodiversidad, y a la especie humana.

Congruente con este criterio, aun cuando la vigente Ley No. 81, de 11 de julio de 1997, del Medio Ambiente, parece limitar la posibilidad de exigir la responsabilidad civil por la vía de la acción

resarcitoria, al atribuir su ejercicio solo a la parte perjudicada en sus derechos o intereses, o a determinadas instituciones en representación del interés social protegido, la nueva normativa procesal –dígase Decreto-Ley No. 241 de 2006– incorporó la llamada acción de cumplimiento, cuyo ejercicio no presupone *ser parte perjudicada*, lo que permite una interpretación más amplia de la legitimación.

Esto es un precedente legislativo coherente en la necesidad de desarrollar un marco legal más anticipativo, preventivo y precautorio.

LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

Estos aparecen regulados de forma expresa en la LPCALE, en la sección octava, que trata acerca de las presunciones, especialmente en el Artículo 352:

Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro proceso, es necesario que, entre el caso resuelto por la Sentencia y aquel en que ésta sea invocada concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

Por consiguiente, en nuestro ordenamiento procesal, existen

tres límites de la cosa juzgada material perfectamente identificados: subjetivos referidos a los sujetos, relativos al objeto o cosa litigiosa y causales que se avienen con la razón o causa de pedir o fundamento de la pretensión deducida.

Límites subjetivos

Para que opere la cosa juzgada, se exige que sean los mismos sujetos que figuran en la litis donde se produjo el fallo y en el nuevo (ulterior) proceso.

De esta manera, la identidad subjetiva entraña la exigencia de una identidad física, es decir, que sean las mismas personas o sujetos y la misma identidad o calidad jurídica entre las partes en uno y otro procesos. Por excepción, la cosa juzgada, en nuestro ordenamiento procesal, opera sin límites subjetivos, de tal manera que,

en cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiese litigado, de conformidad con lo establecido en el Artículo 352 de la LPCALE.

Esa excepcionalidad también es dable para las sentencias relativas a los procesos ambientales, aun cuando expresamente no está contenida en dicho ordenamiento, en tanto por su naturaleza goza de eficacia *erga omnes*,¹⁵ es decir, su

efecto alcanza a todo el mundo, en razón del bien tutelado: interés social.

Tal interpretación no afecta los supuestos que en la práctica se puedan producir sin que exista cosa juzgada sustancial y que, al decir de Eduardo J. Couture, se identifican como

las sentencias que alguna vez la doctrina ha llamado «provisionales» como la de alimentos o litis expensas, o aquellas que dejan a salvo los derechos para un debate posterior, o las llamadas condenas de futuro; o las que fijan una indemnización sobre bases de hecho que luego se modifican, y, en general, todos aquellos casos en los cuales la decisión pone fin al juicio pendiente pero que no obsta a un nuevo debate entre las mismas partes, en razón de un cambio de circunstancias, sólo pueden explicarse adecuadamente partiendo de la distinción entre cosa juzgada formal y sustancial. La primera admite la reanudación del debate y no por eso deja de ser cosa juzgada. La segunda, esa sí, cierra definitivamente toda posibilidad de debate posterior.¹⁶

Obviamente, tal análisis establece la necesaria distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada sustancial o material, lo cual obliga a considerar que las senten-

cias que resuelven procesos colectivos resultan susceptibles de ser valoradas y entendidas con ese prisma —conforme a la aludida distinción—, por su propia naturaleza y su marcada incidencia en el interés social general a proteger.

La formación de la cosa juzgada material (*erga omnes*) no ha de considerarse como un dogma infranqueable, pues el alcance de los daños en este tipo de procesos, y su continuidad, indican la necesidad de visualizar la sentencia plenamente válida, para cuyos efectos pueden ser modificables —por nuevas pruebas que acrediten esa conveniencia, acontecimientos o contingencias que así lo acrediten, a favor de la justeza de la decisión y dados los intereses que protege—, lo cual explica la atinencia del legislador cubano cuando —como se expresó— la sentencia que resuelve un conflicto ambiental se privilegia de la condición de que no causa estado de *cosa juzgada*, y queda «legitimado el perjudicado para ejercitar nuevas acciones reclamatorias por la continuidad de los efectos del daño que hayan dado lugar al mismo».

Estos límites subjetivos están íntimamente ligados a la legitimación y constituyen una cuestión importante, en tanto, antes de que haya proceso y puedan evaluarse los efectos de la cosa juzgada, hay que profundizar en

las vías para garantizar un acceso más amplio a la jurisdicción.

Al respecto, la Ley del Medio Ambiente reconoce la facultad de la Fiscalía General de la República y el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (acción pública) para ejercitar las acciones en representación de intereses sociales, para reclamar la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios, con la previsión, además, de la posibilidad de que la persona directamente afectada accione ante el órgano jurisdiccional.¹⁷

El Decreto-Ley No. 241, en la configuración de la jurisdicción de las salas de lo económico, le confirió a estas el conocimiento de los (...) litigios que surjan con motivo del incumplimiento de las regulaciones del medio ambiente y los recursos naturales, o relacionados con los daños ambientales, resultantes de actividades económicas desarrolladas por personas jurídicas o naturales, cubanas o extranjeras, en el territorio nacional, comprendidas las aguas interiores, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental.¹⁸

En plena concordancia con ello, y dándole un nuevo alcance —y posibilidades de legitimación—, estas salas quedaron, asimismo, facultadas para conocer de

(...) las acciones resarcitorias y de cumplimiento para la preservación del medio ambiente y la protección de los recursos naturales, que se promueven por personas jurídicas o naturales cubanas, o, en su caso, por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, la Fiscalía General de la República o el Ministerio de la Agricultura; este último en materia de Patrimonio Forestal.¹⁹

Este procedimiento amplió las posibilidades de la legitimación, al prever que en

los procesos de lo económico, a instancia de parte, o de oficio por el tribunal, puede ser incorporado un tercero como demandado. Asimismo podrá solicitar su incorporación como actor en el proceso, cualquier persona natural o jurídica que justifique su legitimación,²⁰

lo cual, indudablemente, posibilita la incorporación al proceso de todas aquellas entidades que, de un modo u otro, hayan sido causantes del daño, lo que puede ser usual en este tipo de asunto por su naturaleza y, a su vez, a cuantos sujetos hayan resultado afectados en sus derechos, dado el carácter de los intereses que se protegen.

Límites objetivos

Los límites objetivos de esta figura procesal –en sentido material– se refie-

ren al bien corporal o incorporal que es objeto de la reclamación en el proceso, entendiéndose ambas categorías en la noción del objeto de la litis o cosa litigiosa en sentido amplio, no en cuanto al derecho que se reclama.

La aludida identidad de la causa o razón de la pretensión deducida, identificada también como causa de pedir, está muy relacionada con la identidad misma del objeto, aspecto que puede valorarse de forma integral, sin obviar la casuística.

Estos límites constituyen los supuestos en los cuales, en el proceso tradicional, no ha de discutirse, en un segundo proceso, lo resuelto en el anterior, mientras que los subjetivos, según fueron objeto de análisis, se refieren a las personas que están sujetas a la autoridad de la cosa juzgada, la que en principio solo afecta a quienes intervinieron formal y materialmente en el proceso que, por regla general, no pueden sustraerse a sus efectos.

EFICACIA DE LA COSA JUZGADA

La sentencia, al decir de Eduardo J. Couture,

(...) declara un estado jurídico, limitando a veces sus efectos a la simple afirmación del derecho; en otras oportunidades, a la declaración va unida una condena que procura la restauración de un equilibrio jurídico

perdido; en otras, constituye un estado jurídico nuevo, señalando sus efectos para el futuro. Pero en cualquiera de esos casos el derecho consagrado en la sentencia está llamado a sufrir un proceso posterior, dirigido a determinar su eficacia.²¹

Couture distingue este proceso en tres etapas, las que simplifico, a modo de preámbulo, del análisis de la eficacia de los procesos colectivos: 1.- Promoción de un procedimiento de impugnación (recurso); 2.- Cuando dicho procedimiento se ha agotado, por la desestimación del órgano jurisdiccional o por el transcurso del tiempo sin su interposición (identificable como sentencia consentida), cuando se configura la cosa juzgada; y 3.- La ejecución de dicha sentencia.

Estamos ante una realidad que impone, en esta materia, dejar atrás la etapa individualista procesal, para abrir un espacio con proyección de futuro a la protección jurídica de estos intereses de nuevo tipo, que no habían sido reconocidos en su alcance como lo son ahora en la sociedad civil y que ya están ocupando su lugar en la legislación de los estados, como una necesidad impostergable.

De esta manera, ya han ido conceptualizando estos intereses en determinadas categorías y sin pre-

tender abordarlos en su amplia dimensión y tendencias, con las particularidades de interpretación que ello ha generado en torno a la legitimación, la representación, los efectos de la sentencia y, también, de la cosa juzgada, entre otras derivaciones. Así, al decir de Juan Manuel Hitters,

(...) se adoptaron las categorías de los intereses «difusos», «colectivos» e «individuales homogéneos», pero en ningún caso se ha corrido el riesgo de conferirle a ninguno de ellos rango de acción popular.²²

Para mejor ilustración de estos conceptos, cuya distinción puede presentar dificultades, presento *–in extenso–* la propuesta de Hitters en su ensayo:

Para algunos (...) la categoría de derechos colectivos no tiene utilidad práctica porque dependiendo del caso concreto, la situación puede ser encuadrada bajo el régimen de los derechos difusos o individuales homogéneos. Los derechos colectivos y difusos son ambos supraindividuales e indivisibles y no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible.

Sin embargo, podrían diferenciarse los colectivos de los difusos por el origen de los mismos. En los últimos, quienes reclaman la titularidad del derecho

no están ligados por un vínculo jurídico previo, sino por meras circunstancias fácticas, como por ejemplo, habitar en una misma zona o consumir idénticos productos.

En cambio en los colectivos, los titulares se encuentran unidos por una previa relación jurídica base que mantienen entre ellos o con la contraparte, verbigracia el interés de los estudiantes de una universidad en que se dicten clases regularmente. Los intereses individuales homogéneos son aquellos que siendo particulares, pueden ser tratados procesalmente como colectivos, al existir notas de identidad que justifican su asignación como tales, además de razones prácticas y de conveniencia (y no por su naturaleza ontológica). Paradigmáticamente se puede citar el caso de un daño común resultante de un mismo hecho (accidente aéreo). En esta suposición, la divisibilidad se manifestará luego en el momento de la ejecución o de la liquidación de la sentencia colectiva.²³

Vistas estas precisiones conceptuales realizadas, que tienen incidencia en la legitimación y en la interpretación de la extensión subjetiva de la cosa juzgada, para la protección de los derechos de incidencia colectiva, se requiere compatibilizar la eficacia *erga*

omnes de la sentencia con la garantía de su defensa, y el establecimiento de las excepciones a la extensión de los efectos del fallo.

A una mera mirada de cualquier jurista no entendido en la materia ambiental, pero dotado del conocimiento teórico y práctico del Derecho, pudiera resultarle contradictorio que una sentencia que resuelva un asunto de naturaleza ambiental, de incidencia colectiva, sea considerada, por una parte, de *eficacia erga omnes* y que el legislador, a su vez, calificara que dicha sentencia no causa —en el supuesto de la continuidad del daño— efecto de cosa juzgada.

Ello es posible dado que se impone una interpretación natural y flexible de las normas procesales, las cuales impiden que los cánones tradicionales obstaculicen la efectiva solución de un asunto con el sentido de justicia de proteger esos intereses sociales, pues en la interpretación de la norma debe tenerse en cuenta que el fin del Derecho es la operatividad del derecho sustancial, en el caso, la efectiva tutela colectiva de los derechos.²⁴

Sobre este tema, ya se están adelantando criterios así, acerca de los efectos *erga omnes* de la sentencia estimatoria o de condena en un proceso de esta naturaleza —colectiva ambiental—. En tal sentido, Cafferatta sostiene que (...) la Ley impone los efectos propagadores de la sentencia,

por razones de índole política legislativa, para beneficiar a todos los que se encuentren en la misma situación del supuesto de hecho que dio base al pleito (...), pero los efectos de la cosa juzgada siguen siendo bilateral.²⁵

Y todos estos conceptos, que abogan por una posición abierta, contienen, por así decirlo, una visión de realismo en la aplicación de la Ley del Medio Ambiente, donde no solo ha de limitarse a un enfoque de conservacionistas, sino de desarrollo sostenible. En lo esencial, abogo por la defensa de un derecho íntimamente vinculado al derecho a la salud, calidad de vida, paz, aun cuando nuestras normas legales sean insuficientes y existan limitaciones dentro de la propia legislación ambiental vigente; justamente por ello, las resoluciones judiciales deben constituir una vía para la *creación o modelación* del catálogo de derechos presente en esta materia, y fuente para el cambio en los conceptos, en lo que pueda resultar necesaria, donde los principios precautorios, de prevención, y de solidaridad constituyan, cada vez, fuente de derecho para los operadores jurídicos.

Esto, aún –no obstante todo el conjunto normativo existente en el país– no es realidad, por lo que tal vez sea preciso mover a las instituciones a los efectos de hacer

valer tales derechos, que reclaman una tutela efectiva.

Cualquiera que sea la denominación que se adopte para la acción, nuestra legislación procesal debe ser una puerta abierta al reconocimiento y tutela de estos intereses de incidencia colectiva,²⁶ aun cuando no se encuentren configurados con la necesaria amplitud en nuestro ordenamiento jurídico; ello ha de ser preámbulo y acicate para la profundización y perfeccionamiento en este ámbito.

Se requieren todas las peculiaridades de este tipo de proceso –de incidencia colectiva–, a los efectos de facilitar la actuación del derecho material; siguiendo la propuesta de Mabel de los Santos²⁷ –quien aborda el asunto a través del régimen propuesto por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica–, tener presente, entre otras, las siguientes bases:

–Actuación oficiosa del tribunal en el control de la legitimación y la representación adecuada, en la integración de la litis, la indagación probatoria y en materia cautelar.

–Supremacía de la tutela preventiva para evitar daños o su agravamiento; dando espacio a ese efecto a las medidas cautelares, la tutela anticipada y la medida de restauración –autosatisfactiva– o recomposición, antes de la compensación o reparación monetaria

de los daños o perjuicios ocasionados por la prevalencia que le corresponde como interés social en el marco de las garantías constitucionales.

– Interpretación extensiva y amplia de la demanda, con la flexibilización de la congruencia de las resoluciones judiciales.

– Interpretación abierta y flexible de las normas procesales.

Como se puede apreciar, estas y otras pautas son bases preliminares para la regulación de este proceso especial llamado a tutelar la *justicia ambiental*.

VISIÓN PRÁCTICA SEGÚN EL DECRETO-LEY 241

A modo de ilustración, expongo un caso de la práctica jurisdiccional que puede sugerirnos y poner en evidencia la racionalidad y pertinencia de la *ratio iuris* que soporta el Artículo 829 de la LPCALE, y que es expresión nítida de un empeño materializado de proteger el ambiente, sin obviar la indemnización al perjudicado y proteger, en última instancia, un interés social, de manera concordante con el espíritu de lo previsto en el Artículo 33 del proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.²⁸

Con fecha 6 de junio de 2008, fue dictada por la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Pi-

nar del Río, la Sentencia No. 16, la cual declaró *con lugar* la demanda interpuesta en proceso ordinario, por la Cooperativa de Créditos y Servicios Fortalecida Gilberto Barcón, contra la Empresa Comercializadora de Combustibles de Pinar del Río, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados a su entidad por afectaciones al medio ambiente «del suelo y subsuelo» de las áreas destinadas al cultivo de arroz, por contaminación, al permitir esta última el desborde de sus cisternas de residuos de combustibles, los días primero y 2 de junio de 2007, en lo cual la demandada resultaba reincidente, habiendo sido objeto de otro proceso precedente conocido por la propia sala entre las mismas partes.

Tal supuesto motivó la siguiente fundamentación del tribunal de instancia, la que transcribimos literalmente, a los efectos de su mejor comprensión:

CONSIDERANDO: Que es inobjetable que situación similar entre las partes se ha venido conociendo por esta Sala, en cuanto a la afectación que se le ha causado a las tierras dedicadas al cultivo del arroz del demandante, y que siempre se ha exigido por la instalación de la Planta de Tratamiento de Residuales que en el lugar existía y que por causas imputables a la demandada no se había ejecutado, lo cual fue admitido por esta parte cuando depuso su re-

presentante legal ya que admitió que hubo la afectación de junio del dos mil siete, pero a la vez ratificó con firmeza y certeza que no dejan dudas al Tribunal que cuando la Planta esté funcionando se eliminan los derrames de hidrocarburo que contaminan las tierras del demandante y que tal agua puede ser utilizada en otras actividades y así está previsto su reutilización en la entidad, de lo que se infiere que la solución a la contaminación que se causa a los terrenos del demandante es la instalación de la Planta que poseían desde hace varios años. CONSIDERANDO: Que para el Tribunal ha quedado probada la existencia de la afectación lo cual lo corrobora el dictamen emitido por la Dirección Provincial de Suelo evaluando la afectación ocurrida en la fecha señalada por la demandante y admitida por la demandada, lo que tipifica la existencia de responsabilidad material de la demandada la cual debe resarcir y adoptar las medidas para no incurrir en tales conductas tal y como lo establece el artículo sesenta de la Ley ochenta y uno de Medio Ambiente del año noventa y siete, y por ende debe asumir la afectación causada al patrimonio del demandante al no poder sembrar el área destinada al cultivo del arroz lo que está debidamente acreditado por el documento emitido por Catastro y el acta de tasación y

precio del producto, que justifican el valor pedido por una siembra, lo que debe asumir la misma (...). Ponente: MsC. Carlos Moya Ramírez.

En la propia sentencia, en su parte resolutive –al disponerse una decisión de condena–, se declaró *con lugar* la demanda y se dispuso que la demandada pagara a la demandante una suma dineraria como indemnización por los daños ocasionados.

Como se puede apreciar, en este asunto se constata que el proceso tiene una finalidad que nos interesa a todos: la restauración del suelo, aunque sea en un espacio geográfico determinado, por el suelo mismo y su valor per se, y por el restablecimiento de un cultivo de un producto alimenticio, que ha de mantenerse para el consumo.

De no haber sido incluido el precepto aludido –este daño continuado– por omisión en la actuación de la demandada y no resuelto con motivo de proceso anterior, que fuera desestimado por falta de la documentación probatoria, no solo quizás no habría dado lugar a la indemnización del afectado, sino que especialmente no se hubieran dispuesto medidas impeditivas de la acción contaminante del suelo con miras a su restauración.

Si bien en este asunto no hubo pronunciamiento acerca del cumplimiento de la obligación por el causante del daño, en cuanto a la

ejecución de la planta de tratamiento de residuales, esta pudo ser objeto de especial atención a los efectos de garantizarla, lo cual, aun cuando no estaba expresamente contenida en la pretensión deducida, se encontraba implícita en su actuación. Es esta una situación que debe observarse con una mirada abierta, tratándose de obligaciones de hacer, prever e incorporar las garantías necesarias de dicha ejecución, para asegurar el resultado práctico con su cumplimiento.

Esto podría ser entendido como un anticipo de la interpretación extensiva y amplia de la demanda, que indica la necesidad de una flexibilización de la congruencia atribuible a las resoluciones judiciales, como respuesta a la relevancia del bien jurídico afectado, teniendo en cuenta que, en las acciones de incidencia colectiva, la pretensión y la causa de pedir han de ser interpretadas extensivamente, a fin de proteger los derechos y garantías implícitas de este nuevo derecho, que no solo alcanzan a la protección del interés de la parte afectada en la litis, sino también del interés social.

CONCLUSIONES

—El tratamiento tradicional de la cosa juzgada como instrumento jurídico procesal en determinados supuestos puede obstaculizar el ejercicio de una nueva acción con

base en pruebas de hecho sobrevivientes, asociadas a un mismo evento dañoso, al que se contraiga la sentencia que resuelve un proceso de incidencia colectiva, lo que, en mi opinión, no da respuesta a las exigencias más esenciales del Derecho Ambiental como derecho de marcado interés social.

—Privar del efecto de estado de *cosa juzgada* la sentencia que resuelve un caso en materia ambiental puede constituir un avance dentro del Derecho Procesal cubano, y parece corresponderse mejor con las nuevas realidades y retos que impone un derecho de cuarta generación que exige la protección ambiental con una proyección de sostenibilidad.

—Este criterio flexible, contrariamente a lo que pudiere parecer, debe tender a erigirse en una garantía para el acceso a la justicia y la protección de estos intereses de nuevo tipo: intereses de incidencia colectiva.

—La posibilidad de abrir un espacio al conocimiento de un asunto, con independencia de la preexistencia de un proceso anterior sobre la misma cuestión, no hace otra cosa que permitir la evaluación de la continuidad del daño, la valoración de las circunstancias, a la luz de un nuevo contenido probatorio, y en especial la defensa del interés implícito comprometido en la tutela original■

«Soñar con cosas imposibles se llama utopía; luchar por objetivos no sólo alcanzables, sino imprescindibles para la supervivencia de la especie, se llama realismo.»

Fidel Castro Ruz

NOTAS

¹ Esta concepción de desarrollo sostenible constituye un principio básico para el desarrollo de nuestros pueblos. Así, la Declaración de Estocolmo de 1972, en sus principios 3 y 4, establecía que «el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección al medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada». La Declaración de Johannesburgo de 2002 reafirmó este compromiso. Congruente con tal principio, el Artículo 27 de la Constitución de la República postula que «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 la naturaleza». Y consecuente con tal postulado, el Artículo 1 de la Ley No. 81, de once de julio de 1997, expresa que esta «(...) tiene como objeto establecer los principios que rigen la política ambiental y las normas básicas para regular la gestión ambiental del Estado y las acciones de los ciudadanos y la sociedad en general, a fin de proteger el medio ambiente y contribuir a alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible del país».

² Néstor A. Cafferatta: «Derecho ambiental, procesos colectivos ambientales y la ciudad de La Plata». El autor —adop-

tando las enseñanzas de Augusto M. Morello— identifica el Derecho Ambiental como de 4.^a generación «porque no sólo debe satisfacer las necesidades de las generaciones actuales, sino también de las generaciones futuras. A partir de la Reforma de la CN 1994, artículo 41, ha nacido, al decir de Ricardo L. Lorenzetti, un nuevo sujeto de derecho tutelado: Las Generaciones futuras».

³ *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 33, de 27 de septiembre de 2006.

⁴ Rafael Grillo Longoria: *Derecho Procesal Civil I*, p. 70.

⁵ Juan Montero Aroca: «La Cosa Juzgada: conceptos generales» (ponencia), pp. 67-109.

⁶ Montero Aroca: «Acciones judiciales en materia de medio ambiente en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil», p. 7. Para este autor, lo característico de los intereses colectivos es que corresponden a una serie de personas, más o menos numerosa, determinadas o no, o que no son absolutamente indeterminables, entre las cuales puede existir un vínculo jurídico (pertenecen a un colegio profesional, son trabajadores del metal). También se habla de interés colectivo cuando, aunque no existe entre las personas afectadas un vínculo jurídico, es manifiesta su afectación por el mismo hecho dañoso, de modo que puede determinarse a los afectados.

⁷ *Ibid.*, p. 8. Distingue el interés difuso de los intereses colectivos, al expresar que «estos otros intereses se caracterizan especialmente porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, sin perjuicio de que no exista entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación a todas ellas deriva sólo de razones de

hecho contingentes (como ser posibles consumidores de un mismo producto, vivir en un mismo lugar, ser destinatarios de una campaña de publicidad). Tiene que quedar claro así que el interés difuso no es el que puede centrarse en una categoría o profesión, respecto de la que existe una persona jurídica que asume, porque así lo dispone la ley, la defensa del interés colectivo; el interés difuso supone especialmente que no es posible identificar a las personas físicas implicadas y, por consiguiente, que no existe un ente, sea o no persona jurídica, que pueda afirmar que agrupa a todas aquellas personas físicas, ni que tiene la 'representación institucional' confiada por la ley».

⁸ La LPCALE consagra el proceso extraordinario de revisión, que permite revisar la sentencia firme con valor de cosa juzgada por causales expresamente previstas, lo cual es uno de los supuestos regulados en la ley que extingue los efectos de la cosa juzgada.

⁹ Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), Artículo 642.

¹⁰ Grillo Longoria: *Ob. cit.*, p. 75. Al respecto, abunda: «Si el proceso se falla por una cuestión de forma, sin resolverse el planteamiento de derecho material, nos encontramos ante una tramitación que deja viva la litis y, por consiguiente, la posibilidad jurídica de abrir un nuevo proceso», y añade: «(...) la cosa juzgada material exige como requisito o condición la denominada cosa juzgada en sentido formal».

¹¹ *Ibid.*, p. 74.

¹² Cafferatta: *Ob. cit.*

¹³ La relevancia del principio precautorio, ante la duda científica, obliga a adoptar las medidas que procedan para evitar o mitigar el daño ambiental o su agravamiento, trabajando sobre la base de la incertidumbre.

¹⁴ El mencionado Decreto-Ley No. 241 establece un régimen de medidas cautelares asegurativas que pueden ser solicitadas antes, al momento de interponer la demanda; o con posterioridad a ella —en cualquier fase del proceso (Artículo 801)—, lo cual supera determinadas limitaciones que afectaban la normativa cubana en materia cautelar, y dota a esta de un amplio espectro de medidas precautorias, a saber: embargo preventivo de bienes, secuestro de bienes en litigio, anotación preventiva en registro público, depósito temporal de bienes, aseguramiento de medios probatorios, suspensión o abstención de actividad o conducta determinada, y cualquiera otra orientada a garantizar la eficacia del proceso (medida cautelar innominada), lo cual está previsto en el Artículo 803, incisos del a) al g) de la citada norma.

¹⁵ El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en su Sección II. Eficacia (Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos), Artículo 194, establece: «La Sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 53) tendrá eficacia 'erga omnes', salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso por otro legitimado.»

¹⁶ Eduardo J. Couture: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 260.

¹⁷ Ley No. 81, de 1977, «Del Medio Ambiente», Artículo 71.

¹⁸ Decreto-Ley No. 241 de 2006, Artículo 741.

¹⁹ Narciso Cobo Roura: «El acceso a la Justicia Ambiental en Cuba: una visión retrospectiva», refiriéndose al contenido del Artículo 741 de la LPCALE.

²⁰ Decreto-Ley No. 241 de 2006, Artículo 753.

²¹ Eduardo J. Couture: *Ob. cit.*, p. 195.

²² Juan Manuel Hitters: *Algunas cuestiones procesales sustanciales que repercuten en los llamados procesos colectivos*, p. 3.

²³ *Ibid.*, pp. 3-4.

²⁴ Mabel de los Santos: «Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos», p. 17. Para esta autora, «(...) en materia de derechos colectivos el principio general es la eficacia 'erga omnes' del fallo. Tal como expresa con gran claridad Gidi: 'una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo', de modo que la sentencia debe tener efectos 'ultra partes'. La eficacia 'erga omnes' de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento en la acción colectiva.

»Ahora bien, para compatibilizar la eficacia 'erga omnes' de la sentencia con la garantía de la defensa, los sistemas que regulan las acciones colectivas establecen excepciones a la extensión de los efectos personales del fallo.

»Analizaremos tales excepciones distinguiendo el caso de la cosa juzgada activa (que se extiende a los miembros ausentes del grupo actor), de la cosa juzgada pasiva (vale decir, la que se extiende a los miembros ausentes del grupo demandado), y dentro de cada una, los límites a la extensión subjetiva de la cosa juzgada para los intereses o derechos difusos y, por otro lado, para el caso de los intereses o derechos individuales homogéneos. La distinción entre cosa

juzgada activa y pasiva ha sido tomada del modelo norteamericano e importa dejar sin efecto el principio del 'civil law' de que el cambio de posición no altera el efecto de la cosa juzgada.»

²⁵ Néstor A. Cafferatta: *Ob. cit.*, p. 4.

²⁶ El reconocimiento de estos intereses consta en el Artículo 27 del texto constitucional como un deber general; y el Artículo 4 de la Ley del Medio Ambiente prevé un reconocimiento al derecho a un medio ambiente sano, todo lo cual es congruente con el Principio 10 de la Declaración de Río, por el cual «los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes».

²⁷ Mabel de los Santos: «Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos» (ponencia presentada para el XXIII Congreso Argentino de Derecho Procesal, Mendoza, 2005), pp.11-20.

²⁸ Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Artículo 33. «Cosa Juzgada. En las acciones colectivas de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba»■

BIBLIOGRAFÍA

Cafferatta, Néstor A.: «Derecho ambiental, procesos colectivos ambientales y la ciudad de la Plata», en www.calp.org.ar/producciones/Ambylp.pdf.

Cánovas González, Daimar: «Responsabilidad civil y licencia ambiental, instrumentos al servicio del desarrollo sostenible», en *Revista Electrónica de la Agencia de Medio Ambiente*, año

- 6, no. 11, Instituto de Geografía Tropical, 2006.
- Cobo Roura, Narciso: «El acceso a la Justicia Ambiental en Cuba: una visión retrospectiva», Taller de Ciudadanía Ambiental PNUMA-GET-Parlatino, La Habana, 8 y 9 de octubre de 2007.
- Couture, Eduardo J.: «Fundamentos del Derecho Procesal Civil», Buenos Aires, 1942.
- De los Santos, Mabel: «Algunas Pautas para la Regulación Normativa de los Procesos Colectivos», ponencia presentada en el XXIII Congreso Argentino de Derecho Procesal, Mendoza, 2005.
- Grillo Longoria, Rafael: *Derecho Procesal Civil I*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Hitters, Juan Manuel: *Algunas cuestiones procesales y sustanciales que repercuten en los llamados procesos colectivos*, La Plata, junio de 2005.
- Montero Aroca, Juan: «Acciones Judiciales en materia de Medio Ambiente en el marco de la Ley de enjuiciamiento civil», en www.ces.gva.es.
- : «La Cosa Juzgada: Conceptos generales» (ponencia).

Legislación

- «Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y 2002», en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 3, de 31 de enero de 2003.
- Ley No. 81, de 11 de julio de 1997, «Del Medio Ambiente», en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 7.
- Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, agosto de 2004.
- Decreto-Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006, modificativo de la Ley No. 7, «De Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral», en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 33, de 27 de septiembre de 2006.

NI MUY MUY NI TAN TAN: EL INTÉRPRETE JUDICIAL EN CUBA

M.Sc. Narciso A. Cobo Roura
presidente de la Sala de lo Económico, TSP

«(...) todo el mundo tiene derecho a ser juzgado en una lengua que le sea comprensible y pueda hablar, o a obtener gratuitamente un intérprete».

Declaración Universal de Derechos Lingüísticos, UNESCO, Barcelona, 1996

«Los escitas, cuando se llegan a estos pueblos para tratar de sus asuntos, se sirven de siete lenguas y de siete intérpretes.»

Herodoto, Historia, Libro IV, Melpómene

HE querido hacer preceder esta intervención de una breve referencia a la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos y de una cita a Herodoto, aquel historiador griego, cuya vocación de universalidad solo sería parangonable hoy, quizás, a nuestra inquietud por conocer —y hacernos conocer— de otras civilizaciones en el espacio interestelar. Esto, no porque sea un estudioso de las lenguas o de la historia —que no lo soy— ni porque pretenda aquí y ahora incursionar en campos del conocimiento humano que se dice —y yo lo creo— que hacen cautivos a quienes, curiosos o ingenuos, se dejan tentar por el logro de su trama inagotable. Ya eso lo sabrán los presentes mejor que yo. Las razones son otras.

Pienso que cualesquiera que sean los merecimientos de la obra

herodotea, esta no hubiera alcanzado a ser lo que es, ni lo fuera, sin la labor anónima (no pudiera decir muda) de los intérpretes que le sirvieron de ojos y oídos para satisfacer su insaciable curiosidad. Desconocedor, por fuerza, de semejante diversidad de lenguas y dialectos, halló en los intérpretes —a quienes no dejó de mencionar en su obra— ese indispensable interlocutor que le introdujo en las entretelas de aquellas sociedades, cuyos enclaves y costumbres luego nos legó como telón de fondo a la trama histórica.

De igual modo, no creo, tomando por base esta misma afirmación, que la cultura universal que nos ha sido legada, hubiera sido lo que hoy es, sin la labor de traductores e intérpretes. Pienso que esa cultura no tendría esa universalidad si no es, en buena medida,

por la labor, a la vez de empalme y creación, de unos y otros. «Traducir es transpensar», decía Martí.¹

En los actuales nuevos escenarios, en los que las denominadas *transacciones culturales* se ven favorecidas, superadas las dificultades de la geografía con sus envejecidas fronteras y horizontes, y atenuadas las «resistencias activas a las interacciones con el Otro», como las llama Arjun Appadurai,² esto se hace aun más evidente.

Y en ese nuevo contexto —y esa es la razón de mi referencia introductoria a la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos, adoptada en 1996—, este documento, de vocación ecuménica y anticipatorio de un creciente reclamo al respeto por la multiculturalidad, a lo largo de todo su articulado, identifica como sujeto de estos derechos a lo que define como *comunidad lingüística*; con solo dos excepciones: los artículos que se refieren al acceso al conocimiento mismo del propio idioma (Artículo 13)³ y al acceso a la justicia (Artículo 20).⁴ En ambos, el sujeto reza: «todo el mundo».

Es comprensible la distinción, como es clara la significación que confiere dicha Declaración a la intervención del intérprete en este último caso: «(...) todo el mundo tiene derecho a ser juzgado en una lengua que le sea comprensible y

pueda hablar, o a obtener gratuitamente un intérprete.» La justicia no puede alcanzar sus posibilidades de realización en muchos casos sin la activa intervención de este intérprete judicial. Es de este que me propongo hablar.

(I)

En un artículo de reciente publicación en Cuba,⁵ se aludía a una experiencia llevada a cabo por los organizadores de la Expo Mundial de Hannover, en el año 2000, quienes convocaron a escritores de todos los países a traducir el poema *Anna Blume* a sus respectivas lenguas. De ello, resultaron 154 versiones de un solo poema, procedentes de 137 países, las que fueron publicadas en un mismo texto, evidenciando la riqueza idiomática y la creatividad que encierra la labor de todo traductor. Solo en español se presentaron 12 versiones diferentes. Esta es una situación que sería impensable en el campo de la administración de justicia. Sin embargo, el riesgo de que se dé, existe. De ahí, la importancia que en tal sentido reviste la función del intérprete judicial.

Contrariamente a ello, correspondería, quizás, a este refrenar su imaginación y apegarse lo más estrictamente posible al discurso hablado, y, más que trasladar, re-

producir en ambas direcciones un pensamiento que debe quedar —además de claramente expuesto— asociado y fijado por el tribunal a un sistema normativo dado a fin de servir de asidero y fundamento a su decisión. Aquí, quizás, en oposición a la frase latina inscrita en uno de los edificios de la colina universitaria —«las palabras vuelan, los hechos quedan»—, habría que invertir los términos del aforismo latino: los hechos pasan, solo la palabra queda. «La palabra —decía uno de los más importantes cultivadores de nuestra lengua, don Raimundo Lazo— es el hecho por excelencia, un gran hecho lleno de vida, cargado de significación.»

Es real que, a diferencia de otros países, en Cuba solo existe un idioma oficial,⁶ el español,⁷ y que, aunque de formación multirracial,⁸ en Cuba no existen verdaderas minorías étnicas⁹ que requieran de un espacio para la utilización de su lengua. Por otra parte, tampoco es Cuba, en la actualidad, un país marcado por la inmigración, como lo fuera a principios del siglo pasado,¹⁰ luego del impacto demográfico de la guerra de independencia,¹¹ no obstante la indudable multiplicidad de componentes en nuestro *ethnos*; principalmente hispánico, africano, chino y antillano, sin dejar de estar presentes árabes, sirios, turcos, libaneses, palestinos, hebreos y japoneses, entre otros.¹²

Pero es lo cierto que, asociado a su desarrollo económico en los últimos años, Cuba ha permanecido abierta al turismo y a la inversión extranjera, dos cauces que suponen una creciente presencia extranjera en nuestra cotidianidad, lo que de algún modo puede justificar algunas preocupaciones en cuanto a la tutela efectiva de los derechos del ciudadano extranjero —desconocedor de nuestro idioma— ante los tribunales cubanos y del papel que en ello pudiera desempeñar el intérprete judicial.

(II)

Inversionista, turista, hombre de negocio, el extranjero, resultado de múltiples relaciones —y razones— puede hallarse en la necesidad de acudir —o verse llevado— ante un tribunal cubano, sin contar con conocimiento del idioma en el que van a tener lugar las actuaciones, lo que puede dar lugar a cierta «incomunicación» de este con el órgano juzgador durante el proceso.

La llamada condición de extranjero, más allá del aspecto propiamente migratorio, que tiene por cometido resolver sobre los términos de su admisión al país, o no, supone, en lo fundamental, un tratamiento sobre pie de igualdad con el nacional. Este mismo principio es el que, en el caso de las perso-

nas jurídicas, y en particular de la inversión extranjera, se designa como el principio de *trato nacional*, en virtud del cual el inversor debe ser colocado en un plano de igualdad con el nacional para el desarrollo de sus actividades económicas.

La capacidad de la persona –natural o jurídica– para ser sujeto en el ámbito del ordenamiento jurídico cubano vendrá siempre determinada por la ley del país del cual el extranjero es nacional. En este sentido, tiene lo que se conoce como su «ley personal», la que en su país de origen le reconoce como persona y le confiere determinada capacidad para ser sujeto de relaciones jurídicas.

Hay, en cambio, leyes que tienen otra razón para obligarlo en el país en que se encuentre. «Se prueba –sostenía Francisco de Vittoria, padre del Derecho de Gentes o Internacional, cinco siglos atrás– porque cuando andas de viaje –decía– no te vales de tus propias leyes ni estás obligado a cumplirlas.»¹³ Este no es el caso de las llamadas leyes de orden público, que sí alcanzan y obligan por igual a nacionales o extranjeros, como son las leyes penales o para constituir y operar sociedades mercantiles, o realizar transacciones o para contraer matrimonio o adoptar un menor. Conozca la ley, o no, esta rige imperativamente tanto para el extranjero como para el nacional. Co-

nozca aquel el idioma del país, o no.¹⁴ De ahí, también, la importancia de la publicación de las leyes, que da lugar a la exigibilidad de su observancia y sustentación al conocido principio de que «el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento», que igual alcanza al extranjero y al nacional.

Es esta sujeción al ordenamiento interno cubano la que puede conducir al extranjero ante los tribunales cubanos. Y es natural, entonces, que, de cara a tal exigencia, nos preguntemos cuáles son las previsiones contenidas en este para dicha eventualidad, y cuán satisfactoria o insuficiente pudiera ser su respuesta.

(III)

El carácter oficial de un idioma es consecuencia natural de un proceso de formación de la nacionalidad; pero, a su vez, establecido como tal, tiene un doble efecto: uno positivo, imponiendo a todas las instituciones del Estado la obligación de desarrollar su actividad oficial en este idioma y producir en él toda la documentación resultado de dicha actividad; y, en sentido contrario, tiene, como efecto negativo, prohibir que cualquier instancia, solicitud, requerimiento, dirigido por un particular a los órganos estatales, se produzca en un idioma diferente. Este es el caso de los tribunales.¹⁵ Pero esta

exigencia se contrae a la presentación de documentos. Otra cosa es, sin embargo, cuando se trata de prestar declaración —*viva voce*— en los marcos del proceso mismo.

Para ello, tanto el ordenamiento procesal civil y laboral, como el penal, contemplan expresamente la posibilidad de que el extranjero, testigo¹⁶ o parte acusada en el proceso,¹⁷ de ser desconocedor del idioma español, pueda declarar mediante intérprete; fijándose, además, para ello la regla de recoger y hacer constar tanto la declaración en su idioma como su traducción, como garantía a la actuación judicial.

Es la falta de conocimiento del idioma del ciudadano extranjero la que hace obligada, más que necesaria, la intervención de un intérprete en el proceso judicial. Será este el encargado de asistir al extranjero en todas las actuaciones que tendrán lugar durante el proceso. Puede ser que tenga solo conocimientos del idioma o contar, adicionalmente, con una determinada preparación en Derecho. Solo en el último caso, en rigor, se habla propiamente de intérprete judicial.

Es en este espacio que la intervención del intérprete judicial puede contribuir de manera decisiva a hacer efectivas las principales garantías reconocidas en el orden judicial cubano: igualdad ante la ley, sujeción del tribunal a esta, derecho a la defensa, presunción de

inocencia, punibilidad del hecho, actuación en nombre del pueblo de Cuba, colegiación, publicidad y gratuidad, que rigen para el funcionamiento de los tribunales¹⁸ y encuentran expresión y tutela en los principales ordenamientos procesales cubanos.

No es posible representarse que los expresados principios puedan ser efectivamente garantizados —en esta y en cualquier otra latitud— en el caso de un proceso en el que la parte sea desconocedora del idioma oficial, y no alcance a contar con la necesaria asistencia en el idioma. Para ello, se hace indispensable la intervención del intérprete judicial. De ahí, el espacio que le reserva a este la normativa procesal cubana. Pero no basta.

(IV)

Una primera dificultad por resolver, entonces, sería —según parece— contar con las personas con el necesario dominio de la lengua del país del que es nacional el extranjero, y que puedan —consecuentemente— asistir a este en su actuación ante el tribunal. Estas, en el caso de Cuba, se tienen. Se cuenta con la institución especializada en prestar tales servicios con carácter oficial.¹⁹ Otra cosa es que, circunstancialmente, puedan enfrentarse limitaciones con

su disponibilidad, a pesar de contar con un flujo sostenido de egresados universitarios preparados en lenguas extranjeras, debido a cargas de trabajo o tareas apremiantes que suponen prioridad.

Una segunda dificultad—y mayor, a mi juicio— es que el intérprete alcance a contar con el tipo de conocimiento especializado que pueda requerir su desempeño ante las estructuras judiciales. Estas tienen una forma particular de «codificación» del lenguaje que pauta las exigencias comunicativas que debe satisfacer quien sea llamado a cumplir tal función. Y este, quizás, sea el punto flaco al que debamos apuntar.

Dicho conocimiento no parece superfluo, en modo alguno. En Derecho, la traducción de temas legales suele ser compleja y siempre corre el riesgo de ser insatisfactoria una traducción realizada por alguien que, aunque excelentemente preparado en el conocimiento del idioma, carece de los elementos indispensables para identificar la institución o el término legal adecuado. Aquí, no se trata de aproximación o equivalencia: el término cuenta. La ausencia de este conocimiento, por otra parte, no deja de introducir cierta inseguridad en el proceso, por cuanto puede afectar tanto el conocimiento del tribunal como restarle efectividad a la labor de la defensa o a la declaración que preste la propia parte extranjera.

Aun cuando no es infrecuente que algunos de los miembros de los órganos juzgadores tengan un conocimiento —y aun verdadero dominio de un segundo o tercer idioma—, ello no deja de formar parte del llamado «conocimiento privado del juez», del cual no podrá hacer verdadero uso, ni en el supuesto de diferir de la versión del intérprete judicial, sin correr el riesgo de apartarse de los principios que rigen el proceso.

En el sentido expresado, en mi opinión, cabría plantearse la conveniencia —yo diría más bien la necesidad— de dar los pasos necesarios para examinar y fijar los criterios de selección y habilitación de estos intérpretes judiciales. Ello impondría trabajar, con toda inmediatez, en el sistema de conocimientos inherentes a la actuación de los tribunales, con vistas a asegurar que este espacio legal —aledaño y previo al cual hay otros no menos importantes, como resultan ser los de la trama investigativa a cargo de la Fiscalía General— cuente con la asistencia de un intérprete verdaderamente calificado para el desempeño de su función, de forma tal que pueda contribuir a la seguridad y transparencia del proceso y a una tutela más efectiva de los derechos de la persona a la que preste asistencia.

En ello, corresponde un papel muy importante, pienso, al propio sistema judicial, muy especialmente a la Escuela de Formación

Judicial, espacio en el que pudieran conjugarse los requerimientos de formación y superación de los intérpretes judiciales, con las posibilidades de adiestramiento en la propia práctica jurisdiccional.

En esa propia dirección, sería conveniente evaluar el interés de contar con una normativa de carácter deontológico, como suelen ser los códigos de ética profesional, a fin de pautar, con la claridad necesaria, los principios que deben orientar la conducta de todo intérprete judicial en su actuación ante los tribunales. Es en este marco donde ha de quedar claramente estatuida la elevada responsabilidad que asume con su función el intérprete judicial.

Y unido a ello, no debe quedar fuera de la visual, la necesidad de hacer corresponder con todas estas exigencias su sistema de retribución. Estemos hablando tanto de traductores e intérpretes que realicen su labor desde una institución oficial o cual parte de las propias estructuras judiciales –aspecto que, quizás, algún día, seguramente, será objeto de examen–, como de quienes, de manera independiente, pudieran estar autorizados y habilitados para intervenir ante los tribunales, la forma de retribuir su labor debe ser acorde con la incuestionable responsabilidad que contraen en el desempeño de su función.

(V)

Lo dicho solo es reiterativo de una clara comprensión actual de las estructuras judiciales cubanas acerca de la especial significación que tiene asegurar la intervención del intérprete judicial en los procesos, en los que la presencia de una persona con desconocimiento o conocimiento insuficiente del idioma oficial, en el que es obligado administrar la justicia, pueda asistir a esta y contribuir a la tutela más efectiva de las garantías que le reconoce el ordenamiento procesal cubano, y asegure, de este modo, el Debido proceso y la realización más plena de la justicia, como valor que debe guiar toda actuación judicial.

Importa, entonces, que nos adelantemos a preparar al intérprete para el más cabal desempeño de su función en el ámbito judicial. Su preparación, en este sentido, tributa directamente a la calidad de la justicia, e incumbe, por ello, a las propias estructuras judiciales contribuir de una manera efectiva, sistemática y sostenida, a su formación y superación profesional. En el modelo de justicia cubano, la labor del intérprete judicial debe tener su lugar.

Y no es esto algo que podamos demorar, porque –acudiendo al refranero popular, ese espacio en el que, a veces, se torna más ardua y compleja la labor del intérprete o traductor, y que reclama

de este tanta creatividad como imaginación para hallar la frase equivalente— pudiera sucedernos aquello de que «tan tarde llegó el sombrero que ya no encontró cabeza». Y, ciertamente, no fuera bue-

no que eso nos llegara a pasar, porque, como bien dice aquel otro refrán de nuestro ancestro negro, «cuando lo relámpago lumbrá, lo rayo tá caminando...».

NOTAS

¹ Ramiro Valdés Galárraga: *Diccionario del Pensamiento Martiano*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2002, p. 655.

² Arjun Appadurai: «Disyunción y diferencia en la economía cultural global», en *Criterios*, no. 33, La Habana, 2002, pp. 13-41.

³ Artículo 13.1.- «Todo el mundo tiene derecho a acceder al conocimiento de la lengua propia de la comunidad donde reside.»

⁴ Artículo 20.1.- «Todo el mundo tiene derecho a usar de palabra y por escrito, en los tribunales de justicia, la lengua históricamente hablada en el territorio donde están ubicados. Los tribunales deben utilizar la lengua propia del territorio en sus actuaciones internas y, si por razón de la organización judicial del estado, el procedimiento se sigue fuera del lugar de origen, hay que mantener la lengua de origen.» 2.- «Con todo, todo el mundo tiene derecho a ser juzgado en una lengua que le sea comprensible y pueda hablar o a obtener gratuitamente un intérprete.»

⁵ Olga Elena Sánchez Guevara: «La traducción posible», en *Revista de la Biblioteca Nacional José Martí*, año 97, no. 1-2, enero-junio de 2006, pp. 146-152.

⁶ Constitución de la República, Artículo 2. «El nombre del Estado cubano es República de Cuba, el idioma oficial es el español y su capital es la ciudad de La Habana.» Asimismo, anteriormente, lo establecía la Ley Fundamental de 1959 en el Artículo 6.

⁷ «(...) que sirve de vehículo de cultura al mayor número de naciones soberanas que jamás han visto los siglos vinculadas en un solo haz, fuera de toda idea de comunidad política, y sólo en su afán de progreso y de mejoramiento común para servir a la humanidad entera». (Esteban Rodríguez Herrera: «Nuestro lenguaje criollo», en *Antología de Lingüística Cubana*, t. 2, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, p. 245.)

⁸ «Pocas veces en el transcurso de la historia de los pueblos, habrá podido observarse una nacionalidad formada por elementos tan diversos y tan heterogéneos, como en definitiva son los que han venido a fundirse en la nacionalidad cubana.» (Fernando Ortiz: «La solidaridad patriótica», en *Entre Cubanos*; Psicología tropical, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1987, p. 119.)

⁹ «Cuba no posee minorías étnicas, sino tantos grupos étnicos o representantes particulares de otros etnos, como conjuntos de residentes permanentes viven en el país, en forma de pequeñas comunidades y que por separado no alcanzan actualmente el 1% de toda la población.» (Jesús Guanche: *El etnos-nación cubano*, Ediciones Unión, La Habana, 1996.)

¹⁰ En el primer tercio de siglo, llegó a registrarse el ingreso al país de 1 200 000 inmigrantes, con un crecimiento demográfico del 166%. (Juan Pérez de la Riva: «Población y Desarrollo», en *El Barracón y otros ensayos*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975, p. 249.)

¹¹ «Pérdida que es necesario evaluar para poder comprender la importancia que tuvo la inmigración.» (Juan Pérez de la Riva: «La población de Cuba, la Guerra de independencia y la Inmigración del Siglo XX», en *El Barracón y otros ensayos*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975.) Ver, además, Fe Iglesias García: «El costo demográfico de la guerra de independencia», en *Debates Americanos*, no. 4, julio-diciembre de 1997, pp. 67-76.

¹² Para más información sobre la diversidad de corrientes migratorias de peninsulares y canarios, antillana, china, árabe y judía, ver artículos publicados en la revista *Debates Americanos*, no. 12, enero-diciembre de 2002, La Habana, pp. 34-99.

¹³ «Se plantea la cuestión acerca de si están obligados por nuestra leyes los que son de otro reino y vienen al nuestro. Se responde que sin lugar a dudas los huéspedes están obligados, porque el rey puede dar leyes para los huéspedes: porque si a los franceses les fuere lícito vivir en España a su antojo, la república no tendría un gobierno cómodo aun siendo perfecto y no necesitaría sino de sus propias leyes. Se prueba porque cuando andas de viaje no te vales de tus propias leyes ni estás obligado a cumplirlas.» (Francisco de Vittoria: *La Ley*; curso escolar 1533-1534, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 47-48.)

¹⁴ «El cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable de todos.» (Artículo 66 de la Constitución de la República.)

¹⁵ Ley No. 7 de 1977, «De Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico», Artículo 107.- «Los escritos que se presentan en los tribunales estarán redactados en idioma español.» Y, en el caso de documentos otorgados en otras naciones, redactados en idioma extranjero, en el Artículo 290, se establece la obligación de acompañar la traducción al

español «(...) y si esta se impugnare, se hará traducir oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por peritos en el idioma utilizado».

¹⁶ Ley No. 7 de 1977, Artículo 277.- El confesante que no entiende o no hable español declarará por medio de intérprete, por conducto de quien se le harán las preguntas y se recibirán las respuestas. Para dictar la declaración y las respuestas que dé, en este caso se consignarán en el idioma del que declare y traducirán a continuación al español. Esto alcanza por igual a extranjeros y a sordomudos, Artículo 339.

¹⁷ Ley No. 5 de 1977, «De Procedimiento Penal», Artículo 164.- «Si el acusado no sabe el idioma español o es sordomudo o analfabeto, se observará la regulación que se establece para prestar declaración testifical por medio de intérprete.» Igual se procederá en el caso de los testigos: Artículo 192.- «El testigo que no entienda o que no hable el idioma español prestará declaración mediante intérprete, por conducto de quien se le harán las preguntas y recibirán las respuestas. Podrá dictar la declaración y las respuestas que dé. En este caso, se consignarán en el idioma del testigo y traducirán a continuación al español.»

¹⁸ Ley No. 82, «De los Tribunales Populares», de 11 de julio de 1997, en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 8, de 14 de julio de 1997, La Habana.

¹⁹ La Empresa de Servicios de Traductores e Intérpretes (ESTI), perteneciente a la Secretaría del Consejo de Estado, junto a los servicios que presta a la traducción documentaria a los órganos superiores del Estado y del Gobierno, y en particular al Ministerio de Relaciones Exteriores, atiende las solicitudes de los tribunales cubanos para los servicios de interpretación judicial.

INVESTIDA COMO PRESIDENTA DE LA SALA DE LO LABORAL

Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la legislación vigente, el Código de Ética Judicial, y ejercer las funciones de dirección confiadas con modestia, rigor, sencillez y prudencia fue el compromiso de la Esp. Vivian Aguilar Pascaud, al tomar posesión de su cargo como presidenta de la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular.

El acto de juramento tuvo lugar en horas de la tarde del 8 de junio, en acto solemne presidido por el Lic. Rubén Remigio Ferro, presidente del máximo órgano judicial del país, en presencia de jueces profesionales y cuadros de dirección de la institución □

Felicitación y reconocimiento

El Día del Bibliotecario (7 de junio) fue celebrado en el Centro Nacional de Documentación e Información Judicial (CENDIJ), como reconocimiento al trabajo realizado por todas sus trabajadoras para elevar la calidad de los servicios.

Se destacó la presentación del *Microtesauro de Derecho Penal General*, elaborado por la Lic. Gisela de la Caridad Docampo Alba. Se trata de una herramienta destinada a sistematizar la indización y a recuperar la información en esa materia; funciona como mecanismo de control terminológico. Fue procesado a partir de un listado de términos realizado por dos penalistas: la Esp. Marilys Fuentes Águila y el Lic. Yanier Senén Roque Rodríguez. El documento es el primero de su tipo en el país, y marca el inicio de un proyecto que debe concluir con la elaboración del primer tesauruso jurídico cubano.

El CENDIJ forma parte de la Dirección de Formación y Desarrollo del TSP y cuenta con un grupo de especialistas que han desarrollado varias bases de datos que le permiten ofrecer, además de los servicios tradicionales, otros de valor añadido, como la diseminación selectiva de la información y las búsquedas especializadas.

Este centro tiene a su cargo, igualmente, la atención y el control del trabajo de las unidades de información de los tribunales provinciales, las cuales prestan servicio, fundamentalmente, a los jueces de municipios y provincias.

La revista *Justicia y Derecho* se suma al merecido reconocimiento y ofrece al colectivo del centro nuestra más alta consideración y afecto por el empeño diario, el cual coadyuva a la preparación oportuna y sistemática de los operadores del Derecho □

Fructífera visita de trabajo

Una cordial bienvenida al Excelentísimo Ministro César Asfor Rocha, presidente del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, y a la delegación encabezada por él, ofreció el Lic. Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular, en la sede de esta institución, en la mañana del 11 de marzo.

El anfitrión ilustró a los presentes acerca de la historia de nuestras proezas independentistas, entre las que resaltó a José Martí y su especial influjo en la formación revolucionaria del líder cubano Fidel Castro, cuyo alegato de defensa conocido como *La Historia me absolverá* destacó por su importancia histórica, jurídica y social.

Entre otros aspectos, también explicó los antecedentes y el procedimiento judicial amañado contra los Cinco héroes; elementos importantes del sistema judicial cubano, su semejanza con la estructura española, y sus particularidades, conforme a las circunstancias políticas y económicas de nuestro país; el funcionamiento del Consejo de Gobierno de este órgano supremo; y lo referente al proceso de selección, elección, promoción

y participación de los jueces leigos en la actividad jurisdiccional.

El visitante resumió aspectos propios del sistema judicial brasileño y la semejanza entre ambos procedimientos y explicó el Proyecto de Justicia Virtual que se implementa en ese país, con el que se ha logrado mayor agilidad y transparencia en el proceso, y un impacto social y económico favorable, además con una formidable disminución en el presupuesto.

Con profundo interés, trasladó su intención de cooperar en la aplicación de dicho proyecto y expresó sentirse satisfecho y agradecido por la atención recibida.

Como parte de la visita oficial, ambos presidentes firmaron un Protocolo de cooperación para promover el intercambio, esencialmente en materiales bibliográficos, la formación y calificación técnico-profesional, y de encuentros técnicos y académicos.

Finalmente, César Asfor Rocha sostuvo un valioso encuentro con los magistrados, en el que explicó e ilustró, mediante la digitalización, el referido Proyecto de Justicia Virtual □

Colaboración en ascenso

El 16 de febrero, el Lic. Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular recibió al Sr. Paulino Rivero Baute, presidente del gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, en compañía de un equipo ejecutivo asistente.

Los objetivos principales del cordial encuentro estuvieron dirigidos al seguimiento del Convenio de colaboración con esa comunidad y a la clausura de las jornadas de mediación civil y laboral que se desarrollaron en el TSP con la participación de magistrados canarios.

Remigio Ferro destacó la valiosa utilidad del convenio, en particular lo referido a la capacitación y la informatización y subrayó que, desde su propia firma, han estado presentes la seriedad, el entendimiento, el respeto y la consideración.

Refirió el carácter popular de la justicia cubana, la inmediatez y agilidad de los procesos judicia-

les, y el funcionamiento, estructura y composición del Consejo de Gobierno del TSP. Hizo mención de las jornadas de mediación civil y laboral y explicó que en Cuba se avanza en la puesta en práctica de esta institución jurídica.

Por su parte, el presidente canario manifestó su interés oficial de reformular el Convenio y, en esta nueva etapa, suscribirse también con el Poder Judicial de España, lo que incrementaría la colaboración y el intercambio.

Expresó satisfacción y agradecimiento por la atención brindada a su delegación, y calificó de auténtico y provechoso el encuentro sostenido.

Finalmente, el presidente del organismo cubano agradeció a la parte canaria las nuevas propuestas, mostró su complacencia por los futuros beneficios recíprocos e invitó a clausurar, con la presencia de los jueces participantes, las jornadas de mediación civil y laboral □

Importante reunión

Los días 8 y 9 de septiembre, tendrá lugar la quinta edición del Taller Nacional sobre la actividad del juez encargado de la ejecución. Este encuentro, que se efectúa anualmente, pasa-

rá revista a lo alcanzado y adoptará acuerdos para perfeccionar esta labor en correspondencia con el actual escenario económico y social del país □

Evitemos incorrecciones (I)

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez, editor-corrector del TSP

Más allá del estilo, la sintaxis, el gerundio y las notas bibliográficas, asuntos de los que se ha ocupado esta sección desde su comienzo, vale analizar aquí numerosas palabras y expresiones que, generalmente, se usan mal o con un significado diferente al que tienen en realidad.

Parto de la lectura, revisión y corrección diarias de trabajos que genera el Sistema de Tribunales, en los que encuentro usos incorrectos reiterados que bien pudieran evitarse con solo saber que no es adecuado su empleo. Así, también, *Lapsus cálami*, desde su propio significado («error cometido al escribir»), puede contribuir a mejorar la calidad de los textos.

JUEZ / JUEZA

Siempre me ha llamado la atención que, aun en este contexto, muchas veces se le denomine *juez* a la mujer que desempeña la tarea de administrar justicia, cuando ya hace más de 40 años que se aprobó la palabra *jueza* con ese significado.

Pudiera entenderse que, en otros medios, se escribiese solo la variante masculina, teniendo en cuenta que antes era lo único aceptado; pero, en el ambiente jurídico, no tiene razón de ser, máxime en estos tiempos, cuando en el idioma tanto se batalla a favor del género femenino.

EL MISMO

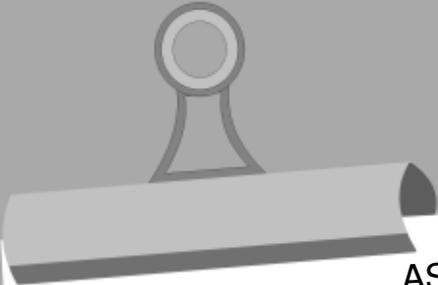
Nada se opone a que escribamos *el mismo*, o la variante femenina (*la misma*), y los correspondientes plurales (*los mismos / las mismas*), si les damos su función adjetiva, para expresar «identidad o paridad»: *Con sus mismas palabras*; o idea de «semejante»: *En este caso, se juzga el mismo delito que en aquel*. Y otros usos similares. Con tales sentidos, puede sustantivarse y decirse, por ejemplo: *Sus ideas solo cambian de posición, pero son las mismas*.



A partir de esta última posibilidad, se ha generalizado un desacertado empleo de *el mismo* y sus formas femenina y de plural, como mero elemento anafórico, vacío de sentido, cuya única misión sería recuperar un elemento ya mencionado en el discurso, función absolutamente ajena a las mencionadas palabras. Para esos casos, el idioma posee otros recursos, como pronombres demostrativos, posesivos, variantes pronominales de los personales o su simple eliminación.

Veamos algunos ejemplos:

- ◆ *Los hechos que se declaran probados constituyen dos delitos de homicidio, puesto que, conforme aparece de **los mismos**, el acusado...* Aquí, con *los mismos*, pretende retomarse *los hechos*, lo cual es inadecuado en español. En su lugar, mejor sería escribir *aquellos*.
 - ◆ *Al término de la sesión, criticó las irregularidades que se habían producido durante el desarrollo de **la misma**. Debió escribirse: durante el desarrollo de **esta** o durante **su** desarrollo.*
 - ◆ *Serían citados a la unidad a los efectos de ampliar las declaraciones o ratificar **las mismas**. Simplemente, pudo decirse: o **ratificarlas**.*
 - ◆ *El que su acción fuera efímera, no resta a **la misma** su significado. Además de la posibilidad con el demostrativo femenino **esta**, pudo escribirse **no le** resta su significado.*
 - ◆ *Del total de personas que causaron baja de los registros de control, el 86% de **las mismas** lo hizo por haber extinguido su sanción. Aquí, sencillamente, bastaba decir: el 86% lo hizo...*
- En fin, para todos los casos en que queramos escribir *el mismo*, *la misma*, *los mismos*, *las mismas*, sugiero un recurso (no una regla): procuremos que aparezca(n) junto a un sustantivo, o sustitúya(n)se por una de las variantes propuestas aquí.



ASÍ COMO

Esta estructura adverbial equivale a «de igual manera». Jamás tiene el significado que comúnmente se le da, como conjunción copulativa, en sustitución de **y**.

La confusión pudiera partir, quizás, de que, cuando hacemos una enumeración de elementos (afines, al menos en el sentido en que se usan), cada uno cabe en ella, «de igual manera que los demás», aunque no sea este precisamente el último.

Pero, siguiendo esa valoración, de todas formas, habría que emplear la conjunción que trata de evitarse, para decir: *y, de igual manera,...* lo que también resultaría innecesario y, en esencia, no resolvería la situación.

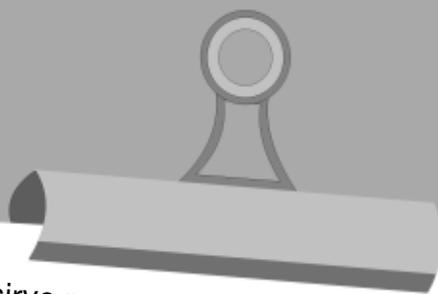
Un ejemplo válido de esta estructura sería: **Así como** fuiste capaz de delinquir, *asume ahora las consecuencias*. Pretender usarla con un significado diferente a este es incorrecto, y lo más recomendable para el caso es evitarla.

RECURSO INNECESARIO

El lenguaje de los informes ha aportado una «muletilla» que pudiera ser útil en ese contexto; pero que, ni en él, es imprescindible. En la mayoría de los casos, si se elimina, gana el texto, la idea se dice de manera más directa y se evita, por lo menos, un *que* (según la complejidad de la frase, puede exigir otros).

Se trata de una estructura que presenta formas diversas, y que pudiera representarse así: *verbo + adjetivo (+ verbo...) + que*. Indico un elemento entre paréntesis porque, a veces, se presenta sin él, en una variante simplificada que, en esencia, es lo mismo.

He aquí un ejemplo didáctico, en el que incluyo las palabras con que más comúnmente se encuentra: **Es** (resulta) **importante** (necesario, prudente, oportuno, imprescindible, atinado, bueno) **aclarar** (advertir, reconocer, informar, decir, tener en cuenta) **que...**



En general, no aporta nada; solo sirve para sumar un elemento casi siempre conocido. Mayormente, suele aparecer en presente, pero puede encontrarse en otros tiempos. En todos los casos, lo único que sugiero es eliminarla y nada se habrá perdido. Ejemplo: *(Es necesario advertir que) no siempre que se presente una violación de los reglamentos, existe una imprudencia.* ¡Sin comentarios!

Y no más por hoy. En el «tintero», me quedan muchas otras palabras y expresiones que también merecen ser tratadas aquí. Poco a poco, se sumarán otras, incluidas las que me sugieran los lectores.

BIBLIOGRAFÍA

- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2005.
- Rodríguez Gómez, Juan Ramón: «Mal uso del género en algunos sustantivos», en *Invasor*, miércoles 22 de diciembre de 1982, Ciego de Ávila, p. 2.
- Rodríguez-Vida, Susana: *Curso práctico de corrección de estilo*, Ediciones Octaedro, S. L., Barcelona, 1999.

