

REVISTA JURÍDICA

JUSTICIA Y DERECHO

No. 5 Año 3 Diciembre 2005

*"i...Las palmas son novias
que esperan: y hemos
de poner la justicia
tan alta como las palmas!"
José Martí*





**Revista Cubana
del Tribunal
Supremo Popular**

ISSN 1810-0171
Publicación semestral
Nro. 5, año 3, diciembre de 2005

Director
Lic. Osvaldo Sánchez Martín

Consejo de Redacción
MSc. Carlos M. Díaz Tenreiro
MSc. Narciso Alberto Cobo Roura
MSc. Carlos Zaragoza Pupo
Dr. Antonio Raudilio Martín Sánchez
Lic. Andrés R. Bolaños Gassó
Lic. Crnel. Lourdes Carrasco Espinach

Compilación Edición
Lic. Ortelio Juiz Prieto
Lic. Mayda Untoria González

Diseño y Composición
Ofelia Flores Valdés
Josefa Riverón del Pino

Fotografía
Aldo Mederos Hernández

Corrección
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Colaboración
CENDIJ

Redacción
Ave. Independencia E/ Tulipán
y Lombillo, Plaza de la Revolución
Ciudad de La Habana
Telf.: (537) 8812124; Fax: (537) 3380424
Correo electrónico: mayda@tsp.cu

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

Sumario

Pág.

Intervención especial

Ejemplo de democracia
en la administración de justicia
(Lic. Rubén Remigio Ferro) **3**

Artículos

Política penal, racionalidad
y fundamentación de la sentencia
(Lic. Lourdes M. Carrasco Espinach) **7**

Principio de contradicción versus
mecanismos de negociación
de la pena...
(Lic. Rodolfo Fernández Romo) **19**

Presunción de inocencia
en el proceso penal
(M.Sc. Zarezka Martínez Remigio) **25**

Eutanasia, ¿opción ética o delito?
(Lic. Odalis Quintero Silverio) **31**

La prueba en el proceso civil
(Dr. Juan Mendoza Díaz) **38**

La protección posesoria
en el ámbito jurisdiccional
(Lic. Félix León Rivas) **52**

Convocatoria
(Direcc. de Inf. Científica, Divulgación
y Colaboración Judicial del TSP) **63**

Siete notas y un refrán sobre la
colegiación
(M.Sc. Narciso A. Cobo Roura) **65**

Notijurídicas

Elegidos jueces legos
para el período 2006-2010 **66**

Continúa perfeccionamiento **68**

Reunión de presidentes
de tribunales provinciales **68**

Tribunales provinciales populares

Pinar del Río: Maceo y Máximo Gómez. Telf.: 2338. Fax: 772251. Correo: tpppri@tsp.cu

La Habana: Calle 100 y Ave. 33, Marianao, Ciudad de La Habana. Telf.: 267-1328, 267-1329 y 260-0175. Fax: 260-0175.
Correo: tpphab@tsp.cu.

Ciudad de La Habana: Teniente Rey No. 605 e/ Prado y Zulueta, La Habana Vieja. Telf.: 62-6369 y 62-8601. Fax: 61-2614.
Correo: tppchab@tsp.cu.

Matanzas: Magdalena No. 8305 e/ Medio y Milanés, Matanzas. Telf.: 24-2883, 28-2711 y 24-4567. Fax: 29-4368.
Correo: tppmtzas@tsp.cu.

Villa Clara: Carretera Central y Paseo de la Paz, Santa Clara. Telf.: 204526 al 29 y 204687 ext. 36. Fax: 206217.
Correo: tppvclara@tsp.cu.

Cienfuegos: Calle 61 No. 406 NE e/ 4 y 6, Cienfuegos, CP 55100. Telf.: 3688 y 5364.
Correo: ttpcfgo@tsp.cu.

Sancti Spiritus: Luz Caballero No. 24 e/ Tirso Marín y Parque. Telf.: 24124, 24102 y 24595. Fax: 29623.
Correo: tppss@tsp.cu.

Ciego de Ávila: Plaza Camilo Cienfuegos, Ciego de Ávila. Telf.: 27461. Fax: 266260.
Correo: tppcavila@tsp.cu.

Camagüey: Cisneros No. 253 e/ Hermanos Agüero y General Gómez, Camagüey. Telf.: 29-7010, 29-7426 y 28-8853. Fax: 294926.
Correo: tppcguey@tsp.cu.

Las Tunas: G. de Quezada No. 2, Rpto. Aurora. Telf.: 4-4154 ext. 12 y 4-2354. Fax: 4 3036.
Correo: tpptunas@tsp.cu.

Holguín: Prado No. 273 esq. a Maceo, Holguín, CP 80100. Telf.: 424506, 463165 y 424303. Fax: 424506.
Correo: tppholg@tsp.cu.

Granma: Parada No. 123 (altos). Telf.: 42 6357, 42 3539 y 42 6667. Fax: 42 6910.
Correo: tppgranma@tsp.cu.

Santiago de Cuba: Ave. de los Libertadores No. 6. Telf.: 65 4091 al 94 ext. 101, y 62 7868 ext. 102. Fax: 62 3693.
Correo: tppstgo@tsp.cu.

Guantánamo: Calle 6 N e/ Martí y Máximo Gómez, Guantánamo. Telf.: 32 7109, 32 5616 y 32 6495.
Correo: tppgtmo@tsp.cu

Tribunal Especial Popular Isla de la Juventud: Calle 31 s/n e/ 24 y 26, Nueva Gerona. Telf.: 2 6203 y 2 62 08.
Correo: tppisla@tsp.cu.



Ejemplo de democracia en la administración de justicia

Intervención del Lic. Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular, en la audiencia pública celebrada el 31 de octubre de 2005 en el Palacio de las Convenciones

La idea de la participación popular directa en la administración de justicia en Cuba no es una concepción reciente ni es el resultado de la traspolación mecánica a nuestro país de experiencias foráneas. Aunque ciertamente la intervención en la impartición de justicia de personas sin conocimientos especializados en Derecho haya sido una práctica cuyo origen se remonta a épocas muy remotas de la historia universal, y tiene incluso antecedentes en la actividad judicial de la metrópoli española en la Isla durante la etapa colonial, no cabe dudas que las personas designadas para tales responsabilidades eran en todo caso representantes de las élites dominantes. De ahí que la posibilidad de encomendar esa función a personas de origen humilde, sobre la base de su reconocido prestigio y cualidades morales, solo pudo materializarse entre nosotros en el contexto de nuestras gestas emancipadoras de la segunda mitad del siglo XIX, si tomamos en cuenta que las primeras expresiones concretas de esa práctica aparecieron en los territorios liberados de la República en Armas, en los que la función jurisdiccional para dilucidar y resolver determinados conflictos de derecho y conductas delictivas le fue encomendada a integrantes del Ejército Mambí que, por lo general, no tenían formación como juristas.

En el pensamiento de nuestro Héroe Nacional José Martí, se encuentran múltiples alusiones a la importancia de que el Derecho y la impartición de justicia en la patria libre estuvieran profundamente caracterizados por su esencia eminentemente popular: «En los pueblos libres —decía el Maestro—, el Derecho ha de ser claro. En los pueblos dueños de sí mismos, el Derecho ha de ser popular.» Esos conceptos, como ocurrió con todo el ideal martiano, germinaron y enraizaron profundamente, años después, en el pensamiento y la acción del más aventajado y consecuente continuador de la obra del Apóstol y en el resto de los integrantes de aquella gene-

ración que reivindicó e impidió que se dejara morir a Martí en el año de su centenario.

En su extraordinario alegato *La Historia me Absolverá*, el compañero Fidel Castro Ruz, en alusión directa a su confianza en la capacidad del pueblo para discernir entre lo justo y lo injusto, afirmó: «El problema de la justicia es eterno y por encima de las opiniones de los jurisconsultos y teóricos, el pueblo tiene de ella un profundo sentido. Los pueblos poseen una lógica sencilla pero implacable, reñida con todo lo absurdo y contradictorio, y si alguno, además, aborrece con toda su alma el privilegio y la desigualdad, ese es el pueblo cubano. Sabe que la justicia se representa con una doncella, una balanza y una espada. Si la ve postrarse cobarde ante unos y blandir furiosamente el arma sobre otros, se la imaginará entonces como una mujer prostituida esgrimiendo un puñal. Mi lógica, es la lógica sencilla del pueblo.»

Sin lugar a dudas, con esa expresión, en un documento de carácter esencialmente programático, como fue y lo es su alegato en el juicio por los sucesos del Moncada, Fidel estaba anticipando su firme convicción de que solo incorporando a la administración de justicia la inteligencia del pueblo, su perspicacia para discernir entre lo que es justo y razonable de lo que no lo es y, para diferenciar lo esencial de lo superfluo, podría la actividad judicial desprenderse significativamente de la alta carga de esquematismo e inequidad que la caracterizaba, para transformarse en el eficaz servicio a la ciudadanía que correspondería desarrollar esta función en una sociedad en que todo el poder estaría precisamente en manos del pueblo.

En el transcurso de la lucha por la definitiva independencia, en los territorios liberados por el Ejército Rebelde, también se impartió justicia, asumiendo en ocasiones las funciones judiciales compañeros que no tenían la

condición de juristas y que fundaban sus veredictos no solo en las normas vigentes para el Territorio Libre de Cuba, sino sobre todo haciendo uso de un profundo sentido de justicia, ponderación y buen tino.

Ya en los primeros años de la Revolución en el poder, el Comandante en Jefe concibe llevar a la práctica la idea de introducir formas revolucionarias de participación del pueblo en la administración de justicia y, el día 12 de octubre de 1962, visita la Universidad de La Habana, reúne a los estudiantes y algunos profesores de la Escuela de Ciencias Jurídicas y les da la tarea de organizar, de forma experimental, tribunales populares en zonas rurales de la Sierra Maestra (después se incorporaría la zona de la región Mayabeque, en las inmediaciones de La Habana), los que estarían integrados por compañeros de prestigio, elegidos democráticamente de entre los propios pobladores de la demarcación como jueces populares, que se ocuparían de ventilar y decidir los asuntos de litigios y delitos de menor entidad que hasta ese momento eran de la competencia de los juzgados correccionales.

La creación de estos tribunales experimentales, de cuya atención posteriormente se ocupó el Ministerio de Justicia, constituyó un paso trascendental en la transformación de las viejas estructuras judiciales hacia un sistema de amplia participación popular en la administración de justicia.

Durante los años comprendidos entre 1963 y 1968, se fue extendiendo paulatinamente la constitución de este tipo de órgano a lo largo y ancho del país hasta sumar cientos de ellos, con participación de miles de jueces populares, hombres y mujeres que carecían de formación jurídica profesional y que ejercían la función judicial sin abandonar sus ocupaciones habituales; y fueron ganando en experiencia y habilidades hasta conseguir que los actos judiciales en que intervenían se destacaran no solo por la notable justeza y sabiduría de las decisiones que adoptaron, sino que a la vez se convirtieron en eventos de alto contenido educativo para los propios involucrados en el proceso y para los ciudadanos que acudían masivamente a presenciar dichos actos.

La experiencia acumulada por esta revolucionaria forma de administrar justicia, y la necesidad de unificar en un solo sistema, coherente y uniforme, las diversas estructuras jurisdiccionales que actuaban en el país, crearon las bases para que en el año 1973 el Estado Revolucionario adoptara la Ley No. 1250, «Ley de Organización del Sistema Judicial», dictada el 23 de junio del citado año, que estableció como características esenciales de nuestra administración de justicia, el carácter colegiado

de todos los tribunales y la integración de estos, para los actos de impartir justicia, por jueces profesionales titulados en Derecho, y jueces no profesionales –legos en Derecho–, electivos, responsables y revocables.

A partir de entonces, y como resultado del desarrollo de una concepción y una práctica vinculada a nuestras luchas por la independencia y a la vocación profundamente democrática del ideario revolucionario cubano, se establece en nuestro sistema de administración de justicia la presencia en todos nuestros tribunales, y en todas las instancias, de los jueces legos, como forma incuestionablemente efectiva de participación material y directa del pueblo en el ejercicio de una de las funciones más estrechamente vinculadas al poder del Estado, como lo es la función judicial. Posteriormente, al adoptarse y proclamarse, en febrero de 1976, la Constitución Socialista, aprobada en referendo por la abrumadora mayoría de nuestra población, quedó refrendada en su texto esta característica esencial, cuando el Artículo 124 estipula que «Para los actos de impartir justicia todos los tribunales funcionan de forma colegiada y en ellos participan, con iguales derechos y deberes, jueces profesionales y jueces legos» y, en el segundo párrafo de ese propio artículo, se fija claramente que «El desempeño de las funciones judiciales encomendadas al juez lego, dada su importancia social, tiene prioridad con respecto a su ocupación laboral habitual.»

¿Qué ha significado y qué significa la participación de los jueces legos en los tribunales cubanos?

Los hombres y mujeres que en el transcurso de estos años han integrado los órganos de justicia, cumpliendo la honrosa función de jueces legos, han hecho posible que las decisiones judiciales en todas las instancias se caractericen por mayor objetividad, fundamentación y racionalidad, al incorporar a los análisis y soluciones de los casos que se juzgan el enfoque, las vivencias y el punto de vista del obrero, del campesino, del compañero o compañera de cualquier origen social que día a día convive en la cotidianidad del barrio, de la comunidad, del centro de trabajo o de la ciudad; y que traslada esas experiencias desprovistas de cualquier tecnicismo o enfoque conceptual a los intercambios y debates propios del juzgamiento del caso, en el que participa, de conjunto y en igualdad de condiciones, con los jueces profesionales que forman parte del tribunal actuante.

El sentido de lo justo, la imparcialidad y la sensatez son cualidades que aparecen en el ser humano con independencia de que se tenga o no conocimientos especializados en las leyes; de la misma forma en que pueden estar ausentes, de manera permanente o momentánea,

en aquellos dotados de conocimientos técnicos o científicos en el orden jurídico. Por otra parte, los procesos que se ventilan ante los tribunales, en cualquiera de las disciplinas jurídicas, ya sea en el orden penal, laboral, de familia u otras, tratan en lo fundamental de conflictos que tienen ante todo su génesis en el ámbito de las relaciones humanas y sociales; de modo que cualquier intento por encontrarles una solución verdaderamente justa y razonable debe partir, en primer término, de un enfoque que no pierda de vista esa dimensión humana y social que los caracteriza. Las razones anteriormente expresadas han sido validadas de modo extraordinariamente elocuente y eficaz con la labor desempeñada por los jueces legos en la actividad judicial cubana, a lo largo de varias décadas de existencia.

No se trata, en modo alguno, de restar importancia al análisis técnico jurídico que necesariamente ha de servir de fundamento a toda decisión judicial, y que constituye parte esencial de la labor que corresponde a los jueces profesionales; ni mucho menos desconocer el origen esencialmente proletario y humilde que también tienen en nuestro país los jueces de carrera, y su actuación apegada e identificada a los intereses generales del pueblo del que nos sentimos parte inseparable. Lo que intento resaltar como una verdad incuestionable es que la impartición de justicia resulta verdaderamente más justa y eficaz cuanto más tome en cuenta las circunstancias de diversa índole que rodean a los hechos y a las personas involucradas en el asunto sometido al arbitrio judicial; es precisamente en ese análisis de contexto donde alcanzan un valor inestimable los criterios y apreciaciones que aportan los jueces legos, sustentados en el conocimiento inmediato y directo que usualmente tienen del entorno social, político, económico y cultural en que se desenvuelven los protagonistas de los conflictos; y, además, en ese proverbial sentido de lo justo y lo correcto que les es consustancial y que fuera resaltado por el compañero Fidel en el citado pasaje del alegato *La Historia me Absolverá*.

Es importante destacar, además, que si bien existen otros países cuyos sistemas judiciales establecen alguna forma de participación ciudadana en la administración de justicia, generalmente esta se limita a su intervención en determinados asuntos y en determinadas instancias, mientras que por otra parte los mecanismos mediante los que se designa a las personas para el desempeño de esta función no garantizan un ejercicio verdaderamente independiente e imparcial de esa responsabilidad, ya sea por encontrarse atados a intereses partidistas o porque, como ocurre en el caso de los sistemas de jurados, las

partes en conflicto intervienen en la selección de sus integrantes. Tales características permiten concluir que la práctica cubana en ese sentido es mucho más integral y democrática de lo que en términos generales se ha logrado materializar en experiencias foráneas.

Otro aporte trascendental de la participación de los jueces legos, en todos los procesos judiciales que tienen lugar en nuestro país es la percepción de transparencia y accesibilidad al control social sobre el desempeño de la administración de justicia que transmiten a la sociedad, toda vez que la presencia y el protagonismo permanente de esos representantes de la ciudadanía en los tribunales elimina en buena medida el distanciamiento y la incertidumbre que regularmente experimentan las personas en relación con la forma en que se tramita el proceso de su interés, ayudando a borrar esa imagen tradicional en otras latitudes —como también lo fuera otrora en nuestro país— de jueces profesionales retraídos e inaccesibles que manejan el asunto «a su antojo y tras bambalinas». Ello contribuye sustancialmente a que no exista aquí en Cuba la crisis de confianza de la población en la administración de justicia tan frecuente en otros países.

Pero ¿quiénes son los jueces legos y cómo se llega a esa condición? ¿De qué forma se realiza el ejercicio efectivo de tan digna responsabilidad?

La propia naturaleza de la misión que corresponde desarrollar a quienes resultan investidos con tal condición determina la existencia de dos requerimientos indispensables que deben reunir las personas destinadas a cumplir esa función; la primera es que no pueden estar graduados de estudios universitarios de Derecho, puesto que, por razones obvias, se apartarían de su esencia de «no profesionales» (legos en Derecho), que es su razón de ser; y la segunda es el origen verdaderamente democrático de su investidura, que legitima sin lugar a dudas la capacidad de actuar en nombre del pueblo cuya representación ostentan. El cumplimiento de ese último requerimiento ha determinado que, desde su origen, se estableciera el carácter electivo de esos cargos, principio que por similares consideraciones se hizo extensivo a quienes ocupan la responsabilidad de jueces profesionales. En el caso de los legos, la elección está a cargo de la Asamblea del Poder Popular correspondiente a la instancia en que vayan a desempeñar sus funciones.

Junto a los requerimientos anteriormente expresados, la Ley recoge otros requisitos que deben cumplir aquellos que resulten electos jueces legos:

- Ser ciudadano cubano.
- Mantener buena actitud ante el trabajo o ante la actividad de interés social que realice.

- Poseer un adecuado nivel educacional, buenas condiciones morales y gozar de buen concepto público.
- Además se establece como requisito la edad mínima que deben haber cumplido quienes resulten electos según la instancia judicial en que se vayan a desempeñar: 30 años, si la elección es para el Tribunal Supremo Popular; 25 años, si lo es para un Tribunal Provincial Popular; y 21 años, si lo es para actuar en un Tribunal Municipal Popular.

La voluntad estatal de fortalecer este importante componente de nuestro sistema judicial, perfeccionando su esencia democrática y los mecanismos de selección y elección, condujeron a la adopción, por el Consejo de Estado, del Decreto-Ley No. 195, de 23 de agosto de 1999, estableciendo el «Reglamento para el Proceso de Selección y Elección de Jueces Legos de los Tribunales Populares».

Con la vigencia de esa norma, quedó instituido el procedimiento mediante el cual, con la participación de las organizaciones de masas, que agrupan a los sectores fundamentales de la población adulta del país, se selecciona de entre los colectivos de trabajadores, asambleas de vecinos a nivel de los Comités de Defensa de la Revolución, agrupaciones de campesinos, bloques de afiliadas a la Federación de Mujeres Cubanas e, incluso, en colectivos de estudiantes universitarios, a los compañeros y compañeras que, reuniendo los requisitos legalmente establecidos, serán propuestos como candidatos a ser electos para desempeñar la honrosa función que hoy nos ocupa. El proceso de selección comienza con la elección democrática en asambleas de afiliados en la base mediante el voto directo y público de los asistentes.

Para dirigir y desarrollar eficazmente el proceso de selección y elección de los candidatos, el Reglamento prevé la constitución de las comisiones de Candidatura en todos los niveles, integrados por representantes designados de la CTC, los CDR, la FMC, la ANAP y la FEU, quienes coordinarán la participación de las estructuras internas de sus respectivas organizaciones.

Los que finalmente resulten electos lo serán por un período de cinco años, en el transcurso de los cuales se les llama al cumplimiento efectivo de la función un mes por cada año del mandato, según lo previsto en la Ley y de acuerdo con el programa organizado al respecto por el tribunal correspondiente. Durante ese tiempo, estos compañeros dejan sus ocupaciones habituales para integrarse al ejercicio de la función judicial en esos órganos de justicia.

Evidentemente, el hecho de que tengan que ausentarse de su puesto de trabajo, durante ese lapso de tiempo en que ejercen la función judicial, origina algunos inconvenientes en los centros y entidades en que laboran. Tal situación ha dado lugar a que, en ocasiones, hayan surgido incomprensiones y hasta se hayan puesto obstáculos por parte de algunas administraciones para que dichos compañeros cumplan adecuadamente con la honrosa misión. Esa actitud, por lo general, es consecuencia del desconocimiento y la falta de conciencia que tienen los directivos que así actúan acerca de la trascendental importancia social que implica el desempeño de la función de juez lego, reconocida incluso, como ya se dijo, por nuestra Constitución Socialista.

Por último, resulta oportuno agregar que la labor «judicial» de los jueces legos no se agota en lo absoluto con su participación en el tribunal. La experiencia que adquieren en el desempeño de esa función les hace ganar prestigio como conocedores empíricos de las leyes y los procedimientos judiciales, tanto en su zona de residencia como en su centro de trabajo, haciendo que vecinos y compañeros de trabajo les soliciten frecuentemente asesoramiento y aclaraciones sobre diversos asuntos jurídicos, convirtiéndose de hecho en excelentes divulgadores y esclarecedores de la población sobre esos temas.

De igual forma, es frecuente la participación de estos jueces en otras actividades propias del tribunal, como la realización de citaciones y emplazamientos, la cooperación en tareas de la secretaría judicial y, más recientemente, muchos de ellos prestan su valiosa contribución a las acciones de control y orientación que se coordinan desde los tribunales, en relación con las personas que cumplen sanciones sustitutivas de la privación de libertad o que han sido excarceladas anticipadamente bajo condicionamiento de mantener adecuada conducta social.

Espero que las reflexiones e informaciones brindadas hasta aquí ayuden a fortalecer en nosotros la idea de que la participación popular directa en la administración de justicia, en la figura de los jueces legos, *constituye una conquista de la Revolución y el socialismo* en nuestro país, lo que expresa de manera incuestionable su carácter verdaderamente democrático y contribuye a elevar la calidad y la eficacia de la actividad judicial en Cuba, razones más que suficientes para que todos nos sigamos esforzando porque el proceso Electoral de los jueces legos, actualmente en marcha, continúe y culmine con todo el éxito que se requiere.

Política penal, racionalidad y fundamentación de la sentencia

Lic. Crnel. Lourdes M. Carrasco Espinach
Jueza profesional. Sala de lo Militar, Tribunal Supremo Popular



INTRODUCCIÓN

La *política criminal* forma parte de la política general del Estado, por tanto, al margen de consideraciones conceptuales que pueden resultar comunes, debe analizarse en el contexto de la formación económico-social y del momento histórico concreto de que se trate.

De ahí la conveniencia de exponer algunos elementos teóricos y prácticos, que contribuyan a precisar conocimientos sobre un tema siempre presente en la práctica judicial.

Este trabajo, pues, tiene por objeto un acercamiento a la *política criminal*, su contenido y alcance, su vínculo con los fines de la punición y con la individualización de la pena, y la forma en que se manifiesta en el sistema de justicia penal cubano.

1. Contenido y alcance de la política criminal

No es tarea sencilla una definición omnicomprensiva de *política criminal*, toda vez que si bien su finalidad es determinable, dirigida a la prevención y control de la criminalidad y sus consecuencias, no resulta igual en cuanto a los medios o instrumentos penales y de otra naturaleza que posee el Estado para hacerlo efectivo.

Con el desarrollo del Derecho Penal como ciencia, el concepto *política criminal* ha evolucionado; así, se encuentran diversos enfoques que si bien remiten su alcance, indistintamente, al estudio de la criminalidad, la organización de su enfrentamiento y el examen de la actuación del Derecho Penal en correspondencia con sus fines y funciones, también coinciden respecto a su trascendencia para la actividad legislativa en materia de penalidad.¹

Algunos autores expresamente distinguen la denominación de *política criminal* en un sentido de mayor amplitud y alcance, que contiene en sí la concepción de *política penal*, y le asignan un contenido más abarcador, de una parte como actividad estatal y, de otra, como actividad científica.²

Como actividad estatal, forma parte de la política en general, específicamente la jurídica y la social, encaminadas a realizar los fines que se haya propuesto el Estado en lo concerniente a la criminalidad y otras conductas opuestas a las normas de convivencia admitidas, y a evitar las causas que las generan, de tal modo que el Derecho Penal actúe realmente como derecho de *última ratio*.

¹En este sentido, Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*. 5ta ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1996, p. 191; Jescheck, H. H. y Weigend, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5ta ed. Edit. Comares. Granada, 2002, p. 798.; Quintero Olivares, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ra ed. Aranzadi. A. Thomson Company, p. 220.

²En este sentido, Baratta, A.: «Política Criminal, entre la política de seguridad y la política social», en *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México D.F. Ed. Siglo XXI Programa Sist. Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997, p. 2, plantea que, en sus niveles más altos de elaboración, la política criminal, en cuanto género, es como un universo mucho más complejo de la especie política penal. Así, para Berdugo Gómez de la Torre, I.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 2da edición, Editorial Praxis SA. Barcelona, 2002, p. 103, a través de la política criminal, el Estado establece la orientación de todo el sistema penal, que comprende... no solo la definición de qué comportamientos desviados considera delictivos, sino también cuál es la finalidad de la pena y cuáles son los medios que se han de emplear para poder alcanzarla. Mediante la actividad político-criminal se formaliza el control social a ejercer sobre los comportamientos desviados que se consideran delictivos. En este sentido amplio que comprende la política penal, habría que hablar de política criminal; Bustos Ramírez, J.: *Política Criminal y Estado*. Versión digital. CENDIJ/Tribunal Supremo Popular, pp. 1-2; De La Cruz Ochoa, R.: «Política Criminal. Notas sobre su concepto, métodos y sus relaciones con la criminología». Conferencia. I Encuentro Internacional «Justicia y Derecho». La Habana, octubre 2002, p. 4, señala que existe una importante relación entre política criminal y social, donde esta trata de influir en los factores sociales reconocidos como criminógenos.

Como actividad científica, se dirige tanto al legislador como a los operadores del sistema penal, desde los que llevan a cabo un trabajo social preventivo, hasta quienes se encargan del cumplimiento de las penas impuestas, sobre la base del estudio y determinación de la finalidad que se atribuye a la aplicación del Derecho Penal y los principios que lo sustentan en el derecho positivo, su interpretación, y las propuestas que puedan derivarse en cuanto a su transformación futura; también propende a la sistematización de los medios con que cuenta el Estado para enfrentar las conductas delictivas y, en sentido general, opuestas a las normas de convivencia social.

Consecuentemente, la *política criminal* viene a encauzar todo el sistema penal de un Estado dado, tomando en consideración tanto el conocimiento empírico de la realidad social como el dominio del derecho positivo, sus posibilidades de satisfacer los principios que lo sostienen, la doctrina jurisprudencial, el derecho comparado, la filosofía e historia del derecho, la sociología y la criminología, entre otras ciencias.

Mención particular merece la relación existente entre *política criminal*, dogmática penal y criminología: la primera no puede prescindir del conocimiento y sistematización que le brinda el estudio del derecho positivo, el que encuentra su límite en el contenido de aquella, ni puede obviar la *política criminal*, el realismo que las investigaciones criminológicas le aportan, como tampoco se debe soslayar que dichos resultados no poseen un efecto inmediato en las decisiones de *política criminal*, ni en el contenido normativo del Derecho Penal.

2. Política criminal y fines de la punición

El tema de la legitimidad de la pena ha ocupado incesantemente a los estudiosos de la filosofía del derecho en general y de la ciencia del Derecho Penal en particular, de ahí que se hayan elaborado diferentes teorías en aras de fundamentarla a través de los fines que se le atribuyen a la punición.

Las teorías absolutas comprenden la retribucionista y la expiacionista. En la primera, la pena se concibe única-

mente como un castigo por el delito cometido, sin propósito alguno de alcanzar una utilidad social, mientras que en la segunda se pretende que el sujeto purgue su culpa por el mal causado con el delito, lo que no es más que otra forma de manifestarse la retribución por haberlo cometido.³

En cuanto a las teorías relativas, su denominador común radica en que la pena no se justifica en sí misma, con su imposición deben perseguirse determinados fines, eminentemente preventivos, conducentes a evitar el fenómeno delincuencia y, con ello, a la protección de la sociedad y del orden social establecido. Dentro de estas se distinguen las orientadas a la prevención general (negativa y positiva) y las dirigidas a la prevención especial.

La teoría de la prevención general negativa se sustenta en la intimidación que produce la conminación penal en la sociedad, como vía para compulsar a sus miembros a que no incurran en conductas delictivas.⁴

Se le critica que se emplea al individuo a quien se sanciona como un instrumento para prevenir la comisión de delitos por otros, con lo cual se degrada su condición humana; y que carece de solidez pretender que las personas no delincan en virtud de que otra haya sido sancionada. También se le reprocha la falta de límites que aseguren no llegar al terror penal, pues se reprime no en correspondencia con el delito cometido, sino en consonancia con la necesidad de obtener efectos intimidatorios en el resto de la sociedad.

En la teoría de la prevención general positiva, sus principales postulados radican en que la pena es una reacción ante la infracción de la norma, por lo que su finalidad descansa en reafirmar su vigencia; por tanto, para la sociedad surte un efecto de aprendizaje, de confianza en el derecho y de tranquilidad para la conciencia jurídica general, por considerar solucionado el conflicto mediante la sanción.⁵

Con esta formulación se evade la crítica de emplear a una persona como instrumento respecto a las restantes, pero no le es ajena la objeción de que se trata de una actualización del pensamiento retribucionista mediante una exigencia funcionalista.

³Roxin, C.: *Derecho Penal. Parte General*, t. I. Editorial Civitas, SA. 1997, pp. 81-85; Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas SA, Madrid, 1997, pp. 20-25; López Barja de Quiroga, J. En: *Comentarios al Código Penal*, por Cobo del Rosal, M. y otros, t. III. EDERSA, Madrid, 2000, p. 467; Berdugo Gómez de la Torre, I.: *Ob. cit.*, p. 24.

⁴Roxin, C.: *Ob. cit.*, p. 91; López Barja de Quiroga, J.: *Ob. cit.*, p. 445; Berdugo Gómez de la Torre, I.: p. 25.

⁵Jakobs, Günther: *Ob. cit.*, p. 9. La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada; Roxin, C.: *Ob. cit.*, p. 91; Berdugo Gómez de la Torre, I.: *Ob. cit.*, p. 26.

En la teoría de la prevención especial, la pena se concibe en función del individuo que ha delinquido, como medio para evitar que vuelva a hacerlo, y en virtud de ello propugna su resocialización a través de las penas cortas de prisión.⁶

Se le recrimina su insuficiente influencia en la protección de la sociedad, y su dependencia únicamente del sujeto, de que persista o no la peligrosidad de su comportamiento, sin tener en cuenta la relación entre la sanción y la gravedad del delito, lo cual podría llevar a un derecho penal de autor y no del hecho y, con ello, a penas desproporcionadas.

Asimismo, se le refuta la idea de resocialización, al vincularla con la privación de libertad, los índices de reincidencia, y porque no se consulta la voluntad del sujeto sobre su interés en reincorporarse a un determinado tipo de Estado.

Sin embargo, la resocialización no es algo a lo que se debe renunciar, pues no necesariamente implica violentar la libertad individual; basta con que el sujeto acepte los valores de respeto a la ley y a las normas de convivencia social y no vuelva a delinquir. Tampoco se vincula obligatoriamente con la pena de privación de libertad, ni debe temerse a la pretendida carencia de límites, ya que estos se encuentran en los principios y garantías que integran el Derecho Penal como sistema.

También se han desarrollado teorías unificadoras, conocidas como mixtas o de la unión, que propenden a la combinación de fines retributivos y preventivos.⁷

En ellas se distinguen las que le asignan únicamente un fin preventivo de la actividad delictiva, mediante la fusión de la prevención general y la especial. Se les impugna que ambas categorías entran en conflicto; sin embargo, esto se produce sólo cuando la respuesta penal que se ajusta a cada uno de estos propósitos es de diferente magnitud.

No obstante, si se acepta la posibilidad de conjugar los fines preventivos de la pena, estos pueden complementarse. En la fase de intimidación, dada en la comi-

nación punitiva prevista en los delitos, estaría latente el fin de prevención general, lo que se corresponde con el momento legislativo o de creación de la norma; mientras que en la fase de aplicación, a través del proceso penal que finaliza con la sentencia, se cumplen tanto los fines de la prevención general, con el empleo por el juzgador de la norma que prevé la sanción en la figura de delito concreta, como los de la especial, al delimitar la medida de la punición que específicamente corresponde al sujeto.

La ejecución de la pena constituye la última etapa en la realización del Derecho Penal y, por sus características, es palmaria la presencia de los fines preventivo-especiales, pero resulta innegable que su cumplimiento puede influir en los restantes miembros de la sociedad y, con ello, manifestarse también fines de carácter preventivo general.

3. Política penal e individualización de la pena

En el análisis de la penalidad, no puede soslayarse el vínculo existente entre los fines de la pena, su fundamento y sus límites.

La sanción penal solo es imponible a quien es culpable de la comisión de un delito. De aquí que la culpabilidad constituye el fundamento de la pena; pero, a la vez, es su límite, en tanto que la respuesta penal ha de ser proporcional a ella.⁸

A este concepto, añade Roxin la necesidad preventiva de la sanción, pues asume que puede quedar por debajo de la medida de la culpabilidad, cuando así se necesite desde la perspectiva de la prevención especial y no se contradiga con los requerimientos de la prevención general.⁹

Por su parte, Jakobs plantea que la culpabilidad por sí no es un límite de la penalidad, pues con ella se persigue estabilizar la confianza en la norma que ha sido vulnerada, por lo que, de una parte, es preciso reconocerle un fin; y, de otra, resulta una condición para el mantenimiento del orden social, para la afirmación del valor de la norma.¹⁰

⁶En este sentido, Roxin, C.: Ob. cit., pp. 85-89; López Barja de Quiroga, J.: Ob. cit., p. 447; Berdugo Gómez de la Torre, I.: Ob. cit., pp. 26 y 27.

⁷Al respecto, Roxin, C.: Ob. cit., pp. 93-98; Berdugo Gómez de la Torre, I.: Ob. cit., pp. 29-30.

⁸En este sentido, Roxin, C.: Ob. cit., p. 99; Jescheck, H. H. y Weigend, T.: Ob. cit., pp. 954-958; Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: Ob. cit., p. 92-93; López Barja de Quiroga, J.: Ob. cit., pp. 466-470.

⁹Roxin, C.: Ob. cit., p. 103.

El reconocimiento de la culpabilidad como fundamento y límite de la punición plantea un nuevo aspecto del tema estudiado: la necesidad de su individualización, que se manifiesta en tres momentos que se interrelacionan: adecuación legal, judicial y administrativa.

Durante la adecuación legal, corresponde precisar los marcos penales abstracto y concreto, para después fijar la sanción específica o adecuación judicial de la pena que, en su cumplimiento, queda sometida a la administrativa o penitenciaria.

El marco penal abstracto está prefijado por el legislador en la figura de delito, mientras que, para establecer el concreto, deben realizarse los aumentos o reducciones que procedan, en virtud de normas preceptivas o del empleo de facultades conferidas por ley al juzgador, pero el proceso de determinación de la pena se torna realmente complejo en el momento de la adecuación judicial, al decidir la naturaleza y extensión que corresponde.

Al respecto, se han desarrollado diferentes teorías: la del ámbito de juego, que vincula la medida de la sanción a la culpabilidad y brinda un espacio en el cual debe moverse el juez teniendo en cuenta los fines de prevención especial; la que propugna la pena exacta, por considerar que la culpabilidad debe concretarse en un punto; y la teoría del valor de la posición, que confiere distinta trascendencia a los fines de la punición, los retributivos, para establecer su duración, y los preventivos, para fijar su cualidad y su suspensión condicional o no.

4. Política penal en Cuba

Para analizar lo concerniente a la *política penal* en el ámbito de la sociedad cubana, se debe partir del carácter socialista del régimen socioeconómico imperante, que determina, como se consagra en la Constitución de la República, que el Partido Comunista de Cuba es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado;¹¹ por tanto, el provienen los lineamientos estratégicos sobre los cuales se erige la *política penal* en Cuba.

Por otra parte, la permanente actitud del gobierno norteamericano, encaminada a asfixiar y destruir a la Revolución Cubana, impone a nuestro pueblo particulares condiciones de existencia que, de un modo u otro, inciden en el fenómeno de la criminalidad y, en correspondencia con ello, en la *política penal*.

En el orden de la justicia penal, encuentra su principal exponente en la propia Constitución, cuando establece los presupuestos básicos para las garantías individuales¹² y para la independencia de la función jurisdiccional.¹³

Así, sobre la base de los principios inmanentes a la Revolución Cubana y los que informan al Derecho en general y al Derecho Penal en particular, la política criminal se ajusta dialécticamente a los requerimientos de cada momento histórico concreto.

En lo sustantivo se han expresado en el Código Penal, Ley 21 de 1979 y Ley 62 de 1987, las modificaciones a dicho Código introducidas por la Ley 87 de 1999 y por los decretos-leyes 140 de 1993, 150 de 1994 y 175 de 1997, Ley 88 de 1999, «De protección de la independencia y la economía de Cuba», Ley 93 de 2001, «Ley contra actos de terrorismo», Ley 1200 de 1966, «Ley Penal Militar», y la 22 de 1979, «Ley de los Delitos Militares», modificada por el Decreto-Ley 152 de 1994; en lo procesal, la Ley 1251 de 1973 y la 5 de 1977, «Ley de Procedimiento Penal», y las modificaciones formuladas a esta por los decretos-leyes 87 de 1985, 128 de 1991 y 151 de 1994; Ley 1201 de 1966, «Ley de Procedimiento Penal Militar» y la número 6 de 1977, «Ley Procesal Penal Militar», modificada por el último Decreto-Ley mencionado.

También las instrucciones, dictámenes y acuerdos adoptados por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en cumplimiento de su función de establecer una interpretación y aplicación uniforme de la ley; y los pronunciamientos en sentencia del máximo órgano de justicia, sin que establezcan un precedente judicial, resultan una guía para la actuación de los tribunales acerca de la *política penal*.

¹⁰ Jakobs, G.: Ob. cit., p. 14.

¹¹ Constitución de la República de Cuba, de 24.2.76, con sus modificaciones. G.O., de 1.8.92, Art. 5. El Partido Comunista de Cuba, marxiano y marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista.

¹² *Ibidem*. Arts. 58 y 59.

¹³ *Ibidem*. Arts. 120, 121, y 122, el que establece que: Los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley.

4.1. Política penal y racionalidad

En el ejercicio de la actividad jurisdiccional, la *política penal* en Cuba se halla indisolublemente ligada al concepto de racionalidad: «Actuar de manera lógica, razonable y consecuente al impartir justicia en nuestro país no es solo cuestión de necesidad y genuina aspiración, sino que es, además, la única forma legítima de actuar...»¹⁴

En ocasiones, la idea de racionalidad se simplifica al identificarla con benignidad o benevolencia, sin tener en cuenta que significa discernir con prudencia, mesura, equidad y proporción; y, por tanto, comprende la observancia de la ley, y la capacidad de interpretarla y aplicarla de manera consecuente, al decidir en cada caso lo que en justicia procede.

Por tanto, se manifiesta en cada una de las decisiones que se toman, desde la formación de causa y apertura a juicio oral, hasta la sentencia y, en su caso, las que se adopten durante su ejecución; tanto en la observancia de las garantías y derechos procesales, como en las derivadas del derecho penal sustantivo, de modo tal que conjuguen con el mayor nivel posible los intereses particulares con los sociales, a cuyo logro contribuye el carácter colegiado de los tribunales para los actos de impartir justicia.

Particular importancia tiene, para una adecuada ejecución de la *política penal* vigente, la función orientadora que cumple la Instrucción 175 de 2004.¹⁵

Dicho esto, conviene examinar los instrumentos que en el ámbito sustantivo tienen a su alcance los jueces en la práctica judicial.

En primer lugar, es necesario establecer si el hecho es o no delictivo, para lo cual constituye una premisa que reúna los elementos que el Código Penal prevé al definir el concepto de delito, y que no se halle comprendido entre los que no deben considerarse delictuosos, al carecer de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor.¹⁶

Una vez que se ha delimitado que el hecho juzgado es delito y que debe ser sancionado, corresponde determinar la medida punitiva que proceda de acuerdo con la culpabilidad, para lo cual el aludido texto legal sienta las pautas, cuando en el Artículo 27 establece los fines de la punición y, en el 47 apartado 1,¹⁷ los elementos que sirven de base para adecuarla.

Para ello, el tribunal debe realizar un complejo proceso intelectual, precedido del conocimiento, mediante el debate penal, de todos los pormenores del ilícito enjuiciado y sus circunstancias, y de las características personales y conductuales del encausado.

Aunque los elementos que contiene el citado Artículo 47 apartado 1 interactúan en la determinación de la pena, desde el punto de vista metodológico merecen un análisis particularizado en relación con instrucciones, dictámenes y acuerdos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en los que se realizan precisiones que contribuyen a una actuación consecuente.

- **Límites establecidos por la ley.** Se refieren a la adecuación legal, en tanto son los que conforman el marco penal abstracto de la figura delictiva de que se trate, y los que en cada caso específico constituyen

¹⁴Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales. Documento elaborado por el Tribunal Supremo Popular. La Habana, mayo de 2000, p. 5.

¹⁵En este sentido, en los fundamentos de la Instrucción 175 de 2004, se expresa, entre otros, que: «Las crecientes complejidades presentes en la estructura y dinámica de las actividades delictivas que se manifiestan en la actualidad en nuestro país demandan de la sociedad y en especial de las instituciones relacionadas directamente con su enfrentamiento, acciones que se caractericen tanto por su firmeza y resolución como por la racionalidad, particularización e integralidad en su ejecución de manera que estas alcancen la necesaria eficacia en el contexto del desarrollo de nuestra sociedad socialista. La consecuente aplicación de la política penal trazada por el Partido y el Estado en consonancia con lo regulado en las normas penales vigentes, requiere que los tribunales seamos cada vez más efectivos y certeros en la individualización y adecuación de las sanciones a los cometidos de delitos, de modo tal que ciertamente las penas más severas sean siempre impuestas a los responsables de las conductas delictivas que por su naturaleza y entidad agreden de forma más directa, dañina y peligrosa la seguridad nacional, la estabilidad económica, política y social del país y la tranquilidad ciudadana; y a actuar diferenciadamente cuando resulte pertinente en los casos que revistan una menor gravedad o se trate de personas cuyas características individuales así lo aconsejen.»

¹⁶Código Penal. Ley No. 62 de 29.12.87. G.O. de 30.12.87. art. 8.1 y .2.

¹⁷Ibíd. Art. 27: La sanción no solo tiene por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de convivencia socialista, y prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas. Art. 47.1: El tribunal fija la medida de la sanción, dentro de los límites establecidos por la ley, guiándose por la conciencia jurídica socialista y teniendo en cuenta, especialmente, el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en este, tanto atenuantes como agravantes, y los móviles del inculpado, sus antecedentes, características individuales, comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y posibilidades de enmienda.

el marco penal concreto, regulados en el Código Penal, algunos de forma preceptiva y otros facultativa, como concurso de delitos, delito continuado, tentativa y, en su caso, actos preparatorios, delito imposible, edad, cómplices y participantes que tratan de impedir el delito, eximentes incompletas, delitos por imprudencia, atenuación y agravación extraordinarias, reincidencia, multirreincidencia, y sanción conjunta.¹⁸ También en la Ley de los Delitos Militares se prevén situaciones que dan lugar a nuevos marcos penales, como la guerra o acciones combativas y la atenuación extraordinaria de la sanción.

En apoyo de algunos de dichos supuestos, se encuentran la Instrucción 165, de 12.4.01, que define el alcance o cuantía de los términos considerable, limitado y reducido valor; el Dictamen 388, de 2.9.99, que distingue qué se entiende por sanción mayor o más grave; y los dictámenes 353, de 21.9.94, y 394, de 24.11.00, relativos a la determinación del valor de los bienes que se tomará como base para la calificación de los delitos que así lo requieren.

En atención a la agravación de las sanciones en varios ilícitos penales, en virtud de las modificaciones efectuadas al Código Penal por la Ley 87 de 1999, fue necesario instrumentar una vía que permitiera mayor racionalidad cuando la correspondiente al límite mínimo de la modalidad agravada que procede resulta en exceso severa, de conformidad con la peligrosidad social del hecho, la entidad de sus consecuencias y la personalidad del sujeto, para lo cual el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular adoptó el Acuerdo 239, de 8.10.99, que faculta a fijar la medida punitiva dentro del marco penal establecido para la figura básica del delito, solución llamada a ser sustituida por una reforma legislativa.

Al respecto, el Dictamen 417, de 6.9.02, dispone que, cuando se emplee tal potestad, se hará dentro de los límites sancionadores de la figura básica, sin otra consideración.

No obstante, pienso que, en estos casos, la posibilidad de definir un marco penal concreto inferior al mínimo, cuando resulte necesario para una mejor individualización de la pena, no estaría necesariamente reñida con la racionalidad que se espera en las decisiones judiciales, pues en ocasiones no hay otro modo de acceder a sanciones que permitan subsidiarlas.

- **Conciencia jurídica socialista.** Forma parte de la conciencia social en tanto manifestación en el plano del pensamiento jurídico de las convicciones, principios y valores de la ideología de la Revolución Cubana; se manifiesta en documentos del Buró Político del Partido Comunista de Cuba que sirven de sustento a la actividad legislativa y en la fundamentación misma de la Constitución de la República y, en el orden penal, en las leyes y decretos-leyes promulgados.

Requiere de los jueces, además de una elevada preparación político-ideológica y profesional, el conocimiento de las condiciones de existencia materiales y espirituales de la sociedad, y la capacidad de combinarlos de forma coherente y equilibrada en el ejercicio de la función de impartir justicia.

- **Grado de peligro social del hecho.** Representa un aspecto medular en la conformación del sistema de justicia penal cubano, tanto en el concepto mismo de lo que se considera delictivo, como en lo atinente a la adecuación de la sanción.

En este sentido, la Instrucción 115, de 20.6.84, delimita que no hay peligrosidad social cuando el hecho en sí no haya producido alarma o repudio y sus consecuencias no resulten especialmente dañosas o peligrosas, el comisor sea una persona cumplidora de sus deberes y carezca de antecedentes penales por delito intencional.

Asimismo, los dictámenes 302, de 14.2.89, y 353, de 21.9.94, definen, el primero, que la peligrosidad social se manifiesta a través de los factores provenientes del hecho en sí mismo o de su autor o autores; y, el segundo, qué se entiende por grave perjuicio como componente de la peligrosidad social.

La Instrucción 175, apartado noveno, indica que los tribunales deben seguir actuando con el necesario rigor cuando el ilícito penal atenta contra la seguridad del país, su estabilidad económica, política y social, y la tranquilidad ciudadana, y expresamente ratifica la vigencia de instrucciones, acuerdos y circulares emitidos al respecto; entre ellos, la Instrucción 137, de 1.11.90, relativa al enfrentamiento de delitos vinculados a la obtención de lucro personal que contribuyen o generan corrupción en determinados sectores de la sociedad y causan apreciables afectaciones a la economía, con las precisiones efectuadas en el Acuerdo

¹⁸Código Penal. Ley No. 62, de 29.12.87. G.O., de 30.12.87, arts. 10, 11, 12.5, 14, 17, 19.2, 20-26, 48.1, 54, 55 y 56 (modificados los tres últimos por la Ley 87/99). Asimismo, el Art. 35.2, establece los límites legales de la sanción de multa.

Circular 52, de 27.10.92, y la Instrucción 170, de 11.12.02, referida al tratamiento de los ilícitos penales relacionados con las drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas y otras de efectos similares.

En los casos de tentativa y actos preparatorios y de pluralidad de autores y cómplices, el propio Código regula los presupuestos a tener en cuenta para adecuar la sanción en atención a la entidad del peligro social.

Resultan indicadores de la peligrosidad social que también trascienden a la punición: delinquir mientras se está cumpliendo una sanción o medida de seguridad, sujeto a la medida cautelar de prisión provisional, evadido de un establecimiento penitenciario o durante el período de prueba de la remisión condicional, casos en los cuales, preceptivamente, se aumentarán hasta el doble los límites mínimos y máximos previstos para el delito cometido.¹⁹

Los dictámenes 400 y 401, de 28.3.01, indican que no es necesario extender los aumentos siempre al doble y que, si la referida regla de adecuación concurre con otra preceptiva, deben emplearse ambas, haciendo un adecuado uso de sus facultades al individualizar la sanción. Asimismo, se aclara que el apartado 2 del Artículo 54 no obliga a un injustificado aumento de la sanción.

- **Circunstancias atenuantes y agravantes.** Previsas en los artículos 52 y 53 del Código Penal y los correlativos de la Ley de los Delitos Militares, de acuerdo con la sistemática del derecho penal sustantivo cubano, influyen en la determinación de la sanción dentro del marco penal, salvo que den lugar a la aplicación de la atenuación o agravación extraordinarias de la sanción.

El Artículo 47, apartado 2, del Código Penal, prohíbe considerar como circunstancia agravante los elementos que son constitutivos de un delito; al respecto, el Dictamen 398, de 28.3.01, taxativamente expone que no es de aplicación la agravación extraordinaria de la sanción en los casos de delitos de evasión de presos o detenidos, y desórdenes en establecimientos penitenciarios o centros de reeducación, lo que también

se refleja en los dictámenes 391, de 28.12.99, y 417, de 6.9.2002, en cuanto a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, y robo con fuerza en las cosas, en relación con la reincidencia y la multirreincidencia.

El Artículo 51 consagra la incomunicabilidad de las circunstancias; en este sentido, el Dictamen 415, de 15.1.02, define la calificación que corresponde en cuanto a figuras delictivas que se agravan por la concurrencia de circunstancias personales en alguno de los intervinientes; y el apartado 3 del Artículo 54 dispone la forma en que se extienden las atenuantes y agravantes a la adecuación de la sanción.

La ya mencionada Instrucción 175, en su apartado cuarto, llama a prestar particular atención a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y, cuando estén presentes varias atenuantes o se manifieste alguna de modo muy intenso, a la aplicación de la atenuación extraordinaria de la sanción.²⁰

- **Móviles del inculpado.** Tienen singular relevancia en el proceso de determinación de la pena, pues se trata de aquello que lo ha movido a delinquir; sin embargo, establecerlos resulta no pocas veces complejo, ya que se hallan en su psiquis y es a través de sus actos externos que se pueden delimitar, incluso cuando ha expresado el porqué incurrió en los hechos que se juzgan, pero no existe correspondencia entre estos y la explicación que ofrece.

El móvil tiene trascendencia como circunstancia atenuante cuando se obra en virtud de un fin noble; como agravante, si el hecho se comete por brutal perversidad, lucro, móviles viles o motivos fútiles; y, como eximente, cuando se actúa en legítima defensa, por estado de necesidad, error, cumplimiento de un deber o miedo insuperable, exceptuando de esta última a quienes tienen la obligación de vencerlo.²¹

- **Antecedentes, características individuales y comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito.** Constituyen elementos sustanciales para individualizar la pena y, de ellos, algunos se encuentran recogidos en la ley.

¹⁹Código Penal. Ley No. 62, de 29.12.87. G.O., de 30.12.87. Art. 54, apartado 4, adicionado por el Decreto-Ley 87, de 1999.

²⁰Código Penal. Ley No. 62, de 29.12.87. G.O., de 30.12.87. Art. 54, apartado 1, modificado por el Decreto-Ley 87, de 1999.

²¹Código Penal. Ley No. 62, de 29.12.87. G.O., de 30.12.87. Artículos 52-g), 53-b) y d) y 21-26, y Ley de los Delitos Militares. Ley 22, de 15.2.79. G.O., de 5.3.79. Art. 51.

Así, el Código Penal, en el Artículo 67, prevé en qué casos se crean antecedentes penales, cuándo y cómo se cancelan, lo que cobra significación para decidir si procede apreciar la reincidencia o la multirreincidencia que, de conformidad con el apartado 3 del Artículo 55, da lugar preceptivamente, y en su apartado 4, facultativamente, a la formación de un nuevo marco penal concreto.

El apartado quinto de la Instrucción 175 puntualiza que se debe verificar que los antecedentes penales no estén cancelados, o haya decursado el término para hacerlo de oficio, o sean por sanciones subsidiarias o remitidas condicionalmente que ya extinguidas y que aun cuando no se encuentren cancelados, hayan perdido virtualidad y, por ello, no se deben tener en cuenta.

Es incuestionable la importancia de las características individuales del enjuiciado al particularizar la sanción, sobre todo en los casos de pluralidad de autores y cómplices, pues aun con una intervención en los hechos delictivos de similar envergadura, puede ser diferente el merecimiento de pena, en atención tanto a los fines represivos como a los preventivos de la punición.

Así, el comportamiento destacado en el cumplimiento de los deberes para con la Patria, el trabajo, la familia y la sociedad, se reconoce en el Código Penal como atenuante de la responsabilidad penal, mientras que la Ley de los Delitos Militares concede igual rango a la buena conducta militar, la ejecución de alguna acción heroica y haber prestado relevantes servicios a la Patria.²²

Especial cuidado debe tenerse en el efecto que se le confiera a la conducta anterior del enjuiciado, en algunos ilícitos penales que son generalmente cometidos por personas con un positivo comportamiento social, ya que no es atinado sobrevalorarla, ni invertir su incidencia en sentido agravatorio.

La Ley de los Delitos Militares prevé como agravante la comisión anterior de un delito, cuando el tribunal considere que revela mayor peligrosidad en el infractor.²³

El Artículo 17 del Código Penal, en su apartado 1, faculta a reducir los límites mínimo y máximo de la

sanción a quienes, al delinquir, tienen entre 16 y 20 años de edad. Respecto a ellos, y a los de hasta 21 años y normal conducta social, la citada Instrucción 175, en el apartado primero, reclama especial consideración al adecuar la sanción, en cuanto a valorar preferentemente las que no conlleven internamiento. Por otra parte, el apartado 2 de dicho precepto permite disminuir el límite inferior de la pena a los mayores de 60 años.

El apartado 1 del Artículo 20 exime de responsabilidad penal a quienes no poseen facultad para comprender el alcance de sus actos o de dirigir su conducta y, en su apartado 2, establece preceptivamente la creación de un nuevo marco penal, mediante la reducción de los límites de la sanción a quienes la presentan sustancialmente disminuida.

La conducta mantenida por el infractor con posterioridad a la comisión del delito alcanza entidad de circunstancia atenuante, en el Artículo 52, inciso ch), del Código Penal, cuando evita, repara o disminuye, espontáneamente, las consecuencias del delito, o da satisfacción a la víctima, confiesa a las autoridades su participación en el hecho o contribuye a su esclarecimiento, y en el Artículo 52, inciso ch), de la Ley de los Delitos Militares, cuando se reprueba su conducta delictiva.

Las características analizadas constituyen un elemento de adecuación más, pues de lo contrario podría entenderse que se propugna un derecho penal de autor, ajeno al sistema de justicia penal cubano.

- **Posibilidades de enmienda.** Se relacionan de manera indisoluble con el resto de los factores estudiados; para fijarlas, se requiere de un mesurado examen ya que no se manifiestan expresamente.

Definir hasta dónde el infractor se halla en capacidad de rectificar su conducta resulta sustancial para concluir cuál sanción es la más atinada por su naturaleza y cuantía; si se necesita la privación de libertad y, en este caso, si procede subsidiarla o remitirla condicionalmente; si puede ser pecuniaria o basta sustituirla con una amonestación.

Para el delito de lesiones, además, el Artículo 273 del Código Penal señala que se tendrá en cuenta, es-

²²Código Penal. Ley No. 62, de 29.12.87. G.O., de 30.12.87. Artículo 52-e), y Ley de los Delitos Militares. Ley 22, de 15.2.79. GO, de 5.3.79. Art. 52-a), b) y c).

²³Ley de los Delitos Militares. Ley 22, de 15.2.79. G.O., de 5.3.79. Art. 53-ch).

pecialmente, el grado en que la intención del culpable coincide con la naturaleza y entidad de las causadas.

Por otra parte, el propio Código establece, en el Artículo 48 apartado 1, el marco penal correspondiente a los delitos que se cometen por imprudencia; y, en su apartado 2, las reglas de adecuación generales para estos casos, respecto a los que, aunque directamente vinculadas con el carácter imprudente del delito, también la peligrosidad social y las características conductuales y personales del sujeto son elementos a tener en consideración para determinar la naturaleza y medida de la punición.

En estos casos, el Dictamen 255, de 3.12.86, precisa la posibilidad de imponer privación de libertad o multa, aun cuando la forma intencional se sancione únicamente con privación de libertad, excepto en los delitos contra la seguridad del tránsito, donde la imprudencia forma parte del tipo penal y para los cuales el Artículo 183 prevé normas de adecuación propias.

Respecto a la sanción de multa, el apartado 4 del Artículo 35 distingue los elementos específicos que además actúan para su individualización.

En el ejercicio del arbitrio judicial, el tribunal cuenta, además, con sanciones principales subsidiarias a la privativa de libertad y a la multa, accesorias, y la remisión condicional²⁴, que tienen un importante cometido para lograr una certera particularización de la pena.

Sobre la privativa de libertad, el apartado primero de la Instrucción 175 plantea que, cuando se prevé conjuntamente con la de multa, o sea posible imponer hasta 5 años, se valorará siempre, en primer orden, la posibilidad de aplicar la multa o de sustituirla por alguna subsidiaria, preferentemente de las que no llevan internamiento. Este análisis, considero que también es válido para la remisión condicional de la sanción.²⁵

Esclarecedores resultan los dictámenes 381, de 13.3.97, y 416, de 14.5.02, relativos a sanciones subsidiarias; en el primero, al señalar que la condición de reincidente o multirreincidente, como elemento único de va-

loración, no impide aplicar la de trabajo correccional con internamiento, si se llega a la conclusión de que la reeducación del acusado es susceptible de obtener por medio del trabajo; y en el segundo, al exponer cómo actuar cuando un sancionado se encuentre extinguiendo una sanción subsidiaria a la privativa de libertad o en remisión condicional de la pena y sea sancionado por un nuevo delito.

Cuando la ejecución de la subsidiaria de trabajo correccional con internamiento se ve afectada por algún impedimento para laborar por parte del sancionado, el Dictamen 377, de 26.12.96, aclara que el tribunal deberá disponer su aplazamiento a tenor de lo establecido en el Artículo 498 de la Ley de Procedimiento Penal; pero, si fuere de carácter definitivo y permanente, se revocará y se dispondrá el cumplimiento de la privación de libertad originalmente impuesta.

Las sanciones accesorias, en combinación con las principales, contribuyen a una adecuada individualización, sin necesidad, en ocasiones, de prolongados tiempos de privación de libertad o aun prescindiendo de ella mediante las subsidiarias o la remisión condicional, como ocurre con las que afectan el patrimonio de quien delinque y con las prohibitivas del ejercicio de determinado cargo, oficio o profesión, entre otras.

La Instrucción 175, en su apartado segundo, reitera la importancia de imponer, junto con las sanciones principales, las correspondientes accesorias, especialmente en los delitos caracterizados por la obtención ilícita de bienes y recursos materiales o financieros, las de comiso o confiscación de bienes.

En lo relativo al comiso, el Dictamen 364, de 30.5.95, explica que no contempla excepción respecto a ningún ilícito penal e indica su procedencia respecto a los medios de transporte empleados intencionalmente.

Para la fase de adecuación administrativa, ejecutiva o penitenciaria, el Código Penal también brinda instrumentos para una adecuada individualización. Específicamente lo relativo a la privación de libertad se regula en los artícu-

²⁴Código Penal. Ley No. 62, de 29.12.87. G.O., de 30.12.87. Arts.32-34, modificados por el Decreto-Ley 175, de 17.6.97, G.O. Ext. No. 6, de 26.6.97: trabajo correccional con internamiento, trabajo correccional sin internamiento y limitación de libertad; Art. 36: amonestación; arts. 37-46: privación de derechos, privación o suspensión de derechos paterno-filiales y de tutela, prohibición del ejercicio de una profesión, cargo u oficio, suspensión de la licencia de conducción, prohibición de frecuentar medios o lugares determinados, destierro, comiso, confiscación, vigilancia por las comisiones de Prevención y Atención social, expulsión de extranjeros del territorio nacional; y Art. 182: suspensión de la licencia de conducción, y en la Ley de los Delitos Militares. Ley 22, de 15.2.79, G., de 5.3.79. Art. 58.1: privación del grado militar. En ocasiones, el Código Penal dispone taxativamente la aplicación de alguna accesoria, como ocurre, por ejemplo, en el Artículo 309 y en la Ley de los Delitos Militares.

²⁵Código Penal. Ley 62, de 29.12.87. G.O., de 30.12.87. Art.57, y Ley de los Delitos Militares. Ley 22, de 15.2.79. G.O., de 5.3.79. Art. 62.

los 30 y 31, mientras que las particularidades en la ejecutoria de las que la subsidian quedan establecidas en los artículos 32 al 34.

El Artículo 30, en sus apartados 13 y 14, prevé, durante el cumplimiento de la sanción de privación de libertad que no exceda de 5 años, la posibilidad de sustituirla por las subsidiarias de trabajo correccional con internamiento o sin él, o limitación de libertad.

El Artículo 31, apartados 3 –incisos a) y b)–, 4 y 5, precisa que el sancionado puede disfrutar de permisos de salida, expresa la facultad de conceder licencia extrapenal y define que el tiempo que permanezca en alguna de esas situaciones, hospitalizado y el de rebaja de sanción por buen comportamiento, se computan a los efectos de su extinción, lo que también señala el Dictamen 409, de 6.9.01.

La libertad condicional²⁶ igualmente constituye un instrumento relativo a la consecución de los fines de la punición que informan a la política penal.

En este sentido, la Instrucción 175, apartados sexto y séptimo, expresa que los tribunales actuarán consecuentemente ante las solicitudes de conceder los beneficios de excarcelación anticipada y, en lo relativo a la libertad condicional, insta a no sobredimensionar las características del delito cometido, evitar la tendencia a realizar un nuevo enjuiciamiento, verificar que se cumplan los requisitos de tiempo y conducta previstos, y si existen razones para colegir que el sancionado puede reinsertarse en la sociedad con una actitud positiva.

El juez encargado del control de la ejecución de sanciones no privativas de libertad, remisión y libertad condicional, regulado en las instrucciones 163, de 14.12.00, y 163-bis, de 24.4.02, ha cubierto el vacío que existía en cuanto a su efectivo cumplimiento, por lo que resulta una garantía de que no exista impunidad.

4.2. Política penal y Batalla de Ideas

La Batalla de Ideas que se lleva a cabo hoy en nuestro país está constituida por un grupo de programas armónicamente entrelazados, esencialmente dirigidos a alcanzar de manera más efectiva la justicia social. Tiene, por tanto, un reflejo directo en el estudio del fenómeno de la criminalidad, y las tareas que deben desplegarse para enfrentarlo.

A resultas de investigaciones acerca de las causas del delito en jóvenes que se encuentran privados de libertad, se determinó la relación existente entre la actividad delictiva y determinados problemas subsistentes en la sociedad, núcleos familiares disfuncionales, desvincu-

lación del estudio y el trabajo, algunas zonas de marginalidad, entre otros.

Para afrontar en el plano social estas y otras causas condicionantes de dicho fenómeno, sobre todo entre la juventud, la dirección de la Revolución definió los postulados estratégicos básicos y programas encaminados a erradicar los vestigios de injusticia social que influyen en la actividad delictiva, y a garantizar la futura reinserción a la sociedad de los que han delinquido y se encuentran cumpliendo sanción.

Especial relevancia cobran, en la consecución de tales propósitos, los trabajadores sociales, a quienes se les ha dotado de una preparación integral y se les han fijado tareas concretas para el desempeño de tan delicada función.

Al respecto, el Presidente del Consejo de Estado, Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, entre otros pronunciamientos, ha expresado: «El trabajador social trabaja con el que cometió un delito y salió de la prisión, . . . rendimos culto a la educación, no a la reeducación. Hemos descubierto que la educación es el antídoto por excelencia contra el delito, probada en investigaciones sociales.»²⁷

Los programas de la Batalla de Ideas vinculados con la actividad delictiva se reflejan también en el ámbito de la *política penal*, tanto en lo que concierne a la impartición de justicia –que reclama cada vez mayor racionalidad y fundamentación– como en lo relativo al cumplimiento de la sanción y la inserción de los sancionados en la sociedad mediante las penas pecuniarias, las subsidiarias a la privación de libertad que no llevan internamiento y la remisión condicional, además de la consecuente concesión de excarcelación anticipada y la labor educativa en las prisiones con vistas a su reincorporación a la sociedad.

Una muestra de la concreción de estos principios se halla en la activa participación de los trabajadores sociales en las tareas relacionadas con los sancionados que cumplen subsidiarias a la privación de libertad, y con los que se encuentran reclusos en establecimientos penitenciarios y, también, en la Resolución Conjunta No. 1, del Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Tribunal Supremo Popular, que tiene como objetivo regular el procedimiento para reincorporar al trabajo socialmente útil a las referidas personas y a los que egresan de los centros especializados del Ministerio del Interior para cumplir medidas de seguridad.

²⁶ Código Penal. Ley No. 62, de 29.12.87. G.O., de 30.12.87. Art. 58, y Ley de los Delitos Militares. Ley 22, de 15.2.79. G.O., de 5.3.79. Art. 63.

²⁷ Conferencia del Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz en el Consejo Nacional de Deportes, Asunción, Paraguay, 16.8.03, Editado por el Consejo Nacional de Deportes, Asunción, Paraguay.

5. Política penal y fundamentación de la sentencia

La motivación de la sentencia penal es un tema recurrente en la actualidad, por lo que resulta oportuno recordar sus efectos positivos: posibilita al juez detectar y, de ser posible, subsanar sus propios errores; permite a las partes conocer las razones que justifican la decisión adoptada; propicia el control de la actividad jurisdiccional, tanto por el tribunal que conoce del recurso como por los ciudadanos en general y cumple una función de prevención general y especial.

Singular importancia reviste la fundamentación de la pena impuesta, no solo desde el punto de vista fáctico y jurídico, sino también en cuanto a la valoración del porqué es esa la que corresponde, toda vez que ha quedado superado el criterio de que el arbitrio judicial es una facultad discrecional omnímoda del órgano de primera instancia, en virtud de la cual no tiene que brindar razón alguna de su ejercicio.

Por tanto, es necesario que el sostén de la sanción impuesta se aprecie del contenido integral de la sentencia, de tal forma que permita colegir cuáles factores determinaron el uso de las normas de adecuación apreciadas y de la sanción dispuesta.

En Cuba, la motivación de la sentencia encuentra respaldo constitucional en el derecho a la defensa, refrendado en el ya citado Artículo 59 de la Constitución de la República; y, específicamente en lo concerniente a la de la sanción, las leyes procesales vigentes, cuando regulan la forma de confección de la sentencia, le brindan soporte en el orden procesal.

La Ley de Procedimiento Penal, en el Artículo 44, se refiere a los fundamentos de la sanción que proceda imponer, «con señalamiento de las circunstancias no suficientemente caracterizadas y cualquiera otros elementos que el tribunal haya tomado en cuenta para adecuarla», lo que también prevé la Ley Procesal Penal Militar, en el Artículo 371, apartado 3, inciso d).

Además, la Instrucción 115 y el Acuerdo 239 antes mencionados indican, en sus apartados cuarto y tercero, respectivamente, la necesidad de llevar a la sentencia las razones que asistieron al tribunal para aplicarlos.

La fundamentación de la sanción cumple, entonces, una función ambivalente, tanto por la posibilidad de control, social y jurisdiccional, como por su influencia en el logro de los fines de la sanción.

En lo referente al control jurisdiccional, la Ley de Procedimiento Penal –causal sexta del Artículo 69– y la Ley

Procesal Penal Militar –Artículo 402.4 en relación con el 406– franquian la posibilidad al órgano de casación de revisar el uso que haya hecho el de instancia del arbitrio judicial, cuando establecen que, a pesar de encontrarse la sanción dentro de los límites que la ley señala, aquel no se haya utilizado adecuadamente.

El procedimiento especial de revisión en la Ley de Procedimiento Penal, tal y como quedó modificado por el Decreto-Ley No. 87, de 22.7.85, y el de inspección judicial previsto en la Ley Procesal Penal Militar, también admiten como causal el uso indebido de la facultad arbitral.

No obstante, esta potestad debe emplearse con mesura solo cuando resulte evidente una decisión desproporcionada, por exceso o por defecto, en este caso, en respeto del principio de la *no reformatio in peius*, únicamente en virtud de recurso del fiscal y, además, de acuerdo con la ley de trámites militar, del perjudicado.

Respecto al logro de los fines de la punición, constituye garantía de transparencia en la impartición de justicia y contribuye a la comprensión por el sancionado y la sociedad, de la justeza de la medida impuesta, como presupuesto para que alcance no solo el propósito de reprimir, sino también de educar y prevenir.

CONCLUSIONES

La *política penal*, como parte de la política de un Estado dado, está en correspondencia con el régimen económico-social que lo sustente y el momento histórico concreto; se relaciona con el ejercicio del poder punitivo y traza los lineamientos estratégicos sobre los cuales llevarlo a cabo.

En Cuba, se expresa mediante los principios consagrados en la Constitución de la República, en las leyes penales sustantivas y procesales, las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias del máximo órgano de justicia.

Su aplicación consecuente requiere de los jueces una elevada preparación político-ideológica y profesional, el conocimiento de las condiciones de existencia de la sociedad, y la capacidad de combinarlos de modo coherente y equilibrado, a fin de tomar decisiones caracterizadas por su racionalidad y proporcionalidad, debidamente fundamentadas.

Por su contenido, guarda relación con la Batalla de Ideas que se desarrolla en nuestro país, en aras de alcanzar un propósito mayor: la plena justicia social.

BIBLIOGRAFÍA

- Asencio Cantisán, Heriberto. «La Individualización de la pena». Seminario Internacional sobre implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil. RPI-UNJC. La Habana, 24 y 25 de febrero de 2005.
- Baratta, Alessandro: «Política Criminal: Un concepto complejo y problemático», en *Delito y seguridad de los habitantes*. México D.F., Editorial Siglo XXI. Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2da. edición corregida. Madrid Pons, Editorial Praxis SA. Barcelona, 2002.
- Bodes Torres, Jorge: «Cuba: racionalidad y política penal». Seminario Internacional sobre implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil. RPI-UNJC. La Habana, 24 y 25 de febrero de 2005.
- Bustos Ramírez, Juan: *Política Criminal y Estado*. Versión digital CENDIJ/Tribunal Supremo Popular.
- Cobo del Rosal, Manuel, López Barja de Quiroga, Jacobo y otros: «Comentarios al Código Penal». EDESA. Madrid, 2000.
- De la Cruz Ochoa, Ramón: «Política Criminal. Notas sobre su concepto, métodos y sus relaciones con la Criminología». Conferencia. I Encuentro Internacional «Justicia y Derecho». La Habana, octubre de 2002.
- _____ : Intervención en el Seminario Internacional sobre implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil. RPI-UNJC. La Habana, 24 y 25 de febrero de 2005.
- Espinosa González, Luis Alberto, Fraile Labastida, Hanoi y Fernández Hernández, Anyeline: Ponencia en taller sobre «La racionalidad en las decisiones judiciales y su fundamentación en la sentencia». Ciudad de La Habana, junio de 2005.
- Felizola Chuy, Eduardo, Sánchez Escobar, Irene y Columbié Padrón, Germán. Holguín, junio de 2005.
- González Ríos, Esther Lilia y Machado Álvarez, Aldo: Ponencia en taller sobre «La racionalidad en las decisiones judiciales y su fundamentación en la sentencia». Ciudad de La Habana, junio de 2005.
- Hernández Rodríguez, Rufina: «La individualización judicial de la pena». Seminario Internacional sobre implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil. RPI-UNJC. La Habana, 24 y 25 de febrero de 2005.
- Jakobs, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. (Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.) 2da edición corregida. Pons. Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1997.
- Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (Trad. de Miguel Olmedo Carmenete. 5ta edición corregida y ampliada. Edit. Comares. Granada, 2002.
- Lema Águila, Ismael y Casas Zayas, Félix A.: Ponencia en Taller sobre «La racionalidad en las decisiones judiciales y su fundamentación en la sentencia». Matanzas, junio de 2005.
- Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. 6ta edición. Reppetor. Barcelona, 2002. (www.reppetor.com).
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*. 5ta edición revisada y puesta al día. Tirant lo blanch. Valencia, 1996.
- Pérez Pérez, Pedro A.: «El proceso de medición de la pena desde la perspectiva judicial». *Justicia y Derecho*, No. 2, año 1, diciembre de 2003, Ciudad de La Habana.
- Quintero Olivares, Gonzalo: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ra edición. Aranzadi. A. Thomson Company, 2002.
- Quirós Pírez, Renén: «Las sanciones subsidiarias». Seminario Internacional sobre implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil. RPI-UNJC. La Habana, 24 y 25 de febrero de 2005.
- Ramos González, Evelio: «Carácter estratégico de la Batalla de Ideas. Compilación de conceptos operacionales básicos». Editorial Ediciones de la Escuela Superior del Partido Níco López, abril de 2004.
- Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, t. I. (Trad. de la 2da edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal.) Editorial Civitas, S.A., 1997.
- Tribunal Supremo Popular: *Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales*. La Habana, mayo de 2002.
- Unión de Jóvenes Comunistas: *Programa de los Trabajadores Sociales*. Junio de 2004.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Derecho Penal. Parte General*. 2da. Edición. Edit. Ediar. 2002.
- Zaragoza Pupo, Carlos: «La motivación de la pena. Control Casacional». Seminario Internacional sobre implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil. RPI-UNJC. La Habana, 24 y 25 de febrero de 2005.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba, de 24.2.76, con sus modificaciones. Gaceta Oficial de 1.8.92.
- Código Penal, Ley No. 62, de 29.12.87. Gaceta Oficial de 30.12.87.
- Ley de los Delitos Militares, Ley 22, de 15.2.79. Gaceta Oficial de 5.3.79.
- Ley de Procedimiento Penal, Ley No. 4, de 13.8.77. Gaceta Oficial de 15.8.77.
- Ley Procesal Penal Militar, Ley No. 6, de 8.8.77. Gaceta Oficial de 18.8.77.
- Decreto-Ley No. 87, de 22.7.85. Gaceta Oficial Ext. de 22.7.85.
- Resolución Conjunta No. 1/2004. MININT-MTSS-TSP, 25.10.04.

Principio de contradicción *versus* mecanismos de negociación de la pena...



Lic. Rodolfo Fernández Romo
Especialista en Derecho Penal

La insatisfacción con los esquemas procesales existentes en el modelo de enjuiciamiento europeo continental tradicional propició que el movimiento reformador originado en la segunda mitad del pasado siglo tomara como base para sus cambios, instituciones asociadas al sistema adversarial del *common law* de los Estados Unidos de Norteamérica; método de enjuiciamiento que desarrolla un proceso penal cuya inspiración predominante es la imagen de una contienda entre dos partes ante un órgano jurisdiccional relativamente pasivo con adjudicadores legos independientes;¹ cambios que fueron extendidos a Latinoamérica en la década de los noventa.

Las primeras reformas se produjeron en Alemania en 1974, seguidas por las de Portugal en 1987, y las de Italia y Francia en 1999. Estas pretendieron imponer un cambio en la estructura del proceso penal, de acusatorio formal o mixto a un modelo acusatorio donde la contradicción como principio se respetase desde el comienzo de la persecución penal.

Entre las modificaciones procesales que se hicieron en estos países, que repercutieron sobre la concepción que se tenía del principio de contradicción en el proceso penal, identificamos las siguientes:

- Se pretende asentar plenamente un sistema acusatorio y, como reflejo del anglosajón, se postula un proceso de partes, propiciando la igualdad entre ellas y

la plena vigencia del contradictorio, o sea, el desenvolvimiento con contradicción de los sujetos, en condiciones de igualdad ante un juez tercero imparcial, donde esté presente también el derecho a la defensa.

- La investigación es dirigida por el Ministerio Fiscal y llevada a cabo por la policía, bajo el control del juez, quien vela por el respeto de los derechos fundamentales del inculcado, los que solo podrán ser desconocidos previa autorización judicial.
- Se instaura un estricto sistema probatorio, con rechazo de aquellas fuentes de prueba adquiridas con desprecio de los derechos fundamentales e introducidas procesalmente a través de los medios de prueba con desconocimiento de sus exigencias de inmediación y contradicción.

Sin embargo, esta corriente de reformas desarrolló, a su vez, instituciones procesales que modifican sensiblemente la estructura del proceso penal e impiden la vigencia del contradictorio, al menos en el momento de su realización paradigmática, el juicio oral.

Con una visión economista del proceso, en busca de la rapidez, simplicidad, menor coste, mayor eficacia de la justicia penal y por la influencia anglosajona del *plea bargaining*,² se tiende a favorecer los acuerdos entre acusación y defensa, o la conformidad del acusado con la pena y la calificación fiscal y se prevén modalidades procesales aceleradas, sin teórica disminución de las garantías como el abreviado.

¹En este sentido, Langer, M.: «La Dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado». Trabajo contenido en la obra *El procedimiento abreviado*, de Maier, J. y Bovino, A. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2001, p. 97. Precisa que los procesos penales de la tradición jurídica continental-europeos y latinoamericana, a lo largo de un periodo de más de cien años, han importado del derecho anglosajón varias instituciones jurídicas: distinción entre funciones requirentes y decisorias, adopción del juicio oral, público y contradictorio, introducción de formas de participación ciudadana en la administración de justicia penal, investigación penal preparatoria a cargo del fiscal. Así, Damaska, M.: *Aspectos Globales de la Reforma Procesal Penal*. Sitio web http://www.dplf.org/CJR/span/us_cjr98/us_cjr98_damaska.pdf (p. 3). Fecha de consulta: 23 de agosto de 2005.

²En este sentido, Bernd, S.: *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. España, 1991, p. 51. Así, Fernández Entralgo, J.: *La conciliación en el proceso penal*. Impreso en LITOCOM, S. de R. L. de CV. Tegucigalpa, 2001, p. 51; Cabezudo Rodríguez, N.: *El Ministerio Público y la justicia (Continúa en la pág. 20)*

Dentro de las repercusiones fundamentales, desde el punto de vista jurídico de estos procesos acelerados, sobresale significativamente la novedad de poder ser condenado sin haber sido previamente oído y vencido en juicio, o lo que es igual, sin que tenga lugar el debate penal y, consecuentemente, sin que se concrete el principio de contradicción en la etapa decisiva del proceso.

Sin embargo, de manera contraria a lo concebido inicialmente, si bien se ha agilizado la tramitación del proceso por esta vía, los mecanismos de simplificación de la justicia han propiciado que la denominada crisis del proceso penal se haya agudizado, en tanto se trata de una cuestión que pugna directamente con los principios jurídicos que informan el sistema de enjuiciamiento europeo continental y latinoamericano.

Con vista a lograr una mejor comprensión de este fenómeno, se impone que ofrezcamos una breve caracterización de los fundamentos sobre los que se sostienen tanto el sistema angloamericano como el continental europeo y latinoamericano.

El proceso penal angloamericano se fundamenta en la real existencia del proceso de partes tomado de la época germánica, donde un juez imparcial y no participante en la investigación decidía el conflicto presentado por estas, estructura que se ha conservado en los Estados Unidos, donde el modelo copiado originariamente de Inglaterra fue desarrollado con la presentación de la fiscalía como la autoridad profesional de la acusación.

En este, el acusador y el acusado con su defensor llevan el proceso como partes enfrentadas entre sí, con

iguales derechos, las que se encargan de presentar a los testigos y tomarles declaración ante el jurado, bajo la supervisión del juez profesional, quien no participa directamente en la decisión de culpabilidad y, en caso de una condena por el jurado, debe finalmente fijar la sentencia.³

Conforme al *plea bargaining*, de antemano se negocia entre la fiscalía y la defensa el reconocimiento de culpabilidad del acusado de antemano, es decir, de cierta forma se compra, a través del reconocimiento de culpabilidad, una considerable reducción de la pena que determina la fiscalía, de manera formal o informal, con el tribunal.

De acuerdo con la estructura del proceso angloamericano, el acusado puede prescindir completamente del juicio oral donde se determine sobre la cuestión de culpabilidad y, con ello, también de la prueba, si desde el inicio se declara culpable, a través de su *guilty plea*. Esta confesión de culpabilidad sustituye, entonces, la determinación de culpabilidad judicial y resulta inmediatamente el fundamento para la determinación de la pena.

Mediante el mecanismo de la *guilty plea*, el juez le pregunta al imputado, en una etapa anterior al juicio, si se declara culpable o no. Si no se declara culpable, el proceso continúa hasta la realización del juicio contradictorio que determinará sobre su culpabilidad.

Este sistema está informado por el principio dispositivo y si el acusador es, junto al imputado, dueño de la disputa, es natural que pueda en cualquier momento desistirla total o parcialmente.⁴

(Viene de la pág. 19) negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Granada, España, 1996, pp. 113-54; Friedman, L.: *Introducción al derecho norteamericano*. Barcelona. 1988, pp. 86-99; Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 1997, p. 45. Así, Anitua, G.: «El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva». Trabajo contenido en la obra *El procedimiento abreviado*, de Maier, J. y Bovino A. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2001, p. 144. Consultar sobre el *plea bargaining*, David R.: *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1969, p. 317; Friedman, L.: Ob. cit., pp. 86-99; Carrio, A.: *El Enjuiciamiento Penal en la Argentina y en los Estados Unidos. Análisis comparativo en función de una reforma procesal*. Ediciones Universitarias Eudeba. Buenos Aires, 1990, p. 58; Cabezudo Rodríguez, N.: Ob. cit., pp. 113-154; Basílico, R. y Abad, F.: *Sistema Procesal Penal en los Estados Unidos*. Sitio web <http://www.juschubut.gov.ar/>. Fecha de consulta: 15 de enero de 2005. Así, Colectivo de autores: *El sistema procesal penal en los Estados Unidos* http://www.pfyaj.com/chechchi/chechchi/biblioteca/Libro_lecturas_complementarias.pdf (p. 43). Fecha de consulta: 16 de febrero de 2005.

³En el sistema norteamericano, las partes llevan paralelamente dos investigaciones preliminares; de una parte, el fiscal y la policía y, de otra, la defensa, el imputado y sus investigadores. Esta ausencia de una única investigación oficial y, por tanto, de un expediente oficial, hacen que las partes lleven el dominio del proceso, son estas quienes realizan sus propias pesquisas con el objetivo de preparar sus posiciones para el juicio o la negociación sobre los hechos y la pena, quienes presentan sus testigos y peritos al tribunal y también las que los interrogan, mediante *direct and cross-examination*, donde los miembros del jurado, como regla, no pueden hacer sus propias preguntas.

⁴En este sentido, Langer, M.: Ob. cit, p. 121. Si el proceso penal se concibe como una disputa entre dos partes, es natural que ellas puedan disponer y negociar, poniéndose parcialmente o totalmente de acuerdo sobre cuál es el objeto de la controversia o si existe alguna; este es uno de los elementos que explica el porqué del *plea bargaining*, cuya práctica masiva en el sistema estadounidense es relativamente reciente y ampliamente aceptado por los operadores de este sistema jurídico -jueces, fiscales y abogados defensores-. Este modelo... no es solo una suma de elementos procesales, sino un auténtico modelo cultural sobre qué es el proceso penal.

Por su parte, el sistema de enjuiciamiento continental europeo y latinoamericano surgió del sistema inquisitivo, en el cual el acusado era el objeto del proceso de instrucción llevado a cabo por jueces estatales.

Este tipo de proceso se desarrolló, por un lado, a través de una división de tareas entre el tribunal y la fiscalía, creada por primera vez en Francia, como la autoridad acusadora; por otro, mediante el reconocimiento a la defensa de sus derechos propios, el juicio oral se desarrolló formalmente como un proceso de partes.

A diferencia del sistema angloamericano, en esta forma de juzgar, el juez practica personalmente la prueba en la vista pública y tiene encomendada la tarea de buscar, como ocurría también en el viejo proceso inquisitivo, la llamada verdad material y, de oficio, impulsar la acción penal del Estado, una vez interpuesta la acusación, sin que la fiscalía ni el acusado tengan ya ningún tipo de disposición.

Conforme a este modelo procesal, la práctica de la prueba y la determinación de la sentencia, por tanto, no pueden ser reemplazados por el reconocimiento formal de la culpabilidad del acusado; dicho de otra manera, tampoco cabe pensar en la instauración del *plea bargaining*.

En nuestro sistema procesal, rige el principio de oficialidad, conforme al cual el fiscal lleva adelante la investigación con el objetivo de determinar si el imputado ha cometido el delito. Pero no tiene un interés predeterminado en cómo se debe resolver el proceso; su propósito es que se establezca la verdad de lo acontecido y, de manera imparcial, que se sancione a los culpables o se absuelva a los inocentes, mientras que el acusado es parcial por definición, en el sentido que sí tiene un interés directo en cómo se resuelva el asunto.

Aquí, el proceso, en lo fundamental, no se desarrolla mediante la actividad de las partes; de hecho, no existen partes en sentido material, sino la actividad del fiscal sobre la base del principio de oficialidad; e, incluso, en el juicio oral, el tribunal desempeña un activo papel y tiene la responsabilidad de averiguar la verdad material, interroga a testigos y peritos y puede disponer pruebas de oficio.

Asímismo, la aceptación de culpabilidad por parte del acusado no significa la terminación del proceso, su confesión es solo un punto de partida importante para determinar la verdad, la que tiene que ser corroborada por las autoridades estatales y el proceso culmina con la sentencia que en un sentido u otro dicte el tribunal.

Analizadas estas características, no es difícil aceptar que los mecanismos de negociación no se ajustan a nuestro sistema de derecho; en primer lugar, porque no hay dos partes para negociar en el sentido que las presenta el modelo norteamericano; y, en segundo, porque la verdad material no se negocia, sino que se investiga y determina.

Esta descripción permite razonar que, en sentido general, hay dos modos de concebir el litigio entre acusador y acusado en condiciones de igualdad frente a un tercero imparcial:

Por un lado, como una disputa material, donde las partes son dueñas del litigio y, como tales, pueden disponer en cualquier momento de él; tal es el caso del sistema angloamericano, donde el principio de contradicción, a pesar de ser consustancial a la estructura del proceso penal, no siempre es necesario que se cumpla hasta sus últimas consecuencias y, por tanto, resulta viable la existencia en él de mecanismos de negociación de la pena.

Por otro, como una disputa formal, según la cual el acusador y al acusado deben enfrentarse en condiciones de igualdad, pero no son dueños de la contienda y, en tanto, no pueden disponer de ella, como sucede en el sistema continental europeo y latinoamericano, donde el principio de contradicción se concibe como la *antesala de todo proceso penal*,⁵ es decir, como su presupuesto ineludible, y los acuerdos sobre la pena carecen de base legal.

Estas formas de resolución de conflictos penales en los sistemas europeos continentales y latinoamericanos fueron introducidos, primero, en Alemania y, después, han sido incluidos, paulatinamente, en España,⁶

⁵En este sentido, Mendoza Díaz, J.: *Principios del Proceso Penal*. Obra contenida en CD-ROM, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2003, p. 3.

⁶España recoge el procedimiento abreviado entre los procedimientos especiales que regula en el Título III, Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que comprende del Artículo 779 al 798, por medio del cual podrán conocerse causas por delitos castigados con penas privativas de libertad no superior a nueve años. En este, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente antes de iniciarse la práctica de la prueba, pueden pedir al juez que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Si la pena no excediera de seis años, el juez o tribunal dictará sentencia en correspondencia con la conformidad aceptada de las partes. (*Continúa en la pág. 22*)

Italia,⁷ Argentina,⁸ Guatemala,⁹ Costa Rica,¹⁰ Cuba,¹¹ etc.

En nuestro sistema de derecho, estos acuerdos informales funcionan de manera similar al *plea bargain* de los Estados Unidos, aunque con una diferencia: no contienen acuerdos formales; en ellos, el acusado no se declara culpable como en la *guilty plea*, sino que generalmente formaliza una confesión, que es valorada por el tribunal como un medio de prueba ordinario para su culpabilidad.

Conforme a las diversas formas de negociación por las cuales el fiscal y el imputado pueden llegar a acuerdos, como el proceso abreviado, el fiscal requiere una determinada pena a cambio de que el imputado acepte la no realización del juicio e, incluso, admita el hecho que se le imputa y su participación en él.

El tribunal puede aceptar o rechazar los acuerdos y, según la regulación de cada país, condenar o absolver al

acusado, aun si ha habido acuerdo entre acusador y acusado. Pero si acepta el procedimiento abreviado, en sentido general, no puede imponer una pena mayor que la solicitada por la acusación.

Mediante los acuerdos de partes, se desnaturaliza completamente la estructura procesal en nuestro sistema de derecho y, ante la falta de poderes de disposición del objeto del proceso por las partes, los acuerdos sobre la base de un futuro concierto procesal no son adecuados, ya que el juez debe actuar según principios jurídicos y no como un gentilhombre, en quien se puede confiar.¹²

Los acuerdos, cuando son realizados fuera del inicio del juicio oral sin la presencia del acusado y del tribunal, como puede suceder en Alemania;¹³ lesionan no solo el contenido material del principio de contradicción, sino también los de otras garantías procesales como la oralidad, intermediación, publicidad, juez legal, etc.

(Viene de la pág. 21) En este supuesto, el juez o tribunal solo podrá dictar sentencia en términos distintos para beneficiar al acusado, por estimar que el hecho carece de tipicidad o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la excepción de la pena o de su preceptiva atenuación, previa audiencia de las partes. Consultar, en este sentido, Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, contenida en CD-ROM, de Legislación Penal, número uno, de 2001-2003. Editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003. Consultar al respecto, Muerza Esparza, J.: *El Proceso Penal Abreviado*. Editorial Arazandi, SA. Navarra, España, 2002.

⁷En Italia, se incorporaron al nuevo Código Procesal Penal de 1988 dos nuevos procesos: el juicio abreviado (artículos 438 al 443) y la aplicación de la pena a instancia de partes (artículos 444 y 448), que permiten decidir el proceso sin juicio oral, sobre la base de la voluntad concorde de las partes, con relación a la pena a imponer, y prevén una reducción eventual de la pena del imputado, si solicita que el proceso se resuelva en audiencia preliminar, sin realización del juicio; conforme al Artículo 444, inciso 2, el juez no puede rechazar el acuerdo entre el fiscal y el acusado sobre la pena. En este sentido, Ferrajoli, L.: «Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal». Trabajo contenido en la obra *El procedimiento abreviado*, de Maier, J. y Bovino, A. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2001, pp. 43-48.

⁸El Código Procesal Penal de la Nación lo recoge en el Artículo 431 bis, el que requiere para su tramitación que el imputado dé su conformidad sobre la existencia del hecho y su participación en él. El acuerdo se admite en casos que prevean una pena inferior a seis años de privación de libertad; aquí, el acuerdo entre el fiscal y el acusado sobre la pena permite la no realización del juicio. Compilación de Códigos Iberoamericanos, ob. cit., s/p.

⁹Guatemala prevé el procedimiento abreviado en los artículos 464 y 465 de su Código Procesal Penal. Conforme a estos, procede el acuerdo entre fiscal y imputado en delitos que prevean penas menor a cinco años de privación de libertad. Este último debe aceptar el hecho contenido en la acusación y el tribunal puede no aceptar el acuerdo, cuando considere que procede imponer pena superior. Compilación de Códigos Iberoamericanos, ob. cit., s/p.

¹⁰El Código Procesal Penal de Costa Rica lo establece en los artículos 373-375. Conforme a su regulación legal, se puede prescindir del juicio oral cuando sea solicitado por el acusado, permitiéndole que, en caso de acuerdo con el fiscal, reciba como beneficio no solo que la pena no supere la pedida por este, sino que se pueda rebajar hasta un tercio del límite mínimo abstracto que prevé la ley para el delito aceptado. Compilación de Códigos Iberoamericanos, ob. cit., s/p.

¹¹Cuba introdujo el procedimiento abreviado como forma de juzgar en el Artículo 487 de la Ley de Procedimiento Penal, con la aprobación del Decreto-Ley 151, de 10 de junio de 1994. En el proceso tramitado, las partes pueden interesar del tribunal que dicte sentencia sin necesidad de practicar prueba alguna de conformidad con la acusación presentada por el fiscal. El tribunal puede aceptar o no el acuerdo; pero, si lo acepta, no puede imponer sanción mayor ni más grave que la admitida previamente por el acusado. Consultar sobre el procedimiento abreviado en Cuba a Candía Ferreira, J.: *El procedimiento abreviado en el derecho procesal cubano*. Temas sobre el proceso penal. Ediciones Prensa Latina S.A., La Habana, 1998.

¹²Ferrajoli, L.: Ob. cit., p. 45. La práctica del pacto puede provocar una importante perversión burocrática y policial de buena parte de la justicia penal, transformando el juicio en un lujo reservado solo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos. Y de que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución, pero también con una pena mucho más grave.

¹³Ibidem, ob. cit., p. 54.

La presunción de inocencia, por ejemplo, se lacera por toda iniciativa dirigida a obtener una confesión antes de la práctica de la prueba en el juicio oral, y cualquier decisión condenatoria sobre la base de la sola confesión del acusado quebranta la garantía de no declarar contra sí mismo.

Desde nuestra perspectiva o concepción del proceso penal, resulta incuestionable que una confesión negociada no puede significar de ninguna manera una prueba concluyente sobre la existencia de un determinado supuesto de hecho. El auténtico deber judicial de arribar a la verdad material solo puede considerarse cumplido con una confesión lo suficientemente calzada con otros medios probatorios vertidos en el juicio contradictorio.

La confesión del acusado presupone que el tribunal con todos los medios probatorios a su alcance debe comprobar su verdadero contenido, lo que se frustra con la canalización consensuada de la materia del proceso. En el acuerdo entre partes, se sustituye la práctica contradictoria de la prueba en el juicio oral, como mecanismo idóneo de la obligación judicial de esclarecimiento de los hechos, por la aceptación del resultado de la instrucción por el acusado.

La búsqueda de la verdad y el deber judicial de esclarecimiento de los hechos, como objetivos fundamentales de la forma de juzgar continental europea y latinoamericana,¹⁴ riñen totalmente con los acuerdos entre las partes, ya que, según la estructura básica del proceso, la fase de instrucción tiene función únicamente preparatoria y la prueba acerca del hecho se debe agotar en el juicio oral, contradictoriamente; mientras que el valor práctico de los acuerdos de partes –que consiste precisamente en una reducción esencial de la duración del proceso– viene a constituir un reconocimiento del contenido de la instrucción manifestada en la forma de una confesión que reemplaza el juicio.

Desde el punto de vista dogmático, nos encontramos aquí con una inversión de los valores en los que se ha basado la práctica procesal continental europea y latinoamericana desde sus inicios, ya que, a través de la

práctica de acuerdos, se declara culpable al acusado sobre la base de su reconocimiento del contenido de la fase instructiva, con la exclusión del juicio oral contradictorio, que se introdujo como pináculo de la confrontación de las partes y centro del proceso penal desde el siglo XIX, debido a la débil posición que ocupa desde entonces el acusado en la primera fase del proceso, con marcadas características inquisitivas.

En la fase de instrucción, se refleja una imagen selectiva del hecho, constituida esencialmente por la actividad investigativa del instructor o el fiscal y según determinadas hipótesis de sospecha. Esta no puede conducir a la determinación de la verdad material sin una verificación crítica a la luz de los hechos que presentan las partes, visión que suele aparecer únicamente en el juicio contradictorio.

Además, los acuerdos transforman al proceso penal, concebido hasta ahora como un conflicto de valores decididos por el juez como tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos.¹⁵

Con la implantación de la posibilidad de acuerdos sobre la pena, el Ministerio Público ha sido investido de un enorme poder de predeterminación tanto del método como del contenido del juicio, lo que contradice su naturaleza de parte, en situación de igualdad con el imputado.

La negociación, el pacto, el convenio, el acuerdo entre la acusación y la defensa es puntualmente lo opuesto al juicio contradictorio. El principio de contradicción, de hecho, consiste en el enfrentamiento, en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes y ningún proceso contradictorio existe entre estas que, más que combatir, oponerse y refutar la tesis del contrario, negocian entre sí en condiciones de desigualdad.

Lo expuesto nos permite concluir que las modalidades procesales sobre acuerdos entre acusación y defensa, y los procesos abreviados, copiados de la negociación anglosajona del *plea bargaining*, concebidos en

¹⁴En este sentido, Muñoz Conde, F.: *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Colección Claves del derecho penal. Vol. 1, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 97-102.

¹⁵Ferrajoli, L: Ob. cit., p. 45. Expresa: El pacto en materia penal, de hecho no puede sino fundarse en un intercambio perverso. ¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de su condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso infundada de haber delinquido? Así, Anitua, G.: Ob. cit., p. 149, manifiesta: El acuerdo, tiene como base un intercambio desigual y a decir de Ferrajoli perverso, en tanto no solo pierden vigencia el principio de la inderogabilidad del juicio, el de publicidad y el acusatorio, también afecta los principios de igualdad, de certeza y de legalidad, el de proporcionalidad entre delito y pena e, incluso, la presunción de inocencia y la carga de la prueba de la acusación (negadas por el papel fundamental que desempeñará el allanamiento del acusado).

nuestro sistema de derecho para intentar rebasar su profunda crisis, han influido negativamente en la realización del principio de contradicción como fuerza motriz del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

Anitua, G.: «El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva». Trabajo contenido en la obra *El procedimiento abreviado*, de Maier, J. y Bovino, A. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000.

Basilico, R. y Abad, F.: *Sistema Procesal Penal en los Estados Unidos*. Sitio web <http://www.juschubut.gov.ar/htm> (s/p). Fecha de consulta: 15 de enero de 2005.

Berns, S.: *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. España, 1991.

Cabezudo Rodríguez, N.: *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada, España, 1996.

Candia Ferreira, J.: *El procedimiento abreviado en el derecho procesal cubano. Temas sobre el proceso penal*. Ediciones Prensa Latina S.A. La Habana, 1998.

Carrio, A.: *El Enjuiciamiento Penal en la Argentina y en los Estados Unidos. Análisis comparativo en función de una reforma procesal*. Ediciones Universitarias Eudeba. Buenos Aires, 1990.

Colectivo de autores. *El sistema procesal penal en los Estados Unidos*. http://www.pfyaj.com/chechchi/chechchi/biblioteca/Libro_lecturas_

[complementarias.pdf](#) (p.43). Fecha de consulta: 16 de febrero de 2005.

Damaska, M.: *Aspectos Globales de la Reforma Procesal Penal*. Sitio web http://www.dplf.org/CJR/span/us_cjr98/us_cjr98_damaska.pdf (p. 3) Fecha de consulta: 23 de agosto de 2005.

David, R.: *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1969.

Fernández Entralgo, J.: *La conciliación en el proceso penal*. Impreso en LITOCOM, S. de R. L. de CV. Tegucigalpa, 2001.

Friedman, L.: *Introducción al derecho norteamericano*. Barcelona, 1988.

Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1997.

Langer, M.: «La Dicotomía» acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado». Trabajo contenido en la obra *El procedimiento abreviado*, de Maier, J. y Bovino, A. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2001.

Mendoza Díaz, J.: *Principios del Proceso Penal*. Obra contenida en CD-ROM, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2003.

Muerza Esparza, J.: *El Proceso Penal Abreviado*. Editorial Arazandi, SA. Navarra, España, 2002.

Muñoz Conde, F.: *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Colección Claves del derecho penal. Vol. 1. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998.



**«...sea el triunfo
de quien es la justicia»**

**Patria
31-10-1893**

Presunción de inocencia en el proceso penal



MSc. Zarezka Martínez Remigio
Universidad de La Habana

INTRODUCCIÓN

La reforma de la legislación penal que impone una reacción contra lo que fue la justicia que se administraba en los procesos del sistema Continental Europeo hasta el siglo XVIII—instaurada por el movimiento liberal e impulsada con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como reacción frente al horror cometido por la implantación de los estados fascistas y como consecuencia de la suscripción por los distintos estados europeos de los pactos internacionales de derechos humanos—incorporó a los procesos penales el respeto a los derechos fundamentales.¹

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en lo adelante, DUDH) constituye uno de los instrumentos jurídicos internacionales de mayor trascendencia en todos los tiempos, desde su aprobación el 10 de diciembre de 1948.² Es inspiradora de pactos, acuerdos, convenios, convenciones y otros cuerpos legales internacionales, al proclamar como ideal común *que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren con medidas progresivas, de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.*

En el Artículo 11, establece: *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su de-*

fensa, precepto que consideramos esencial en cualquier reforma procesal penal para alcanzar un ponderado equilibrio entre la necesidad de cohesionar y afianzar el derecho del imputado a la presunción de inocencia y a un proceso penal justo, eficaz, rápido o sin dilaciones indebidas, lo que significa esencialmente que: todo acusado debe ser tratado y considerado inocente durante el proceso hasta tanto se declare lo contrario en sentencia condenatoria; el acusado no está obligado a probar su inocencia, es la parte acusadora la que debe demostrarlo (de lo contrario, ha de dictarse sentencia absolutoria); la presunción de inocencia está íntimamente relacionada con la motivación de las sentencias, en tanto debe hacerse pública la decisión de la resolución adoptada para su posible control mediante recursos. Significa, además, que la presunción de inocencia exige la existencia objetiva de actividad probatoria de cargo para que pueda ser desvirtuada, a diferencia del *indubio pro reo*, que presupone u ordena al órgano jurisdiccional que, ante la duda sobre la culpabilidad del acusado, se incline por la absolución.

Presunción de inocencia

La DUDH es también inspiradora de otros muchos preceptos nacionales e Internacionales, entre los cuales se encuentra la presunción de inocencia, principio de derecho procesal que encontró cálido respaldo como garantía, en los ordenamientos liberales del siglo XIX, a partir del Código de Instrucción Criminal de Napoleón de 1808 que, más tarde, se consagró en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, al ordenar que: a todos los acusados se les garanticen los derechos a la defensa y a la asistencia de letrado; sean informados de la acusación formulada contra ellos; sean juzgados por el juez ordinario prede-

¹Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal*, Colex. Madrid, 997, pp. 28-29.

²Ponce Martínez, C. F.: «La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, número 19-20, 2002, pp. 278-279.

terminado por la Ley, a un proceso público sin dilaciones indebidas, con todas las garantías; se utilicen los medios de prueba pertinentes para su defensa; no declaren contra sí mismos, y no se confiesen culpables. Por tanto, constituye un principio esencial del sistema probatorio, donde la carga de la prueba de la culpabilidad del imputado pesa sobre la parte acusadora, quien deberá aportar los materiales probatorios al proceso y conseguir, con ellos, probar la culpabilidad del acusado; en caso de alguna duda razonable sobre la culpabilidad de este, el tribunal deberá pronunciarse de forma absolutoria.

La presunción de inocencia está plasmada en el Artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, el 26 de agosto de 1789), en el Artículo XXVI de la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948), en el Artículo 6.2 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) y en el Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José, Costa Rica» (aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos San José, en Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969).

No basta el convencimiento subjetivo del juzgador para que sea posible la condena. Debe tratarse de un convencimiento obtenido de determinada manera, es decir, basado en elementos que puedan considerarse «pruebas», que hayan sido obtenidos de forma lícita e introducidos o producidos en el proceso respetando las garantías constitucionales y legales; la prueba ha de ser objetivamente incriminatoria y, en la valoración de esta, deben respetarse las reglas de la experiencia y la lógica.

El tribunal debe plasmar en la sentencia la forma en la que ha alcanzado el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, expresando no solo los hechos que considera probados, sino también cuáles son las razones en las que se basa para ello.

Naturaleza jurídica de la presunción de inocencia

Siguiendo la conceptualización de Serra Domínguez, una norma podrá considerarse *norma de presunción* cuando: a) Esté contenida en una Ley positiva; b) Tenga ca-

rácter procesal; c) Tenga repercusión procesal; y d) Existe un enlace entre dos afirmaciones (antecedente y consecuente), las cuales deberán ser cualitativamente diferentes.

Al identificarse la presunción de inocencia solamente con las tres primeras características expuestas con anterioridad, es imposible afirmar que la presunción de inocencia es una verdadera presunción, porque *cuando la Ley declara que la culpa o cualquier otra circunstancia «se presume», sin añadir la afirmación de la cual se presumen*, no estamos en presencia de una verdadera presunción.³

Carácter probatorio tienen, en cambio, las llamadas verdades interinas, en las que un presupuesto constitutivo de una consecuencia jurídica se presume sin más. No existe aquí el enlace entre dos afirmaciones, característico de toda presunción, sino pura y simplemente la exención de prueba de una afirmación determinada, salvo la prueba en contrario.

Es precisamente esta posibilidad de prueba en contrario la que más ha contribuido a confundir el concepto de presunción con el de las que han sido llamadas verdades interinas. Se olvida que la prueba en contrario no es concebida únicamente en la presunción, sino que existe en todo esquema probatorio, con presunción o sin ella. Su influencia sobre las normas procesales está presente en todas las fases e instancias del proceso penal. Es un derecho que pertenece a los más elementales postulados de justicia, en tanto es axiomático en toda jurisdicción, especialmente en la penal, afirmándose que lo no probado no puede ser objeto de sanción.

Al tratarse la presunción de inocencia de una norma constitucional, es obvio que vincula a todos los ciudadanos. Es un objetivo, una meta a lograr en todas las situaciones donde puedan aparecer conflictos. Podemos decir que es un auténtico derecho fundamental por su ubicación en la Constitución, lo cual nos permite afirmar que tiene una naturaleza de derecho fundamental con contenido normativo procesal.

Contenido esencial

Si importante es evitar que no quede un delito sin sancionar, más importante es impedir que se pueda sancionar a una persona sin probar concluyentemente que cometió el delito que se le imputa.

Como referimos anteriormente, la presunción de inocencia no es técnicamente una presunción, aunque se le

³Serra Domínguez, M.: *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Nauta, Barcelona, 1963, pp. 89-91.

admite sin más y solo se desvirtúa mediante prueba en contrario.

No es equiparable al principio *indubio pro reo*; por el contrario, es muy superior. El *indubio pro reo* solo protege la necesidad de absolver a todo aquel frente a quien no exista la certeza de ser autor de un hecho, mientras que la presunción de inocencia protege además la existencia de la prueba en sentido objetivo con todas las garantías legales. El *indubio pro reo*, como principio general del Derecho,⁴ con influencia solo en el aspecto subjetivo, valorativo de la prueba, afecta a la actividad psicológica interna del juzgador.

La presunción de inocencia extiende su vigencia más allá de la sola fase probatoria e, incluso, del juicio oral, para gozar de virtualidad en el momento de la investigación y siempre que en esta fase se limiten derechos. Infiere en el terreno valorativo, pero trasciende de éste para encuadrarse en el aspecto objetivo de la prueba. Es un principio general de directa aplicación por todos y cada uno de los órganos judiciales.

Como verdad interina o provisional, no requiere para su aceptación ningún razonamiento o actividad previa; se asume sin más y se desvirtúa con actos posteriores concretos. Una vez establecido por ley un sistema probatorio concreto, la presunción de inocencia exige que la determinación de la certeza de la culpabilidad del acusado se produzca de acuerdo con ese sistema probatorio.

Este derecho parte del presupuesto de que toda persona es inocente⁵ mientras no se haya demostrado su culpabilidad, mediante una sentencia penal de condena, porque así lo dispone la Ley.

El *indubio pro reo* es un precepto de carácter procesal que funciona en el área de la valoración de la prueba. Su contenido en el derecho procesal penal exige que la aplicación de una pena solo pueda estar fundada en la certeza del tribunal que decide acerca de la existencia

de un hecho punible atribuible al acusado; si el tribunal duda, no puede condenar, pues la falta de certeza desemboca en la absolución.

Abundando en lo que hasta ahora hemos expuesto, es nuestra opinión que la presunción de inocencia constituye un derecho fundamental y, a la vez, es una norma procesal de imperativa observancia en todo procedimiento del que puedan derivarse resultados sancionatorios o limitativos de derecho para los ciudadanos. Mientras el *indubio pro reo* representa una garantía procesal derivada de una garantía constitucional, el principio de presunción de inocencia.

Es así que durante el proceso se incluyen, también, una serie de exigencias o reglas para preservar el status básico de la persona sometida a proceso, entre las que se destacan:

- a) Nadie podrá ser considerado culpable excepto que una sentencia así lo declare;
- b) Solo pueden existir dos posibilidades: es considerado culpable, o inocente;
- c) La culpabilidad debe ser construida jurídicamente;
- d) Debe ser construida sobre la certeza de los hechos imputados;
- e) El acusado no está obligado a probar si inocencia;
- f) El acusado no debe ser tratado como un culpable.

La expresión «presunción de inocencia» es inspiradora de una gran cantidad de ordenamientos procesales, aunque su alcance y significado sea diferente en cada momento histórico, según la formación económico-social, desarrollo alcanzado, cultura jurídica, intereses y preocupaciones de cada país.⁶

En la legislación y práctica judicial cubanas

En 1889, comenzó a regir en Cuba la LECrim y, en su exposición de motivos, estaba implícita las declaraciones de libertad y seguridad de la persona humana, a

⁴Romero Arias, E.: *La presunción de inocencia*. Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 17.

⁵Binder, A. M.: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 120-121. Opina: «Los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes. Es que la *inocencia* es un concepto referencial, que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable. La situación normal de los ciudadanos es de *libertad*; la libertad es un ámbito básico, sin referencia alguna al Derecho o al proceso penal. Pero cuando una persona ingresa al ámbito concreto de actuación de las normas procesales, allí sí tiene sentido decir que es «inocente», porque eso significa que, hasta el momento de la sentencia condenatoria, no se le podrán aplicar consecuencias penales.»

⁶Véase, para más información sobre este particular, a: Beccaria, D. C.: *De los delitos...*, cit., pp. 81-83; Romero Arias: *La presunción...*, cit., p. 23; Asencio Mellado, J. M.: *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo blanch. Valencia, 1998, pp. 263-264; Soledad del Molino, M.: «La presunción de inocencia como derecho constitucional», *Revista de Derecho Procesal*, Num. 3, 1993, pp. 593-594; Montañés Pardo, M. A.: *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi. Pamplona, 1999, pp. 51-52; Gimeno Sendra, V. et al.: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1997, p. 94; Binder, A. M.: *Introducción al Derecho*, cit., pp. 122-126; Maier, J. B. J.: *Derecho procesal Penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 490-505; Cafferata, Nores, J. I.: *La prueba en el proceso penal*. Desalma, Buenos Aires, 1994, pp. 10-12; (*Continúa en la pág. 28*)

saber: *Sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe ver en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y, si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar a la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia, porque al cabo, el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales.*

Es en la Constitución de 1940 donde, por primera vez, apareció claramente reconocida la presunción de inocencia, aunque no garantizada, al constituir letra muerta todas sus disposiciones sobre este tema. La Constitución de la República de 1976 parte del principio de legalidad como obligatoriedad del ejercicio de la acción penal para garantizar la persecución de los delitos y como salvaguarda de la igualdad de todos ante la ley.

En Cuba, la presunción de inocencia es una garantía de rango constitucional derivada de los artículos 58 y 59 de la Constitución, incluidos en el Capítulo VII (Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales). Reconocida en el Artículo 1 de la Ley de Procedimiento Penal (en lo adelante LPP), constituye un derecho esencial, que asiste a todo acusado por un delito a no ser condenado sin pruebas y a que estas reúnan todas las garantías suficientes para cumplir la función del proceso de averiguación de la verdad, con una caracterización singular en nuestro derecho desde 1940: la declaración del imputado, su cónyuge y sus familiares, hasta el cuarto gra-

do de consanguinidad, o segundo de afinidad, no es nunca prueba suficiente para demostrar culpabilidad; para acreditarla, son necesarios otros medios probatorios adicionales.⁷

Estos artículos disponen las garantías constitucionales de la justicia penal que se otorgan al acusado de un delito basado en los principios *nullum crimen nulla poena sine previa lege* (nadie puede ser castigado por un hecho que no se halle previsto expresamente como delito en la ley), *nulla poena sine lege* (a nadie puede imponerse una pena que no se halle conminada en la ley), *nulla poena sine lege* (no puede aplicarse una pena sino como consecuencia de la comisión de un delito), *nemo damnetur nisi per lege iudicium* (la ley penal solo puede aplicarse por medio del procedimiento y con las garantías que la ley establezca), el derecho de defensa y la prohibición de ejercer violencia o coacción de clase alguna para forzar a declarar a una persona.

Para que una persona pueda ser condenada sin merma de su derecho a la presunción de inocencia se requiere la existencia de pruebas que así lo confirmen. Este principio exige auténticas pruebas, con todas las garantías esenciales practicadas en el juicio oral, donde se pongan de manifiesto, entre otros, los principios generales del proceso penal: oralidad, inmediación, contradicción y publicidad (excepto las excepciones previstas).

Oralidad, contradicción, inmediación, concentración y publicidad son principios exigibles en la práctica de la prueba; sin estos presupuestos no existe prueba válida en el proceso penal, y en ese sentido han sido reflejados en las legislaciones procesales de diferentes países del continente americano, a partir de los significativos cambios producidos en el campo del derecho procesal penal, en las últimas décadas en este hemisferio.⁸

(Viene de la pág. 27) Vegas Torres, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 1993, pp. 28-29. El significado político de la presunción de inocencia emerge con especial claridad cuando se estudia la evolución de la legislación procesal penal italiana. Así, en la discusión del Código procesal de 1913 se reproducen los argumentos ya conocidos de las distintas escuelas. Desde posiciones clásicas, se reclamó un reconocimiento explícito de la presunción de inocencia en el nuevo código; y, aunque finalmente la mención expresa de la presunción de inocencia fue descartada, lo cierto es que el Código de 1913, acogiendo aplicaciones concretas del principio, amplió las garantías a favor del imputado. En el Código de 1930, en plena época fascista, encuentran consagración los postulados de la dirección técnico-jurídica. En el marco del régimen político fascista, el rechazo de la presunción de inocencia encuentra su explicación, más allá de cualquier consideración de lógica jurídica, en consideraciones de índole claramente política: el principio de presunción de inocencia tiene un carácter de símbolo antiautoritario ante el cual el fascismo no podía permanecer indiferente. Liquidado el fascismo, el nuevo régimen político democrático vuelve a asentarse sobre los principios liberales tradicionales, que se reafirman en la nueva Constitución. En materia procesal penal, el rechazo al modelo autoritario fascista encuentra su cauce de expresión en la afirmación de la presunción de inocencia, en la que se ve simbolizada toda la concepción liberal del proceso penal.

⁷Véase Lara Hernández, E.: «El sujeto criminalizado y sus derechos constitucionales en Cuba», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, t. V, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2001, pp. 213-215; Álvarez Tabío, F.: «Comentarios a la Constitución Socialista», *Ciencias Sociales*, La Habana, 1981, pp. 215-216.

⁸Las legislaciones procesales de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela han reflejado estos principios.

La no presencia del inculpaado en la práctica de la prueba determina la nulidad del acto como principio general,⁹ pero pueden existir excepciones, pues si la ley los regula en rebeldía o ausencia, no por ello es nulo ese acto. Así, la contradicción, entendida como la antinomia entre acusación y defensa, no se limita al trámite de conclusiones provisionales, definitivas o a los informes, sino que es una fórmula muy adecuada porque influye directamente en la práctica de la prueba al interrogar a los testigos de cargo y descargo, en las preguntas formuladas a los peritos y en las precisiones o aclaraciones del Tribunal sobre las respuestas a las interrogantes formuladas por las partes.

El principio de inmediación exige la presencia de los jueces en la práctica de la prueba y es un escalón de la percepción. El tribunal debe relacionarse directamente con los medios probatorios y todos hay que practicarlos frente a los jueces. La publicidad, como la percepción de las actuaciones por las personas que asisten al juicio; y, por último, el principio de concentración, que significa la reunión en un solo acto para evitar la dispersión probatoria. El tribunal de todo lo acontecido en la vista oral decidirá conforme a derecho.

Con relación a Cuba, en el marco constitucional, la CR, en el Artículo 59, establece en su primer párrafo que *nadie puede ser encausado ni condenado sino por el tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen*. En un segundo aspecto: expresa: *Todo acusado tiene derecho a la defensa*, lo que evidencia un primer principio en la práctica de la prueba, el de contradicción: es una exigencia derivada del principio acusatorio, el derecho a la defensa bajo la dirección letrada. Es decir, en toda diligencia de prueba, debe intervenir el acusado con su representante legal o de oficio, si no designara uno de su elección. La influencia en materia probatoria del artículo constitucional citado también se manifiesta cuando prescribe que *no se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar*.

La libre apreciación de la prueba rige en el proceso penal cubano, lo cual significa que todas las pruebas tienen igual valor y estas han de producirse ante los jueces en forma oral y pública; no obstante, hay excepciones para ambas, en el primer caso, las actuaciones docu-

mentales que no puedan reproducirse ante los jueces; respecto a la publicidad, las sesiones se celebrarán a puertas cerradas cuando así lo exijan razones de seguridad estatal, moralidad, orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a sus familiares, pudiendo peranecer en la sala las partes, sus representantes, defensores, el personal auxiliar y las personas que el presidente o el tribunal autorice. Las piezas de convicción (armas, instrumentos, documentos o efectos de cualquier tipo relacionados con el delito) son recogidas en la fase de instrucción del proceso y conservadas hasta la vista oral.

Se exceptúan las pruebas que no sea posible realizar frente a los jueces porque haya que practicarlas fuera del local donde se celebra el juicio, como la necropsia. Así se establece en los artículos 346, 347 y 348 el principio de concentración. En este último, se preceptúa que, cuando haya de prolongarse indefinidamente la suspensión del juicio, o por un tiempo demasiado largo, se dejará sin efecto la parte celebrada y se citará a nuevo juicio para cuando desaparezca o sea subsanado el motivo de la suspensión.

En ocasiones, como referimos anteriormente, hay pruebas que se practican fuera del local del tribunal; por ejemplo, la declaración del testigo imposibilitado de concurrir a la sesión por no residir en la localidad donde se celebra la vista, según establecen los artículos 328 y 329 de la LPP, o la inspección en el lugar de los hechos, que se efectúa en sitio distante de la sede del tribunal y este delega para su práctica en uno o más de sus miembros (Artículo 339 de la LPP). Estos supuestos, sin lugar a dudas, afectan la inmediación y la publicidad. También puede ser otro órgano de justicia, supuesto avalado por el Artículo 329. Igualmente, los acápites previstos en los artículos 315 y 318 de la LPP, referidos a informes escritos, declaraciones o reconocimiento en lugar distinto al que se celebre la audiencia, afectan los principios de inmediación, oralidad y, en menor medida, la publicidad, al dársele lectura a las declaraciones e informes en la vista, antes de proceder al examen de los demás testigos.

En la práctica jurídica de los tribunales cubanos, tales principios son esenciales en la valoración de la prueba. Lo expuesto evidencia la importancia de este derecho y su influencia en la valoración de la prueba. Además de una actividad probatoria en el cumplimiento de

⁹ Vegas Torres, J.: *Presunción...*, cit., pp. 90- 91.

tal exigencia, no influyen ni el número de pruebas practicadas, ni la valoración que de ellas haga el órgano jurisdiccional, dado que la ausencia de esta, y no la valoración que se haya realizado, es lo que origina la violación de este derecho.

CONCLUSIONES

Como ya se ha referido, el derecho a la presunción de inocencia es un auténtico derecho fundamental de contenido normativo procesal que sirve de base a todo procedimiento, lo que pone de manifiesto que tiene una marcada influencia sobre la actividad probatoria que pueda realizarse, pues deberá reunir todas las garantías procesales que exija la Ley y realizarse ante el órgano que debe reconocer y decidir sobre el tema.

La presunción de inocencia solo cede o queda contrarrestada por sentencia condenatoria firme (con efecto de cosa juzgada), acerca de un concreto hecho delictivo y, en ese caso, el sancionado no puede invocar su inocencia en cuanto al delito cometido, puesto que es culpable, pero puede invocar esta presunción respecto a cualquier otro delito que se le pueda imputar en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- Asencio Mellado, José María: *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Álvarez Tabío, Fernando: «Comentarios a la Constitución Socialista». *Ciencias Sociales*, La Habana, 1981.
- Beccaria de Cesare: *De los delitos y de las penas*. Alianza, Madrid, 1986.
- Binder, Alberto: *Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc*. Buenos Aires, 1993.
- Carrera Llansana, J.: «Naturaleza Jurídica y tratamiento de las presunciones», *Revista Jurídica de Cataluña*. Barcelona, 1962.
- Cafferata Nores, José I.: *La Prueba en el Proceso Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Córdoba Roda: «El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982-4.
- De Juanes Peces, Ángel: «El principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción», *Poder Judicial*, núm. especial VI, 1989.
- Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín: *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. COLEX, Madrid, 1997.
- Hedemann Wilhelm, Justus: «Las presunciones en el Derecho», *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1931.
- Lancho Pedrera, Francisco: «De la Declaración fundamental de los derechos humanos a la protección jurídica de los derechos. Estudio de la protección de los derechos humanos en el 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 1998.
- Lara Hernández, Eduardo: «El sujeto criminalizado y sus derechos constitucionales en Cuba», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, t. V, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2001.
- Maier, J. B. J.: *Derecho procesal penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- Montañés Pardo, Miguel Ángel: *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Aranzadi, Madrid, 1999.
- Ponce Martínez, Carlos F.: «La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19-20, 2001-2002.
- Romero Arias, Esteban: *La presunción de inocencia. Estudio de algunas de las consecuencias de la Constitucionalización de este derecho fundamental*. Aranzadi, Pamplona, 1985.
- Serra Domínguez, Manuel: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XVI, v. 2, Madrid, 1981.
- _____: *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*. Nauta, Barcelona, 1963.
- Soledad del Molino, María: «La presunción de inocencia como derecho constitucional», en *Revista de Derecho Procesal*, 1993.
- Vásquez Sotelo, J. L.: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Bosch, Barcelona, 1984.
- Vegas Torres, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 1993.

Legislación

- Constitución de la República, 1940. Impreso en el Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, en el mes de diciembre de 1974.
- Constitución de la República de Cuba. Editora Política, La Habana, 1992.
- Ley de Procedimiento Penal (Actualizada). Ministerio de Justicia, 1999.

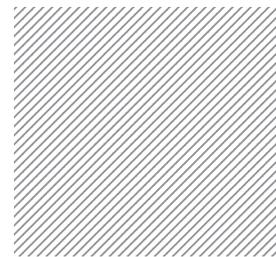


«A los buenos, a los que entran de corazón en esta época de justicia, se les torna el mal en bien.»

Nueva York, 7-5-1892

Eutanasia, ¿opción ética o delito?

Lic. Odalys Quintero Silverio, Jueza profesional,
Sala de lo Penal, Tribunal Supremo Popular



INTRODUCCIÓN

Los avances en el desarrollo científico-técnico abren nuevas esferas del conocimiento que inevitablemente influyen en la actividad judicial e imponen obligación de información a quienes administramos justicia en aras de una actuación justa y a los profesionales del Derecho, en general, a fin de entender los problemas de nuestro tiempo y afrontar éticamente los cambios legislativos que se imponen.

El campo de la bioética, aunque abarca aristas diferentes, colinda con frecuencia con el Derecho y exige comprensión, vista la extensión y naturaleza de su contenido.

La bioética, entendida por algunos como ciencia, por otros como sistema de conocimientos y por unos pocos como filosofía, surge en la década del setenta del siglo XX, a la luz de enormes cambios ocurridos en el mundo de la medicina, en el orden de una elevada tecnificación de los servicios médicos, de avances increíbles en la biotecnología, incursiones relevantes en la ingeniería genética, y cambios éticos y filosóficos en la perspectiva del ser humano, en los que el hombre se erige con fuerza tras el renombrado principio de autonomía, esgrimiendo el derecho a decidir sobre su vida en el plano individual y a garantizar la vida del planeta y de la humanidad como especie, en el plano social.

Tal y como la define la *Enciclopedia de Bioética*, es la rama del conocimiento que se ocupa del «estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las Ciencias Biológicas y la atención a la salud en la medida que esta conducta se examine a la luz de valores y principios morales». En resumen, pudiera definirse como la ciencia que se ocupa de la ética de la vida, con cuatro niveles fundamentales de estudio:

Primero: problemas vinculados a la comunidad.

Segundo: problemas vinculados al individuo.

Tercero: problemas vinculados a la investigación biológica.

Cuarto: problemas vinculados a las relaciones de los trabajadores de la salud.¹

El tema que abordaremos, se encuentra situado en el segundo grupo, que incluye los problemas relacionados con el inicio, transcurso y terminación de la vida. Dentro de este último, se ubica la eutanasia.

Etimológicamente hablando, *eutanasia* proviene del griego. Compuesta por dos voces: *eu*, que significa «buena» y *thanator*, «muerte»; de manera que puede traducirse o interpretarse como «muerte buena». En concreto y a grandes rasgos, la eutanasia es —entendido el concepto de la forma en que lo introdujo Francis Bacon en 1623— la muerte apacible, sin dolores ni tormentos; calificada en el siglo XVIII como la acción que produce una muerte dulce y fácil; y en el siglo XIX, como la acción de matar a una persona por piedad.²

En esencia, el concepto se mantiene, si bien en sus particularidades introduce variantes que presuponen actitudes éticas diferentes y, consecuentemente, conductas jurídicas distintas.

Actualmente, la eutanasia se clasifica por una buena parte de los tratadistas del tema como activa y pasiva, directa e indirecta; confundiendo, dentro de conceptos eutanásicos, supuestos éticos y correctos, alejados del desvalor que algunos le atribuyen a este acto.

Por otro lado, enorme influencia ejerce en el tema el establecimiento del inicio de la vida y del momento de la muerte, lo que sin lugar a dudas comporta problemas importantes en su tratamiento, habida cuenta que, solo partiendo de esta entidad, podremos entrar a valorar la existencia, o no, de una conducta eutanásica.

Soy de la opinión que si bien en el mundo la eutanasia es un asunto hartamente discutido, aunque no definitivamente decidido, no ocurre lo mismo en nuestro país, en el que no existe un nivel teórico unitario aceptable, entre los médicos, para su discusión sería por un lado; y

¹ Scholle Connor, Susan y Fuenzalida-Puelma, Hernan L.: Presentación del número especial *Boletín O.P.S.* Vol. 108, N° 5-6. *Bioética*, mayo-junio de 1990, pp. 369-373.

² Fraga Núñez, Basanta M., y González Pérez: «Algunos aspectos éticos y jurídicos de la Eutanasia». Conferencia magistral, 1997.

en la población, mucho menos. De manera que, vistos los imperativos de la realidad científico-técnica, es hora ya de que cada profesional enfrente este particular en su esfera de conocimiento.

En el orden jurídico, la eutanasia se ubica en el centro de las discusiones, fundamentalmente en Europa, Estados Unidos y Canadá y, desde hace menos tiempo, en América Latina.

Por ejemplo, en Holanda existe una ley que autoriza la eutanasia («Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio», aprobada en el año 2001, aunque tenía su antecedente en otra que también la autorizaba y que regía desde 1994). Aun así, el Código Penal mantiene como delito el homicidio eutanásico y el auxilio al suicidio, cuando se incumplieren los requisitos establecidos en la ley de referencia para ejecutarla.

En Alemania, las formas pasivas de eutanasia no son punibles, y tampoco lo es el auxilio al suicidio, aunque se mantiene como alternativa la punibilidad de la eutanasia con penas inferiores a las del homicidio, para las formas activas, fórmula que famosos y reconocidos juristas –Roxin, entre ellos– consideran buena y que otros –Jakobs, por ejemplo– detractan, abogando por una despenalización total en nombre de la autodeterminación, mientras Herzberg y Merkel reconocen su carácter típico, pero aventuran la solución amparándose en un estado de necesidad justificante.³

Italia castiga las formas eutanásicas con las figuras de auxilio al suicidio y homicidio consentido. En virtud de esta legislación, autores como Ferrando Mantovani consideran punible hasta la eutanasia pasiva, entendida por él en términos de *distanasia*, cuando no existe voluntad expresa de ser curado. Sin embargo, la suspensión del tratamiento médico, previa solicitud seria, no es delito. En general, aunque el tratamiento jurídico de la eutanasia es más benévolo que en países donde no caben dis-

tinciones, lo cierto es que Italia no prevé una figura especial para su valoración.⁴

España presenta otro panorama al respecto. La última reforma del Código Penal contempla una figura aparte que trata los presupuestos eutanásicos y los sanciona más levemente, lo que sucede, por su redacción, tanto con el homicidio como con el auxilio al suicidio.⁵

Para Argentina, la solución a la eutanasia es muy semejante a la de Cuba: no recibe tratamiento especial. Los casos se resuelven por los tipos tradicionales de homicidio y auxilio al suicidio.

En general, existe una tendencia al reconocimiento de la eutanasia en sus diferentes formas, el cual, en muchos casos, aún se encuentra a nivel social y, en otros -no pocos ya-, ha trascendido a cambios legislativos que acercan más a la realidad la elaboración jurídica.

Desde la antigüedad

Si bien desde finales del siglo pasado la reflexión sobre la eutanasia ha sido tema de la bioética, esencialmente, al menos desde una perspectiva ética y filosófica, el tópico tiene sus raíces en la antigüedad.

Ya Hipócrates, entre los siglos V y IV a.n.e., abordaba este asunto en el hasta hoy vigente *Juramento Hipocrático* para los profesionales de la salud, en cuyo contenido constaba: «No administraré a nadie un fármaco mortal, aunque me lo pida, ni tomaré la iniciativa de una sugerencia de este tipo»,⁶ consagrando para la ética médica y la deontología el principio de beneficencia con su par equivalente de no maleficencia, pilares de una medicina paternalista, donde el hombre aboga por la vida como valor absoluto, al margen de otras consideraciones de orden ético o filosófico.

Cicerón, en igual posición, dijo: «Tú, oh Publio y todas las personas rectas, debéis conservar vuestra vida y no debéis alejaros de ella sin el mandato de aquél que os la dio...» Habla, sin embargo, de una «muerte digna, honesta y gloriosa.»⁷

³Roxin, Claus: «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia». *Eutanasia y suicidio*. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Editorial Comares, 2001, pp. 1-38.

⁴Mantovani, Ferrando: «El problema jurídico de la eutanasia». *Eutanasia y suicidio*. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Editorial Comares, 2001, pp. 83-100.

⁵Olmedo Cardenete, Miguel y Barquín Sanz, Jesús: «Eutanasia, suicidio y Derecho Penal en España». *Eutanasia y suicidio*. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Editorial Comares, 2001, pp. 105-192.

⁶Juramento Hipocrático. Códigos Internacionales de Ética. *Boletín O.P.S.*, Vol. 108, Nº 5-6. *Bioética*, mayo-junio de 1990, p. 619.

⁷Cicerón, citado por Claus Roxin, en «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia». *Eutanasia y suicidio*. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Editorial Comares, 2001, p. 1.

A pesar de lo dicho, no tenían la misma posición otros pensadores. Platón, por ejemplo, escribió en *La República*: «...establecerás en el Estado una disciplina y una jurisprudencia que se limite a cuidar de los ciudadanos sanos de cuerpo y de alma; se dejará morir a quienes no sean sanos de cuerpo.»⁸ Y Séneca aseguraba: «Es preferible quitarse la vida, a una vida sin sentido y con sufrimiento.»⁹

En Esparta, existía el «barranco de los deformes» y Aristóteles lo aprobaba por razones políticas. Francis Bacon, por su parte, comentó la posibilidad de privar a un ser humano de la vida, por motivos filantrópicos.¹⁰ Según Moro, los médicos y los sacerdotes tienen que persuadir al enfermo incurable para que se quite la vida.¹¹

Por otro lado, uno de los puntos clave de la filosofía de Schopenhauer es la voluntad de vivir, indisolublemente unida al amor y a la muerte, enfocando la vida del individuo como eterno sufrimiento, de tal suerte que el suicidio puede ser un elemento liberador.¹²

Nietzsche habla de la posibilidad de concluir con una vida que solo nos causa sufrimientos y elogia la muerte libre que viene a él porque él quiere.¹³ En su doctrina de la voluntad de poder, está la base de tal consideración. Sobre su proyección del «superhombre», se fundó el fascismo, para eliminar en campos de concentración a miles de judíos, considerados de una raza inferior e inútil.

Heidegger lo siguió en su delirio, interpretando al superhombre como el hombre querido desde la voluntad de poder, el que se hace dueño del globo¹⁴ y sustento, por tanto, de ideologías imperialistas justificativas de las conductas eutanásicas dirigidas a eliminar a los débiles,

por inútiles. Sin embargo, consideraba la muerte un hecho lógico, constitutivo de la propia vida y carente de preocupación por tal motivo; quizás por ello, amparar la desaparición de los más débiles no era para él un hecho cuestionable.

Sartre, bajo la influencia de la supercategoría *libertad*, dentro de su filosofía y de la aceptación de la responsabilidad personal –valores principales de la vida, en su opinión–, dio por bueno y loable el suicidio, en tanto constituye, a su modo de ver, el máximo acto de libertad de un ser humano: la disposición sobre su propia vida.

Aunque alejado en el tiempo, no cabe duda que, de alguna manera, los planteamientos existencialistas sobre la disponibilidad de la vida, con fundamentos éticos diferentes, toman cuerpo en la bioética, al abordar el tema de la muerte, la eutanasia y el suicidio.

Ahora bien, la reflexión bioética en torno a los dilemas que surgen al final de la vida, nos obligan a expresar algunas ideas acerca del momento en que el individuo puede considerarse próximo al final de su ser, pues, tal y como aseveraba Engels: «...la naturaleza toda, desde lo más pequeño hasta lo más grande, desde el grano de arena hasta el sol, desde el protozoo hasta el hombre, se halla, existe en perenne proceso de nacimiento y extinción, en flujo incesante, en un estado continuo de movimiento y cambio».¹⁵ El gran dilema está en discernir ¿cuándo será el fin?, ¿qué constituye el fin de la vida?, preguntas que habitan en las expectativas del hombre y la Filosofía desde sus mismos orígenes.

«Anhelamos, más o menos vehementemente, concluir todo lo que emprendemos; sentimos impaciencia por aca-

⁸Platón: «La República (III)». Citado por Claus Roxin, en «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia». *Eutanasia y suicidio*. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Editorial Comares, 2001, p. 1.

⁹Séneca, citado por Claus Roxin, en «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia». *Eutanasia y suicidio*. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Editorial Comares, 2001, p. 1.

¹⁰Bacon, Francis, citado por Uris, Peman, en «Reflexiones éticas ante el tema de la eutanasia». *Cuadernos de Bioética*. El consentimiento informado. Vol. IX, N° 33, 1°, 1998, p. 28.

¹¹Moro, citado por Uris, Peman, en «Reflexiones éticas ante el tema de la eutanasia». *Cuadernos de Bioética*. El consentimiento informado. Vol. IX, N° 33, 1ª, 1998, p. 28.

¹²Domínguez, M., prólogo a Schopenhauer, A: «Metafísica del amor, metafísica de la muerte». Citado por Uris, Peman, en «Reflexiones éticas ante el tema de la eutanasia». *Cuadernos de Bioética*. El consentimiento informado. Vol. IX, N° 33, 1ª, 1998, pp. 27-28.

¹³Nietzsche: «Así habló Zarathustra». Citado por Uris, Peman, en «Reflexiones éticas ante el tema de la eutanasia». *Cuadernos de Bioética*. El consentimiento informado. Vol. IX, N° 33, 1ª, 1998, p. 28.

¹⁴Fink, Eugen: *La Filosofía de Nietzsche*. El Libro de Bolsillo. Editorial Madrid, p. 271.

¹⁵Engels, Federico: *Dialéctica de la Naturaleza*. Editorial Pueblo y Educación, 1991, p. 12.

bar y somos felices acabando. Tan sólo deseamos, por lo común, retardar lo más lejos posible el fin general, el fin de todos los fines.»¹⁶

La muerte es, quizás, el evento más serio al que se enfrenta el ser humano, lo que nos atrevemos a asegurar porque su posible rival, el nacimiento, no es un proceso consciente ni adviene con conocimientos previos. No ocurre de esa forma con el fallecimiento. Sin embargo, «cuanto nace, es digno de perecer»,¹⁷ y para la muerte nos preparamos inconscientemente durante toda la vida; así, esperamos el fallecimiento de nuestros familiares más cercanos y más viejos, porque, aun cuando no existe una norma, lo natural es que sean los más longevos los primeros en fenecer. A pesar de estas reflexiones, la rechazamos y, con ello, reafirmamos nuestra condición de mortales, como aseguraba Fromm, psicoanalista culturista, en la teoría de la Dicotomía Existencial.

La palabra *muerte* proviene del latín *mor, mortis*¹⁸ y significa «cesación completa y definitiva de la vida. Es el punto a partir del cual se hacen irreversibles los procesos degenerativos de un organismo».¹⁹

El concepto *muerte*, a través de la historia, ha sufrido numerosos cambios, que transitan desde la muerte de todo el organismo, sustentada desde la cuarta década del siglo XVIII, hasta conceptos tan novedosos como el de Calixto Machado Curbelo, quien la define como «la pérdida irreversible de la capacidad y del contenido de la conciencia»,²⁰ y otro tan audaz y discutido como el de Miguel Cotó, para quien la muerte constituye el proceso que se inicia cuando el individuo ha perdido su proyecto de vida; dicho de otra forma, si bien el primero es profundamente biologicista, este último es extremadamente sociológico.

De manera intermedia, el concepto de muerte ha sido manejado como el cese irreversible de los latidos cardíacos; constituye el más convencional e indubitable de los conceptos y el que hasta hace muy poco se impartía

en nuestras universidades en la carrera de Derecho. Sin embargo, los avances de la ciencia y la técnica atacan lo que hasta ahora parecía una posición definitiva: a mediados del siglo XX, surge el concepto de muerte encefálica, descrita por el neurólogo francés Molaré y aceptada por todos como una real muerte por significar privación absoluta de la vida, instaurada en su portador de manera irreversible,²¹ y cuestionada por muchos, respecto a la forma de diagnóstico y establecimiento.

Teóricamente, son muchas las divergencias sobre el concepto. La escuela británica, por ejemplo, asegura que existe muerte encefálica cuando hay muerte del tallo encefálico, y establece como método para el diagnóstico la clínica pura. En Estados Unidos de Norteamérica, el criterio es más abarcador y, a decir del neurólogo E. Walker, hay muerte encefálica cuando se establece la carencia de funcionamiento de todo el encéfalo. Sin embargo, resulta imprescindible la uniformación de criterios al respecto porque la trascendencia de dicha determinación alcanza dimensiones tales que exige precisiones, por las consecuencias legales y éticas que una actuación en ese contexto podría implicar.

En el caso de Cuba, existe un número de parámetros medibles para su establecimiento, reconocidos por resolución ministerial, que operan uniformemente en su diagnóstico. Sin embargo, legalmente, el concepto cubano de muerte está determinado por la Ley de Salud Pública que, en su Artículo 31, establece: «La defunción o muerte es la desaparición definitiva de todo signo de vida con posterioridad al nacimiento vivo.» Siendo así, resulta sumamente difícil operar en correspondencia con los fines de la actuación facultativa con dos criterios diferentes de muerte: uno, establecido con rango de ley, y otro admitido por resolución de menor rango, y por la propia práctica médica, no siempre asimilado por la cultura popular, lo que, en el orden jurídico penal, de hecho, podría acarrear graves problemas alrededor de derechos fundamentales de la persona.

¹⁶Schopenhauer, Arturo: *Alrededor de la Filosofía*. Prometeo Sociedad Editorial, p. 12.

¹⁷Engels, Federico: *Dialéctica de la naturaleza*. Editorial Pueblo y Educación, 1991, p. 17.

¹⁸Abboud Castillo, Neylia L. y Pérez Gallardo, Leonardo B.: «Algunas reflexiones en torno a la muerte. Su influencia en la trasplantología». *Cuadernos de Bioética*. Vol. IX, N° 33, Iª, 1998. «El consentimiento informado», p. 123.

¹⁹Enciclopedia Salvat de Ciencias Médicas, dirigida por J. Valero-Ribas. Salvat editores, S.A. Barcelona-Madrid, 1960.

²⁰Machado Curbelo, Calixto: «¿Cuándo se muere realmente?», *Avances Médicos de Cuba*, Año III, No 7, 1996.

²¹Abboud Castillo, Neylia L. y Pérez Gallardo, Leonardo B.: «Algunas reflexiones en torno a la muerte. Su influencia en la trasplantología». *Cuadernos de Bioética* Vol. IX, N° 33, Iª, 1998, «El consentimiento informado», p. 126.

Tal y como afirmara Engels, «ya hoy debe desecharse como no científica cualquier fisiología que no considere la muerte como elemento esencial de la vida... que no incluya la negación de la vida como elemento esencial de la vida misma, de tal modo que la vida se piense siempre con referencia a su resultado necesario, la muerte, contenida siempre en ella en estado germinal». ²² La muerte, sin embargo, es un proceso y, para algunos, un proceso difícil y doloroso, procedente de enfermedades serias y cruentas que colocan al médico en situaciones cruciales, en lo que a modo de actuar se refiere.

El médico es el máximo ejemplo de lucha contra la muerte y es principio de su trabajo realizar ingentes esfuerzos para salvar la vida de una persona; obligación que, además, le viene impuesta no solo por ética, sino también por ley: deberá ejercer su ciencia y arte en beneficio de sus semejantes, cuya condición suprema es la vida. Esto que es una realidad legal, al menos en nuestro país, comienza a estremecer sus cimientos, a la luz de las actuales discusiones éticas en las que se debate el mundo.

En el momento actual, existen múltiples discrepancias teóricas sobre las diferencias entre *conservar* y *prolongar* una vida, considerando la prolongación como «aquellas medidas que no tengan una esperanza realista de lograr una mejoría importante...», ²³ lo que suscita opiniones en sentido deontológico: ¿debería ser una práctica inherente a la actuación médica, si con ella se propicia la continuación innecesaria de la existencia, en una escena en que ya, a criterio del profesional y de la familia, la recuperación (y nos referimos a la vida) es imposible?

Los grandes avances en el campo de la medicina han permitido desplazar la confrontación con la muerte, y enfermos que antes eran considerados insalvables han recuperado su salud; sin embargo, en múltiples ocasiones, ello solo ha hecho posible la prolongación de inútiles sufrimientos, razón por la que, desde el punto de vista ético, ha hecho crisis la prolongación de la vida.

Pero ¿hasta dónde tenemos la certeza plena de que estamos prolongando una vida que irremediablemente, a corto plazo, se va a extinguir? ¿Cuándo y cómo podemos asegurar que un paciente se encuentra en estadio terminal o aquejado de una enfermedad inminentemente mortal? Este es uno de los aspectos bioéticos cruciales, pues, a pesar de toda la sabiduría y experiencia médi-

cas, siempre cabe la duda de la posibilidad del cambio en el pronóstico vital, con la aplicación de las modernas técnicas de diagnóstico y tratamiento, o la aparición de nuevos tratamientos para esa enfermedad. Se hace necesario, entonces, definir *enfermedad terminal*, punto de partida y análisis de las conductas éticas que deben adoptarse.

Ante un paciente cuyo estado de gravedad sea de tal magnitud que presagie la posibilidad del fallecimiento, es indispensable diferenciar si se trata de un paciente en estado crítico o una persona con una afección en estado terminal, pues ambas situaciones, aunque con algunas similitudes, comportan una expectativa de vida diferente.

El paciente crítico «es aquel individuo cuyo estado de salud se haya tan comprometido que hace temer, con fundamento, un cercano desenlace», ²⁴ pero no todo paciente crítico está irremediamente condenado a morir a consecuencia de su estado, en tanto algunos son potencialmente recuperables, de manera que cualquier gestión del médico en este ámbito se moverá en el orden de la recuperación y cualquier esfuerzo humano posible tiene que realizarse en función de este fin.

Los estados terminales son aquellos «en los que a pesar de todas las medidas y procedimientos convencionales y extraordinarios, el enfermo no tiene ninguna posibilidad de mejoría, curación ni vida». ²⁵ Ahora bien, un error en la determinación de estos conceptos puede conducir a conductas eutanásicas que, en el Código Penal nuestro, pudieren constituir delitos de asesinato u homicidio.

Actualmente, tal como con anterioridad adjunimos, por eutanasia se entiende la acción u omisión encaminada a dar muerte de una forma indolora a un paciente, por motivos piadosos, cuando ya esta es inevitable. Puede ser activa o pasiva, directa o indirecta.

A este concepto, muchos autores en el mundo le adicionan la condición de ser solicitada por el paciente, o su voluntad presunta de que en el caso en cuestión así se proceda. Tendremos que detenernos, entonces, en los tres pilares sobre los que se erige la bioética: autonomía, beneficencia-no maleficencia y justicia.

No caben dudas de que, en las diferentes épocas, su primacía ha ido variando. Desde el *Juramento Hipocrático* con predominio de la beneficencia no maleficencia, ampa-

²² Engels, Federico: *Dialéctica de la naturaleza*. Editorial Pueblo y Educación, 1991, p. 253.

^{23, 24 y 25} Padovani Cantón, Manuel Antonio: *Eutanasia, suicidio y aborto*. Conferencia magistral.se.

rando las conductas paternalistas de la medicina, hasta la segunda mitad del siglo XX, con predominio del principio de autonomía, que ampara la libertad del paciente para decidir sobre su vida y su muerte, más allá de los conceptos enunciados, aun cuando la pretendida libertad no siempre se esgrima sobre un sustento serio.

Tradicionalmente, ha habido más consenso sobre la improcedencia de la eutanasia activa. Entendida como las acciones concretas realizadas por personal médico o paramédico —o familiares e individuos que cuidan a los enfermos—, destinadas a terminar la vida del paciente. Sin embargo, en muchos círculos se mueve hoy una opinión favorable a esta, alegándose criterios tales como el desvalor de esa vida, provocado por falta de aceptación de ella por su portador y la inutilidad de su existencia. Cabe preguntarse, entonces, ¿dónde radica el valor de la vida?, ¿tendrá la terapia del dolor, bien aplicada, la capacidad de devolver la voluntad de vivir a quien, aquejado de profundos dolores, pide a gritos la muerte?, ¿bajo el rubro de muerte digna no se esconderá el cansancio físico, el desánimo de quienes por ella abogan?, ¿podrán los cuidados paliativos, la atención familiar y la asistencia médica humanista y cálida, borrar en el paciente terminal los deseos de morir por manos de su médico o de un familiar?, ¿la solicitud de muerte del paciente no estará en su íntimo reclamo de atención por sus seres queridos y por el personal que lo asiste?

La cuestión sube de tono cuando el concepto de eutanasia se extiende no ya solo a dolencias terminales, sino también a padecimientos insoportables, como bien pudieran ser patologías psiquiátricas o enfermedades invalidantes desde el punto de vista motor, porque algo menos concreto y certero que el dolor insoportable (a pesar de las diferencias individuales en cuanto a umbrales), ligado a la inminencia de la muerte, insuflan a la decisión un grado de subjetivismo que pone en duda su seriedad. En el caso de las dolencias psiquiátricas porque, en ocasiones, afectan la capacidad de comprender el alcance de la solicitud o, aun comprendiéndolo, muchas veces los estados depresivos ocasionados por la enfermedad hacen desear la muerte, cuando atención y psicoterapia adecuadas bien pudieran inducir a otra posición. En el otro caso porque el entorno pudiera influir en la toma de esa decisión y porque el término *utilidad de una vida humana* tiene que ir más allá de su acepción material. Sin embargo, en Australia, la eutanasia activa está permitida cuando se cumplen los requisitos que la ley específica establece para ello, pudiendo recibir sanción penal quien incumpliere alguno de ellos.

Discusiones suscita, también, la eutanasia activa indirecta, vista como la aplicación de medidas paliativas del dolor, sobre un enfermo terminal, aun cuando estas pueden acelerar el proceso de la muerte. En mi opinión, esta conducta es absolutamente ética y legal, pues ético es aliviar el dolor y procurarle al enfermo una muerte tranquila, indolora, con posibilidad de comunicarse con sus seres queridos y tomar sus últimas decisiones en un ambiente lo más tolerable posible.

Respecto a la eutanasia pasiva son mucho más confusos los límites de la aceptación y del rechazo. Existen en el mundo dos tendencias en su definición: los que opinan que consiste en la omisión o no puesta en práctica de la terapéutica adecuada para lograr la vida del paciente, como es el caso de no utilizar el ventilador artificial, cuando sea necesario, en un paciente recuperable, posición a nuestro juicio perfectamente comprensible y racional; y los que la conceptualizan como la no aplicación de ninguna medida terapéutica que pueda prolongar la existencia del paciente.

Partiendo de esta segunda acepción, surgen cuestionamientos tales como: ¿vale la pena en un paciente en estadio terminal utilizar recursos para prolongar la vida, que irremediamente a muy corto plazo se va a extinguir, a sabiendas que significa una prolongación de sus sufrimientos físicos y morales, de manera infructuosa? ¿Es ética esa conducta?

Por este resbaladizo mundo en el que las líneas divisorias entre ética y derecho apenas si se distinguen necesariamente, si seguimos su curso, vamos a parar a los conceptos de *ortotanasia* y *distanasia*.

La *ortotanasia* consiste en proporcionar al paciente en estado terminal justamente lo necesario para enfrentar su estado con dignidad, sin la utilización de recursos extraordinarios, aliviando su dolor, administrando los cuidados médicos y morales que requiere el moribundo, rodeándolo de un ambiente cálido, familiar, libre del aislamiento que el desarrollo ha impuesto.

Sin embargo, los límites entre eutanasia pasiva y ortotanasia resultan sutiles. Esta proscribía la utilización de recursos extraordinarios, a pesar de que ninguna norma los define; de manera que, quizás para algunos, una operación de resucitación sea un recurso extraordinario. Consecuentemente, su omisión, más que eutanasia, sería ortotanasia, pasando de una obligación legal a una ética, mientras que para otros bien pudiera ser una medida de tratamiento elemental y su omisión conllevaría, como es lógico, responsabilidad penal, por constituir eutanasia y configurar delito.

A nuestro criterio, utilizar recursos extraordinarios en pacientes en estadios terminales no es ético, en modo alguno, pues conforma la denominada *distanasia* o encarnizamiento terapéutico, es decir, «el intento de retrasar la muerte todo lo posible, a costa de grandes sufrimientos»,²⁶ sacrificando la propia dignidad.

Está visto que el bien máspreciado del hombre es la vida; por eso, aprobar la eutanasia, al menos en su variante activa y directa, conlleva un riesgo vital que no vale la pena correr; a juicio nuestro, sin embargo, para quienes juzgan, sí debe quedar bien clara la diferencia entre matar —que implica responsabilidad penal segura— y dejar morir en el curso de una enfermedad letal en estadio terminal, con la única obligación de aliviar el dolor y proporcionar medidas mínimas de sostén de la vida: alimentación, oxígeno, etc, lo que, en mi opinión, lejos de constituir eutanasia, es una obligación moral de los profesionales de la salud.

En el orden legal, en nuestro país, como en la mayor parte del mundo, la eutanasia no está permitida; sin embargo, no existe una norma que expresamente la sancione, por lo que estas conductas hay que analizarlas desde las figuras del homicidio, el auxilio al suicidio o el asesinato, en dependencia de la forma en que ocurran, lo cual, a juicio nuestro, por su especial naturaleza, resulta injusto y meritorio de un tratamiento independiente, al menos como subtipo de las existentes y de menor rigor al previsto para las mencionadas figuras.

Consideraciones finales

La muerte es una de las preocupaciones del ser humano, desde que se separó de la escala animal no pensante. A través de la historia, siempre ha conservado un halo de misterio y temores.

Enfocada de diversos modos por filósofos, médicos, teólogos y juristas, algunos la han ignorado como fenómeno, o la han temido, y unos pocos la evocan cual máximo acto de libertad; otros —Engels entre ellos— la consi-

deran parte consustancial de la vida, su par contrario y necesario, el sentido del movimiento de la materia viva y el único enfoque dialéctico posible de la existencia; contenido que resume en una sola frase: «Vivir es morir.»²⁷

Sobre su concepto, que se mueve en el campo de las ciencias médicas, existen múltiples indefiniciones, al menos en el orden jerárquico-legal, tal cual es la determinación de «medio extraordinario», lo que inevitablemente trasciende el campo de las ciencias penales.

La eutanasia, entendida como acción u omisión encaminada directamente a dar muerte de una forma indolora a los enfermos incurables, por parte del personal sanitario, con la intención de librarlos de sus penas y con ánimo compasivo, está proscrita en Cuba. A juicio de quien escribe, es contraria a la ética, en tanto nadie tiene derecho a privar de la vida a otra persona, ni aun en el supuesto caso que así se lo pidiera; en tanto si disponer de la propia vida es una opción que cualquier individuo tiene, implicar a un ajeno o involucrarse en la acción de quien se trate no es derecho del que lo decida, sobre todo porque el estado emocional de quien formula semejante solicitud, en general, está gravado por la depresión, los dolores propios de su padecimiento y, en ocasiones también, la soledad y el abandono de sus seres queridos, de manera que difícilmente pueda hablarse de libertad en la decisión que se adopte, y es muy probable que pueda corregirse esa actitud con una buena terapia paliativa, posible para todos, al menos en Cuba, por las conquistas de la ciencia y de la técnica, y por el carácter público y gratuito de la salud.

Es necesario distinguir entre conductas eutanásicas, ortotanásicas y distanásicas. La primera, antiética y punible; la segunda, ética y obligada desde esa perspectiva; y la última, antiética, aunque esencialmente impune.

La eutanasia, como conducta punible, debe tipificarse de manera especial en figura independiente del Código Penal, con sanciones inferiores a las previstas para el homicidio y el asesinato, dada su especial naturaleza.

²⁶ Velayos, José Luis: «Reflexiones acerca de la eutanasia». *Cuadernos de Bioética*. Vol. X, No. 37, 1ª, 1999, «La docencia de la Bioética», p. 192

²⁷ Engels, Federico: *Dialéctica de la naturaleza*. Editorial Pueblo y Educación, 1991, p. 253.



LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL



Dr. Juan Mendoza Díaz
Prof. Titular de Derecho Procesal.
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

No hay otra materia (en el campo del proceso) que no sea el derecho de la prueba, que mejor ponga de resalto el trabajo político, social y cultural del mundo contemporáneo en pro de la perfección del Sistema de Justicia.

Vittorio Denti

Concepto de prueba

Los profesores de Derecho Procesal comienzan generalmente el estudio de este tema con una llamada de atención sobre la diversidad de usos que tiene el término *prueba* que, en ocasiones, es identificado como el medio o instrumento utilizado en el *iter* procesal; así, se habla de prueba de testigos o prueba documental. En otro orden, sirve para identificar una actuación procedimental y, en tal sentido, se dice que el proceso está abierto a prueba, o en plazo de pruebas. Es usado también para identificar un resultado y, en esa dirección, indicamos que se logró la prueba que se esperaba del hecho litigioso, o sea, el hecho resultó probado. Un mismo término puede ser utilizado para identificar válidamente un medio, un procedimiento y un resultado.

Científicamente, el concepto de prueba está asociado, en esencia, a los mecanismos necesarios para alcanzar las consecuencias jurídicas que la ley asocia a determinados supuestos de hechos (Kisch, W.: «Elementos de Derecho Procesal Civil», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1940, p. 196. Traducción y notas de Prieto-Castro). La norma jurídica es un mando hipotético regulador de determinadas situaciones en abstracto, el cual pretende obtener una resolución reconocedora de los beneficios que emanan de la norma encargada de probar que los hechos concretamente alegados se subsumen en la norma invocada y, por ello, es beneficiario de las consecuencias dispuestas por la ley.

La tarea del juez en el proceso civil es aplicar el derecho material al caso concreto que se le somete a su consideración, es ajustar el supuesto abstracto de hechos de la ley al resultado específico que se le aporta y eso se logra exclusivamente si se prueba la certeza de lo alegado.

En esa dirección, vemos cómo, durante el siglo XIX y gran parte del XX, prevaleció en la doctrina el criterio de que la prueba tenía como objetivo la búsqueda de la verdad;

así, un clásico de este tema, el francés Bonnier, a finales del XIX, definió las pruebas como los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad (Bonnier, E.: *Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*. Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1902, p. 51. Traducción y notas de Vicente y Caravantes). Ese mismo criterio era sostenido por Gómez Orbaneja, para quien la prueba era la actividad procesal encaminada a producir en el juez el convencimiento de la verdad, o no verdad, de una alegación de hecho (Gómez Orbaneja, E. con H. Quemada: *Derecho Procesal Civil*. V. I, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, p. 286).

El tema de *la búsqueda de la verdad*, como objeto teleológico de la prueba, ocupó durante mucho tiempo la atención de la doctrina procesal y, en el logro de una fórmula de entendimiento, se hizo una división entre una *verdad material*, que sería el objeto del proceso penal, dada la naturaleza pública de la contienda y una *verdad formal*, para el derecho civil, teniendo en cuenta la presencia en el proceso civil de un principio dispositivo que pone en manos de las partes la fijación de los hechos que serán objeto de contienda.

Fue la doctrina alemana la que comenzó a desbrozar el camino y, en tal sentido, se empezó a hablar de que el cometido de la prueba era esencialmente lograr que el juez alcanzara *certeza* sobre los hechos alegados, o sea, una convicción sobre la verdad (Schönke, A.: *Derecho Procesal Civil*. Bosch, Barcelona, 1950, p. 198; Rosenberg, L.: *La Carga de la Prueba*. Ed. Jurídica Erupo América, Buenos Aires, 1956, p. 15; Kisch, p. 201).

El reconocimiento de que en el proceso civil se busca una certeza, la doctrina lo denominó como *la renuncia a la verdad* (Montero, A.: *Los Principios Políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 109). Se parte de estimar, siguiendo a Carnelutti, que es erróneo establecer una

distinción entre una *verdad material* y otra *formal*, pues la verdad es una sola. En el proceso civil, el juez busca una convicción suficiente sobre el supuesto de hechos presentados y ese convencimiento se alcanza a través de la prueba aportada al proceso. Esa nueva lectura de los fines de la prueba elimina innumerables preocupaciones conceptuales: la verdad no es posible graduarla, ya que se obtiene o no, mientras la certeza es un estado que permite determinados niveles de realización (es posible lograr mayor certeza, o menor, sobre la ocurrencia de un hecho). En la medida en que esta categoría se acerque a niveles absolutos, mayor aproximación tendrá a un ideal de verdad. Según Eisner, la llamada certeza moral se logra cuando la inteligencia del juez manifiesta la realidad de una afirmación, o sea, cuando ha logrado alcanzar una convicción bastante (Eisner, I.: *La prueba en el Proceso Civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992, p. 42); cuando un juez considere lograda una certeza plena sobre los hechos planteados, mayor seguridad podrá tener sobre la veracidad de lo que se le ha «servido». Decimos «servido» pues la primera premisa del proceso civil, por imperio del principio dispositivo, es que los jueces solo pueden tener competencia sobre los hechos aportados por las partes.

Para Montero, la necesidad de renunciar a la búsqueda de la verdad se descubre simplemente teniendo en cuenta algunas circunstancias que son consustanciales con el proceso civil, a saber:

- Los hechos no afirmados, al menos por una de las partes, no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de estos.
- Los hechos afirmados por las dos partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia.
- Respecto de los hechos controvertidos, debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora.

De esto se desprende que la búsqueda de la verdad no es la función de la prueba civil, ya que, si los hechos controvertidos pueden ser solo afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes, y si todo se reduce a que mediante estos se trata de verificar aquellos, si los medios de prueba han de practicarse precisamente del modo previsto en la ley y si no todo vale para llegar al descubrimiento y comprobación de los hechos, no hace falta más para poder concluir que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal.

Siguiendo con Montero, se puede definir la prueba en el proceso civil como la actividad procesal que tiende

a alcanzar la *certeza* en el juzgador respecto de los *datos* apuntados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento psicológico del mismo juez y, en otros, de las normas legales que fijaran los hechos (Montero, pp. 109, 111 y 116).

Para una mejor comprensión de lo expresado por Montero, es necesario detenernos en el concepto de *dato aportado* (segmento de la vida real que ha sido narrado por las partes y, con ello, incorporado al proceso). Visto desde esta perspectiva terminológica, *hecho* es el acontecimiento que se produce en la vida real, mientras *dato* es la afirmación que de este hacen las partes en el proceso.

Si las partes deben aportar los datos que servirán de base a la prueba, es posible hablar entonces, siguiendo a Rosemberg, de la existencia de una *carga de la afirmación*, o sea, las partes deben presentar aquellas afirmaciones que contienen o demuestran los presupuestos (abstractos) del precepto jurídico que beneficia a la parte respectiva (Rosemberg, pp. 30-49). Estas afirmaciones de las partes constituyen el dato que será controvertido en la *litis* y sobre el cual girará la prueba en el proceso, y esos datos solo pueden ser aportados por las partes, en virtud de la vigencia del principio dispositivo.

Durante mucho tiempo, se habló del principio dispositivo asociado a las facultades de las partes para la conducción del proceso, de tal suerte que este principio prevalecía cuando el juez tenía limitadas sus capacidades de dirección del asunto. Modernamente, se hace una distinción del principio en una proyección material y otra procesal. En su aspecto procesal, el principio sigue asociado a las facultades relativas al manejo técnico del asunto. En el aspecto material (punto que nos interesa), está conectado a que solo las partes pueden aportar las afirmaciones necesarias que servirán de base al proceso y serán la premisa de la sentencia, o sea, el juez tendrá que girar, en el terreno fáctico, única y exclusivamente sobre las afirmaciones hechas por las partes, en decir, sobre los datos que de los hechos han sido aportados (Cabrera Romero, J. E.: *Las iniciativas probatorias del Juez en el Proceso Civil regido por el Principio Dispositivo*. EDIFOVE, Caracas, s/f, p. 17).

Tipos de prueba

Sin abandonar la distinción terminológica entre *hecho* y *dato*, de indudable valor metodológico, pretendo adentrarme en este punto usando la vieja nomenclatura de *hechos* para lograr una mayor claridad expositiva, teniendo en cuenta su calado entre todos nosotros, acostumbrados a hablar de *hechos de la demanda, prueba de los hechos*, etc., razón por la

que verán utilizados indistintamente los conceptos de *hechos y dato* durante este desarrollo expositivo, para referirnos a una misma cosa.

El objeto de la prueba son, esencialmente, los hechos. Sobre esta base, hecho es todo acontecimiento o suceso exterior perceptible, sea un acontecimiento natural o un acto jurídico, del cual nacen los efectos que regula la norma. Según Schönke, también pueden ser objeto de la prueba los hechos internos, en particular el conocimiento de determinada intención o conducta (v.g. la prueba de que alguien, por un informe falso, ha sido condicionado a la firma de un contrato) (Schönke, p. 201). Este punto de vista tiene como inconveniente la dificultad de su prueba, teniendo en cuenta la limitación que casi todas las leyes de procedimiento ponen a la prueba basada en juicios valorativos o consideraciones apreciativas, en las declaraciones de los testigos.

Es también objeto de la prueba los indicios. Este particular se ha prestado a muchas confusiones, al tratar de hablarse de una *prueba indiciaria* y, con ello, se ha llevado a la creencia errónea de que el indicio es un medio de prueba; a esto contribuyeron autores de crédito, que comenzaron a hablar en su momento de una supuesta prueba indiciaria (Kisch, p. 202).

Los indicios son hechos vinculados a los principales, mas no constituyen en sí mismos el fundamento fáctico de la pretensión; dicho en otras palabras, son hechos de los cuales se deducen los que de inmediato interesan, aquellos que generalmente sirven a las presunciones, sin ser un medio de prueba en específico. Decir *prueba indiciaria* es igual a decir prueba de los hechos, pues los indicios son hechos propios, pero de menor relevancia que los principales de la demanda.

Para Gómez Orbaneja, mientras los hechos principales sirven de presupuesto a la norma cuya aplicación se solicita, los indicios son otros hechos indirectos; por deducción lógica, puede concluirse que, dados unos hechos, se han dado también los otros (Gómez Orbaneja, p. 290). Con lenguaje particularmente gráfico, Eisner los califica como huellas de un hecho principal o excrecencias de estos (Eisner, p. 91).

Carga de la prueba

El concepto de *carga de la prueba* (*onus probandi*) es uno de los legados más importantes de la ciencia procesal alemana, pues definió la responsabilidad de las partes en lograr que su actuar probatorio satisfaga las exigencias de certeza del juez y le permitan a este dictar una sentencia sobre el fondo del asunto. Al juez, como

sujeto tributario del servicio de justicia que presta el Estado a sus ciudadanos, no le es permisible una solución de *non liquet* sobre lo presentado; o sea, no puede abstenerse de decidir por no haberle quedado suficientemente claros los hechos alegados. El juez está obligado a afirmar o negar la consecuencia jurídica objeto del pedido, o sea, declarar con lugar o sin lugar la demanda.

Es en esta dirección donde debe valorarse el tema de la carga de la prueba, de tal suerte que la decisión sería desfavorable para la parte sobre la cual caiga esta con respecto a la afirmación de hecho no aclarada. Si bien dicha carga se inicia para las partes desde el momento de apertura del proceso a fase probatoria, esta categoría alcanza relevancia para el juez solo al final del proceso, precisamente cuando el juzgador tiene que hacer el balance comparativo general, entre los hechos alegados y los probados. Es en este preciso momento cuando el juez decide si accede a la pretensión o no (Rosemberg, p. 3).

El principio de la carga de la prueba descansa en que aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico es la que la soporta porque, en caso de no demostrarse la existencia de estas características, no se aplicará el precepto favorable a su pretensión y recibirá una sentencia desestimatoria, pues al juez le es imposible la incertidumbre relativa al hecho alegado. Dicho con palabras de Rosemberg: «La esencia de la carga reside, precisamente en la resolución con respecto a esa duda.» (Rosemberg, p. 11). El juez no puede negarse a fallar ante la incertidumbre, pues, como dijimos, el *non liquet* está proscrito; por ello, *la duda implicará un fallo contrario a la parte que soporta la carga de la prueba*.

Llegado este momento, es necesario dejar establecidos cuáles son los hechos sobre los que recae la carga de la prueba, pues muchos de los datos que constituyen el relato histórico de la demanda no requieren prueba.

A partir de la doctrina alemana de finales del XIX y principios del XX, se convirtió en un lugar común en la teoría procesal denominar como *hechos constitutivos* a aquellos que son el fundamento de la norma que se invoca. Dicho de otra forma, la norma legal regula un supuesto abstracto de hechos, de los cuales se derivan consecuencias legales, los hechos narrados por el actor con el propósito de que sean subsumidos en la norma legal son los que reciben el calificativo de *hechos constitutivos*. Se habla de la existencia de una correlación entre *hechos constitutivos* y *norma constitutiva*, en la cual los primeros son los datos afirmados por la parte y

la segunda es el precepto legal del cual espera obtener los resultados a su favor.

Existe para el actor la carga de la prueba sobre la existencia de los denominados *hechos constitutivos* afirmados en su promoción. Sobre estos hechos, versará lo que ha dado en llamarse *pruebas principales* (Montero, J., et al.: *Derecho Jurisdiccional II. Parte Civil*, 7ma edición, Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, p. 182).

Por su parte, el demandado solo asumirá la carga de la prueba de aquellos hechos alegados que tengan carácter de *impeditivos* o *extintivos*. Es decir, si el demandado solo niega los hechos del actor, no recaerá sobre él carga alguna. Esto no significa que no pueda el demandado aportar medios de prueba; de hecho, habitualmente lo hace, pero con el propósito de desvirtuar el fundamento de los hechos alegados por el actor, no por estar obligado a hacerlo. El demandado puede negar el hecho constitutivo y aportar pruebas en contra para desvirtuarlo, con el objetivo de destruir el convencimiento del juez sobre este, pero tal actuación no tiene para él carácter de carga, ya que la simple negación lo exime de responsabilidad procesal. A este tipo de prueba que puede aportar el demandado, con el propósito de desvirtuar los hechos constitutivos del actor o lo que Kisch llama la incerteza de la afirmación, la doctrina la denomina *contraprueba* (Montero, *Derecho Jurisdiccional*, p. 182; Kisch, p. 210).

¿Cuándo surge para el demandado la carga de la prueba? Solo en aquellos casos en que no se ha limitado a negar, sino que ha adoptado una *defensa cualificada* (Mendoza Díaz, J.: *El Proceso Ordinario de Conocimiento; actitudes del demandado*. CIABO, La Habana, 2000, p. 52) y ha aportado nuevos hechos, de carácter *impeditivos* o *extintivos*, de los cuales se derivan consecuencias jurídicas distintas de las recogidas en la norma constitutiva, pues estos nuevos hechos son el fundamento de una norma distinta, que elimina los efectos de la invocada por el actor. Entramos por esta vía en el campo de las denominadas excepciones perentorias o materiales.

Un ejemplo puede ser ilustrativo: Si A pide reivindicación, está obligado a plantearse hechos constitutivos, como la propiedad del bien y la posesión de este por un tercero, de lo cual se derivará la consecuencia jurídica que prescribe el Código Civil en el Artículo 129.1 (*norma constitutiva*), en el sentido de que el propietario tendrá acción contra el tenedor y el poseedor del bien para reivindicarlo. Si el demandado solamente negara las afirmaciones del actor, la carga de la prueba está en quien formula la demanda; no surge para el demandado la carga, a pe-

sar de que este pueda proponer contraprueba para desvirtuar las afirmaciones formuladas en su contra.

Surge para el demandado la carga de la prueba solo si este se opone a la demanda alegando que la acción ha prescrito, por el paso del tiempo, ya que ha alegado un hecho extintivo del cual se derivan las consecuencias del Artículo 115 del Código Civil (*contranorma*), en caso de que logre demostrarlo.

Fijadas las cuestiones generales, piedra angular de la teoría de la carga de la prueba, me referiré a las diferentes situaciones que operativamente pueden darse, relativas a los hechos que requerirán de prueba en el proceso y cuáles están relevados por ella, a saber:

- Los hechos articulados o afirmados: Por imperio del principio dispositivo, en su proyección material anteriormente apuntada, solo pueden ingresar al proceso aquellos hechos alegados por las partes, en función de la denominada carga de la afirmación. Está vedada la posibilidad de que el tribunal incorpore hechos distintos, ya que solo puede tener en cuenta para su decisión lo obrante en autos, de ahí la vigencia del viejo brocardo *quod non est in actis non est in mundo*. La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral introduce en el escenario procesal cubano la novedad de permitir que el tribunal pueda resolver sobre cuestiones de hecho no articuladas originariamente por las partes, siempre que los nuevos elementos introducidos sean sometidos a la contradicción de las partes (Artículo 45). Desgraciadamente, este poderoso instrumento en manos de los tribunales no tiene el uso que el legislador quiso darle, cuando lo introdujo en la Ley.
- Hechos controvertidos: Los hechos aceptados por las partes están relevados por la carga de la prueba. Rosenberg, siguiendo la clara letra de la ZPO alemana, lo expresa de la forma siguiente: «El tribunal no puede dudar de lo que es cierto para las partes y estas no discuten o han admitido; debe considerarse que requiere prueba lo que las parte discuten; no puede aceptar como verdadero una afirmación cuando ambas partes están de acuerdo sobre su falsedad» (Rosenberg, p. 39).
- Hechos presumidos por la ley: Son pruebas de la experiencia traducidas a través de la ley (Eisner, p. 55). Se sostiene que las denominadas presunciones legales o hechos presumidos por la ley no requieren de prueba; la propia ley los reputa como ciertos. Pero tal aseveración requiere de matización, para evitar las frecuentes confusiones en la práctica. Lo eximido

de la prueba es la conclusión fáctica que la ley deriva con el carácter de presunción, pero la parte que lo alega en su favor tendrá la carga de la prueba de aquellos hechos que constituyen la premisa o presupuesto de la presunción.

- Hechos notorios (*notoria non egent probatione*): Son aquellos que resultan de público conocimiento, por haber sido objeto de publicidad general o porque todo un conglomerado estimable de personas lo ha presenciado, dentro de una comunidad determinada. Según Eisner son los que pacíficamente llegan al conocimiento del juez por formar parte de una colectividad, en un momento y cultura determinada (Eisner, p. 58).

La notoriedad está relacionada con la ocurrencia de un hecho en específico y no precisamente con la vigencia de principios generales que pueden formar parte de las máximas de la experiencia, categoría relacionada con la valoración de las pruebas y sobre la cual volveremos más adelante. Stein lo explica con claridad al decir que existe la notoriedad fuera del proceso, cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación, y con una generalidad tal que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convenido de ellos como el juez en el proceso, sobre la base de la práctica de la prueba (Stein, F.: *El conocimiento privado del Juez*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1990, pp. 72 y 136).

En todo país, ciudad, municipio o localidad ocurren acontecimientos naturales o sociales, de los cuales el ente social tiene pleno conocimiento y que las personas lo pueden tomar como referencia, para vincularlo a la existencia de otros hechos (v.g. el contrato se firmó en ocasión de la visita del empresario español a la Feria de La Habana del año 2002).

Facultades del juez en el proceso probatorio

El tema de las mayores o menores facultades del juez en materia de pruebas pasa necesariamente por la posición ideológica que se tenga sobre el papel del proceso civil en la sociedad. En esa dirección, Alcalá-Zamora nos llama la atención de que la caracterización de un ordenamiento procesal como liberal o autoritario habrá de efectuarse con criterio estrictamente jurídico, al margen por ello del ambiente político de una sociedad dada en un momento determinado; conclusión a la cual arriba a partir de diversos ejemplos de sociedades autoritarias que disponen de procedimientos liberales y viceversa

(Alcalá-Zamora y Castillo, N.: *Liberalismo y Autoritarismo en el Proceso*, en Estudios de Teoría General e Historia del Proceso. UMAN, México, 1992, p. 259). Sin restarle veracidad al postulado del gran procesalista español, y sin adentrarnos tampoco en casuismos innecesarios, no cabe duda de que el sistema político imperante en una sociedad condiciona su legislación y, dentro de esta, la procesal; en conclusión, tiene razón el maestro en que no hay una relación matemática entre estos aspectos, pero no pueden verse desligados en el análisis integral.

Es posible identificar dos posiciones irreconciliables, que marcan los puntos extremos del tema; entre estas dos posiciones límites, se mueve una diversidad de modelos procesales con elementos de una postura y otra:

Unos consideran que el proceso debe ser el escenario donde, de manera libre, las partes puedan discutir sus derechos típicamente privados, sin interferencias del juzgador; parten de que solo es garantista el proceso al que denominan liberal, y en el cual las facultades del juez quedan limitadas a las de arbitrar la contienda, sin posibilidad de introducir hechos ni incorporar pruebas (ver por todos, a Montero, J.: *Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad*. Contenido en Teoría Unitaria del Proceso. Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2001, pp. 213-243).

Otros consideran que el juez debe tener una posición más activa en el proceso y, en tal sentido, quebrar una actitud pasiva o de libertad negativa, pues sabe que actuar así declina de sus deberes, en especial el básico de acceder a la verdad jurídica objetiva, sin lo cual recortaría en el pronunciamiento final una solución formal, aparente, inadecuada, axiológicamente disvaliosa, que no se conforma con los fines del Servicio de Justicia (Ver por todos, a Morello, A.: *El Proceso Civil Moderno*. Librería Platense, La Plata, 2001, pp. 355-389).

El origen histórico de estas posiciones encontradas debe buscarse en la tendencia conocida como *publicización del proceso*, que sienta sus raíces en la reforma procesal austríaca de 1895 que, bajo la conducción de Franz Klein, instauró un proceso regido por la oralidad, la inmediación y la concentración, y con amplias facultades del juez para conducir el proceso e intervenir en la decisión del material de hecho a valorar y las pruebas a practicar (Fairén, V.: *El Proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein*. Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1955, pp. 301-323). Este modelo adquirió una gran aceptación en algunos países europeos, especialmente en

Portugal, por cuyo conducto se introdujo en Brasil en la primera mitad del siglo XX, país que se convirtió en el primero de este hemisferio con una legislación procesal de avanzada. En la actualidad, muchos de los países del continente han acogido las ideas básicas de dicho modelo, gracias a la ardua labor unificadora que ha realizado el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, a partir de los Códigos Modelos de Procedimiento en materia civil y penal. En Europa, España acaba de darse una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley No. 1, de 2000, a partir de ahora LECe/2000), que incorpora muchos de los postulados procesales del modelo austríaco.

El Código de Klein puso una nota de disidencia al panorama procesal europeo, regido por el viejo *solemnis ordo iudiciarius*, cuyo origen está en el proceso civil romano y que, producto de su recepción y fusión con del derecho canónico, se convirtió en el proceso común de casi toda Europa. Este tipo de proceso, del cual es exponente típico la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 (a partir de ahora, LECe/1881) se instauró en numerosos países de América, incluidos Cuba, donde aún rige, a pesar de las formas introducidas en 1974 y 1978, que concedieron al juez facultades impensables en el modelo clásico.

Para la cabal comprensión de este tema, es necesario retomar lo apuntado con antelación sobre la doble lectura del principio dispositivo, en su proyección procesal y material. Se parte del criterio de que un proceso no pierde su carácter liberal si concede facultades de dirección al juez en detrimento de las partes. Según la posición restrictiva, lo negado es que se disminuyan las posibilidades de las partes en la proyección material del principio dispositivo.

La posición extrema ya apuntada postula un juez que, a los fines de formar convicción necesaria, suficiente y motivada, respecto de la «verdad jurídica objetiva» en esa controversia, se valdrá de todas las medidas de prueba a su juicio razonables, a condición de que no medie agravio sustancial para el derecho de defensa, ni se configure al respecto algún comportamiento sorpresivo que conculque con el mencionado derecho a la defensa. Según esta posición, el juez debe estar dispuesto protagónicamente a ejercer sus potestades de manera amplia e independiente, en la actividad esclarecedora, marginándose de lo que hayan podido cumplir u omitir las partes; se erige en medida razonable y controlada, en riguroso «pesquisante» al indagar (para averiguar la realidad, verdad o certeza de los hechos o de sus circunstancias), aunque siempre lo haga bajo los límites y observancia de las garantías establecidas (Morello, pp. 361 y 364).

La posición que modernamente se va imponiendo, y con la cual comparto plena simpatía, es la de aquel sector de la doctrina que distingue entre el proceso y el pleito. El proceso está regido por una relación de carácter público y, por tanto, indisponible, mientras el pleito, o sea, el contenido, es atributo de las partes. A partir de esta posición, si la técnica de la prueba pertenece al ámbito del proceso, el juez podrá traer elementos probatorios sin lesionar el principio dispositivo. Esto último lo podrá hacer el juzgador siempre y cuando la verificación del juez no tenga por objeto hechos no alegados por los litigantes, que sí atentaría contra los derechos subjetivos que pretende que sean tutelados, lo cual se obtiene reservándole a las partes la fijación del *thema decidendum*. Se parte, según esta posición, de que el principio dispositivo no es incompatible con la naturaleza pública del proceso. (Cabrera Romero, pp. 17-18).

En la actualidad, con argumentos técnicos pero también ideológicos o sociológicos, se afirma que, para poder exigir al juez dictar sentencias justas, es preciso dejarle en libertad para que pueda procurar la prueba necesaria sobre las afirmaciones realizadas por las partes. De ese modo, el juez no solo podrá conocer bien los hechos a los cuales debe aplicar correctamente la ley, sino que, además, en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales, puede neutralizar el desequilibrio que con frecuencia se produce en el proceso civil, en función de la posición social o económica de los litigantes y de la calidad técnica de los profesionales que los patrocinan (Vázquez Sotelo, J. L.: *La iniciativa probatoria del juez en los procesos penal, administrativo, laboral y civil de la legislación española y la teoría general del proceso*. En Teoría Unitaria del Proceso, *op. cit.*, p. 266).

Los seguidores de esa posición opinan que al juez debe concedérsele un margen de iniciativa suficiente en cuanto a las pruebas en orden, a las cuales no debe quedar limitado por las aportadas por los propios litigantes. No se trata de una cuestión nueva, pues ya la LECe/1881 recogió la institución de la prueba para mejor proveer, entiéndase *para mejor dictar sentencia*, institución que encontró general acogida en los códigos procesales americanos.

Las facultades probatorias del juez no pueden estar presentes durante todo el proceso, pues se corre el riesgo de convertir el proceso civil en inquisitorial y, al juez, en un investigador. La necesidad del juez debe surgir al momento de dictar sentencia, cuando hace el balance de la carga de la prueba y se percata de hechos sobre los que no ha adquirido plena certeza. Siguiendo a Cabrera Ro-

mero, si al momento de la sentencia no existieran pruebas sobre los puntos controvertidos, el juez no tendrá necesidad de aclarar nada, se limitará a aplicar las normas sobre la carga de la prueba y quien incumplió su carga correrá con las consecuencias de no haber probado sus alegatos. Ante ese punto, no hay dudas para el juez y la decisión de mejor proveer no tendría sentido. Cosa distinta sería cuando existió una actividad probatoria que ha resultado incompleta. En tal situación, existen en el expediente probanzas de los alegatos, pero los hechos no han quedado fijados con nitidez. Es en este caso cuando se justifica que el juez pueda disponer la prueba para mejor proveer (Cabrera Romero, pp. 46-47).

Los partidarios de aceptar las facultades probatorias del juez no son contestes sobre los medios de prueba que pueden ser incorporados. Una posición es partidaria de facultar al juez para hacer uso de la totalidad del catálogo de medios establecidos por la ley, incluso la testifical, con la única excepción de que deben ser testigos cuyo conocimiento brote de las mismas actuaciones (Vázquez Sotelo, pp. 271-272). Los partidarios de la otra posición planean que las facultades del juez deben estar limitadas, de tal suerte que no puede recurrir a cualquier medio de prueba, pues la esencia del principio dispositivo impide al juez acciones que puedan asimilarse a las indagaciones extraprocesales, las cuales lo alejarían de su verdadero papel. En correspondencia con ello, estiman que no hay búsqueda alguna fuera del expediente cuando el juez dispone un reconocimiento judicial de la cosa litigiosa o cuando ordena una prueba pericial para aclarar puntos oscuros, por lo que queda limitado a estos dos medios probatorios la facultad de mejor proveer del juez (Cabrera Romero, p. 43).

Es imposible agotar aquí la riqueza de este tema. Sólo he querido brindar un botón de muestra del estado del arte de uno de los más complejos tópicos de la ciencia procesal actual, que lo convierte en una cuestión recurrente en una gran cantidad de congresos y citas científicas del Derecho Procesal. Una muestra de ello es evidente en la citada obra: *Teoría Unitaria del Proceso*, que recoge las ponencias presentadas en el XV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, celebrado en Rosario, Argentina, en mayo de 2001. Esta obra contiene los trabajos de dos destacados procesalistas españoles, Montero Aroca, profesor de Valencia, y Vázquez Sotelo, profesor de Barcelona, con posiciones totalmente opuestas sobre el mismo tema.

Valoración de la prueba

Por valoración de la prueba debemos entender las operaciones mentales mediante las cuales el juez llega al convencimiento o certeza sobre los hechos objeto del debate. Dicho con palabras de Kisch, es la actividad intelectual que lleva a cabo el juez para medir la fuerza probatoria de un medio de prueba (Kisch, p. 199).

La historia del proceso ha conocido de diferentes medios de valoración de la prueba, tránsito que ha ido de una presencia casi generalizada de la prueba legal, típico del proceso común medieval, hacia una postura de libre valoración, criterio que vino de la mano de la Revolución francesa y encontró pleno reconocimiento en los códigos de Procedimiento Civil y Penal de Napoleón, de 1806 y 1808, respectivamente.

Prueba legal

El sistema de pruebas legales es aquel en el que la propia ley señala al juez el valor o grado de eficacia que debe darle a determinados medios de prueba; si bien está reducido en la actualidad, la gran mayoría de los ordenamientos procesales reservan a determinados medios, como la confesión y la documental, el valor de prueba legal.

Señala Gómez Orbaneja, siguiendo a Wach, que la razón por la cual se mantenía modernamente el sistema de prueba legal era por causas de seguridad jurídica (Gómez Orbaneja, p. 296).

Libre valoración

El avance del pensamiento liberal operado tras las grandes revoluciones burguesas europeas trajo aparejado, en lo que al proceso se refiere, el imperio del criterio de libre valoración de las pruebas, como lógica reacción al yugo valorativo impuesto por las pruebas tasadas imperantes en el proceso común de corte romano-canónico.

Si bien es cierto que durante un tiempo la libre valoración pudo ser interpretada como un mecanismo de apreciación de la prueba sin sujeción a regla alguna y, por ello, podía dar lugar a una labor arbitraria del juzgador, la doctrina se apresuró a apuntar que, en este nuevo mecanismo apreciativo, debían imperar las reglas de la sana crítica, entendida esta como aquellas indicaciones o instrucciones a disposición del juez para la realización de su juicio de valor. Se parte de que la prueba libre no quiere decir apreciación arbitraria, sino deducción lógica de las consecuencias, partiendo de unos datos preestablecidos (Gómez Orbaneja, p. 297).

Nos señala Montero que el cambio del sistema de prueba legal al de prueba libre, primero en el proceso penal y luego en el civil, estuvo matizado por la presencia en el proceso de la figura del jurado, quienes no precisamente lograban una certeza subjetiva, sino un mecanismo para lograr una declaración de voluntad (Montero, *Los Principios...* p. 132). El hecho estriba en que al jurado no se le exige que justifique o explique el juicio al cual han arribado, pues su declaración se resume en una manifestación de voluntad de naturaleza binaria: culpable o no culpable, responsable o no responsable.

A esta modalidad se le denomina *íntima convicción* y, si bien está relacionada con la libre valoración (ambas implican una apreciación de las pruebas sin sujeción a normas establecidas en la ley), también tiene elementos que la distinguen, pues esta última está caracterizada, como hemos explicado, por la sana crítica, lo cual obliga al juzgador a exteriorizar en su resolución los elementos que tuvo en cuenta para formarse su certeza moral sobre el hecho presentado, o sea, el juez adquiere el compromiso de explicar y publicitar las máximas de la experiencia en que se ha apoyado para conceder mayor valor a unos medios en detrimento de los otros; máximas de la experiencia que pueden ser patrimonio ideológico del propio juez o a la que haya tenido que acudir auxiliándose de la prueba pericial.

La sana crítica y las máximas de la experiencia

Las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judicial que deben integrar la experiencia de la vida del juez y aplicarlas a la hora de determinar el valor probatorio de cada uno de las fuentes-medios de prueba (Montero, *Los Principios...*, p. 136). Complementando lo dicho por el profesor de Valencia, las máximas de la experiencia pueden no formar parte del conocimiento propio del juez y, en este caso, está en la necesidad de proveerse de ellas, fundamentalmente a través de la prueba de peritos.

Las máximas de la experiencia son aquellos juicios adquiridos por el juez, en razón de la general experiencia de la vida o de conocimientos técnicos especiales (Schönke, p. 202). Kisch hace un análisis detallado y algo primitivo, pero de un valor docente innegable para la mejor comprensión del tema; según el profesor alemán, las máximas de la experiencia son los conocimientos generales que se suponen poseídos por toda persona de mediana cultura, como son saber leer, escribir, contar, entender nuestro idioma y otros semejantes;

otros se consideran del patrimonio intelectual de personas que tienen una formación y están en una posición social como el juez: conocimiento profundo del idioma, o de la historia, posesión de nociones de historia natural, ideas sobre las bases de la vida social, economía política, comercio e industria, agricultura, y estar versado sobre condiciones personales, locales, económicas y religiosa del país o, por lo menos, del territorio donde radica el tribunal. Pero, ante todo, es necesario poseer una multitud de reglas de experiencias sociales y psicológicas, cuyo conjunto forma lo que muy bien puede llamarse «conocimiento de la vida y de los hombres». Toda esta multitud de conocimientos son necesarios para apreciar la prueba; se supone que los tiene el juez y, por ello, no hay que probárselos en el proceso. En este aspecto, guarda analogía con los hechos notorios, pero se diferencian profundamente de estos en razón de que no son fenómenos o acontecimientos esporádicos, sino reglas o máximas generales de las experiencias del juez (Kisch, p. 200).

Se desprende de lo planteado que el juez está obligado a valorar la prueba de conformidad con estas máximas y exteriorizar ese juicio en su sentencia. A eso se refiere la sana crítica. Cuando para valorar la prueba, el juez esté carente de máximas de la experiencia, por requerirse conocimientos especializados en ciencia, arte u oficio, está obligado a recurrir a la prueba pericial. Esa es la razón por la cual se discute la naturaleza jurídica de esta prueba, que no está dirigida esencialmente a comprobar los hechos planteados, sino a abrir el horizonte del juez en aquellas máximas de la experiencia de la cual es menesteroso. De lo antes dicho, se desprende que un juez dotado de un máximo de conocimientos en determinadas áreas del saber humano, puede prescindir del auxilio de medios periciales auxiliares, ya que tiene autarquía para aplicar la sana crítica en la valoración de la prueba.

Es necesario, de cara a una última matización de este punto, distinguir entre las *máximas de la experiencia* y los denominados *conocimientos personales del juez*; expresión esta última reservada a aquellas informaciones que el juzgador pueda tener acerca del hecho específico sometido a su consideración. Se trata de aquellos conocimientos sobre los hechos que el juez puede tener, llegados por una vía distinta a la del proceso, ya sea porque los ha presenciado, ya por haberlos recibido de una fuente secundaria. Toda la doctrina es conteste en que estos conocimientos deben ser proscritos, pues convierten al juez en testigo y, por ello, le invalidan su imparcialidad (Schönke, p. 200).

La prueba de fuego del mecanismo de valoración de la sana crítica es la obligación que le viene impuesta al juez de fundamentar su fallo. Este ideal se ve, en ocasiones, mancillado en la práctica judicial por el uso de lo que se conoce como *valoración conjunta de las pruebas*.

Con frecuencia, se utiliza esta expresión para, a renglón seguido, narrar el hecho que se ha dado por probado. Detrás de esta práctica, se esconde, esencialmente, la falta de motivación del fallo y, por ende, la falta de exteriorización por el juzgador de los juicios lógicos que ha realizado para concederle determinado valor a un medio en detrimento de otro. Esta práctica podría ser hasta cierto punto permisible en aquellos casos en los cuales todas las pruebas gozan del atributo de la prueba libre, pero resulta inaceptable cuando concurren pruebas legales y libres, pues las primeras tienen un valor preestablecido en la ley y no es posible valorarlas de conjunto con las de apreciación libre, por cuanto el mecanismo iría en detrimento de las primeras. El juez está obligado, reitero, a exteriorizar las máximas que lo han auxiliado a formar su certeza subjetiva del hecho sometido a debate.

Los medios de prueba en específico

Sentado que la práctica de las pruebas es el proceso de percepción sensorial del juez, encaminado a lograr una certeza sobre los datos aportados, los medios de prueba constituyen los instrumentos procesales que posibilitan dicha percepción.

Existen medios de prueba que permiten una percepción sensorial directa del juez, pues le posibilita un vínculo directo con la fuente de la prueba, como es el caso del reconocimiento judicial. Existen otros medios que logran un reconocimiento indirecto sobre el hecho, como es la prueba de testigos y los documentos. La prueba pericial, por su parte, no vincula al juez con el hecho, está encaminada a ampliar sus máximas de la experiencia; mientras las presunciones son juicios deductivos a los que este arriba al ser poseedor de determinados indicios que le posibilitan inferir una consecuencia probable o es la propia ley quien deduce dichas consecuencias.

Confesión

Es la declaración que presenta la parte a tenor del interrogatorio que realiza la contraria, o el juez, sobre hechos personales y perjudiciales a quien comparece.

La confesión tiene un valor preestablecido en la ley, de ahí su carácter de prueba legal o tasada, de tal suerte que aquellos hechos personales perjudiciales a

quien los declara deben ser incorporados como ciertos en la sentencia.

Es indispensable que el objeto de la confesión lo constituyan hechos personales, o sea, aquellos en que la parte ha tenido participación directa, pues, por su valor vinculante, no puede referirse a hechos de terceros. A esto lo complementa el carácter perjudicial de lo confesado, partiendo del supuesto lógico de que nadie admite un hecho que le perjudique, a no ser que sea cierto.

Relacionado con lo anterior, hay dos aspectos que deben distinguirse: primero, la confesión tiene el carácter de prueba tasada en aquellos casos en que el derecho en discusión es disponible, o sea, cuando se trate de aplicación de normas de derecho privado. No ocurre lo mismo en los casos de derecho no disponible por las partes, como son los derechos de familia o en los casos penales, en los que la confesión no obliga al juez en la sentencia.

Segundo, la denominada indivisibilidad de la confesión, a partir del presupuesto de que esta no podrá dividirse contra quien la hace (Artículo 280.3 de la LPCAL). La Ley cubana heredó esa institución sin el sustento que tuvo en su antecesora, la LECe/1881. En el caso español, existían dos tipos de confesiones, las hechas bajo juramento decisorio o bajo juramento indecisorio. En el primer caso —totalmente en desuso mucho antes de la derogación de esa Ley, por el matiz sacramental que tenía—, el resultado de la confesión era indivisible, de tal suerte que si el confesante planteaba cuestiones en su contra, pero se desdoblaba y planteaba cuestiones a su favor, la prueba hacía efecto pleno, y podía convertirse en contra de quien la propuso. No operaba la indivisibilidad para el caso del juramento indecisorio, en el cual solo hacía plena prueba de aquellos elementos que perjudicaban al deponente, mientras lo demás debía ser corroborado por los restantes medios de prueba.

La Ley cubana incorpora el concepto de indivisibilidad de la confesión sin que tenga soporte en la existencia de un juramento decisorio, lo cual convierte al precepto que los dispone en una antinomia.

Este medio de prueba tiene varios momentos de aparición, lo que la convierte en el medio de mayor presencia en el proceso. Puede haber confesión previa al juicio, en la forma de actos preparatorios, para revelar cuestiones relativas a la personalidad del demandado (Artículo 216.1 de la LPCAL). Hay confesión durante la fase probatoria, la que puede realizarse desde la apertura a prueba hasta que el proceso quede concluso para sentencia, pudiendo reiterarse la confesión tantas veces

como sea interesada, siempre y cuando no se repitan las indagatorias (Artículo 262). Puede haber confesión en el proceso de ejecución, como medio de preparación de la acción ejecutiva de los títulos de créditos extrajurisdiccionales (Artículo 487).

La falta de comparecencia a la confesión, y la negativa a responder preguntas que han sido aprobadas por el juez, podrá estimarse como una *ficta confessio*, al momento de dictar sentencia (artículos 265, 268 y 275).

En el caso de las entidades estatales, la confesión se evacua por informes, lo que cambia la naturaleza de este tipo de prueba, convirtiéndola en una prueba documental especial.

La llamada confesión extrajudicial –consistente en aquella manifestación volitiva de la parte admitiendo supuestos de hecho de los que integran el contenido del proceso–, realizada fuera de este, tiene un valor probatorio distinto al de la confesión judicial, o sea, no tiene un peso específico predeterminado o legal, por lo que debe ser corroborada con los demás medios de prueba; es, al decir de Gómez-Colomer, «otro hecho a probar» (Gómez-Colomer, J. L., en Montero, *Derecho Jurisdiccional*, p. 216).

Este tipo de prueba estuvo revestido por mucho tiempo de una nomenclatura y oropeles heredados del proceso común canónico; el propio nombre de *confesión* o el de *posiciones* (partidas), para identificar el interrogatorio, así lo demuestran. Modernamente, se ha producido un cambio en este sentido y las nuevas leyes procesales han sustituido el nombre de tal medio de prueba por el de *interrogatorio de las partes*. La actual LECe/2000, que constituye uno de los ordenamientos procesales de más reciente promulgación, así lo define. Sigue siendo en esta ley un medio con valor legal capaz de incorporar lo aceptado a la sentencia, pero matizado por el hecho de que puede ser desvirtuada por el resultado de la práctica de otros medios de prueba que la contradigan (Artículo 316 LEC e/2000), lo cual le quita el valor de *reina de las pruebas* del que gozó en el proceso civil español anterior.

El interrogatorio de las partes en el nuevo diseño procesal español, también imperante en otros países americanos, no está sujeto a las formalidades de la confesión clásica; se realiza de forma oral, mediante un cuestionamiento directo y permitiendo el interrogatorio cruzado, al estilo del *cross examination*, de corte anglosajón, con un tribunal que arbitra la pertinencia de las preguntas.

Prueba documental

Según el concepto clásico, documentos son todas aquellas cosas donde se expresa, por medio de signos, una manifestación del pensamiento (Kisch, p. 230).

Algunos autores, a partir de Jeremías Bentham, denominaron la prueba documental como *prueba preconstituida*, esencialmente porque, a diferencia de otros medios que se producen en el proceso, el documento es anterior y refleja sucesos acaecidos con anterioridad al juicio (Bonnier, p. 10). Este término tiene en la actualidad diversas acepciones y se utiliza generalmente en el proceso penal para identificar aquellas pruebas que, por determinadas razones justificadas, es necesario que se practiquen durante la fase investigativa y, luego, son introducidas al juicio oral sin contradicción en esta segunda fase.

Atendiendo a la fuente emisora del documento, estos pueden ser públicos o privados:

- Son públicos (Artículo 281 de la LPCAL) los autorizados por funcionarios depositarios de la fe pública, ya sea notarial, administrativa o judicial.
- Son privados, por designación negativa, todos los que no caen en la categoría de públicos.

Sea público o privado, para que tenga fuerza probatoria, el documento debe ser auténtico. La autenticidad radica en la coincidencia de quien se dice ser el autor con quien realmente lo emitió (Schönke, p. 221; Gómez Orbaneja, p. 342). Mientras que los públicos tienen a su favor una presunción de autenticidad, los privados generalmente requieren ser convalidados (reconocimiento).

Impugnación de documentos públicos y privados

Impugnar o redargüir es el medio procesal de parte encaminado a restar valor probatorio a un documento. La impugnación debe hacerse en los escritos polémicos o dentro del segundo día de la notificación de que ha sido incorporado al proceso (Artículo 284 de la LPCAL).

Según la LPCAL, la impugnación procede por tres motivos esenciales (Artículo 285):

- Falta de legitimación: Se refiere a aquellos casos en que se han incluido hechos falsos en el documento (v.g. capacidad de un testador cuando realmente era incapaz). Se trata de una falsedad de orden civil en la que se pretende destruir el valor probatorio del documento y no precisamente una persecución penal. En muchas ocasiones, puede tener implicación penal, pero no existir interés en ella; es el caso de la denominada *falsedad incidental propiamente ci-*

vil (Bonnier, pp. 179 y 186), en la que, por ejemplo, por la muerte del autor de la falsedad, u otra causa, la persecución penal es innecesaria.

- Falta de autenticidad o de exactitud: Están íntimamente relacionadas y se refieren a que el documento presentado coincida con el original. En el caso de la autenticidad, está referido a la coincidencia del autor aparente con el autor real (Gómez Orbaneja, p. 347), mientras la exactitud está relacionada con que exista coincidencia en los restantes datos contenidos en el documento, entre el original y la copia.

La impugnación de los documentos públicos da pie al cotejo, consistente en la constatación judicial de los presentados con sus originales; en el caso de los privados, opera el cotejo o el reconocimiento personal del otorgante.

La falta de impugnación de los documentos, tanto públicos como privados, por la parte a quien perjudiquen, produce el efecto de prueba plena en el proceso, pero es necesario distinguir, de cara al valor probatorio de los documentos, lo que la doctrina denomina *valor intrínseco* y *valor extrínseco* del documento (Gómez Orbaneja, p. 343). Es decir, los documentos tienen un valor probatorio legal y, en ese sentido, hacen prueba plena, en cuanto a su contenido dispositivo (*intrínseco*), o sea, a las declaraciones formuladas, las personas que han intervenido y la fecha de su confección, pero no quiere eso decir que tal beneficio legal abarque la veracidad del planteamiento que los intervinientes pueden haber hecho con respecto a terceros, o sea, su valor *extrínseco*, el cual estará sometido a la valoración conjunta de los demás medios de prueba. Cuando las partes comparecen ante un notario y emiten manifestaciones de voluntad, el documento aportado probará plenamente las personas y fecha de su realización y que la declaración ha sido hecha, pero la veracidad de lo declarado no gozará del mismo privilegio en lo relativo a terceros.

Prueba documental y nuevas tecnologías

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y su irrupción en las relaciones civiles y mercantiles, y consecuentemente en el proceso, ha traído aparejado un reto para el Derecho Procesal tradicional, de cara a clasificar de manera adecuada esta nueva fuente de prueba, que está contenida en un medio no tradicional, por el tipo de soporte que la traslada.

La LPCAL, en el Artículo 299, clasificó como prueba documental todas aquellas formas capaces de conte-

ner información susceptible de influencia en el proceso y englobó en una misma categoría de *reproducciones* a las fotografías, películas cinematográficas, fotocopias, grabaciones mediante discos, cintas magnetofónicas, mapas, telegramas, cablegramas, radiogramas y cualquier otro medio adecuado que pueda servir para portar una información.

Tomando como referente en este análisis la nueva LECe/2000 que, por su cercana promulgación, trató de ajustar su letra a los nuevos avances científicos en el campo de la información, vemos cómo, en el Artículo 299, incorporó, dentro del catálogo de medios de prueba, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase.

En la redacción de la norma española, se aprecia una distinción entre los *medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas*. Los primeros, destinados a recoger los soportes físicos del sonido y de la imagen, mientras los segundos son los soportes informáticos, a pesar de que por esta segunda vía también pueden recogerse la imagen y el sonido, solo en lenguaje digital, o sea, la diferencia entre unos y otros no está en su capacidad de reproducir el hecho, sino en la especificidad técnica del soporte físico utilizado (Sanchis, C.: «La prueba por soportes informáticos en la LECiv 1/2000». *Actualidad Informática Aranzadi*. No. 36, julio 2000, p. 7).

El otro aspecto derivado de la nueva legislación procesal española es que no incorpora este nuevo medio de prueba dentro de alguno de los tradicionalmente establecidos, sino que, una vez regulados estos, en párrafo aparte, adiciona: «*También se admitirán*», como si se tratara de una adición de última hora, difícil de inscribir en lo ya establecido. Esto ha traído aparejado un debate conceptual en la doctrina española, tendente a desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de ese nuevo medio de prueba. Se habla, entonces, de que los soportes informáticos pueden ser introducidos al proceso mediante la prueba de reconocimiento, la pericial o la documental.

Sanchis es partidaria de que los soportes informáticos deben ser introducidos al proceso como prueba documental, pues estos cumplen básicamente la misma función de representación que cumplían las formas escritas

en soportes tradicionales, concebidas cuando se promulgó la LECe 1/1881. En tal sentido, la profesora de Valencia reclama al legislador que debió haber trasladado para este tipo de prueba el mismo criterio de valoración legal existente para la prueba de documentos privados, no impugnados por inauténticos, de tal suerte que si estos soportes informáticos son capaces de sustituir a un documento tradicional, el reconocimiento de este por la parte a quien perjudique debería constituir un supuesto de prueba tasada. De otro modo, se llega al absurdo de penalizar con la prueba libre la utilización de los avances informativos, premiando con la prueba legal el mantenimiento de formas tradicionales (Sanchis, pp. 7 y 9).

Testifical

La prueba testifical es un acto dirigido a representar un hecho pasado, mientras el testigo es quien permite al juez una percepción sensorial, directa o indirecta, sobre hechos ocurridos en el pasado. No son objeto de testimonio las opiniones o juicios de valor acerca de estos (Gómez Orbaneja, p. 347). Se diferencia de la documental en que, mientras esta tiene un carácter preconstituido, la testifical reproduce en el proceso un acontecimiento ocurrido en el pasado. Se diferencia, igualmente, de la pericial, en que el testigo tiene un conocimiento anterior del hecho, y es llamado para reproducirlo en el proceso, pero el perito conoce del hecho en el mismo proceso y se le llama para que lo valore, y aporte al juez las máximas de su experiencia especializada.

Teniendo en cuenta que el testigo no comparece al proceso para disponer derechos, no se exige la plena capacidad de obrar del Derecho Civil, sino tan solo la posibilidad de percepción de los fenómenos que debe reproducir al tribunal, de ahí que el Artículo 327 de la LPCAL exija al testigo solamente no estar privado de razón, ser mayor de 12 años y no poseer una incapacidad física invalidante para la naturaleza del testimonio que prestará (los ciegos y sordos, para declarar sobre hechos cuyo conocimiento dependa, respectivamente, de la vista y del oído).

Los testigos pueden ser llamados con carácter de voluntarios o involuntarios, en dependencia de la modalidad de proposición de las partes, y la incomparecencia de los segundos puede dar pie a las vías de apremio que establece la ley para lograr su presencia y declaración. Existe una obligación de veracidad en la deposición del testigo, bajo conminación de responsabilidad penal, y las preguntas que se le formulen están sujetas a la valoración previa del juzgador, quien debe pronunciarse sobre su procedencia, a fin de evitar preguntas impertinen-

tes o inútiles, en correspondencia con lo que constituye el objeto de la prueba. La decisión del tribunal de no permitir la entrada de una pregunta al proceso no está sometida a la contradicción, ya que no existen medios para impugnarla y, por ello, no puede asimilarse a la denegación de pruebas.

Tacha de testigos

La tacha es un procedimiento encaminado a eliminar el valor probatorio de la declaración de un testigo que ha omitido estar inserto en alguna de las causas que exoneran de declarar (Artículo 228 de la LPCAL). Si al momento del interrogatorio, la persona declaró estar comprendida en alguno de dichos supuestos, no procede la tacha, pues el objeto de este instituto procesal es lograr en el juez una presunción de falsedad del testimonio, al haber ocultado inicialmente su vínculo exonerativo.

La prueba testifical debe ser valorada por las reglas de la sana crítica; las leyes de procedimiento habitualmente alertan al juzgador para que pondere racionalmente los testimonios y se evite que, por la sola prueba testifical —a menos que su veracidad sea evidente—, se disminuya el valor probatorio de otros medios que gozan de una fuerza preestablecida en la Ley.

Reconocimiento judicial

Llamada antiguamente inspección ocular del juez, es la percepción sensorial inmediata del juzgador de la textura o circunstancias de personas o de cosas, en aquellos casos en los que, como dice Kisch, el hecho que ha de ser probado consiste en un estado permanente del mundo exterior (Kisch, p. 216).

La señal de identidad más específica de la prueba de reconocimiento judicial, frente al resto de los medios de prueba, es su carácter directo. Entre el juez y el hecho a probar no hay ninguna *interfase* que se interponga: el juez percibe —de modo inmediato, a través de sus sentidos— información de cosas, personas o sitios litigiosos.

Del resultado del reconocimiento, se extiende un acta, donde se plasman las operaciones del juez sobre el objeto o persona que ha sido inspeccionado. Teniendo en cuenta que el resultado del reconocimiento podrá ser valorado por persona distinta a quien lo ejecutó, se discute sobre la naturaleza de esta acta, si constituye un documento público o si continúa siendo prueba de reconocimiento. Existe el criterio de estimarla *documento auténtico* (Gómez Orbaneja, p. 365), el cual tiene una lógica que lo justifica, pues si el acta debe ser tomada por el secretario del tribunal, quien es titular de la fe pública judicial es racional que el documento este revestido del beneficio de la autenticidad.

Es habitual que a este medio de prueba se le unan, por razones de economía y de conveniencia para la labor apreciativa del juez, operaciones periciales o declaraciones de testigos, todo lo cual formará parte del acta de reconocimiento.

Las leyes de procedimiento son habitualmente omisas en la especificación del valor probatorio de tal medio de prueba, pero es innegable que esta posee un valor persuasivo directo, por lo que la valoración bajo las reglas de la sana crítica se verá aquí más favorecida que en otros de los medios comentados.

Pericial

No existe una total coincidencia en la doctrina sobre la apreciación de la verdadera naturaleza de la prueba documental. Mientras que unos la consideran un medio de prueba específico, que permite la traslación al juez de determinados hechos, a partir de las operaciones racionales que él realiza, otro sector es partidario de considerar al perito como un auxiliar del órgano jurisdiccional, cuya misión no es suministrar hechos, sino, sobre los ya existentes, ayudar al juez a su valoración (Montero, *Derecho Jurisdiccional*, p. 252).

Siguiendo a Gómez Orbaneja, para nosotros, los peritos son personas con conocimientos especializados en una ciencia, arte o práctica, estén titulados o no, llamados al proceso para que aporten las *máximas de la experiencia*, que el juez no posee, y para facilitar la percepción y la apreciación de hechos concretos objeto del debate.

En correspondencia con ello, la prueba pericial tiene una configuración propia, que la aparta de los restantes medios probatorios, ya que, partiendo de la tradicional y válida relación entre fuente-medio de prueba, la pericial no se presenta como una vía incorporativa de las fuentes, sino de valoración de estas.

Existen determinadas operaciones de prueba que tienen como objeto la persona de alguna de las partes o la de un tercero, en la que se entrelazan la prueba de reconocimiento y la pericial, tal es el caso de determinadas pruebas médicas o afines. En la mayoría de los casos, este tipo de prueba tiene naturaleza pericial, pero las leyes de procedimiento no dan una respuesta adecuada a los casos en los cuales la persona que deba someterse al examen se negara a ello. Por eso, con regularidad se utilizan los mecanismos conminativos generales de que es titular el juzgador, pero ello ha dado lugar a no pocos debates en la doctrina y en la práctica jurisdiccional.

Existe un criterio doctrinal que ha encontrado asiento en algunos ordenamientos positivos, partidario de estimar la negativa de la parte a someterse al examen como una presunción de conformidad, como las pruebas mé-

dicadas para la determinación de la paternidad. En el caso de los terceros, se parte del criterio de que no es posible obligar a alguien a un acto de reconocimiento o pericia en contra de su voluntad; ante esta situación, no es de aplicación el deber que opera para el testigo, de comparecer y declarar, bajo conminación en su contra (Schönke, p. 218).

Presunciones

Proveniente de la tradición procesal francesa, las presunciones tienen una naturaleza especial, que las aparta de los tradicionales medios de prueba. En España, entró de la mano del Código Civil, por cuanto no estaba recogida en la LECe/1881. Se dice que no es un medio de prueba propiamente dicho, pues constituye realmente un mecanismo de ayuda al juez en lograr la certeza sobre los hechos. Se le califica como fases o momentos del proceso intelectual que desarrolla el juez al dictar la sentencia (Eisner, p. 91). Son realmente modos y resultados del razonamiento del juez, que se presentan en fase de la génesis lógica de la elaboración intelectual de la sentencia.

Gómez-Colomer distingue entre *medios de prueba* y *métodos probatorios*, y considera las presunciones un *método o actividad probatoria* y no precisamente un *medio de prueba* (Gómez-Colomer, en Montero, *D.: Jurisdiccional*, p. 262). De la mano de este profesor de Castellón, quien a su vez se apoya en Serra y Ramos Méndez, es procedente considerar que la presunción está compuesta estructuralmente de una afirmación base o indicio, una afirmación presumida y un enlace. En esa dirección, cabe distinguir entre:

- *Afirmación base o indicio*: Es el punto de apoyo de toda presunción. Se le identifica con los indicios, que pueden ser uno o varios. Debe estar fijado en el proceso y, en tal sentido, requiere ser probado por la parte que pretende sacar provecho del *armado presuncional* (Morello, p. 381).
- *Afirmación o hecho presumido*: Se trata de una consecuencia que se deduce de la afirmación base y, de esta forma, queda fijada en el proceso y, en consecuencia, tendrá relevancia en la decisión. Lo característico de tal afirmación es el aportar un elemento de prueba que no ha sido posible obtener de otra manera, o sea, cuando de ordinario se dice que las presunciones no deben ser probadas, es a esta consecuencia a lo que se refiere, pues el presupuesto base (indicio) sí requiere probanza.
- *Nexo o enlace*: Hace posible la formación de presunciones es el enlace o nexo lógico que debe existir

entre el indicio y el hecho presumido. Se trata de máximas de la experiencia que permiten la actividad de inferencia. En algunos casos, las máximas vienen fijadas por la propia ley y, en otras, se forma directamente por el juez, de lo cual se desprenden los criterios de clasificación que veremos a continuación.

Las presunciones han sido objeto de estudio tanto por el derecho sustantivo como por el procesal, como ya había dicho. Antes de la promulgación de la nueva LECe/2000, este medio de prueba estaba recogido en el Código Civil y no precisamente en la LECe/1881. Esto motivó la existencia de una diversidad de clasificaciones y valoraciones, tanto por procesalistas como por privatistas. La clasificación, a nuestro juicio más coherente, es la que habla de la existencia de dos tipos de presunciones:

- *Legales*: Para identificar a aquellas en las cuales los hechos que le sirvan de base se dice que no requieren de prueba, por estar favorecidos por la propia ley. Esta es una afirmación repetida, pero no totalmente ajustada, pues debe tenerse en cuenta lo anteriormente expresado, ya que siempre es necesario que la base del juicio quede acreditada (v.g. la presunción de la buena fe en la posesión está precedida de la prueba de la posesión). Este es un criterio reiterado, pero que se hace por repetir mecánicamente lo establecido en el Código Civil. Desde fechas bastante distantes, dejaba dicho Bonnier lo erróneo de decir que en las presunciones *iure et de iure* no se necesitaban pruebas, pues en todos los casos hay que dejar indubitadamente claro el hecho base de la presunción (Bonnier, p. 372). Dentro de este tipo de presunciones, se encuentran las de *hecho* y las de *derecho*. Las primeras (no pueden ser confundidas con las *presunciones de hombre o típicamente indiciarias* o *simple* o *naturales*), son aquellas que, de un supuesto de hecho legal, deducen la concurrencia de una situación distinta o complementaria. Se sostiene, de forma generalizada, que este tipo de presunción, conocida como *iuris tantum*, admite la prueba en contrario, razón por la cual en el derecho anglosajón se denomina *disputable* (Bonnier, p. 372). (v.g. la presunción de propiedad a favor del poseedor de bienes muebles del artículo 201 del Código Civil). Por su parte, las *presunciones de derecho* son aquellas en las que lo presumido no es un hecho, sino directamente un derecho o un estado jurídico. Son las denominadas *iure et de iure* (en el derecho anglosajón, reciben la denominación de *conclusive*) y se plantea que no admiten prueba en contrario. Hay cri-

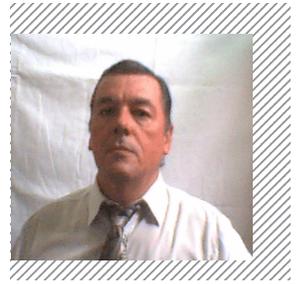
terios en contra de esta posición, pues se sostiene que, en la actualidad, es imposible hablar de que las presunciones, independientemente de su tipo, no admitan prueba en contrario (Gómez-Colomer, p. 263)

- *Judiciales*: Conocidas también como *naturales* (Schönke), *de hombre* (Gómez Orbaneja), *simples* (Bonnier), *indiciarias*, etc. Son aquellas en las que el enlace entre el indicio y la afirmación presumida no lo efectúa la ley, sino directamente el juez, quien, a partir de máximas de la experiencia, efectúa el enlace.

En relación con la carga de la prueba, debe distinguirse entre presunciones legales y judiciales. En el caso de las primeras, por estar favorecidas por la ley, se produce una inversión de la carga de la prueba o, a tono con lo apuntado anteriormente, sería mejor decir una distribución de la carga de la prueba, pues, a pesar de gozar del favor de ley, quien la alega siempre tendría que probar el hecho base de la presunción. Surge, así, para el demandado la necesidad de aportar prueba principal en contrario, si pretende evitar la consecuencia derivada de la ley. No ocurre lo mismo en la presunción judicial, en la que el juicio lógico del juez está basado en una concatenación de consecuencias auxiliadas por las máximas de la experiencia, razón por la cual basta con que la parte contraria desvirtúe, proponiendo hechos que hagan «probable lo contrario» (Schönke, p. 205). A diferencia de las primeras, en esta lo que se logra es solo una *semiplena prueba* (Vicente y Caravantes, en Bonnier, p. 349).

Este tema de las presunciones tuvo siempre una gran complicación teórica y práctica, no en balde Rosemberg dijo: «En ningún otra parte existe tal confusión entre el lenguaje y los conceptos como en la doctrina relativa a las presunciones» (Rosemberg, p. 179). En auxilio de esto, la nueva LECe/2000 trató de simplificar el asunto, con el propósito de ajustar el sentido de la norma con lo que la doctrina había avanzado en este sentido. El Artículo 385 (LECe/2009) establece dos tipos de presunciones: las *legales* y las *judiciales*. Las primeras, a tono con lo dicho, pero sin subclasificaciones, son las establecidas por la ley y liberan de la prueba del hecho presunto, pero imponen la carga de la prueba del hecho que servirá de base al juicio lógico. Las segundas se ajustan en todas sus partes al criterio doctrinal que quedó expuesto anteriormente, o sea, deja en manos del juez la valoración del nexo o enlace entre el indicio y el hecho presumido.

La protección posesoria en el ámbito jurisdiccional



Lic. Félix León Rivas
Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río

1.1. Comentario preliminar

Como preámbulo del tema que vamos a desarrollar, debemos traer a colación el análisis que realizó Hernández Gil¹ en el Derecho Español, al abordar la protección posesoria en el juicio interdictal, antecesor del proceso de amparo que estudiaremos. Al respecto, señaló el famoso tratadista que «la tutela posesoria—solo posesoria—mínima y básica, en el orden jurisdiccional, está constituida por los interdictos. En el juicio de interdicto es donde se contempla la posesión afirmándose y defendiéndose como tal, sin otras ayudas y sin complicaciones: sola y simplemente. Si detrás de ella aparece un derecho que la atribuya, es indiferente. Puedo acreditar la posesión y no probar el derecho. Aquí es donde ella aparece en su plenitud y diría, en su soledad». (Sic)

En el ordenamiento jurídico vigente, existen distintas normativas que se relacionan con la posesión. Así, tenemos el Decreto-Ley No. 125, de 30 de enero de 1991, del Consejo de Estado, que regula el régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra, y la Ley No. 65, de 1988, denominada Ley General de la Vivienda, por citar algunas.

El Derecho Penal contiene, igualmente, disposiciones cuya objetividad jurídica lleva implícita la protección de los bienes, como ocurre con los delitos contra el patrimonio, que aparecen en el Título XIII del Código Penal vigente.

En este trabajo, nos referiremos principalmente a las instituciones que aparecen contenidas en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, que resultan reguladoras de los procesos que, de manera específica, están destinados a la protección de la posesión en el ámbito del Derecho Civil, en el que queda excluida la posibilidad de la actuación de oficio, contrario a lo que acontece en otras regulaciones administrativas, vinculadas al interés general.

En tal sentido, centraremos la atención en los procesos de amparo en la posesión y en el proceso para la suspensión de obra nueva, a fin de valorar su interrelación, si resultan eficaces para la protección de la posesión, en correspondencia con lo estipulado en el derecho material o si, por el contrario, son en cierta medida inoperantes, o resultan insuficientes, en virtud de la amplia gama de disposiciones que figuran en la legislación especial y las nuevas realidades imperantes en nuestra praxis social.

1.2. Generalidades del proceso

El proceso especial de amparo aparece regulado en el Capítulo Segundo, Título IV, del Libro Segundo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de 19 de agosto de 1977, actualmente en vigor.

Este proceso se subdivide, a su vez, en dos procedimientos: el de la Sección Primera, que trata el amparo de actuaciones judiciales; y el de la Sección Segunda, que abarca el amparo de la posesión contra actos provenientes de particulares u órganos administrativos.

En este trabajo, por razones didácticas y para lograr una mejor ilustración, alteraremos el orden de su formulación para analizar, primero, el amparo en la posesión, previsto en la Sección Segunda

Estos procedimientos, a pesar de su sencillez y claridad aparentes, provocan dudas entre los profesionales del derecho y, en ocasiones, se cometen errores por lo limitada que se ha ido haciendo su aplicación, debido a la promulgación de leyes o disposiciones especiales que sustraen, de la jurisdicción civil ordinaria, conflictos que otrora se resolvían en este ámbito.

El amparo en la posesión contra actos provenientes de particulares, regulado en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, No. 7 de 1977, actualmente en vigor, tiene su antecedente más reciente en la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de 4 de enero de 1974, que fue la primera de esta clase promul-

¹Hernández Gil, Antonio: *La Posesión como Institución Jurídica y Social*, t. II. Obras Completas. Ed. Espasa-Calpe S.A. Madrid, 1987, p. 20.

gada después del triunfo de la Revolución, pues con anterioridad se aplicaban las regulaciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada en España por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, vigente en Cuba por Real Orden número 1285 –de 25 de septiembre de 1885, cuya vigencia fue ratificada por Proclama del Gobernador General del Gobierno Interventor, el primero de enero de 1889.

El legislador cubano aprovechó lo útil de las formulaciones jurídicas de dicha Ley y creó los nuevos procedimientos, adecuando los principios de preclusión, impulso procesal de oficio y papel activo del tribunal, que informan la legislación revolucionaria, simplificando su tramitación, pero siempre quedaron lagunas, contradicciones y omisiones que ha habido que salvar mediante interpretaciones oficiales del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

1.3.1. Análisis del proceso

Entrando en el análisis particular de la institución, tenemos que en la derogada Ley española, los amparos en la posesión no se denominaban así; estaban comprendidos en los llamados interdictos de retener o recobrar, como fueron creados en el Derecho Romano y en el Canónico. Estos interdictos aparecían regulados a partir del Artículo 1649 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y podían tomar el curso de los juicios verbales, en los que predominaba la oralidad, pues los puntos litigiosos, los hechos y pretensiones, se concretaban en una comparecencia, en la que también se practicaban las pruebas (muy parecidos a los procesos laborales de hoy), pero estos trámites quedaron abreviados en el Artículo 405 de la vigente Ley, que prevé tal comparecencia cuando el amparo no se funda en documento fehaciente, haciendo referencia al proceso sumario; pero, en realidad, en dicho proceso no se autoriza la comparecencia, lo que constituye una incongruencia que fue aclarada por el Dictamen No. 47, de 1978, del Tribunal Supremo Popular,² en el sentido de que el amparo, en este caso, se asimilaba al proceso sumario de alimentos, corroborando un tanto lo afirmado en cuanto a la incidencia de la Ley anterior en la nuestra y las divergencias que ello generó a *prima facie*.

1.3.2. Tramitación del amparo en la posesión

La tramitación de estos procedimientos aparece regulada solo en 14 preceptos de la Ley. El primer artículo (401) establece las premisas al señalar que «procederá el amparo cuando el que se halle en la posesión o tenencia de un bien, haya sido perturbado o despojado de ella, fuera de actuaciones judiciales».

Estas regulaciones son similares a las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la diferencia de que en esta última se empleaba el término genérico de «cosas», en el lugar de «bienes», que sí tiene una connotación jurídica especial, con lo que se evitan interpretaciones tan extensivas que llegaron a incluir como viables, en el interdicto de recobrar la posesión, el ejercicio de un derecho personal, sustentando la tesis de la cuasi-posesión (según sentencias de 31-12-1879 y de 11-7-1881 del Tribunal Supremo), protección que se lleva a las cosas inmateriales con fundamento en el derecho sustantivo, aunque tratadistas prestigiosos, como el español Manuel de la Plaza, argumentaron la tesis contraria, afirmando, con atinado razonamiento, que el procedimiento interdictal estaba concebido para los derechos reales.³

Por tanto, el significado jurídico del término «bien» es mucho más restringido que la expresada acepción de la palabra «cosa», situación que quedó resuelta en la vigente Ley.

Sentado lo anterior, la persona que se considere con derecho a solicitar el amparo debe hacerlo dentro del año, a partir de la fecha en que se produjo la perturbación o despojo, lo que se hará ante el Tribunal Municipal Popular, por corresponder a dicha instancia, según las reglas de competencia que establece el artículo 5 de la Ley de trámites, mediante escrito que, de manera general, debe atemperarse a los requisitos previstos en el apartado primero del Artículo 224, relativos a la demanda en proceso ordinario; y, de modo particular, se debe consignar, según el Artículo 403: hallarse el reclamante en la posesión o tenencia del bien, fecha en que hubo de ocurrir la perturbación o despojo, o los motivos que fundadamente tiene para creer que lo será, precisando

²Boletín. Tribunal Supremo Popular. Edición ordinaria de 1978, pp. 28-29.

³De la Plaza, Manuel: *Derecho Procesal Civil Español*, t. II. Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1943, p. 53.

en su caso los actos en que consiste la perturbación o el despojo y que han sido realizados por la persona contra la que se dirige la reclamación u otros, por orden de esta; debiendo, en segundo, lugar proponer las pruebas de que intente valerse.

Es significativo que la Ley se refiere al amparo como reclamación y no como demanda, por la especial tramitación que, según el caso, puede adoptar, como veremos a continuación.

1.3.3. Tramitación sumarísima

Cuando el amparo se funde en documento fehaciente que demuestre la posesión, de acuerdo con la legislación en vigor, la Ley dispone que bastará con la presentación del escrito promocional para que se decreta de plano, y en el día se hagan las prevenciones pertinentes al perturbador o despojante o se restituya en la posesión al despojado, en su caso.

En este supuesto, el juzgador debe ser cuidadoso, en el sentido de tener acierto al evaluar el carácter indubitado que debe tener el documento que justifique la posesión, que lo hagan fehaciente.

Cuando se dan los presupuestos y se decreta este amparo de plano, se hará mediante auto que se notificará a la persona contra la que se haya dirigido la reclamación (nótese el término *reclamación* empleado en la Ley), quien podrá impugnarla dentro del tercer día, mediante escrito que se ajustará a lo dispuesto en el Artículo 359. Este trámite resulta atípico, pues, al dictarse y notificarse el auto, la persona supuestamente afectada puede impugnar la reclamación; pero, al no tratarse de un recurso, no hay efectos suspensivos y lo dispuesto en la resolución, que es interlocutoria, se mantiene; y queda abierta la posibilidad de que prevalezca una decisión injusta, mientras se tramita la impugnación que se franquea, precisamente, porque pueden existir errores en la apreciación del documento o porque no todos los que poseen titularidad tienen la posesión efectiva del bien, y ello obligaría a promover la acción reivindicatoria que autoriza el segundo párrafo del Artículo 129 del Código Civil, sin que resultare procedente, entonces, el amparo, que es provisional, que no causa estado y que protege una situación fáctica susceptible de modificación posterior.⁴

Interesante resulta ahora la remisión que, desde la parte especial del amparo, hace la Ley, al disponer que

la impugnación se realice con las formalidades de la demanda en proceso sumario, aunque tampoco se le denominará como tal, estipulando que la mentada impugnación se sustanciará por el procedimiento previsto en los siguientes artículos; pero, al examinar el subsiguiente precepto (405), veremos que hace referencia a los amparos que no se funden en documentos fehacientes. Entonces, surge la duda, en los casos analizados en que se impugne la reclamación formulada con tales documentos, se tramitan por las reglas especiales, como se dispone, o se aplican supletoriamente las disposiciones del proceso sumario.

Abundemos un poco más en el tema. Indudablemente, se produce una imprecisión que puede confundir, pues, por una parte, se dispone que la impugnación se haga atemperándose a los requisitos de la demanda en proceso sumario y, sin embargo, que se tramite conforme a las reglas del amparo de la otra modalidad, en el que se establecen reglas procesales muy parecidas a las del sumario.

1.3.4. Tramitación ordinaria

El aludido Artículo 405 establece que, cuando el amparo no se funde en documento fehaciente, el tribunal convocará a las partes para una comparecencia verbal dentro de los 8 días siguientes, puntualizando que lo hará en la misma forma proveniente para el proceso sumario; sin embargo, este no tiene comparecencia (contradicción).

Esta situación pudiera estar motivada porque en la Ley de Enjuiciamiento Civil que rigió en Cuba, los interdictos de retener o recobrar la posesión se sustanciaban por los trámites de los juicios verbales; pero, además, porque en la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de 1974 se estableció una audiencia verbal para el proceso sumario que, después, al promulgarse la Ley No. 7 de 1977, vigente hoy, fue suprimida, sin que se alterara en este sentido el proceso de amparo en que se mantuvo la remisión a la comparecencia verbal con referencia al proceso sumario.

Estos problemas motivaron una consulta, que fue evaluada por el Acuerdo No. 542, de 27 de diciembre de 1978, Dictamen No. 47, del propio año, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular,⁵ en el sentido de que la remisión que hace el Artículo 405 a las disposiciones que regulan el proceso sumario se refieren a la tramitación

⁴Los artículos 400 y 408 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral dejan la vía expedita a terceros y a las partes para discutir el derecho que puedan tener sobre la posesión definitiva, de lo que se infiere su carácter meramente cautelar.

⁵Boletín. Tribunal Supremo Popular. Edición ordinaria, 2do Semestre de 1978 p. 1 pp. 28-29.

de este último, en cuanto no se oponga a la especialmente prevista respecto a la modalidad del amparo; por consiguiente, hay que celebrar la comparecencia en los términos previstos en las regulaciones especiales, con citación del demandado, al que se le dará traslado y citará con los demás requisitos que exige el proceso sumario, cuyos trámites serán observados en todo lo demás no previstos en las disposiciones especiales. Sentado lo anterior, somos del criterio de que tanto la impugnación de la reclamación del amparo con documento fehaciente, como la promoción del que no tiene este requisito, hay que atemperarla al proceso sumario, en todo lo no previsto especialmente en el Artículo 405, por contener las reglas de procedimiento «ad hoc».

Oídas las alegaciones en la comparecencia, el tribunal practicará las pruebas en este propio acto o en sesiones posteriores y dictará sentencia; si desestima la impugnación, declarará subsistente el amparo ya decretado; si la estima, lo dejará sin efecto. En el otro supuesto, al declarar con lugar el amparo, mandará a mantener al reclamante en la posesión o que se le reponga inmediatamente en ella, con la adopción de las medidas que el caso requiera.

Estas sentencias no generan la excepción de cosa juzgada material, ya que, por mandato de la propia Ley, se les reserva a las partes el derecho que puedan tener sobre la posesión definitiva.

Las sentencias son recurribles en apelación ante el Tribunal Provincial Popular, sin que dicho recurso tenga efectos suspensivos –todo lo que se ventila con una tramitación abreviada–, ni quepa recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra lo resuelto en dicha instancia provincial, por no tratarse de resoluciones definitivas, según exige el Artículo 629 No. 1 de la Ley Procesal.⁶

1.3.5. Contradicciones en la ley adjetiva

Aspectos igualmente interesantes y también polémicos han sido los términos «perturbado» o «despojado» que, formulados en la legislación precedente, se reproducen en nuestra Ley Procesal, en el citado Artículo 401.

Casasús⁷ señala que la falta de sistematización llevó al legislador a comprender en un solo precepto dos ins-

tituciones procesales que responden a distinta finalidad, que son de naturaleza diferente y que se sustentan en principios distintos.

Otros autores concuerdan con ese criterio y esgrimen que generan acciones diferentes, pues la perturbación motiva la protección actual del derecho posesorio de actos que no han privado al poseedor, pero el despojo es un hecho consumado que lleva implícita la restitución del bien, con daño del poseedor.

Estas exégesis resultan interesantes desde el punto de vista teórico, pero nada resuelven en el orden práctico, pues, en cualquiera de los dos supuestos, el procedimiento que se emplea comúnmente tiene como finalidad la protección de la posesión, como situación fáctica que genera un efecto jurídico en el ámbito de los derechos sobre bienes (derechos reales) de carácter sui generis por su discutida naturaleza e intensidad con que se manifiesta en la vida social.

1.3.6. Limitaciones en la utilización del amparo

Como podrá apreciarse, con independencia de las contradicciones e imprecisiones que se observan en la Ley, el proceso de amparo resulta un juicio especial y abreviado, de cognición limitada, pero de gran utilidad en nuestro sistema jurídico. Con él se alcanza la rápida protección del patrimonio de los ciudadanos, propietarios o simples poseedores.

El poseedor, por tanto, debe ser protegido, aunque se invoque contra él un derecho preferente, pues hay que recordar que el propietario tiene la vía expedita para la reivindicación, según lo preceptuado en el Artículo 129 del Código Civil, con el mayor as de facultades que le ofrece su condición dominica, que lo coloca en la posibilidad de hacer coincidir el *ius possidendi* con el *ius possessiones* y lograr la corporeidad como elemento inherente y caracterizante de los llamados *iura in re*, que tienen como objeto la cosa corporal, denominada asimismo bien material, lo cual impide que la posesión como situación de hecho prime sobre la condición jurídica superior del propietario, lográndose así un equilibrio en las relaciones que se derivan de estos derechos, por lo cual

⁶Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. El Artículo 629, textualmente establece: «Procede el recurso de casación contra las siguientes resoluciones dictadas en segunda o única instancia por los Tribunales Provinciales Populares: 1) las sentencias definitivas; 2) las demás resoluciones que pongan fin al proceso haciendo imposible su continuación; y 3) los autos resolutorios del recurso de súplica dictados en trámite de ejecución de sentencias y referidos a puntos sustanciales no controvertidos en el proceso ni decididos en la ejecutoria, o en contradicción con los términos de ésta.» Como se aprecia, el amparo no se corresponde con los mencionados presupuestos, por su provisionalidad.

⁷Casasús, Juan J. E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Art. 165-168. Cultural S.A. Habana, 1957, pp. 520-530.

los actos autorizados o consentidos tácitamente por el propietario no generan a favor del beneficiario de esta liberalidad derecho alguno, no siendo entonces posible utilizar con éxito el amparo en estos casos, pues entonces se crearía una situación de inseguridad jurídica, al otorgarle eficacia a la llamada «posesión en precario». Este aspecto es regulado de forma precisa en el Artículo 200 del Código Civil en vigor.

En los conflictos en que los contendientes sean simples poseedores, hay que recordar el principio que postula «primero en tiempo primero en derecho» y la presunción de propiedad que la posesión genera.

Ahora bien, en ocasiones se utiliza o se intenta utilizar el proceso de amparo en casos en que no procede, por lo que hay que ganar en claridad. La propia Ley de Procedimiento, en el Artículo 413, establece que las disposiciones del proceso de amparo serán de aplicación cualquiera que sea la persona que haya realizado el acto perturbador, aunque se le atribuya a este carácter oficial, «si no existe resolución expresa de la autoridad con facultades para dictarla». (Sic)

Este precepto resulta claro y preciso, pues cuando la supuesta perturbación está respaldada por una disposición de una autoridad competente, habrá entonces que reclamar por la vía administrativa, pero no ante la jurisdicción civil, situación que, con frecuencia, se presenta en casos relacionados con la aplicación de la Ley General de la Vivienda.

1.3.7. Incidencia en la legislación inmobiliaria

Con los inmuebles urbanos, se presentan interesantes problemas, similares a los que en Derecho Penal se suscitan y que se denominan «concurso aparente de leyes». La Ley General de la Vivienda atribuyó a esta esfera administrativa la mayor parte de los conflictos que puedan generarse en relación con las viviendas y solares yermos, estableciendo en el Artículo 122 que las direcciones municipales de la Vivienda son competentes para conocer y resolver los litigios en torno a la propiedad de las viviendas, por lo que hay que tener especial cuidado con las promociones de procesos de amparo en que se intenta discutir la posesión de pasillos, patios, azoteas, etc, que son en definitiva elementos de las viviendas y que deben ser conocidos y resueltos por el órgano administrativo.

En este tema, se presenta otro problema interesante y novedoso y son las llamadas «Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad», que regula el Código Civil en sus artículos del 170 al 177, formulan-

do un grupo de disposiciones reguladoras de servidumbres prediales y otras situaciones motivadas por la colindancia, que hemos traído a colación para distinguirlas del amparo y de los procedimientos administrativos, no para estudiarlas; pero, por su interés, transcribiremos el segundo apartado del Artículo 170, que dice: «El propietario de un bien inmueble debe abstenerse de realizar actos que perturben más allá del límite generalmente admitido, el disfrute de los inmuebles vecinos»; luego cabe preguntar si este precepto tan genérico, de carácter sustantivo, puede o no servir de base o justificación para un amparo en materia de viviendas. No es posible, nos aventuramos a afirmar, pues se trata de cuestiones de naturaleza diferente que pudieran estar inmersas en los supuestos de competencia recogidos en el Artículo 122 de la Ley General de la Vivienda, correspondiendo entonces a la jurisdicción administrativa. Por otra parte, se crean conflictos que sí se resuelven en la jurisdicción civil, sustentándose en estos preceptos, como son daños que se produzcan por un propietario de un inmueble a otro, indemnización por filtraciones o reparaciones que se vean obligados a realizar, todo lo que requiere un cuidadoso análisis para encausar adecuadamente el asunto.

1.3.8. Incidencia de otras disposiciones especiales

Al conocer los procesos de amparo, hay que tener especial cuidado en lo relacionado con las tierras y demás bienes agropecuarios, ya que también rigen leyes especiales en esta esfera; pero, además, el Decreto-Ley No. 67, de organización de la Administración Central del Estado, atribuyó al Ministerio de la Agricultura la facultad de conocer y resolver las reclamaciones y conflictos que se originen en torno a estos bienes, por lo cual pertenecen a la jurisdicción administrativa.

En lo relativo a estas regulaciones sobre bienes agropecuarios, hay que tener siempre presente el principio de la especialidad de la Ley y, ante el caso concreto, acudir al Decreto-Ley No. 125, que regula el régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra, de fecha 30 de enero de 1991, para no incurrir en errores, evitando incursionar en el ámbito jurisdiccional que no corresponde al tribunal, lo que ha tratado de proteger la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, en el Capítulo II, del Libro Primero, al regular los llamados «conflictos de atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas».

2. PROCESO DE AMPARO EN ACTUACIONES JUDICIALES

2.1. Antecedentes

En este estudio, vamos a limitarnos a las dificultades que en el orden práctico se afrontan, pues resultan válidas en gran medida las ya tratadas, pero se impone una reseña histórica.

El amparo de actuaciones judiciales se instituye en el sistema jurídico cubano mediante la Orden 362, de 17 de septiembre del año 1900,⁸ del Gobierno Militar de la República, en virtud de un informe rendido por el Secretario de Justicia de la Isla,⁹ cuyos argumentos resultan interesantes, por lo que transcribimos a continuación uno de sus párrafos: «Es muy frecuente en nuestros tribunales que, por disposición judicial o a consecuencia de ella, dictada en juicios civiles o criminales, se despoje o perturbe en la posesión de bienes a terceras personas extrañas al juicio, y que tienen dicha posesión legítimamente, es decir, por un título legal; y es también muy frecuente que a solicitud de un acreedor se embarguen bienes que no son de su deudor, sino de un tercero que posee título con que justificar su dominio.» (Sic.)

Los procesos judiciales, fundamentalmente civiles, por lo compleja que resultaba la legislación, y por las relaciones de propiedad existentes en esos tiempos, se demoraban años en tramitación (primaba el principio de justicia rogada). Basta decir que el propio Secretario de Justicia, en el año 1900, en virtud de una queja formulada, revisó las actuaciones de un proceso de testamentaría que se inició en el año 1872, sin que se hubiera concluido el pleito, que ya llevaba 28 años. Había fallecido su promovente y otros herederos se personaron y continuaron litigando el derecho a una finca, legítimamente poseída por otras personas, quienes, a su vez, podían ser amparados en la posesión de la que eran despojados con frecuencia, en virtud de las disposiciones dictadas por los distintos jueces que intervinieron en el caso.¹⁰

Por estas razones, se estableció el amparo en actuaciones judiciales, que vino a remediar el problema, manteniéndose vigente en la actualidad, aunque con los matices propios de los nuevos tiempos, lo que aparece recogido en nuestra Ley en los artículos 393 al 400.

2.2. Tramitación del amparo. Breve análisis del procedimiento

El primer precepto (Artículo 393 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral) establece que «todo aquel que por disposición dictada en actuaciones judiciales en que no figure como parte ni se le haya oído, y a consecuencia de ella fuere despojado o perturbado en la posesión de bienes que por sí o por medio de otras personas posea en concepto de dueño, o de causahabiente del dueño, con anterioridad a la fecha de la disposición, deberá ser inmediatamente amparado en la posesión por el propio Tribunal de quien la misma proceda o que esté conociendo de las actuaciones por cualquier motivo, aun cuando haya quedado el proceso o las actuaciones en suspenso».

Este precepto no necesita comentarios, en virtud de lo ya analizado y lo meridianamente claro de su formulación, y los posteriores trámites resultan sencillos, pues se solicita por escrito, se tramita en el propio expediente, se acompañan los documentos que justifiquen la pretensión si no constan en las actuaciones; y siempre que existan documentos fehacientes que acrediten dichos extremos principales, el tribunal, sin audiencia de nadie, decretará en el acto el amparo e impondrá las costas al perturbador o despojante, practicando las diligencias para hacer efectivo dicho amparo.

Si los documentos que justifican el amparo no constan en las actuaciones, ni se presentan por la parte interesada, el tribunal señalará día y hora dentro de los 6 siguientes para que comparezcan los interesados con las pruebas. En ese momento, los oír y apreciará las pruebas que presenten y dictará resolución en el propio acto o, a más tardar, dentro del día siguiente, la que cumplirá de inmediato sin necesidad de notificarla, si se accediere al amparo.

Contra los autos que en cualquier caso se dicten, resolviendo el amparo en un sentido u otro, cabe recurso de súplica dentro de terceros días. Todo lo relativo al amparo se sustanciará en pieza aparte para no entorpecer el curso del asunto principal.

Los recursos de súplica que se interponen se resolverán por una sección especial, que realizará las funciones de tribunal «ad quem».

⁸Orden del Gobierno Interventor Norteamericano No. 362, de 17 de septiembre de 1900, publicada en la Gaceta Oficial de esa misma fecha.

⁹López Castillo, Raúl: *El Recurso de Amparo*. Edit. Jesús Montero, La Habana, 1932, p. 11.

¹⁰López Castillo, Raúl: *Opus cit.*, 7, 8, 9 y 10.

2.2.1. Disposiciones que deben atenderse. Dificultades actuales

Los preceptos y disposiciones legales de carácter sustantivo ya analizados resultan de aplicación en este tipo de amparo, por lo que nos limitaremos a valorar las dificultades que en el orden práctico se presentan con este medio de protección al poseedor.

Aunque el Artículo 393 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, que ya transcribimos, franquea la posibilidad de solicitar el amparo en cualquier tipo de actuaciones judiciales en que se produzca la perturbación o despojo indebidos, en realidad la Ley de Procedimiento Penal en vigor, en el Artículo 150, limita esa posibilidad durante la tramitación de la causa, al disponer que, mientras no recaiga resolución definitiva que le ponga fin, no se admitirán reclamaciones ni tercerías que tengan por objeto la devolución de los efectos que constituyan el cuerpo o instrumento del delito.

Esta propia Ley en el Artículo 499, sin embargo, dispone que las controversias sobre dominio, posesión o mejor derecho, se sustancian y deciden por los tribunales de lo penal, aplicando los preceptos de la legislación procesal civil y utilizando el principio de extensión de la jurisdicción.

2.2.2. Incidencia de la ley penal sustantiva

Frecuentes resultan los amparos en actuaciones judiciales penales en que fueron decomisados bienes a una persona con vínculo matrimonial, sustentando la tesis de que se afectó al otro cónyuge no responsable del delito porque el bien objeto de la sanción accesoria pertenece a la comunidad matrimonial. Este argumento es realmente interesante y obliga a la reflexión en la labor interpretativa de la Ley.¹¹

El Código de Familia establece, en el Artículo 30, los bienes que son comunes del matrimonio, entre los que se encuentran los salarios o sueldos, jubilaciones, pensiones u otra clase de ingresos en que ambos cónyuges o cualquiera de ellos obtengan durante el matrimonio, como producto del trabajo o procedentes de la seguridad social.

Entonces, si admitimos que no se pueden decomisar bienes a los que delinquen estando casados, habría que

pensar también que no sería posible imponer sanciones principales de multas a estas personas, pues con ellas se afecta igualmente el patrimonio común, produciéndose el contrasentido de que la indemnización por concepto de responsabilidad civil, cualquiera que fuere su monto, sí estaría respaldada en la Ley, porque el Artículo 33, apartado 2, del Código de Familia estipula que serán de cargo de la comunidad «todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges...» y eso sería una obligación proveniente de la Ley (extracontractual).

Por otra parte, la confiscación, prevista igualmente como sanción penal, sí estaría justificada porque el Artículo 135 del Código Civil ofrece la solución, al disponer en su apartado segundo que: «si lo confiscado es la participación de uno de los cónyuges en la comunidad matrimonial de bienes, la cuantía de la confiscación equivale a la parte que le corresponde en ella al cónyuge contra quien se dictó la medida».

Analizando las distintas aristas del problema y sin el ánimo de sentar pautas interpretativas, ni de crear derecho, pensamos que sería absurdo que prosperara una solicitud de amparo sobre un bien decomisado, por el fundamento de que le pertenece a la comunidad matrimonial, pues dicha comunidad está pro indivisa y al que cometió el delito le corresponde en ella una parte proporcional, que es precisamente la que hay que entender que resultó afectada con la sanción, pues vale recordar que, dentro de la clasificación de las interpretaciones, existe la teleológica, por la que se busca la razón de la ley, la finalidad o propósito del legislador (ratio legis), aunque ello no obsta para afirmar que existe una falta de precisión legislativa que debe resolverse en el futuro.

3. DE LA SUSPENSIÓN DE OBRA NUEVA

3.1. Antecedentes

Al igual que el amparo en la posesión, la suspensión de obra nueva tiene su antecedente inmediato en los interdictos que, en el Título Duodécimo, aparecían regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que estuvo vigente parcialmente en Cuba hasta 1974. En el Artículo 1629 de esta Ley, aparecía enunciado, en el ordinal 3, como interdicto para impedir una obra nueva.¹²

¹¹Cfr. Código Penal (Ley No. 62/87) modificado por la Ley No. 87/99, artículos 43 y 44, que regulan, respectivamente, las sanciones accesorias de comiso y confiscación de bienes.

¹²Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente en Cuba desde el primero de enero de 1886, ratificada por el Gobernador Militar de Cuba, el primero de enero de 1889. En los comentarios que a esta Ley hace el doctor Juan J. E. Casasús, t. II, Editorial Cultural S.A., Habana, 1937, pp. 514–515, alude a la provisionalidad de los interdictos, citando, entre otras, la sentencia de 10 de mayo de 1868.

En nuestra Ley actual, se mantiene una sistemática similar, pues aparecen formulados sus preceptos del 415 al 424, en la Sección Tercera, del Capítulo II, en que se agrupan los procesos de amparo, dentro de los Procesos Especiales del Título IV, del Libro Segundo, lo que significa que, atendiendo a su situación en la Ley, puede a primera vista calificarse la obra nueva como una modalidad del amparo, incluso esa apreciación pudiera quedar confirmada por la disposición contenida en el Artículo 423, que estipula: «Firme la sentencia resolviendo el amparo en los casos a que se refiere esta Sección.» No obstante, en la práctica judicial, otra ha sido la interpretación en cuanto a la naturaleza de esta institución.

En principio, y mediante la Sentencia No. 29 de 1976, del Tribunal Supremo Popular,¹³ se estableció la interpretación de que era admisible el recurso de casación interpuesto en procesos de obra nueva, por tratarse de una cuestión distinta a la del amparo, ya que en aquella la decisión es de fondo y crea la cosa juzgada material, quedando así establecida la posibilidad de dicho recurso, lo que se corroboró y generalizó después con la interpretación contenida en el Acuerdo No. 67, de 25 de mayo de 1982, que aprobó el Dictamen 142 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.¹⁴

Sentado lo anterior, cabe inferir que no quedó otra alternativa que establecer en la práctica forense una distinción o diferenciación entre estos procesos que, a nuestro juicio, no estuvo en el ánimo del legislador, pues ello se colige de los propios antecedentes históricos en que aparecían agrupados coherentemente en la Ley procesal en los llamados interdictos; pero, al ser reformulados en la Ley vigente con denominaciones distintas y variaciones sustanciales, se introdujeron en el amparo reglas especiales, en lo que a tramitación de los recursos se refiere, que justificaron esa interpretación. Cabría, entonces, afirmar que, de aceptarse la independencia de este proceso, habría que admitir una errónea ubicación en el ordenamiento procesal o lo que equivale a decir: una defectuosa ordenación sistemática de estos procesos en la Ley adjetiva.

A pesar de las apreciaciones anteriores, hay que tener presente que los procesos de amparo y de suspensión de obra nueva tienen un mismo fin de protección de

la posesión, pero difieren en cuanto a su naturaleza. Los primeros resultan un medio provisional y la propia Ley franquea la posibilidad, como reserva, de acudir a otro proceso a ventilar lo relativo a la propiedad o posesión definitiva.

El segundo, que ahora analizamos, impone la medida de demolición de la obra nueva que invade el predio del que reclama; crea, entonces, la cosa juzgada material, lo que ha sido así interpretado por el Acuerdo No. 68, de 17 de mayo de 1988,¹⁵ del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

3.2. Utilidad y características de la suspensión de obra nueva

La característica más resaltante en este tipo de proceso es su inmediatez, la rápida actuación del órgano jurisdiccional, en evitación de la prolongación del daño o perjuicio con la novedosa obra.

Si analizamos el Artículo 415, encontraremos que el precepto se refiere, al fijar los presupuestos de legitimación, a que podrá interponerse la demanda por la persona que se estime perjudicada en el legítimo uso y disfrute de la posesión o tenencia de un bien inmueble; entonces, hay que admitir que está limitado el ejercicio de la acción a los propietarios o titulares del derecho sobre el inmueble y no a otro beneficiario; o pudiera, de modo extensivo, interpretarse que el término legítimo admite la posibilidad de que el poseedor u ocupante lo sea, en otro concepto, que no implique una relación de dominio pleno, lo que será objeto del análisis racional del juzgador ante la situación particular sometida a su examen.

Asimismo, el término *demanda* no se aviene con la acepción que jurídicamente acostumbramos a darle porque, aunque debe atemperarse a las exigencias del proceso sumario, realmente después de la diligencia de inspección ocular a que se contrae el Artículo 417, pierde la virtualidad, ya que, según se advierte de lo establecido en el Artículo 420 y siguientes, es a partir de aquí que se torna el asunto en una cuestión controversial y habrá que replantearlo, en caso de que se haya denegado la paralización de la obra y acomodarse su tramitación al proceso sumario mencionado; y si se accede, la parte afectada podrá, entonces, impugnar dicha decisión, asu-

¹³Boletín. Tribunal Supremo Popular. Edición ordinaria, 1976, p. 141.

¹⁴Boletín. Tribunal Supremo Popular, 1982, p. 11.

¹⁵Boletín. Tribunal Supremo Popular. Edición extraordinaria, 1988, pp. 19-21.

miendo igual modo de proceder y la llamada «demanda inicial» no surte ningún efecto. Estas contradicciones justifican la apreciación que sustentamos, en el sentido de que en la legislación procesal futura debe regularse esa actuación preliminar como un acto preparatorio para ganar la efectividad del proceso, como una medida cautelar propiamente dicha, que no cause estado.

También nos atrevemos a señalar que existen imprecisiones en la redacción de las normas reguladoras de este proceso, pues los artículos 415, 416 y 417, al referirse al escrito promocional, lo califica como «demanda», como ya apuntamos; el Artículo 420, por otra parte, autoriza la demanda para impugnar la decisión de paralizar la obra y habría, entonces, que interpretar que al cambiar el orden de las cosas con la decisión judicial, se invierte de igual manera la relación jurídica procesal y los sujetos intervinientes, pues el actor pasará a ser demandado y viceversa sin que sea dable asimilar esta situación atípica a la reconvencción, porque en realidad no se ha producido una contrapretensión, sino una oposición.

A mayor abundamiento, debe analizarse el Artículo 422 que, al referirse a las posibilidades de encausar el conflicto conforme a los artículos 420 y 421, que franquean las dos alternativas posibles, no emplea el término «demanda», sino «reclamaciones», a pesar de que ordena tramitarlas por el proceso sumario.

Estas dificultades lógicamente se resuelven mediante la labor interpretativa, pero no debemos olvidar y, por ello, lo reiteramos, que en la Ley procesal, de orden público, la interpretación filológica (que incluye la lexicológica y gramatical) es la más frecuente y atinada, para poder establecer una correcta relación sintáctica entre las palabras que conforman el enunciado normativo y que, por tanto, es importante una correcta formulación de sus preceptos.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la tramitación era más coherente, con mayores garantías, pues el Artículo 1663 ordenaba que, una vez presentada la demanda, el juez, mediante providencia, acordaba que se requiera al dueño de la obra para que la suspendiera en el estado en que se encontrara, bajo apercibimiento de demolición; pero, a la vez, disponía la citación para un juicio verbal, con la prevención de que las partes debían acudir a dicho acto con las pruebas de que intentarían valerse.

En nuestra Ley, no existen los juicios verbales, el procedimiento al que se remite supletoriamente es al sumario, donde no existe comparecencia. Por tanto, falta la posibilidad del acto oral y se priva con ello al juzgador de participar con los litigantes en un intercambio en que pudiera, incluso, buscar y obtener el acuerdo de estos o, por lo menos, ganar en claridad en cuanto a las cuestiones polémicas alegadas y evaluar la suficiencia de la prueba, a fin de lograr el conocimiento objetivo que le permita resolver con acierto el conflicto planteado.

3.3. Naturaleza y alcance de la obra nueva

Diversos han sido los criterios doctrinales que se han vertido sobre la obra nueva. Necesariamente, para su análisis, debemos remitirnos al Derecho Histórico, pero no al más remoto. Retomemos los postulados más recientes, que son los de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que rigió en Cuba durante muchos años. En el Artículo 1631, ofrecía la posibilidad de cuatro interdictos, que eran: 1) Para adquirir la posesión; 2) Para retener la posesión; 3) Para impedir una obra nueva y; 4) Para impedir que cause daño una obra ruinosa.

Como se podrá apreciar en el precepto mencionado, se produjo una clasificación de los interdictos, según su objeto. El eminente jurisconsulto Dr. José María Manresa y Navarro,¹⁶ en sus comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, refiriéndose a la jurisprudencia anterior, en relación con los cambios acaecidos en dicha Ley, señaló que «la única novedad que realmente se introduce es la de dar el nombre de Obra ruinosa al Interdicto que siempre se había llamado Obra Vieja, por contraposición al de Obra Nueva», refiriendo más adelante el autor que ambos tenían como finalidad evitar el daño.

El anterior análisis nos permite conocer que, hasta cierto punto, la denominación de obra nueva, en el orden etimológico, no viene dada solamente por la actualidad de la edificación que ocasiona molestia o lesiona los derechos de un tercero, sino por la distinción obligada con la otra institución de obra ruinosa (obra vieja).

Ahora bien, la arista más polémica e importante de esta cuestión está precisamente en la determinación de ¿qué debe entenderse por obra nueva? y ¿cuáles son los presupuestos para que pueda calificarse como tal?

El propio Manresa, en la obra citada, al referirse a este tema, hace reflexiones que, aunque datan de princi-

¹⁶Manresa y Navarro, José María: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada». Imprenta de la *Revista Legislación*, Madrid, 1910, p. 124.

pios del siglo XX, resultan atendibles y, por tal motivo, reproducimos parcialmente: «Por Obra Nueva se entiende, no solo la que se edifica enteramente, sino también la que se hace sobre cimiento, muro o edificio antiguo, dándole más extensión o elevación, o variando la forma que antes tenía.»

En definitiva, la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, al desarrollar la obra nueva, no concede término para interponer la demanda, como sí ocurre en el amparo. Se supone que la realización de la obra y la perturbación inminente conminen al perjudicado para de inmediato buscar la protección ante el órgano jurisdiccional.

Pero si no ocurre así, a qué reglas debe atenderse, a los efectos de conocer la posibilidad de actuación en el tiempo. Sería dable atender a los términos ordinarios de prescripción de las acciones que establece el Capítulo II, del Título VIII, del Libro Primero, del Código Civil vigente. Pero resulta que la prescripción no se aprecia de oficio como la caducidad de derecho y, entonces, podría plantearse en cualquier momento el sumarísimo procedimiento, aun cuando la obra se hubiere concluido.

Estimamos que, en muchos casos de extralimitación, no sería procedente el proceso de obra nueva, si de forma tácita fue consentida por el presunto perjudicado, sobre todo cuando la demolición implica serios problemas. En este sentido, hay que tener presente el elemento intencional (*bona fide*), como veremos a continuación.

3.4. Incidencia de la ley sustantiva

El Artículo 175 del Código Civil establece: «Si al levantar una edificación u otra instalación se invade, sin mala fe, el inmueble vecino el propietario de éste no puede reclamar la demolición de lo construido, a no ser que se haya opuesto oportunamente a la extralimitación, o que se vea amenaza de un daño considerable.»

El segundo párrafo de este artículo dispone que el propietario tiene derecho a exigir la compra de la parte ocupada o su compensación, con indemnización de daños y perjuicios.

Este precepto resulta de mucha importancia en los casos de procesos de obra nueva. Nótese cómo se exige que sea sin mala fe la extralimitación, lo que hay que entender que ocurre, precisamente, cuando no se conoce esa circunstancia por el que construye, pues si sabe que está invadiendo el predio ajeno, o si se le requiere para que no lo haga y asume una posición contumaz, tendrá que enfrentar los efectos de la demolición. Igual suerte corre si el reclamante se pone en peligro de sufrir un daño considerable.

Estas disposiciones logran un equilibrio con garantías para los contendientes, concediéndose primordial importancia al elemento subjetivo de la intencionalidad, implícito en la conducta humana; pero atiende también a la razón objetiva que está dada en el «considerable» daño que pueda generarse.

Aquí vemos cómo se conjugan y relacionan los preceptos sustantivos que se vinculan con el tema, puesto que, al producirse un daño, hay que remitirse al Capítulo IV, del Libro Primero, que regula los actos ilícitos y que, en el Artículo 81, los define como «hechos que causan daño o perjuicio a otro». De estos actos se deriva la correspondiente responsabilidad civil, cuyo tratamiento aparece comprendido en los artículos del 82 al 88, ambos inclusive, del Código mencionado, pudiendo constatarse en este estudio que un proceso de obra nueva, repetimos, puede dar lugar a que se pongan de manifiesto relaciones jurídicas obligacionales de diferentes tipos, en cuyo tratamiento se requiere acuciosidad y cuidado.

Existen omisiones y lagunas importantes y, en los criterios doctrinales y la legislación positiva consultada, no aflora una definición completa y aceptable de lo que debe considerarse obra nueva, por lo que estimamos que corresponde al juzgador su identificación, atendiendo a las circunstancias del caso en particular, porque se trata precisamente de una situación de facto que se debe evaluar en el llamado acto de inspección ocular, en fase subjúdice, adoptando la decisión que corresponda definitivamente en el momento procesal oportuno.

Una cuestión interesante en este punto la constituye el hecho de que el Artículo 415 de la Ley parte, también, de un elemento subjetivo para franquear la protección especial que estudiamos, pues señala: «La persona que se estime perjudicada en el legítimo uso y disfrute...», sin que se hubiere exigido la existencia de una situación objetiva para proceder.

Tampoco hay definiciones claras, aunque se han dado promociones en las que ha prosperado la obra nueva ante actos que no han sido acciones constructivas propiamente dichas, sino preparativos para llevarlas a cabo, pero que han evidenciado inequívocamente que se van a producir y que la afectación es inminente, por lo que pudiéramos afirmar que se ha hecho una atinada presunción del perjuicio a que se refiere el precepto comentado. En este aspecto, también desempeña un papel primordial la interpretación razonable, atendiendo al sentido lógico que debe realizar el juzgador ante el caso concreto.

3.5. Legislación administrativa

En los procesos de suspensión de obra nueva son menos probables los conflictos de jurisdicción que en los procesos de amparo, que se salvan con las disposiciones contenidas en el Artículo 413 de la ley adjetiva que, al generalizar la utilización de ese medio de defensa contra cualquiera que sea la persona que realiza el acto perturbador, hace la excepción de los que oficialmente se realizan por mandato expreso, contenido en resolución dictada por autoridad facultada para ello, en los que habría que acudir a otros medios de impugnación en la esfera del derecho administrativo.

La obra nueva tiene otras características; pero, de todas formas, hay que ser cuidadoso en no invadir el campo del derecho administrativo, como ha ocurrido en superposición de planos o medidas en la asignación de parcelas y solares para construir que, después, por el indebido actuar administrativo, han aparecido parcialmente comprendidas en títulos de personas diferentes, generándose conflictos y ello pudiera dar la impresión, a primera vista, de que se ha originado una extralimitación en la obra que se acomete y que, por tanto, debe ser acogida la solicitud de suspensión de obra nueva, con la demolición que implica, cuando en realidad es una cuestión de naturaleza diferente, que cae en el campo del Derecho Administrativo.

CONCLUSIONES

La posesión es un tema sobre el que se ha escrito mucho desde los tiempos del Derecho Romano. Se halla vinculada en la historia de la humanidad a las primeras formas del actuar consciente de los hombres, siendo por otra parte uno de los atributos de la propiedad.

Resulta difícil tratar el tema y agotar las posibilidades que la doctrina y la jurisprudencia ofrecen para reflexionar sobre las distintas aristas de tan polémica institución, tanto en Cuba como en otros países de tradición romanista y especialmente España, de donde heredamos, en buena medida, nuestra tradición jurídica.

En definitiva, en nuestro derecho sustantivo, la posesión es un hecho del que se derivan consecuencias jurídicas, pues el Código Civil la define como «el poder de hecho sobre un bien fundado en causa legítima».

Ahora bien, la efectiva protección de ese reconocimiento al poseedor, a seguir poseyendo, a no ser perturbado o despojado, a la tutela jurídica efectiva de su

statu quo, se logra mediante las instituciones procesales analizadas, en las que ha primado el propósito de motivar el análisis sobre la conveniencia de futuras reformas.

El proceso de amparo en la posesión, regulado en nuestra ley rituarial, por su carácter emergente y de ejecutividad inmediata, resulta de utilidad para la protección de los poseedores, pero debe ganar en autonomía, pues las remisiones que hace al proceso sumario, en lugar de facilitar el conocimiento y resolución de los conflictos, confunden y dificultan la actuación del derecho. También ha quedado muy limitada la posibilidad de su empleo, en virtud de las leyes o disposiciones especiales que han ido abarcando la solución de estos conflictos, desde el ámbito del derecho administrativo, lo que no constituye un problema de carácter procesal, pero sí requiere tenerse en cuenta a los fines de la calificación acertada de la relación jurídica concreta y la elección del adecuado proceso.

El proceso de obra nueva presenta similares problemas, con una formulación propia inadecuada, por lo que debe, también, ser objeto de examen, para que se modifique, porque se halla mal situado en el ordenamiento sistemático de la Ley, al no estar comprendido en la categoría de amparo en la posesión en que aparece y no resultar suficientemente garante para la solución de los conflictos a que está destinado.

En resumen, aunque el tema es eminentemente procesal, incide en él la complejidad que es inherente a la posesión como institución jurídica y social, por lo que resulta válido recordar a Javoleno,¹⁷ cuando, al intentar definirla, ante tantos matices, en recelosa cita, afirmó: «Omnia definitio in jure civile periculosa est.»

BIBLIOGRAFÍA

Legislación y acuerdos del STP

Código Civil, de 25 de julio 1989. Título V, De la Posesión. Edición de 1975. Editorial Orbe. Cuba.

Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, # 1261, de 4 de enero de 1974. Publicación del Ministro de Justicia. Cuba, 1974.

Ley # 1289, de 14 de febrero de 1975, Código de Familia. Edición de la Sección Científica de las FAR. Cuba, 1987.

Ley # 7, de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil. Administrativo y Laboral. Editorial Orbe. Cuba, 1979.

Ley # 5, de 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal. Publicación del MINJUS. Segunda Edición, 1986.

Ley General de la Vivienda, # 65-88. Editada por el Instituto Nacional de la Vivienda. Cuba, 1989.

¹⁷Javoleno (Digesto, 50,17,202). Citado en la nota 15 de la página 5, Volumen Primero, Capítulo Primero, de *Instituciones de Derecho Civil*, t. V, México, 1990, de Jorge Mario Magallón Ibarra.

Boletín. Tribunal Supremo Popular. Edición extraordinaria, 1987, pp. 25-26.

Boletín. Tribunal Supremo Popular. Ediciones extraordinarias de 1988, 1989, 1990.

Boletín. Tribunal Supremo Popular. Primer semestre de 1978. Acuerdo 259, de 6 de junio de 1978.

Boletín. Tribunal Supremo Popular. Edición semestral, 1988. Acuerdo 68, de 17 de mayo de 1988.

Boletín. Tribunal Supremo Popular. Edición ordinaria, 1976. Sentencia No. 29 de 1976, p 141.

Enciclopedia Jurídica Española. Edición Francisco Seix. Barcelona, 1910

Código Civil Español. Editorial Cuentas. Segunda Edición del Código Civil, publicada por Real Decreto de 24 de julio de 1989.

Doctrina consultada

Casasús, Juan J. E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II. Cultural SA. Habana, 1957.

Casso y Romero, Ignacio D.: *Diccionario de Derecho Privado*, t. II. Editorial Labor SA. Barcelona, 1954.

García Añón, José: *Métodos y Técnicas para la realización de trabajos de Investigación*. Valencia, España, 2000.

López Castillo, Raúl: *El Recurso de Amparo*. Edición Jesús Montero. La Habana, 1932.

Hernández Gil, Antonio: *La Posesión como Institución Jurídica y Social*, t. II, Obras Completas. Ed. Espasa-Calpe SA. Madrid, 1987.

Magallón Ibarra, Jorge Mario: *Instituciones de Derecho Civil*, t. V. México, 1990.

Manresa y Navarro, José María: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomos IV y VI. Madrid, 1910.

Plaza, Manuel de la: *Derecho Procesal Civil Español*, t. II, Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1943.

CONVOCATORIA



III Encuentro Internacional JUSTICIA Y DERECHO 2006

Palacio de las Convenciones, Ciudad de La Habana, Cuba,
del 24 al 26 de mayo de 2006

El Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba convoca al III Encuentro Internacional **Justicia y Derecho 2006**, a celebrarse en el Palacio de las Convenciones, en Ciudad de La Habana, Cuba, del 24 al 26 de mayo de 2006.

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

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

TEMÁTICAS CONVOCADAS

Justicia penal: Autonomía o recepción

- Reforma procesal
- Principios que informan el proceso
- Doble instancia y medios de impugnación
- Lucha contra la corrupción desde la perspectiva judicial
- Terrorismo
- Sanciones alternativas. El trabajo como medio de readaptación social
- Fijación o adecuación de la sanción al caso concreto
- La prueba. Su relación con el objeto del proceso y su apreciación
- El juicio oral
- Corte Penal Internacional

Justicia civil: acceso y garantías

- Nuevas tendencias del Derecho Procesal
- Medios alternativos de solución de conflictos
- La prueba. Su relación con el objeto del proceso y su apreciación
- Bioética y jurisdicción
- Los interdictos
- Creación intelectual y tutela judicial
- El consumidor ante la jurisdicción
- Responsabilidad civil patrimonial
- Acceso a la justicia de familia
- Daño moral
- Ejecución de las sentencias en la jurisdicción civil

La economía ante la jurisdicción

- Jurisdicción económica y métodos alternativos de solución de litigios
- Ámbito jurisdiccional de lo económico
- Jurisdicción imperativa y derogabilidad de la jurisdicción
- Jurisdicción y derecho aplicable en la relación económica internacional
- Especialización del juez
- Autocomposición en el proceso
- Procedimientos especiales
- Celeridad, garantías y medios de impugnación
- Función cautelar en lo económico
- Análisis económico del Derecho: una visión desde el proceso.

Jurisdicción y control de la administración

- Tribunales administrativos: su constitucionalización
- Función jurisdiccional de la administración: límites a su actuación
- Recursos administrativos: naturaleza y control jurisdiccional
- Tutela jurisdiccional al contribuyente: principales garantías frente al Fisco
- Disciplina social, régimen contravencional y control jurisdiccional
- El acto administrativo y su impugnación judicial
- Conflictos medio-ambientales.

Nuevos retos de la justicia laboral y del Derecho previsional

- Justicia laboral y solución de los conflictos
- Garantías del proceso laboral
- Órganos judiciales y arbitrales
- Conflictos laborales en la empresa y su tratamiento prejudicial
- Protección penal a los derechos laborales
- Protección de los trabajadores frente a los desafíos de la globalización
- Empleo. Realidades y perspectivas en el mundo de hoy
- Impacto de las tecnologías de la información y comunicación en el empleo y la organización empresarial. El teletrabajo
- Tendencias y realidades actuales de la Seguridad Social
- La mujer y el niño en el Derecho del Trabajo
- Inserción laboral de los discapacitados
- Justicia laboral en el Derecho Comparado

Gobierno y administración de justicia

- Organización estructural de los tribunales
- Verticalidad y horizontalidad de los tribunales
- Ingreso a la judicatura
- Escuela judicial
- Unidades económicas de apoyo a la justicia
- Modernización de la administración de justicia
- Mora judicial
- Independencia judicial

PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

Los interesados podrán presentar ponencias en forma individual o colectiva, sin límites de extensión, en soporte magnético, antes del 20 de marzo de 2006, acompañadas por un resumen de una cuartilla en el que se precisen, además: tema, título del trabajo, nombre del autor o los autores, dirección electrónica, teléfono, fax, país al que pertenece, y conformidad o no con que el trabajo se reproduzca durante el evento.

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

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

SOLICITUDES DE INSCRIPCIÓN

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

CUOTA DE INSCRIPCIÓN (CUC)

Ponente	Delegado	Acompañante	Estudiante
120.00	160.00	50.00	100.00

La inscripción incluye credencial, programa, participación en las actividades científicas, certificado de asistencia y actividad final.

COMITÉ ORGANIZADOR

Presidente

Rubén Remigio Ferro

presidente del Tribunal Supremo Popular

Vicepresidentes

Oswaldo Sánchez Martín

vicepresidente del Tribunal Supremo Popular

Emilia González Pérez

vicepresidenta del Tribunal Supremo Popular

Eduardo Rodríguez González

vicepresidente del Tribunal Supremo Popular

Pedro Luis González Chávez

vicepresidente del Tribunal Supremo Popular

Secretario

Ortelio Juiz Prieto

juez director de Información Científica, Divulgación y Colaboración Judicial del Tribunal Supremo Popular

Miembros

Carlos Zaragoza Pupo, Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular

Raudilio Martín Sánchez, Presidente de la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular

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

Carlos Díaz Tenreiro, presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular

Surama Hernández Trujillo

directora de la Escuela Judicial

Juan M. Regalado Salazar, Jefe del Departamento de Colaboración Judicial del Tribunal Supremo Popular

Migdalia Luna Cisneros, organizadora profesional de congresos del Palacio de las Convenciones

Para cualquier información, dirigirse a:

Ortelio Juiz Prieto

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

Migdalia Luna Cisneros

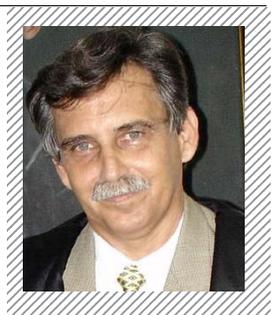
Palacio de las Convenciones de La Habana. Ap. postal 16046 Tel. (537)2086176 / Fax: 2028382

E-mail: migdalia@palco.cu http://wwwcpalco.com

María Esther Pérez Reyes

Agencia de Viajes Cubanacán. Ave. 17 No. 73 entre 174 y 190, Playa, Ciudad de La Habana, Cuba. Tel. (537) 2044867 y 2044879 / Fax: (537) 2044791 E-mail: com.eventos4@ovc.cyt.cu

7 notas y un refrán sobre colegiación



*MSc. Narciso Alberto Cobo Roura
Presidente de la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular*

I.- Para los actos de impartir justicia, todos los tribunales funcionan de forma colegiada y en ellos participan, con iguales derechos y deberes, jueces profesionales y jueces legos. Es este un precepto constitucional que recoge la ley organizadora del sistema de tribunales.¹

Salta a la vista que la exigencia de la colegiación solo queda referida a los actos de impartir justicia, sin que tengan por qué quedar comprendidos dentro de estos los llamados actos de comunicación procesal o los de mero impulso del proceso. Los autos y sentencias, sin embargo, obligadamente deben ser objeto de colegiación.

Y lo deben ser para todos los tribunales, instancias y tipo de proceso. Toda actuación judicial que pueda ser reputada como de impartición de justicia y que, como tal, entrañe una decisión del órgano jurisdiccional, debe ser colegiada por los jueces que lo integren.

Ello supone en cada caso una pluralidad de jueces. No existe, en nuestro sistema judicial, el órgano jurisdiccional integrado por una sola persona. Su integración será siempre de tres o de cinco jueces, según sea esta simple o ampliada, atendiendo a los criterios o indicadores fijados a partir de la significación social o económica del asunto.²

II.- Cuando el juez ponente somete la propuesta de decisión y sus fundamentos a los demás miembros del tribunal, la situación obliga tanto al uno como a los otros, pues el contenido del fallo no es responsabilidad única de aquel; lo es por igual de los restantes jueces. De ahí la extraordinaria importancia de la deliberación.

Es este el momento en el que se materializa, en rigor, la colegiación dispuesta y ordenada por la ley. Es el espacio en el que se deben expresar y considerar, de forma clara y transparente, todas y cada una de las valoraciones por todos y cada uno de los jueces.

No se trata de asumir, sin más, como buena, la propuesta de decisión que presenta el ponente, ni de impo-

nerla. La independencia del juez se opone a ello, por cuanto él se debe a la ley. Y esto vale tanto para el que propone el fallo como para los restantes jueces que deben votar.

III.- El fallo se colegia solo con la opinión de todos los jueces en relación con la decisión. Si no hubiera acuerdo, está la posibilidad de disentir. Mayor significación cobra tal proceder cuando, impuesto de las razones que le asisten en su disidencia, el juez hace su voto particular y lo propone por escrito, de manera fundada, para su eventual consideración por la instancia superior.³

El voto particular es una reafirmación del principio de independencia y se orienta justamente a preservar esta en el acto de la deliberación. Ningún juez puede imponer a otro un criterio ni pretender que el suyo prevalezca. En este sentido, no cabe hablar de convencer. Se exponen las razones y se llega a un entendimiento común. Es esta la colegiación, no la aceptación de un proyecto de decisión que corresponde a un solo juez presentar y sostener.

En este sentido, el voto particular –aun cuando no quede expreso de otro modo que como oposición a lo resuelto por la mayoría del tribunal– constituye un acto que, por evidenciar la inconformidad con los razonamientos que lo sustentan o con la solución que se pretende brindar, se orienta, en cualquier caso, a la búsqueda de una mayor calidad en la justicia.

Otra cosa es si el hecho del voto particular deba ser, o no, objeto de conocimiento por las partes en el proceso, lo que pudiera entenderse como un derecho de todo justiciable y no como algo que atente, necesariamente, contra la estabilidad o eficacia del fallo, ni como contrario a la confidencialidad exigible en el proceso de la deliberación. Concluida esta, colegiada la decisión, el fallo puede tener razones en contra y a favor. No hay por qué

¹Artículo 124 de la *Constitución de la República* y Artículo 2.2 inciso f) de la Ley Nro. 82, «De los Tribunales Populares», de 11 de julio de 1997.

²Ley Nro. 82, «De los Tribunales Populares», artículos 23.3, 23.4, 35.1, 35.2 y 38; Reglamento de la Ley de los Tribunales Populares, artículos 18 y 39.

³Ley Nro. 5, «De Procedimiento Penal», de 13 de agosto de 1977, Artículo 45; y Ley Nro. 7, «De Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral», de 19 de agosto de 1977, Artículo 128.

reservar estas solo a la instancia que siga en caso de impugnación. La justicia es razón mayor.

IV.- La colegiación es la que permite extraer de la fase probatoria –de ese complejo y contradictorio universo de hechos que se someten a la apreciación del tribunal, de la manera más clara y convincente, en calidad de evidencia– los apoyos necesarios de los que va a resultar la decisión judicial. No debe haber, entonces, entre un momento y otro, un cúmulo tal de tiempo y actuaciones que luego haga del proceso deliberativo un agotador y poco efectivo ejercicio de reconstrucción.

Lo dicho obliga a la mayor proximidad entre el esclarecimiento y el establecimiento de los hechos y su valoración. La colegiación debe seguir, obligatoriamente, con toda inmediatez, a esa otra actuación procesal. Después, distante esta de la apreciación de los hechos, corren grave riesgo los juicios de valor.

Demorar la deliberación de un asunto afecta de manera inevitable la colegiación. No se enjuicia igual. Pierde no solo tiempo el proceso, pierde acierto el fallo y, con ello, calidad la justicia.

V.- En la colegiación es donde se asegura –o quiebra– el principio de seguridad jurídica, reafirmando lo que, en la práctica jurisdiccional, se ha sostenido y afirmado de manera general, haciendo un camino más seguro para los justiciables y fijando, con la necesaria estabilidad, las obligadas interpretaciones del marco regulador; o, en dirección contraria, se abre paso una decisión contradictoria que desconcierta y merma la confianza en la justicia.

La colegiación asegura la consecuencia en el actuar de los jueces que integran el tribunal, velando por esa continuidad que hace del precedente judicial, si no un tracto obligado, sí una pauta, un referente, una premisa en la determinación.

Esto no impide que, constatado lo erróneo de una dirección sostenida por una actuación anterior, se revierta la forma de decidir y se funda esta en un nuevo convencimiento, al que solo se puede llegar igualmente por la vía de la colegiación.

Justo ello hace que la colegiación constituya un muro de contención difícil de franquear por la corrupción. En la misma medida que tenga lugar la colegiación de una decisión judicial, se estrecha la posibilidad de que esta sea objeto de un tratamiento sesgado por causa alguna. La necesaria contrastación de criterios y valoraciones que debe tener lugar al colegiar impide que encuentre

expedito el camino la decisión que busca acomodar o favorecer intereses que excluyen la razón y los valores.

VI.- En la colegiación participan, con idénticos deberes y derechos, jueces profesionales y legos. Así lo afirman la Constitución y la ley. No hay distinción. Se impone por igual colegiar la decisión.⁴

La colegiación hace realidad el carácter popular de la justicia. En este acto, los jueces profesionales y legos valoran de conjunto una conducta y le atribuyen, o no, determinadas consecuencias. Aquí, la técnica jurídica se abre a las apreciaciones de quien prescinde de consideraciones legales para emitir su juicio de valor y, pulsando de más cerca el sentir popular, se orienta solo a buscar una mayor justicia en la decisión del tribunal.

Es en la colegiación donde la opinión fundada en la norma sale al encuentro del sentir o la percepción popular, desprovista de otros condicionamientos y que, de manera natural, tiende a contribuir a la mayor justeza de la decisión.

En síntesis, es este el único espacio en el que la justicia puede afirmarse y realizarse como popular. No es simplemente el hecho de que se integre el tribunal con jueces legos lo que hace popular a la justicia. Lo que le da su carácter popular es que este juez lego cuente de manera efectiva con plena voz y voto en el acto de la deliberación, al colegiar la decisión del tribunal. Un juez lego ausente, excluido o silencioso a la hora de votar la decisión, o disminuido en su capacidad para opinar, no haría de nuestra justicia lo que es. Su opinión es la que hace realidad el postulado constitucional. Cabe a la colegiación asegurarse de ello.

VII.- Impartir justicia con plena conciencia de actuar en nombre y en representación del pueblo, procurar que las decisiones estén respaldadas siempre por el sentido de justicia, racionalidad y sensatez, acudir al acto judicial debidamente informado del asunto y de la normativa aplicable a este, y participar en el debate y propiciar la búsqueda del necesario consenso en la deliberación y decisión que debe adoptarse son principios cardinales recogidos en el Código de Ética Judicial⁵ que conforman la actuación de nuestros jueces. Cada uno de estos postulados se resume y concreta, en esencia, en el acto de la colegiación.

Todas estas son razones para prestar la atención a que nos obliga la colegiación. A mayor colegiación, tendremos mejor justicia.

Refrán: «Cuatro ojos ven más que dos»

⁴Artículo 124 de la *Constitución de la República* y Artículo 2.2 inciso f) de la Ley Nro. 82, «De los Tribunales Populares», de 11 de julio de 1997.

⁵Código de Ética Judicial, aprobado por los jueces y trabajadores de los tribunales populares en actos públicos y solemnes, el 24 de febrero de 2001.

Elegidos jueces legos para el período 2006-2010



La Constitución de la República de Cuba define que, para impartir justicia, todos los tribunales funcionan de forma colegiada y en ellos participan, con iguales derechos y deberes, jueces profesionales y legos. Asimismo, el texto constitucional y la Ley No. 82, «De los Tribunales Populares», establecen que los jueces legos de las distintas instancias son elegidos por las respectivas asambleas del Poder Popular, entre los candidatos que les presenten las comisiones encargadas de conformar la candidatura.

Por otra parte, el Decreto-Ley No.195 establece que son jueces legos todos aquellos ciudadanos cubanos sin titularidad jurídica que, elegidos como tales por la Asamblea del Poder Popular que corresponda, imparten justicia en las distintas instancias de los tribunales populares de la República de Cuba, en igualdad de derechos y deberes con los jueces profesionales, por un período de 5 años.

Por tal motivo, el 13 de julio de este año, quedó constituida la Comisión Nacional encargada de la selección de los 15 660 candidatos a jueces legos, presidida por Elio Valerino Santiesteban, jefe del Departamento de Asuntos Sociales y Laborales, de la CTC, e integrada, además, por representantes de la ANAP, los CDR, la FMC y la FEU.

El acto fue celebrado en el Memorial José Martí y contó con la presencia de Ricardo Alarcón, presidente del Parlamento Cubano; Jaime Crombet, vicepresidente de la Asamblea Nacional; Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular; Juan Escalona Reguera, Fiscal General de la República; y Joaquín Bernal, vicejefe del Departamento de Organización del Comité Central del Partido, entre otros invitados.

Entre el 15 de noviembre y el cierre del año, se ratificaron en su cargo 10 550 jueces legos y se eligieron 5 110 nuevos, de los 15 660 candidatos propuestos. En enero de 2006, está previsto que tomen posesión, con lo que concluirá el proceso de selección de estos para el período 2006-2010.



Continúa perfeccionamiento

El perfeccionamiento en las estructuras del Tribunal Supremo Popular continúa consolidándose con la elección y toma de posesión de nuevos funcionarios.

Elegidos por el Consejo de Estado de la República de Cuba, a propuesta del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, tomaron posesión de sus cargos -en acto solemne efectuado el 29 de junio de 2005- el Msc. Narciso Alberto Cobo Roura, como presidente de la Sala de lo Económico; y la Lic. María Esperanza Milanés Torres, jueza profesional titular de este tribunal, asignada a la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado.

Y al cierre de esta edición, también elegidas por el Consejo de Estado de la República de Cuba, a propuesta del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, tomaron posesión de sus cargos de juezas titulares profesionales del órgano superior de justicia, asignadas a la Sala de lo Penal, las licenciadas Marily Rafaela Fuentes Águila y Gladys Cabrera Bermúdez, en ceremonia solemne realizada el 16 de diciembre.

Asistieron a las tomas de posesión, los miembros del Consejo de Gobierno, jueces, directores y trabajadores de las salas de lo Económico, lo Penal, y de los Delitos Contra la Seguridad del Estado, todos del Tribunal Supremo Popular.

Toma de posesión de las licenciadas Marily Rafaela Fuentes Águila y Gladys Cabrera Bermúdez



Acto solemne de la toma de posesión del Msc. Narciso Alberto Cobo Roura, como presidente de la Sala de lo Económico, y de la Lic. María Esperanza Milanés Torres, jueza profesional titular del propio tribunal



Reunión de presidentes de tribunales provinciales

El 28 de octubre, se efectuó, en el Tribunal Supremo Popular, la Reunión nacional de presidentes de tribunales provinciales, en la que se analizaron importantes aspectos del trabajo judicial en todo el país.

Se valoró la incidencia que tienen en la economía nacional un grupo de hechos delictivos que se producen en la cadena puerto-transporte-economía interna, en los que se manifiestan síntomas de corrupción en determinados funcionarios y trabajadores que, inescrupulosamente, quieren lucrar y enriquecerse a costa del esfuerzo que hace el país para adquirir los recursos que necesita y los insumos destinados a la población.

Al respecto, se insistió en la necesidad de mantener una política penal consecuente con la gravedad de tales hechos.

De especial interés fue el análisis del proceso de elección de los jueces legos.

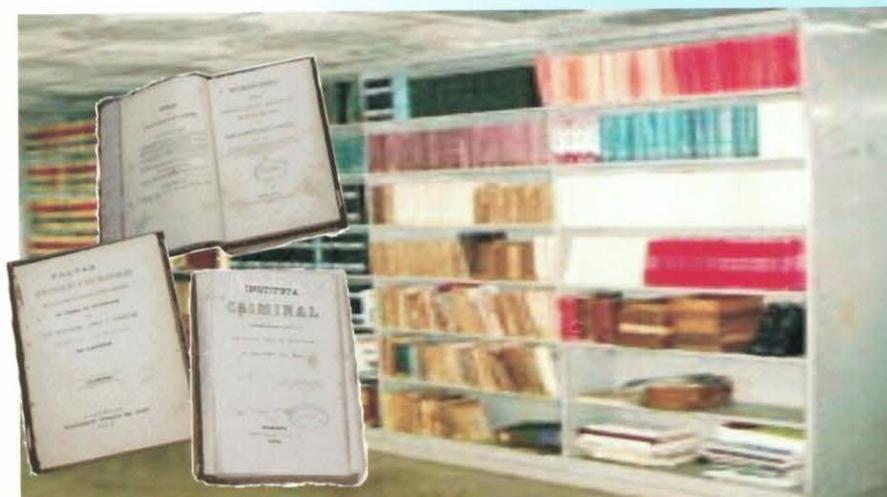
Se chequeó, además, el cumplimiento de la evaluación periódica e integral en el desempeño profesional y laboral, en el primer semestre de 2005; la marcha del cronograma de implantación de la Resolución No. 297/03, del Ministerio de Finanzas y Precios; y la evaluación semestral del funcionamiento interno de Atención a la Población en el Sistema de Tribunales Populares.



El Centro Nacional de Documentación e Información Judicial (CENDIJ) forma parte de la Dirección de Información Científica, Divulgación y Colaboración Judicial del Tribunal Supremo Popular y su función principal es dotar a los operadores del Sistema Judicial de la información necesaria para impartir una justicia de calidad.

Cuenta con el equipamiento necesario y un grupo de especialistas que ha desarrollado varias bases de datos que le permiten prestar, además de los servicios tradicionales, otros de valor añadido como la Diseminación Selectiva de Información y las búsquedas especializadas, tanto en sus colecciones como en INTERNET.

Durante el 2005 el CENDIJ comenzó a proyectar su trabajo hacia las provincias y trabajará en el 2006 en la creación de las Unidades de Información en cada uno de los Tribunales Provinciales.





CONVOCATORIA

III ENCUENTRO INTERNACIONAL “JUSTICIA Y DERECHO 2006”

**Palacio de las Convenciones,
Ciudad de la Habana, Cuba.
Del 24 al 26 de Mayo del 2006**

EL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR DE LA REPÚBLICA DE CUBA convoca al III Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2006 a celebrarse en el Palacio de las Convenciones de la Ciudad de La Habana, Cuba durante los días 24, 25 y 26 de Mayo del año 2006.

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

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

Para cualquier información dirigirse a:

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

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

María Esther Pérez Reytez
Agencia de Viajes Cubanacan.
Ave. 17 No. 73 entre 174 y 190, Playa,
Ciudad de la Habana, Cuba.
Teléfono: (537) 2044867 y 2044879
Fax: (537) 2044791
E-mail: com.eventos4@ovc.cyt.cu