

JUSTICIA Y DERECHO

No. 4 Año 2 Diciembre 2004



II ENCUENTRO INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO



II ENCUENTRO INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO



JUSTICIA y DERECHO



Revista Cubana del Tribunal Supremo Popular

ISSN 1810-0171
Publicación Semestral
No. 4 AÑO 2 DICIEMBRE DE 2004

Director

Lic. Osvaldo Sánchez

Consejo de Redacción

MsC. Carlos M. Díaz Tenreiro
MsC. Narciso Cobo Roura
MsC. Carlos Zaragoza Pupo
Lic. Antonio Raudilio Martín
Lic. Andrés R. Bolaños
Lic. Coronel Lourdes Carrasco

Editora Jefa

Lic. Aida Escalona Pellicer

Diseño y Composición

Ofelia Flores Valdés
Josefa Riverón del Pino

Compilación de la información

CENDIJ

Fotos

Armando González,
Internet

Redacción

Ave. Independencia
e/ Tulipán y Lombillo
Plaza de la Revolución
Ciudad de La Habana
Telf.: (537) 8812124 Fax: (537) 338064
Correo Electrónico: aida@tsp.cu

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

Sumario

Artículos Página

Independencia Judicial y Valores del Sistema Judicial	3
El Terrorismo Internacional. Una reflexión de nuestro tiempo	11
El Derecho Laboral y el Derecho Penal, interrelación e independencia	16
Apuntes sobre la coautoría	19
Delitos Informáticos	33
Estatuto del Juez Iberoamericano	42

Notijurídica

Las referencias bibliográficas en el Sector Jurídico: Importancia, estilos y normas	47
---	----

Actualidades

Continúan las guerras en el mundo	50
Historia de una familia excepcional	52

Estimado Lector :

Durante los días comprendidos entre el 9 y el 11 de Junio del 2004, se celebró en el Palacio de las Convenciones de La Habana el II Encuentro Internacional «Justicia y Derecho» convocado por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, en el que participaron 140 delegados procedentes de 12 naciones de América, Europa y África.

Al evento fueron presentadas más de 100 ponencias, de las que se expusieron y debatieron las más importantes en las distintas sesiones de las comisiones de trabajo creadas para su análisis.

Al dejar inaugurado el Encuentro, el presidente de nuestro Tribunal Supremo Popular, Licenciado Rubén Remigio Ferro expresó»... El Sistema judicial y la administración de justicia funcionan en Cuba de manera razonablemente aceptable para la ciudadanía y ello determina que no padezcamos la grave crisis de confianza hacia las instituciones Judiciales, presentes en no pocos países.»

En su intervención, además condenó el irregular proceso seguido a los cinco compatriotas que cumplen en Estados Unidos, penas que van desde 15 años de prisión hasta dos cadenas perpetuas bajo varios improbados cargos, entre ellos conspirar para espiar y actuar como agentes extranjeros. ...«Lo que en verdad hacían René González, Ramón Labañino, Gerardo Hernández, Antonio Guerrero y Fernando González, era acopiar información sobre organizaciones del sur de la Florida con un copioso expediente de actividades terroristas contra Cuba», añadió.

El cónclave sirvió de marco apropiado para la reflexión y el debate sobre importantes temas que ocupan la atención del mundo jurídico, dentro de los que se destacan: La Independencia Judicial como Derecho de los ciudadanos, Los Valores del Sistema Judicial, La lucha contra el Terrorismo, Los Delitos Informáticos, los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, los Principios del Derecho Procesal, Los Conflictos Laborales y otros.

Nuestra Revista dedica el presente número, esencialmente, a la publicación de un grupo de las ponencias presentadas al mencionado encuentro, que fue evaluado como un valioso aporte al proceso de reformas judiciales que tiene lugar en varios países de nuestra región.

Sirva pues este empeño para reconocer el esfuerzo de los ponentes, divulgar los resultados del evento y por qué no, incentivar la participación en el «III Encuentro Internacional Justicia y Derecho», convocado desde ya para los días 24, 25 y 26 de Mayo del 2006.

Consejo de Redacción

INDEPENDENCIA JUDICIAL Y VALORES DEL SISTEMA JURÍDICO

LAURA MIRAUT MARTÍN

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. España

I.- LOS ESCEPTICISMOS DE LA DECISIÓN JUDICIAL. HECHOS Y NORMAS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

La aplicación del derecho está inevitablemente abierta a la acción del juez. El viejo dogma del juez como la boca que pronuncia las palabras de la ley¹ se admite en general que está muy lejos de reflejar el funcionamiento complejo del derecho. La doctrina de la subsumción, definida como credo jurídico del positivismo legalista supone una visión distorsionada de la administración de justicia, porque olvida la importancia que tiene la personalidad del juez en la doble acción de identificar los hechos objeto de la decisión jurídica y la norma aplicable al caso sobre la que va a fundar su respuesta.

La llamada al escepticismo en la aplicación del derecho, generalmente sentida por la doctrina jurídica en nuestros días, parte del reconocimiento de la impredecibilidad de decisiones que en última instancia están siempre sometidas al condicionamiento propio de la acción del hombre. El escepticismo de las normas incide en la dificultad de conocer a priori la disposición o el conjunto de disposiciones que constituirán el fundamento jurídico de la sentencia. El escepticismo de los hechos incide en el papel del juez como indagador social, encaminado a concretar los hechos acaecidos y su significado jurídico con la mirada puesta en la adscripción de una respuesta oficial que pueda considerarse conforme con el sistema jurídico. En este sentido se trata de saber no sólo qué hechos han ocurrido, sino también si esos hechos tienen o no relevancia jurídica²

La personalidad del juez no sólo interviene a la hora de fijar la verdad judicial con respecto a los hechos, sino también a la hora de reconocer su significado jurídico. No cabe duda de que el juez, condicionado como está por la necesidad de limitar sus posibilidades probatorias a la acción de los medios admitidos por el derecho, tiene en cuenta la repercusión normativa de los hechos a la hora de su propia fijación como los hechos que reclaman de él la

correspondiente respuesta jurídica. La determinación del fundamento jurídico de la sentencia presupone un análisis jurídico a partir del conocimiento de las fuentes formales y de las diferentes técnicas de interpretación y argumentación del derecho. La determinación de los hechos parte también del conocimiento del derecho, en primer lugar porque es el propio derecho el que fija los medios probatorios y la prohibición de utilizar determinadas pruebas irregulares³, y también por la influencia que desarrolla la tipificación jurídica de los hechos a la hora de concretar cuáles son los que ha de tener en cuenta el juez en su sentencia. Pero supone también un conocimiento general del mundo exterior que permita percibir el significado real de los hechos cuya existencia jurídica se trata de concretar⁴.

Conocimiento que muchas veces va más allá de lo que el propio ordenamiento jurídico, con la indicación de las limitaciones de la prueba, pretende, lo que hace necesario distinguir entre la fundamentación jurídica de los hechos probados y la fundamentación real de los mismos. Y es que, tiene razón Luis Prieto Sanchís cuando señala que no cabe excluir que la conciencia sobre la verdad de unos hechos se consolide con informaciones irregulares reconociendo en todo caso que como es lógico, cualquier información que no provenga de los canales admitidos ha de ser omitida a la hora de redactar los resultados de hechos probados, pero ello no significa que no



Intervención de la profesora Laura Miraut Martín en el II Encuentro Internacional Justicia y Derecho.

ejerza alguna influencia sobre el juez⁵. Es en todo caso un conocimiento que no puede garantizar que los hechos a través de él adquiridos sean efectivamente ciertos.

El mismo carácter de las pruebas y razonamientos que sigue el juez a la hora de fijar su respuesta oficial en relación a los hechos lleva su consideración como hechos presuntamente acaecidos, en realidad hechos oficialmente declarados relevantes en relación a la controversia jurídica que le ocupa al juez⁶. Los indicios pueden garantizar a lo sumo un conocimiento aproximado de lo acaecido, o una coherencia entre los hechos reconocidos y la realidad externa que constituye el contexto en el que se producen, pero no permiten aseverar ninguna verdad, puesto que, como bien se ha dicho, para alcanzarla plenamente no existen, en rigor, pruebas suficientes⁷. Esto no supone la omisión de la necesidad de seguir también en relación a la determinación de los hechos probados relevantes para el caso las reglas establecidas con el objetivo de garantizar una verdad probable cuya consecución resulte compatible con el resto de los valores que ha de tutelar el juez en el desempeño de su función. Como bien señala Marina Gascón Abellán, el juez ha de ser libre para valorar discrecionalmente la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos... si en el mundo moderno el método científico, y no la revelación o la intuición, constituye el paradigma de verdad, parece razonable que el logro de la verdad judicial, que no es sino una especialidad de verdad, deba acudir también a ese método a la hora de valorar o verificar las pruebas aportadas⁸.

En suma, la verdad judicial se manifiesta directamente como instrumento para la administración de justicia, sin que ello suponga considerarla como un mero reflejo de la verdad fáctica. No hay una necesaria concordancia entre la verdad de los hechos y su reconocimiento oficial como hechos probados, pero ello no excluye la necesidad de aproximar al máximo ambas verdades, en el respeto siempre del resto de los valores que han de guiar el desarrollo de la misma actividad judicial. La verdad judicial en relación a los hechos es en este sentido una verdad necesariamente probable cuya mayor aproximación a la verdad real dependerá de la pericia judicial y del condicionamiento normativo que imponen las limitaciones legales a la puesta en marcha de los medios cognoscitivos disponibles y el mismo sentido que el ordenamiento jurídico en su conjunto atribuya a los hechos probados como hechos jurídicamente relevantes. Todo ello supone, en definitiva, la prevalencia general del paradigma de la probabilidad como criterio de verdad relativa de los hechos probados⁹.

El fundamento jurídico de la sentencia está también afectado por los problemas de determinación. Estos problemas conciernen tanto a la identificación de la norma jurídica en la que se quiere reflejar el supuesto de hecho producido como al significado de su propio tenor literal. Decimos así que son problemas de identificación y de interpretación normativa. A primera vista parece lógico suponer que la interpretación normativa se produce en un momento posterior a la identificación de la norma que se quiere interpretar, porque sólo se puede interpretar aquello que previamente hemos decidido que sea objeto de la interpretación. Pero ésta es una visión simplista y engañosa del funcionamiento del proceso judicial.

En realidad la identificación y la interpretación normativa no son momentos radicalmente separados, al contrario son dos momentos superpuestos en la operación de aplicación del derecho. La interpretación normativa requiere la identificación de la norma a interpretar, pero también la identificación de la norma aplicable al caso que ante el juez se presenta requiere la consideración del significado de las distintas normas candidatas a ocupar la posición de fundamento jurídico de la sentencia, porque para poder optar entre las distintas normas que aspiran a regir la solución de la controversia jurídica es lógicamente necesario conocer su correspondiente significado.

En suma, la identificación de la norma aplicable al caso y su interpretación son operaciones que se implican una con la otra, funcionando en realidad al unísono, aun cuando a efectos del análisis de los problemas involucrados en cada una de ellas pueda convenir separarlas como si de dos momentos perfectamente diferenciados e independientes se tratara. Sea como sea, tanto la identificación de la norma aplicable al caso como su interpretación presentan especiales problemas de determinación que hacen difícil encontrar una solución adecuada e indiscutible a la controversia que se presenta ante el juez para su correspondiente solución.

La interpretación permite comprender el significado de la norma jurídica, lo que ésta viene a decir. En realidad es una operación que no se limita a desentrañar una realidad, sino que le adscribe ella misma su significado. El texto normativo no es una entidad que tenga un significado previo a su interpretación. Es una entidad que sólo tiene significado a partir del momento en que ha sido interpretada. Antes de la interpretación el texto normativo está abierto a las diversas posibilidades que se ofrecen al intérprete.

Éste, dotándole de significado, lo hace operativo a efectos jurídicos. Es por ello que se distinguen los conceptos de enunciado normativo y norma, porque

la norma sólo se convierte en tal una vez que se le ha adscrito al enunciado normativo un significado concreto, y esto lo hace precisamente el intérprete.

La concepción tradicional ha confundido los conceptos de norma y enunciado normativo entendiendo al ordenamiento jurídico como un conjunto de normas que requieren la correspondiente interpretación. Ésta es una doctrina poco útil porque considera a las normas como datos previos cuyo significado debiera reconocer el juez en el acto de interpretación, obviando las distintas posibilidades de atribución de significado que ofrecen los textos jurídicos¹⁰. Por el contrario, en la versión más coherente del funcionamiento del derecho la norma se presenta como el producto directo de la acción interpretativa, el resultado de la opción que toma el intérprete entre las distintas alternativas de significado que ofrece el texto normativo.

Se ha señalado en ocasiones que hay textos normativos que no ofrecen una diversidad de opciones interpretativas, porque en ellos su significado es claro, emana directamente del mismo tenor literal de la disposición normativa. Aparentemente en este tipo de casos no tendría sentido decir que la norma es el resultado de la interpretación del texto normativo, porque no habría interpretación cuando el significado del texto se deduce directamente del mismo. Es la denominada doctrina del sentido claro de los textos jurídicos que proclama que no hay lugar a la interpretación de los textos claros: *in claris non fit interpretatio*. En realidad esta doctrina no supone ningún cuestionamiento de la idea general de la norma como resultado de la actividad interpretativa, porque también los textos claros se interpretan. Es más, incluso la conclusión de que el texto es claro es el resultado de la interpretación. Antes de llevar a cabo la interpretación del texto jurídico no puede concluirse nada acerca de la claridad u oscuridad del mismo.

Es cierto que hay textos sobre los que es muy fácil coincidir en la atribución de un significado concreto, suscitando el acuerdo general de la comunidad jurídica en este sentido. Decimos entonces que el texto es claro, precisamente porque no se dan desacuerdos entre los diferentes intérpretes. El intérprete, enfrentado al texto jurídico puede no sólo atribuirle un significado concreto, sino también verificar que por las circunstancias que plantea el mismo texto va a existir una concordancia general entre los distintos intérpretes que se puedan pronunciar sobre el mismo. Así dirá que el texto resulta claro, excluye otras opciones interpretativas, atribuyéndole un significado preciso. Pero es siempre el intérprete el que le atribuye el significado, aunque pueda existir un acuerdo general en cuanto a la pro-

pia atribución. La claridad de los textos jurídicos no es por tanto algo que excluya la necesidad de la interpretación sino que, al contrario, es resultado directo de la interpretación. Si decimos que el texto es claro es precisamente porque lo hemos interpretado. La atribución de significado en que consiste la interpretación no queda por consiguiente eliminada en los casos en que se proclama la claridad del texto jurídico. El supuesto sentido claro de los textos jurídicos es él mismo consecuencia de la actividad interpretativa no pudiendo por consiguiente decirse que la excluya¹¹.

Es verdad que el mayor o menor acuerdo que pueda darse entre los intérpretes a la hora de atribuir significado a los textos normativos tiene consecuencias directas sobre la importancia de la actividad interpretativa en el conjunto de la aplicación del derecho, pero eso no supone obstáculo ninguno a la caracterización general de la norma como el resultado directo de la acción del intérprete al dotar de significado al texto jurídico que se le presenta. Así lo ha visto Ricardo Guastini cuando, distinguiendo los conceptos de disposición normativa y de norma jurídica, señala que: Podemos llamar norma (no a la misma disposición sino) a su contenido significativo, que es una variable dependiente de la interpretación. En este sentido la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es más bien una disposición interpretada y, en ese sentido, reformulada por el intérprete: es, pues, un enunciado del lenguaje de los intérpretes!¹² En este sentido los problemas interpretativos se manifiestan como problemas de comprensión general del derecho requiriendo que el juez, como intérprete de los textos jurídicos, les adscriba el significado que sea más coherente con las reglas semánticas vigentes en la comunidad social y con el sentido general del ordenamiento jurídico.

La identificación de la norma aplicable al caso es una operación igualmente abierta a la actuación del juez. Éste lo que hace es optar por un significado concreto de un texto normativo que va a jugar el papel de fundamento jurídico de la decisión judicial. Al no disponer los textos jurídicos de un único significado que les sea mecánicamente atribuido el juez dispone de una mayor gama de opciones a la hora



de fundamentar su decisión, contribuyendo todo ello a aumentar su función creadora de derecho. No es que se desvincule de su deber general de sometimiento al ordenamiento jurídico, porque en última instancia el ordenamiento jurídico tiene también determinadas claves que ha de seguir el juez en las distintas fases del proceso de aplicación del derecho. Pero sí puede decirse que la personalidad del juez incide también a la hora de representarse un significado normativo concreto, coherente con la solución que quiere atribuir al caso que ante él se presenta y buscar el texto jurídico que le sirva de referencia. El juez crea en este sentido una norma particular, directamente aplicable a las circunstancias específicas que presenta la controversia jurídica, conectando un significado preciso al texto jurídico que le va a servir de fundamento jurídico de su decisión.

Cabe también que el juez entienda que el supuesto planteado no encuentra una solución precisa en el ordenamiento jurídico, lo que supone decir que ninguna adscripción razonable de significado a los textos jurídicos que lo componen permite resolver la cuestión. Es igualmente posible que el juez entienda que el seguimiento de las reglas racionales de adscripción de significado a los textos normativos pueda llevar a soluciones contradictorias. En este tipo de supuestos el juez no sólo crea normas particulares, específicas para el caso que se le presenta, sino normas generales de aplicación extensibles a otros supuestos semejantes. Son normas jurisprudenciales cuya vigencia dependerá lógicamente del seguimiento que las distintas decisiones jurídicas puedan hacer de la opción desarrollada por el juez. Eugenio Bulygin expresa este proceso cuando señala que: Las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio, a los otros jueces.

Pero una norma general creada por un juez en un caso determinado constituye un precedente. Si otros jueces siguen el camino trazado, tendremos una jurisprudencia uniforme: la norma general creada por los jueces adquiere el carácter de obligatoria.

Pero bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo. En tal situación tendríamos normas generales incompatibles. El conflicto entre esas normas será resuelto, tarde o temprano, por otros jueces, de modo que el proceso de creación judicial de las normas generales desembocará en una norma general reconocida, de origen jurisprudencial¹³.

En todo caso, bien se trate de la creación de normas singulares o generales, el juez se ve enfrentado a diferentes opciones. El que puedan éstas te-

ner o no un fundamento directo en el conjunto del ordenamiento jurídico no excluye el deber general del juez de justificar su decisión con arreglo a criterios precisos que permitan valorar adecuadamente su sentido como decisiones jurídicas aceptables.

II.- LOS REQUERIMIENTOS DE LA PREVISIÓN DEL SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES.

Reconocer que el juez realiza una actividad creadora no significa imaginarle absolutamente desvinculado del derecho, porque en última instancia su acción creadora tiene su límite precisamente en el sometimiento al ordenamiento jurídico. Tampoco reconocer el peso evidente de la personalidad del juez a la hora de dictar sus decisiones supone imaginarle liberado del vínculo jurídico, porque de hecho la personalidad de los jueces suele incorporar también un sentimiento fuerte de respeto al ordenamiento jurídico en el sentido en el que el mismo es comprendido normalmente por la comunidad jurídica. El juez resulta así comprometido con la cultura jurídica de su tiempo, que de modo más o menos intenso acaba impregnando su propia personalidad.

Lo que sí hace la consideración real del modo de operar del juez es poner de manifiesto que no son los textos jurídicos los únicos elementos que juegan un papel importante a la hora de dirigir el sentido de la sentencia judicial. Junto a la comunidad jurídica que prescribe el significado comúnmente admitido de los textos jurídicos y a los propios enunciados normativos existen otros factores imposibles de controlar en su totalidad a priori. El mayor o menor peso del silogismo y de otro tipo de sensaciones fundadas en elementos irracionales a la hora de actuar el juez depende de las circunstancias del caso y del propio juez¹⁴.

Un mismo juez enfrentado a casos distintos puede tomar una u otra postura según sea que el seguimiento de la regla del silogismo lleve a resultados más o menos compatibles con su visión de la justicia del caso. Es además frecuente que el juez, aun creyendo que sigue las reglas del silogismo, se aparte de las mismas e incluso del significado generalmente reconocido por la comunidad jurídica a los textos jurídicos con la mirada puesta en dictar una respuesta jurídica más acorde con sus sentimientos. En otros casos, aun reconociendo en su decisión jurídica la presencia de un cierto activismo judicial la cultura jurídica que comparte puede hacer que su decisión responda en alto grado a la lógica del silogismo judicial. Todo depende, ciertamente, del peso que en la personalidad del juez puedan tener factores externos a su misma condición profesional y de la mayor

o menor asimilación de la cultura jurídica a la que pertenece, así como de su compromiso con la realización de la justicia en el desarrollo del proceso. La común pertenencia a una misma cultura jurídica no puede impedir que haya jueces que entiendan que su sentencia dictada conforme a derecho no se ajusta exactamente a las exigencias de la justicia mientras que otros jueces piensan que no cabe una sentencia conforme a derecho que no sea a su vez expresión de la justicia¹⁵.

En este marco queda indiscutiblemente afectado el principio de certeza del derecho, requiriéndose para poder afirmar su presencia un conocimiento no sólo de los textos jurídicos, sino también de la personalidad concreta del juez que ha de aplicar el derecho a la controversia jurídica¹⁶. Evidentemente, este conocimiento de la personalidad del juez es ilusorio, porque por muchos datos que se puedan tener acerca de su modo de actuar y de pensar, y sobre todo de su sentimiento de vinculación a una determinada forma de comprender el ordenamiento jurídico, siempre habrá factores que se nos escapen que en última instancia pueden ser decisivos para que el juez dé uno u otro signo a su sentencia.

En las tres operaciones de determinación de los hechos jurídicamente relevantes en el caso, identificación de los textos jurídicos aplicables que conformarán el fundamento jurídico de la sentencia e interpretación de los textos dotándoles de un contenido normativo concreto, la actuación del juez resulta en gran medida imprevisible. La pretensión de previsibilidad del sentido que habrán de tomar sus decisiones constituye un espejismo inalcanzable cuya fascinación impide en ocasiones comprender en su justa medida la realidad de las cosas¹⁷. La doctrina jurídica ha tomado conciencia de esta dificultad de previsión atendiendo en manera diferente a los problemas presentes en cada una de estas tres operaciones¹⁸. En todo caso se constata que no caben juicios a priori que garanticen con absoluta seguridad el sentido de la actuación del juez.

La consideración tradicional de la seguridad jurídica como la posibilidad de saber en todo caso a qué atenerse, de conocer de antemano cuáles son las consecuencias jurídicas que van a derivar de nuestras actuaciones, queda, por consiguiente descartada. Sirve de poco la proliferación de textos normativos que pretendan adecuar soluciones jurídicas a los distintos problemas que plantea la realidad social, porque ésta supera siempre a la previsión normativa, y además no está claro el modo en que el juez va a asumir el material jurídico que se le ofrece como fundamento de su propia decisión. Tampoco vale de mucho la consideración de las sentencias anteriores dictadas por otros jueces, que aun en el

caso de que, tal como hemos visto con anterioridad, pudieran actuar como normas generales, acaban convirtiéndose, en afortunada expresión de Benjamin Nathan

Cardozo en centros de infección del funcionamiento del proceso judicial¹⁹.

Los textos jurídicos, bien sean disposiciones normativas o precedentes judiciales, acaban proporcionando ciertamente una sensación de seguridad al destinatario del derecho, pero es una sensación falsa, que se difumina cuando comprueba éste que el juez dicta una resolución que no coincide con el sentido que él mismo daría al texto jurídico aplicable. Sucede en muchas ocasiones que la sentencia del juez es más equitativa y razonable que lo que el ciudadano pudiera deducir del tenor literal de los textos jurídicos. Pero esto no cuestiona en nada lo afirmado. Antes bien, nos hace conscientes de que el juez escapa muchas veces de la consideración del sentido convencional de los textos jurídicos para incorporar a la sentencia su sentido de la justicia. Sentido de la justicia que en último término es subjetivo y personal, estando condicionado por muchos factores extraños al derecho y a la misma cultura jurídica.

El principio de seguridad jurídica en su sentido tradicional queda así sustituido por la única certeza que cabe en el derecho, que no es otra que la lógica de las probabilidades²⁰. El conocimiento del modo en que probablemente actuará el juez a la hora de dictar su decisión en la controversia jurídica presupone el del material jurídico disponible, el de la psicología del órgano judicial y el de las reglas y procedimientos que se entiende que han de guiar a la actividad judicial para que ésta pueda considerarse que funciona adecuadamente.

El primero es desde luego asequible, aun cuando la proliferación de disposiciones normativas cada vez más detallistas y de precedentes judiciales sobre supuestos particularizados haga cada vez más necesario su reformulación como conocimiento exclusivamente de los rasgos más destacados del ordenamiento jurídico.

El segundo plantea el problema preliminar de conocer cuál es el juez concreto que se ha de ocupar de la causa que preocupa al ciudadano, que normalmente no está determinado en el momento en el que éste puede incurrir en el supuesto de hecho normativo. Podría hablarse como mucho del análisis de la psicología del juez en general, sin que tampoco en este punto se hayan producido demasiados avances²¹. Pero esto no podría garantizar que el órgano judicial se acomodase al prototipo estudiado. Es éste un factor que inevitablemente incide en la determinación final de la respuesta judicial. La pertenencia

a una misma cultura jurídica puede disminuir la diferencia entre las sensaciones que guían a unos y otros jueces en el dictado de sus sentencias. Pero esa disminución no garantiza en ningún caso la convergencia de actuaciones. No hay que olvidar además que tampoco la probabilidad de que el órgano judicial responda de un determinado modo en las distintas controversias jurídicas, por muy uniforme que éste sea, garantiza la corrección de la actuación judicial, que en último término deberá atender en las distintas operaciones que componen el proceso de aplicación del derecho al respeto del fin general del orden jurídico.

El conocimiento de las reglas y procedimientos que guían la actuación judicial es una consecuencia lógica de la pertenencia común a una determinada cultura jurídica. Ésta establece el modo en que, llegado el caso, ha de actuar el juez para que su sentencia pueda ser considerada conforme a derecho, pero no garantiza en ningún caso una previsibilidad absoluta del sentido de la decisión judicial. La seguridad jurídica se reformula así como la previsión de que la decisión judicial se atenga al conjunto del ordenamiento jurídico, obviando con la puesta en marcha de las reglas de la argumentación e interpretación del derecho la acomodación a automatismos legales de los que de ningún modo se puede garantizar su realización²². Pero si el seguimiento de estas reglas no puede tampoco garantizar la homogeneidad de la actuación judicial, ni siquiera en el caso de jueces en los que las sensaciones ajenas al orden jurídico tuvieran un peso idéntico en la determinación del sentido de la sentencia, habrá que preguntarse cuál es el criterio determinante para garantizar la corrección de la decisión judicial.

III.- PROTAGONISMO DEL JUEZ Y REFERENCIAS DE VALOR



El sometimiento del juez al derecho no podría nunca alcanzarse sin el seguimiento de las reglas que impone la racionalidad de la actuación judicial. Que los jueces sea como den a un determinado modelo de comportamiento puede llegar a garantizar una cierta seguridad jurídica. Una seguridad probabilista, que es la única que se puede alcanzar en el proceso judicial. El control de la actividad judi-

cial es así muchas veces un control de la compatibilidad de la actuación del juez con el modelo más o menos homogéneo imperante. Pero la homogeneidad de la respuesta judicial no es tampoco sinónimo de corrección jurídica. Todo depende del sentido general que tome el comportamiento homogéneo, pues cabe pensar en determinados sistemas jurídicos que, aun disponiendo de ordenamientos jurídicos más o menos aceptables desde el punto de vista de su legitimidad formal, acogen actuaciones judiciales generalizadas de desprecio a los valores del ordenamiento jurídico e incluso de corrupción²³.

No es que en estos casos no sigan los jueces las reglas y procedimientos establecidos para alcanzar una decisión racional. Cabe que las sigan o que no lo hagan. Pero en última instancia, aun cuando fueran seguidas, su incorrección deriva en muchas ocasiones de la inaceptabilidad del criterio guía de la decisión judicial. La homogeneidad del comportamiento judicial no puede, por consiguiente, ser acriticamente aceptada como fundamento de la actuación del juez. Habrá que comprobar si son efectivamente los valores superiores del ordenamiento jurídico los atendidos como criterios de inspiración final de la sentencia judicial, a fin de evitar que la previsión del sentido de la decisión judicial dependa directamente de lo que valga el juez, en el peor de los sentidos de la expresión²⁴.

El seguimiento de estos valores requiere, no obstante, que se establezca un criterio específico para dotarles de contenido. Otro tanto se puede decir cuando, aun no existiendo una expresión directa de los valores que rigen el conjunto del ordenamiento jurídico, se pueden éstos inducir del conjunto del sistema jurídico, o cuando encontramos alusiones puntuales a conceptos valorativos necesitados de concreción para ser jurídicamente operativos. La relación existente entre las diversas disposiciones del ordenamiento jurídico hace muy difícil su consideración independiente de la de los valores que lo presiden. Por otra parte, contienen también las disposiciones normativas remisiones explícitas o implícitas a conceptos de contenido flexible que contribuyen a fijar el sentido normativo en las diferentes controversias jurídicas. Aulis Aarnio contempla acertadamente esta situación cuando señala que: Las normas jurídicas no son completamente autónomas con respecto a las otras normas de la sociedad. Ellas reciben, al menos en parte, su propio contenido de las normas morales y de otras normas sociales. En cierto modo las normas jurídicas y las otras normas actúan interconectadamente²⁵.

El problema es entonces encontrar el criterio preciso para dotar de contenido a esos conceptos flexibles y a los valores en su aplicación directa a

los casos que se presentan ante el juez. Caben al menos tres respuestas. La primera supondría dejar en manos del mismo juez la concreción del significado de dichas nociones, fiando a su buen sentido su aplicación. Es ésta una solución problemática puesto que, aunque al juez se le presupone una formación técnica adecuada, sin embargo carece de la legitimidad democrática necesaria para que su criterio personal pueda considerarse socialmente representativo. La segunda solución remite a la concepción moral vigente en el seno de la comunidad, es decir, a lo que la moral social pueda entender a este respecto. Es ésta una solución conforme con el principio democrático, porque remite a lo que mayoritariamente piensa la sociedad con respecto a la configuración del contenido de las nociones que en último término van a presidir el sentido de la actuación judicial. La tercera solución obvia la consideración del sentir social mayoritario para fijarse en el modelo moral del hombre inteligente y virtuoso,²⁶ entendiendo que la solución jurídica ha de atender a un criterio modélico de valoración, aunque no refleje el sentimiento moral generalmente extendido en la sociedad. Se supone conforme a este criterio que el juez no ha de ser un mero aplicador de cualquier criterio moral con tal de que resulte suficientemente compartido, anteponiendo la aplicación de los criterios que en mejor medida reflejan el modelo de excelencia y perfección.

En la realidad de los hechos el juez asume alternativamente que atiende al segundo o al tercero de los criterios enunciados. Lo cierto es, sin embargo, que al asumir éste último está proporcionando ya él mismo su propia interpretación del modelo de hombre inteligente y virtuoso, lo que es lo mismo que

decir que está optando por la primera de las soluciones indicadas, esto es, por la aplicación de su propio sentido moral. Que en ocasiones aplique el segundo de los criterios, la aceptación de la moral social vigente, lo único que prueba es que su mismo sentido moral coincide en ocasiones con el de la mayoría, lo que no quiere decir tampoco que no pueda asumir el juez en ocasiones un criterio moral contrapuesto a sus propias creencias. Cuando así sucede está claro que el respeto a la fórmula jurídica del sistema democrático es especialmente atendido por el órgano judicial. No es que renuncie el juez entonces a su protagonismo en la decisión jurídica. Simplemente entiende que su posición superior en el proceso que lleva a la decisión lo que hace es comprometerle con su deber de reflejar el sentir general de la sociedad. Sentir general que se refiere no a las exigencias que se imponen las personas para entender que actúan de manera moralmente aceptable, sino a lo que consideran como la forma más justa de resolver los conflictos y dirigir la vida social.

La llamada a la independencia judicial está implícita en la primera respuesta porque es el mismo juez el que asume el protagonismo absoluto de su decisión. Su compromiso con el sentir general sobre la forma más justa de resolver los conflictos y guiar la vida social no hace sino probar el carácter instrumental de la acción del juez y del principio de independencia de su función. Probar en suma que son perfectamente compatibles la independencia y el sometimiento al derecho y a los valores jurídicos. Sobre todo porque la independencia judicial es también una opción indiscutiblemente axiológica en la realidad social contemporánea.

CITAS

- 1 Mostesquieu, Ch., *El espíritu de las leyes*, libro XI, Capítulo VI.
- 2 Gil Ruíz, J.Mª., La función judicial: entre la ciencia y el control social, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XVII, 2000, pág. 274.
- 3 Mendonca, D., *Las claves del derecho*, Editoria Gedisa, Barcelona, 2000, pág. 192, reconoce en este sentido a las limitaciones en la admisión y consideración de la prueba como una exigencia de la justicia del proceso, expresando que “la justicia cuenta en el derecho como algo tan valioso como la verdad”.
- 4 Cardozo, B.N., “Our Lady of the Common Law. Commencement Address at St. John’s Law School”, en *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. The Choice of Tycho Brahe*, Edited by Margaret E. Hall, Matthew Bender, Albany-San Francisco-New York, 1975, págs. 88-89, propone a este respecto el concepto de continuidad de conocimiento como elemento indispensable para la formación judicial, expresando su importancia no ya para la concreción real del hecho ocurrido sino para la percepción general de su significado: Hay una necesidad de proveernos de

un equipamiento de conocimientos mayor y más rico que el que se exigía en otra época más tranquila.

Pocos de nosotros esperamos resolver por nosotros mismos los problemas que desconciertan al historiador, al economista, al físico o al químico. Tendremos que acudir al experto para que nos proporcione una respuesta definitiva a las cuestiones que son propias de su campo específico. Lo que, sin embargo, ocurre es que sin un bagaje de conocimientos y de cultura en campos ajenos al propio derecho, nunc llegaremos a alcanzar la percepción de los problemas que debemos resolver.

Nunca llegaremos a verlos en su verdadera relación con la vida de quienes están a nuestro alrededor, y al perder su relación con la vida estaremos perdiendo su relación con el derecho, que nos da la regla de la vida.

Si queremos alcanzar nuestro objetivo tendremos que conocer el método para aproximarnos a él. El concepto de continuidad de conocimiento nos está mostrando día a día la necesidad de enriquecer nuestro equipamiento y nos está señalando la senda que habrá de seguir el jurista de mañana.

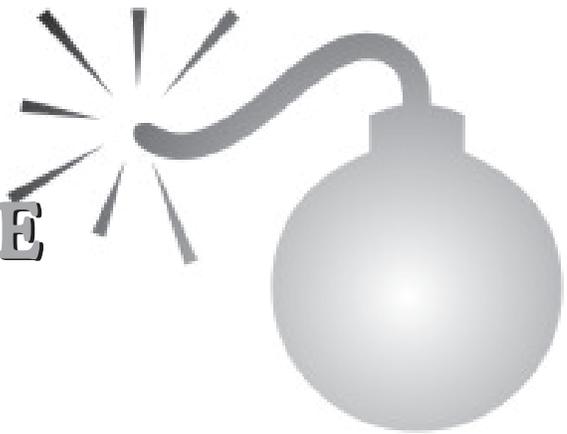
- 5 Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 98.
- 6 Para un análisis más detallado de esta cuestión, Miraut Martín, L., La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XVIII, 2001, págs. 49-66.
- 7 Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, traducción de P.A. Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarelo Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 135. (La traducción del texto citado a cargo de A. Ruíz Miguel).
- 8 Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 161.
- 9 Miraut Martín, L., La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos, pág. 57.
- 10 Guastini, R., Ordenamiento jurídico: un concepto problemático, en Guastini, R., *Distinciendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de J. Ferrer i Beltrán, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 346: En realidad, en el lenguaje jurídico común el vocablo norma es usado habitualmente de forma absolutamente irreflexiva, sin problematizar en exceso. En particular, la forma habitual de expresarse no distingue netamente entre textos normativos (las disposiciones que son objeto de interpretación) y las normas propiamente dichas (los significados de las disposiciones, que son, en cambio el producto de la interpretación). La omisión de esta distinción es lamentable, dado que oscurece el fenómeno de la disociación entre los textos y las normas: esto es, el hecho de que todo texto normativo es susceptible de una pluralidad de interpretaciones.
- 11 Miraut Martín, L., Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIX, 2002, págs. 377-399.
- 12 Guastini, R., Norma: una noción controvertida, en Guastini, R., *Distinciendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, cit., pág. 101.
- 13 Bulygin, E., Los jueces ¿crean derecho?, en Malem, J., Orozco, J. y Vázquez, J., (compiladores), *La función judicial. Ética y democracia*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 35-36.
- 14 Wróblewski, J., Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale, en Comanducci, P. – Guastini, R., (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, traducción de P. Comanducci, G. Giappichelli Editore, Torino, 1987, pág. 280.
- 15 La incorporación al ordenamiento jurídico de disposiciones que positivizan el valor de la justicia, como sucede en el caso del sistema constitucional español relativiza esta doble situación haciendo que el proceso de aplicación del derecho sea conforme precisa el propio ordenamiento jurídico, también un proceso de aplicación de la justicia a los supuestos que se plantean ante el juez, quedando en todo caso pendiente la propia expresión de lo que la justicia del caso pueda requerir en los distintos supuestos.
- 16 Álvarez, N., *Jalones para una teoría crítica de la seguridad jurídica*, Madrid, 1995, pág. 55: Saber que el derecho que me rige tiene plena vigencia supone, no solo conocer su contenido, sino también saber qué jueces lo aplican.
- 17 Ara Pinilla, I., *Teoría del Derecho*, Taller de Ediciones J.B., Madrid, 1996, pág. 469.
- 18 Mendonca, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1997, pág. 73, ha destacado la asimetría entre la atención que prestan los científicos del derecho a las premisas normativas y a las premisas fácticas de la decisión jurídica.
- 19 Cardozo, B.N., *The Growth of the Law*, (primera edición de 1924), Yale University Press, New Haven; Humphrey Milford, Oxford University Press, London, 1931, pág. 19.
- 20 *Ibidem*, pág. 33.
- 21 Tienen todavía validez las palabras de Wróblewski, J., Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale, cit., pág. 280, cuando señalaba que: El proceso psíquico de la toma de decisiones judiciales es más a menudo objeto de referencias por parte de la teoría jurídica, sin que sea analizado con las modernas técnicas de investigación psicológica. La psicología de la actividad judicial, con la excepción de interesantes investigaciones que emplean métodos cuantitativos, se encuentra todavía en estado incipiente.
- 22 Miraut Martín, L., Seguridad jurídica y niveles de predicción en el derecho, en Zapatero, V., (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, págs. 253-268.
- 23 Sobre la corrupción judicial Malem Seña, J., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Editorial Gedisa, Barcelona.
- 24 Ojeda, W., *Cuánto vale un juez*, Vadell, Valencia-Caracas (Venezuela), 1995.
- 25 Aarnio, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 27.
- 26 Este es el modelo que propone Cardozo, B.N., *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928, pág. 37, cuando señala que el juez deberá seguir, o esforzarse en seguir, el principio y la práctica de los hombres y mujeres de la comunidad cuya mentalidad social puede calificarse como inteligente y virtuosa.



**“La dignidad es como la esponja:
se la oprime pero conserva
siempre su fuerza de tensión.
La dignidad nunca se muere”**

José Martí

EL TERRORISMO INTERNACIONAL. UNA REFLEXIÓN DE NUESTRO TIEMPO



Lic. Aymee Fernández Toledo.

Juez Profesional Suplente no Permanente del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río y Profesora Instructora adjunta de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Pinar del Río.

El presente artículo se ha inspirado en la investigación de la propia autora titulada “Develando el Terrorismo. Una aproximación jurídica al terrorismo internacional”, presentada en el V Evento Científico Técnico del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río y premiada como Trabajo Relevante.

Aventurarse a desentrañar un fenómeno tan complejo como es hoy el terrorismo internacional no es una faena de cíclopes o Quijotes, sino más bien una necesidad apremiante que nos es exigida en nuestro tiempo por el deplorable estado de las relaciones internacionales, por la agudización de las diversas crisis a que la humanidad se enfrenta y por la preocupación del aciago porvenir que nos aguarda si no se produce una mutación urgente en la manera en que son asumidas y enfrentadas tales problemáticas en el seno de la Comunidad Internacional.

Acudimos a un momento en que, para muchos, el 11 de septiembre del 2001, cuando se produjeron los violentos atentados contra las torres gemelas del World Trade Center en Washington D.C. y Pennsylvania, ha marcado un viraje en el panorama del terrorismo internacional “*apuntando hacia una nueva era en el desarrollo futuro de dicho fenómeno*”¹. Sin embargo, pese a lo reprochable de tales acciones y al lógico sentimiento de dolor y pesadumbre generado en todo el mundo por su acaecimiento, que sinceramente comparto, estos sucesos no son sino unos



más en la extensa lista de actos terroristas que han tenido lugar en el planeta

y de muchos de los cuales, tan atroces como los del 11 del septiembre, ha sido víctima nuestro país. No obstante, lo que sí resulta veraz es que a raíz de esta fecha se ha desencadenado una descomunal contienda bélica, que no es sino la expresión locuaz del más devastador terrorismo estatal que se haya conocido hasta ahora.

Sin circunscribirnos a los límites maltrechos de una enumeración exhaustiva, constataremos que el terrorismo actual es esencialmente transnacional, que alcanza asombrosos niveles de organización, que cuenta con su propio mecanismo financiero, en cuya implementación y revestimiento no se escatiman esfuerzos ni imaginación; que dispone de sofisticados y modernos medios informáticos, de comunicaciones y de armamentos; que registra un ligamen prácticamente indisoluble con diversas formas de la criminalidad organizada transfronteriza y cuya capacidad destructiva es cada vez mayor, lo que lo convierte en un grave riesgo para la seguridad de todos los habitantes de la Tierra, para la paz internacional y en un problema acuciante, cuyo análisis resulta prioritario.

El dilema esencial a que nos enfrenta el terrorismo internacional, en la búsqueda de soluciones por medio de la supresión de sus causas y de su represión punitiva hasta tanto ello se logre², estriba fundamentalmente en que el mismo ha sido asumido más como un fenómeno político que social o jurídico, lo que en este último ámbito ha obstaculizado arribar a un consenso sobre su definición, tanto como problema global como como conducta antijurídica punible e, igualmente, respecto de los mecanismos legales idóneos y eficaces para su prevención y reprimenda. Así, las superpotencias imperiales, lideradas por



Estados Unidos, se han dotado de una concepción sumamente maleable del terrorismo que les permite efectuar de ella, a discreción, cuantas interpretaciones sean precisas a sus conveniencias de acuerdo a las situaciones a que pretenda adecuárselas, lo que lamentablemente, con predominio de las presiones políticas o de otra índole que estos países acostumbran a ejercitar, ha trascendido a las posiciones asumidas por las organizaciones internacionales, esencialmente la Organización de Naciones Unidas, al tomar partido sobre el tema legitimando en muchos casos conductas terroristas de esos Estados y sancionando en otros movimientos verdaderamente legítimos, en detrimento de los principios conquistados durante lustros por el Derecho Internacional. A mi fuero, el terrorismo internacional es un fenómeno complejo, que involucra varias esferas del conocimiento humano, que afecta directamente las relaciones entre los Estados, la paz y la seguridad internacionales y que se expresa por medio de una actividad perfectamente organizada que procura la obtención de determinados fines, en la mayoría de los casos políticos, a través de la propagación de la alarma o el pánico en la población, generados por hechos violentos dirigidos contra la vida, la integridad física o mental o la libertad de las personas o los bienes o instalaciones de mayor relevancia económica, social o política, con trascendencia para todos los integrantes del conglomerado social y para los Estados, tanto individualmente considerados como formando parte de la Comunidad Internacional y que no puede confundirse con las luchas legítimas de los pueblos llevadas a cabo en virtud del principio de libre determinación.³

Diferenciadamente, en distintos círculos intelectuales y políticos, escuchamos la referencia a un terrorismo “común” y a un terrorismo “institucional o de Estado”. El primero es aquel llevado a cabo por un individuo o varios, ya sea a título personal o formando parte de un grupo organizado o por una persona colectiva; mientras que el segundo es el que se asume como política desde las estructuras del poder estatal y, a los efectos del tema abordado, proyectado hacia otro u otros Estados en sus relaciones internacionales con estos y que puede ejercerse individual o colectivamente, es decir, por un solo Estado o por varios, actuando cooperadamente en el seno de ciertas alianzas.

En la arena internacional, abordar el asunto del terrorismo de Estado suscita no pocas disquisiciones y enardecidas polémicas, precisamente por la reticencia de las potencias imperiales, principales

perpetradoras de actos de esta naturaleza, de asumir un compromiso en tal sentido, por cuyo motivo no ha cuajado y, tal como se vislumbra el panorama internacional difícilmente se logrará, ninguna iniciativa legal global al respecto. Las superpotencias hegemónicas se han arrogado el derecho de confeccionar listas de países promotores del terrorismo y de atribuirle la responsabilidad por sucesos de esta índole a naciones menos desarrolladas, situando el asunto en “patios ajenos”. *“Se suprime deliberadamente que en el seno de las superpotencias y sus acólitos, autotitulados emporios de democracia, viven y se multiplican segmentos extremos promotores de barbaridades como el linchamiento público de ciudadanos de otra raza, la adoración de las ideas nazis y fascistas, la persecución de inmigrantes y el más acérrimo fanatismo religioso, capaz de asesinatos y suicidios masivos cuya ilógica y barbarismo resultan casi paradigmáticos”*⁴ y que *“el uso del terror ha sido no pocas veces opción preferida por potencias imperiales y naciones de su órbita”*⁵, porque, *“cuando a escala gubernamental se ejecutan y alientan acciones subversivas y bárbaras que siembran la muerte y la destrucción indiscriminada en otros puntos geográficos, necesariamente hay que hablar de terrorismo de Estado.”*⁶

Evidencia de la politización de que el tema ha sido objeto lo es sin dudas el hecho de que ninguno de los instrumentos jurídicos de alcance global en la materia contemple una denominación de lo que podemos entender como delito de terrorismo. Un breve recorrido por los convenios, convenciones y protocolos que conforman el arsenal legal contra este flagelo a escala universal⁷ pone de manifiesto que solo en las dos más recientes, a saber, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, adoptado en el quincuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997 y vigente desde el 23 de mayo del 2001 y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, suscrito en el quincuagésimo cuarto período de sesiones del propio órgano el 9 de diciembre de 1999 y que aún no ha entrado en vigor, se alude al vocablo terrorismo, mas sin ofrecer una definición inequívoca de este. Ello ha obedecido a la falta de consenso en el seno de la Comunidad Internacional debido a las disparidad de las conveniencias e intereses políticos de los Estados y, a su vez, a la sectorialidad con que tales instrumentos han ido surgiendo. De hecho, no existe una convención general que tipifique y reprima todas las formas posibles de terrorismo, sentando las bases para una cooperación seria entre los Estados en tal sentido, lo

que ha conllevado a que la práctica internacional le haya atribuido el calificativo de delito de terrorismo a una serie de conductas establecidas y sancionadas por diversos instrumentos jurídicos internacionales surgidos para la protección de bienes en específico y en momentos muy puntuales de la realidad mundial a lo largo de los años y que por la relevancia de los bienes que afectan, de los medios que en ella se emplean y de los efectos que provocan pueden ser tenidos como tal, resultando loable este reconocimiento como un paliativo a la defensa de esos bienes supremos de la humanidad hasta tanto se logre una regulación propia de esta materia que, comprendiendo todos los comportamientos ya establecidos y otros muchos pendientes de normar, los unifique en un único cuerpo acorde a las exigencias de estos tiempos y en el que subsistan los logros que, al menos teóricamente, se han alcanzado hasta ahora y que pudieran resumirse en la existencia de razones justificativas para el terrorismo cualquiera que sea su esencia: política, religiosa, étnica, racial u otra, la importancia que se le confiere a la prevención y, con ella, a la cooperación internacional para la detección y/o castigo de tales sucesos y la consagración del principio *aut dedere aut judicare* que amplía los límites tradicionales de la soberanía estatal, permitiéndole extender su jurisdicción a estos actos sin sujeción a los criterios de territorialidad, nacionalidad o protección clásicamente reconocidos y, al propio tiempo, que hallen adecuada solución algunas dificultades trascendentales como la concerniente a la definición del fenómeno, al reconocimiento de la responsabilidad no solo de las personas naturales, sino también de las personas colectivas y del Estado, con todas las consecuencias legales que ello pueda ocasionar; al establecimiento de una forma supletoria de solución de divergencias y obligatoria ante la inexistencia de acuerdo entre los Estados para resolver una diferencia originada en la letra de esos convenios y la precisión de las expresiones conceptuales fundamentales sobre las que los instrumentos

versen, de manera tal que se excluya la posibilidad de realizar interpretaciones motivadas políticamente y de aplicar selectivamente esas normas, como ha prevalecido hasta el presente.

Mucho se discute en la actualidad en el ámbito académico acerca de la naturaleza jurídica del delito de terrorismo, en especial si se trata de un crimen internacional o de un crimen de carácter internacional, a la manera en que tales conceptos han sido establecidos por el Derecho Internacional. A mi modo de ver, en este sentido hay que distinguir entre el terrorismo "común" y el terrorismo de Estado, en el orden práctico y en el orden técnico jurídico. El terrorismo institucional o de Estado ataca directamente la paz y la seguridad internacionales, poniendo en juego con ello intereses supremos de la humanidad y, en cuanto tal, ha de ser considerado como un delito internacional, lo que comporta una modificación sustancial en el modelo existente de estos ilícitos y, en especial, en los efectos jurídicos que de ellos dimanar, particularmente en lo que concierne al reconocimiento de la jurisdicción universal para su persecución, lo que no origina mayores dificultades cuando se piensa en el juzgamiento individual de los representantes de un Estado, actuando como tales en actos de esta naturaleza, pero sí respecto a los Estados como sujetos activos de esas conductas, pues la igualdad soberana de los mismos frente al Derecho Internacional presupone la imposibilidad de juzgarse unos a otros, lo que significaría la necesidad de un organismo especializado para tal función, con quiebra de la idea que hoy tenemos de la jurisdicción universal.

El terrorismo "común" es, en cambio, en el orden técnico jurídico, un delito de carácter internacional, lo que se evidencia en el recurso necesario a su previsión y punición en los ordenamientos nacionales



*Ataque terrorista al hotel
Chateau Miramar*

como condición indispensable para su persecución establecida en todos los instrumentos jurídicos internacionales globales vigentes. Sin embargo, en el orden práctico también este es reconocido como un crimen internacional, en tanto pone en grave riesgo derechos fundamentales de la humanidad tales como la vida, la integridad física o la libertad, la seguridad en el planeta y la paz internacional. De modo que se vislumbra una tendencia a la transición del terrorismo "común" como un delito de carácter internacional a un delito internacional.

En nuestro contexto estas reflexiones adquieren una relevancia singular, pues existen dos aristas fundamentales que no han de perderse de vista: de un lado, somos un país que a lo largo de cuarenta y cinco años de Revolución ha sido víctima de horribles actos terroristas, a un elevadísimo costo de vidas humanas, mutilaciones y daños materiales como resultado del devastador terrorismo estatal protagonizado por los sucesivos gobiernos norteamericanos y, en este sentido, el reconocimiento del terrorismo, íntegramente considerado, como un delito internacional sería una garantía de suma valía en el castigo a los responsables de tantas atrocidades, si se le aplicase equitativamente, sin dobles raseros ni manipulaciones políticas.

Sin embargo, el panorama actual de las relaciones internacionales me obliga a considerar una segunda perspectiva, pues la prevalencia de los intereses de las superpotencias imperiales por sobre los intereses comunes de las demás naciones y la atribución que estos se han arrogado como "gendarmes" del planeta, hacen pensar que la consagración legal de esta idea pudiera convertirse en un poderoso instrumento al servicio de esos Estados para aniquilar los movimientos progresistas y revolucionarios en el mundo.



Reunión plenaria de la Asamblea Nacional del Poder Popular

...cumpliendo un acuerdo adoptado por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 4 de octubre del 2001, el país se adhirió a la totalidad de los instrumentos jurídicos de alcance universal que existen en la materia, lo que ha sido complementado en el orden interno con un cúmulo de medidas legales, entre las que descolla, en el ámbito jurídico penal, la promulgación de la Ley 93 Contra Actos de Terrorismo, el 20 de diciembre del 2001...

Cuba no es ajena a la trascendencia que tiene este asunto para la Comunidad Internacional y por ello, cumpliendo un acuerdo adoptado por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 4 de octubre del 2001, el país se adhirió a la totalidad de los instrumentos jurídicos de alcance universal que existen en la materia, lo que ha sido complementado en el orden interno con un cúmulo de medidas legales, entre las que descolla, en el ámbito jurídico penal, la promulgación de la Ley 93 Contra Actos de Terrorismo, el 20 de diciembre del 2001 que, consecuente con la realidad internacional tipificó y penalizó todas las conductas reseñadas en los convenios, convenciones y protocolos internacionales ratificados y, más allá de ellos, otras no reguladas globalmente y de igual relevancia, además de la formulación de un tipo penal abierto que garantice la persecución de todos aquellos actos susceptibles de calificarse como terrorismo y que puedan haber escapado a la previsión del legislador.

Especialmente preocupantes resultan hoy las vías que se defienden por algunos Estados para dar solución al terrorismo, pues la agresión, la violencia y las desigualdades solo generarán dificultades mayores. La solución al problema está en la identificación y erradicación de las causas subyacentes en su génesis, mas mientras ello no se logre, habrá que conti-

nuar procurando su prevención por medio de la oportuna detección y su represión responsable sobre la base de una cooperación internacional inspirada en principios de respeto a la diversidad y al multiculturalismo, a la soberanía, a la igualdad y a la autodeterminación y con el convencimiento de la trascendencia del rol que nos ha tocado jugar. Para mí, juez comprometida con la época que me ha tocado

vivir, la decisión estriba en no claudicar ante el fatalismo de quienes creen que puedan seguir imponiéndose el injerencismo, la barbarie, la dominación y la agresión protagonizada por el brutal imperio norteamericano e, irremediablemente, en tomar partido del lado de nuestra sociedad y de la humanidad, enfrentando con la ley el flagelo terrorista, en pos de una verdadera justicia.

NOTAS AL PIE

¹ En este sentido, véase el trabajo del profesor español Fernando Reinares, titulado “Una nueva era del terrorismo internacional”, en el que el autor expone que “*la asombrosa serie de atentados perpetrados el pasado martes contra edificios emblemáticos de la economía y la defensa estadounidenses, ocasionando probablemente miles de víctimas mortales, marca por su magnitud el final de una tendencia observada en la evolución reciente del terrorismo internacional y apunta hacia el inicio de una nueva era en el desarrollo futuro de dicho fenómeno.*”

² Según la opinión expresada por John Brown, en su artículo “La definición del terrorismo: ¿innovación jurídica o regreso a un pasado oscuro. Algunas reflexiones sobre las últimas iniciativas europeas en materia de terrorismo”, “el bombardeo a que los medios de comunicación nos están sometiendo a propósito del terrorismo no debería hacernos olvidar que el terrorismo tiene causas y que, en grandísima medida estas son internas al capitalismo neoliberal globalizado y son inseparables de los actos irresponsables de una política “exterior” imperial que ha jugado y juega con fuego y no ha vacilado en utilizar la violencia contra las poblaciones civiles”; criterio este que se conjuga con lo expresado por el señor Ahmad, representante de Pakistán, en la 4453ª sesión del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, el 18 de enero del 2002, reseñado en el documento oficial S/PV.4453, en el sentido de que “*Nuestra lucha no debe limitarse a las represalias ni al justo castigo. Hay que abordar las causas que permiten el nacimiento del odio y la violencia (...) Para lograr una solución a largo plazo debemos descubrir el origen del problema y diagnosticar la enfermedad que existe debajo de la piel. Cambiar los vendajes no cerrará las heridas que tienen su origen en la injusticia de los sistemas y las sociedades (...) No importa qué medidas podamos tomar contra el terrorismo, ese enemigo sin cara, que acecha en las sombras del miedo y la frustración, que crece en la desesperación y la desilusión y que se alimenta de la pobreza y la ignorancia, no desaparecerá a menos que construyamos una armonía y una estabilidad mundial a través de la tolerancia mutua y la prosperidad compartida (...) Este fenómeno seguirá amenazándonos si no se abordan las raíces del terrorismo que surgen de las desigualdades sociales, la explotación*

de los oprimidos, la denegación de los derechos fundamentales y un sentimiento de injusticia.”

³ Resulta sumamente común que la ideología hegemónica de las superpotencias califique como terroristas a todos los líderes progresistas en cualquier parte del mundo e incluya también en este concepto a los distintos movimientos revolucionarios que han tenido lugar en diversos países. Igual postura ha sido asumida por los regímenes totalitarios y dictatoriales sustentados en posturas extremistas y discriminatorias que han hecho del terror institucionalizado su arma fundamental. En este sentido, véase el Informe sobre el Terrorismo en América Latina, publicado por el Departamento de Estado de Estados Unidos el 30 de abril del 2003, en <http://usinfo.state.gov/spanol> y los informes publicados en su página web por el Grupo de Investigaciones Niskor.

⁴ Núñez, Néstor. *El terrorismo en el tiempo. Ancho y para nada ajeno. Documento Web.*

⁵ Ídem.

⁶ Ídem.

⁷ Se trata de doce instrumentos jurídicos internacionales que tiene eficacia universal, a saber: El Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (1963), El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970), El Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971), La Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973), La Convención internacional contra la toma de rehenes (1979), La Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (1980), El Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil en los aeropuertos (1988), El Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988), El Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988), El Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (1991), El Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997), El Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999).



“El derecho se ha de defender con entereza, pero amar es más útil que odiar”

EL DERECHO LABORAL Y EL DERECHO PENAL, INTERRELACION E INDEPENDENCIA

Lic. Aida M. Rivera Viñas

Lic. Leandro Rodríguez Cruz

Lic. Mirtha M. Díaz Pendás

Tribunal Provincial de La Habana

El tema en cuestión, es muy recurrido en el estudio de todas las disciplinas del derecho, donde se precisa definir los límites, su objeto propio; así como el alcance de la necesaria relación e independencia que existe entre las distintas ramas de las Ciencias Jurídicas, como parte del todo, y comunmente se aborda de un modo muy general, partiendo del análisis de teorías doctrinales y categorías de la dialéctica. Resulta muy interesante la reflexión que sobre el mismo puede hacerse desde otro ángulo y con mayor profundidad, de modo que reporte a los operadores del Derecho alguna utilidad en el orden práctico, procurando más que la fundamentación meramente teórica de la interrelación entre el Derecho Laboral y el Derecho Penal, el estudio de la Legislación y la jurisprudencia cubanas, en una y otra materias, en la etapa prerrevolucionaria y después del triunfo de la Revolución hasta la actualidad, a fin de apreciar cómo se han manifestado, sus aciertos y dificultades aún subsistentes, susceptibles de perfeccionamiento en el ordenamiento positivo.

Por lo tanto, no es el análisis propuesto consecuencia de la inercia de los primeros pasos en la ubicación espacial de una materia particular en el sistema de derecho, y mucho menos, de la tendencia observada en la actualidad por algunos estudiosos de esta ciencia a hacer investigaciones o trabajos, vinculando una materia específica al derecho de último ratio, enfocándolo desde la óptica de la tutela penológica que ofrece a las relaciones jurídicas propias de la aludida materia o como una disciplina diferente de ambas, lo que en Europa y en Iberoamérica ha hecho común, desde hace algunos años, el término de Derecho Penal del Trabajo o **Derecho Penal Laboral**, éste último, precisamente título de una valiosa obra del ilustre profesor de la asignatura de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, en Perú, el Dr. Teodosio A. Palomino.

En Cuba, antes del primero de Enero de 1959 la influencia del Derecho Penal en el Derecho Laboral fue realmente exigua y respondía a expresos intereses de clase, siendo ejemplo palpable de ello la conocida Ley del Despido, como se llamaba al Decreto No. 798 de 1938, que facultaba al patrón a dar término a la relación laboral ante *la comisión de un delito doloso contra las propiedades de la empresa*, formulación discriminatoria y que suscitó las más diversas interpretaciones y enconadas polémicas respecto a la relación e interdependencia entre el Derecho Laboral y el Derecho Penal pues de su lectura se colegía una necesaria sumisión de la decisión disciplinaria a la penal, amén de que en fecha muy anterior a su promulgación nuestro máximo órgano de Justicia se había pronunciado sobre la autonomía de ambas materias, como en su sentencia No.126 de 17 de Junio de 1929, donde consignó que: *la circunstancia de que los hechos realizados por un empleado muestren a su vez caracteres de delito, no es obstáculo para que la administración, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a los Tribunales, resuelva previa formación de expediente, la separación del empleado por las infracciones de carácter administrativo observadas.*

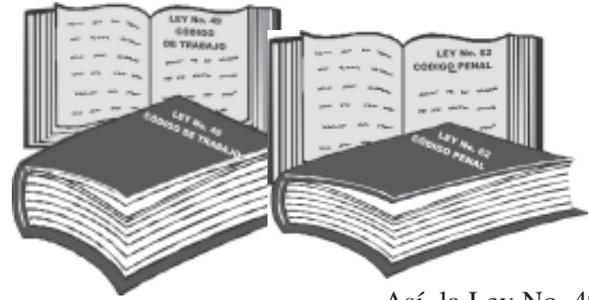
La fórmula empleada por el legislador restringía el accionar disciplinario a la existencia de un delito, que fuere doloso y contra las propiedades de la empresa, quedando al margen de la infracción aquellos hechos y conductas culposas, y aquellos otros contra las personas y bienes de terceros en el centro laboral o en ocasión del desempeño del trabajo. Se desconoció entonces por el legislador la reiterada jurisprudencia al utilizar inadecuadamente el término delito en lugar del de hechos que muestren caracteres de delito.

La derogada Ley No. 1166 de 23 de Septiembre de 1964, Ley de Justicia Laboral, promulgada en los primeros años del poder revolucionario, amplió incuestionablemente en su discurso legal la referen-

cia a la materia penal, y aunque superó la legislación precedente no se desprendió del término delito al que unió el de contravención al hacer su formulación sobre las indisciplinas laborales que llevaban aparejada su comisión. Como hecho trascendente fue la primera norma que en nuestro Derecho Positivo erigió el principio de independencia de la jurisdicción laboral y la penal, en el conocimiento de aquellos hechos que revisten a un mismo tiempo caracteres de indisciplina laboral y de delito, pero que además, al sistematizar normativas sobre la responsabilidad penal y administrativa en que incurrían las administraciones que aplicaran arbitrariamente la medida disciplinaria de separación definitiva, sin acudir a los Órganos de Administración de la Justicia Laboral, que eran los facultados entonces para imponerla, como precepto-sanción de carácter eminentemente penal y atípica para el cuerpo legal en cuestión, constituye a diferencia de lo afirmado por algunos estudiosos de Derecho Penal, quienes lo situán en la abrogada Ley No. 1249 de 1973, el primer antecedente del Título X del Código Penal actual.

En el marco del proceso de institucionalización operado en Cuba en la década del setenta del pasado siglo, se produjeron cambios sustanciales en la organización del Sistema Judicial, al que se integró la jurisdicción laboral, estableciéndose la competencia de los Tribunales Populares en la solución de los conflictos laborales, sobreviniendo un incuestionable avance en el orden institucional y jurídico; pero la Ley No. 8, de Organización y Funcionamiento de los Consejos de Trabajo, de 22 de Agosto de 1977 y el Decreto-Ley No. 11 de 14 de Diciembre del propio año, Sobre las Violaciones de la Disciplina Laboral, retrocedieron respecto a la Ley de Justicia Laboral que les antecedió, al negar íntegramente la facultad de las administraciones para accionar directamente sobre los infractores de la disciplina laboral y en lo que nos atañe, el principio de independencia de la jurisdicción laboral y penal, lo cual acarreó negativas consecuencias no sólo para el procedimiento, sino también para la disciplina de los colectivos laborales y la autoridad de las administraciones. Situación que en apenas dos años, dos meses y dos días, exigió la promulgación del Decreto-Ley No. 32 de 16 de Febrero de 1980, que restituyó a la administración la facultad correctora, para imponer y aplicar las medidas disciplinarias, directamente y con independencia del proceso penal que se incoare y su resultado, en caso de que los hechos que la motivaran *podieren ser constitutivos de delito*, restableciéndose conjuntamente el principio de independencia de ambas jurisdicciones y dándose a la indisciplina vinculada al tema en examen una formulación más acabada, que ha trascendido a toda

la legislación posterior tanto de carácter general como aquellas que establecieron los conocidos procedimientos disciplinarios especiales para determinadas ramas y sectores de la economía y el quehacer científico-investigativo, etc.



Así, la Ley No. 49 de 28 de Diciembre de 1984, vigente Código de Trabajo, donde se copiló y sistematizó en cuerpo legal único las normas y principios de carácter general que informan la materia laboral, recoge en sus artículos 169 y 178 el invocado principio de independencia de las jurisdicciones penal y laboral, y consecuente con el define como violaciones de las disciplinas del trabajo: *la pérdida, sustracción o desvío, y la apropiación mediante engaño de bienes o valores propiedad del centro de trabajo o de terceros y Cometer hechos o incurrir en conductas que pudieren ser constitutivas de delito en la entidad laboral o en ocasión del desempeño del trabajo*; erradicándose el uso de términos y conceptos que apuntaban a la precalificación de los hechos como delito; siendo coherente con esta normativa el Decreto-Ley número 176 de 16 de Febrero de 1998, como lo fuere también el Decreto-Ley número 132 de 9 de Abril de 1992 que le precedió, no obstante lo cual y teniendo en cuenta las modificaciones observadas en el Código Penal, Ley No. 62, con la exclusión de un sinnúmero de tipos penales, que dada su escasa peligrosidad social y entidad de sus consecuencias, pasaron a formar parte del régimen de contravenciones, a los que se da en la actualidad un tratamiento administrativo, quedan fuera de la aludida formulación, que para ser más completa debe alcanzar también aquellos hechos o conductas que pudieren ser constitutivas de contravención.

A diferencia de los procedimientos disciplinarios, que recoge el Sistema de Justicia Laboral cubano, donde rige el referido principio de independencia, en otros preceptos de nuestro Código de Trabajo, como el 53 en sus incisos e) y g) y el 120 en su inciso g), relativos a la terminación de la relación jurídico-laboral, por iniciativa de la Administración y al derecho a percibir salario no abonado por encontrarse detenido o sometido a prisión provisional el

trabajador **siempre que no resulte sancionado**, requieren de un pronunciamiento previo de la jurisdicción penal para que pueda tener lugar la consecuencia jurídica en ellos prevista. El requisito de que **no resulte sancionado** para que efectivamente tenga derecho el trabajador a recibir su salario del tiempo que permaneció detenido o sufriendo prisión provisional, puede dejar en su lectura simple margen a diversas interpretaciones, aún cuando la Sentencia número 407 de 14 de Noviembre de 1981 de la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo ha sentado criterio al respecto, excluyéndose tal posibilidad en el caso de haberse dispuesto el sobreseimiento provisional de las actuaciones penales.

Que asimismo, al pasar revista a la Legislación penal de la Cuba revolucionaria, para advertir en ella la incidencia de la materia laboral, constatamos como dando continuidad a la regulación contenida en el artículo 73 de la Ley de Justicia Laboral, Ley 1166 de 1964, fue la Ley número 1249 de 1973 la que por primera vez en nuestro país, estableció una regulación de los delitos que atentan contra los derechos laborales, perfeccionada y encuadrada en un Título con tal denominación, por la Ley número 21 de 1979, Código Penal derogado, Título que se ha mantenido hasta la actualidad, donde se ofrece una tutela penal a las conductas más agresivas al derecho laboral.

Por otro lado, la abrogada Ley número 1231 de 1971, de carácter penal, estableció la posibilidad de que los Órganos de la Administración de Justicia Laboral existentes entonces, extendieran su jurisdicción a la penal, situación similar al hecho de que la Ley número 1251 de 1973, de Procedimiento Penal, confiriera a uno de los sujetos de la relación laboral el ejercicio de la acción penal, lo cuál muestra de forma evidente como la jurisdicción penal fue invadida por la laboral en determinado momento histórico de nuestro proceso.

A partir de la Ley 21 de 1979 se incrementó considerablemente la presencia del Derecho Laboral en la materia penal, a través de sus instituciones, términos y conceptos, en la formulación de nuevos tipos penales, en el sistema de sanciones y medidas de seguridad, y otras regulaciones del texto legal, en su parte general, dada la importancia del trabajo en el cumplimiento de los fines y funciones del Derecho Penal Socialista, línea que mantuvo en ascenso el vigente Código Penal, Ley número 62 de 29 de Diciembre de 1987, al acrecentarse el papel del vínculo y del medio laboral en la evaluación de la conducta de los sujetos activos del delito, y en su corrección, y en la medida que tienen más pujanza las tendencias científicamente sustentadas del Derecho Penal en el mundo actual, hacia la profilaxis, la pre-

vención y la búsqueda de nuevas formas y alternativas para el procedimiento y la sanción penal, que ofrezcan una mayor flexibilidad, en el sistema de sanciones, al juzgador, en la difícil tarea de individualizar la pena, de la que depende en primer término si se alcanzarán o no los fines que determina la Ley; reservándose la sanción privativa de libertad o medida de internamiento para aquellos casos en que el medio social, laboral y familiar no contribuyan a la reeducación del condenado o asegurado, y/o la peligrosidad de su proceder ilícito no hagan aconsejable otra diferente.

Las sanciones de Trabajo Correccional Con y Sin Internamiento, constituyen una de las modificaciones más trascendentes que hiciera la Ley 62 a su precedente, al introducir nuevas alternativas a la privación de Libertad, que se proponen mediante el trabajo alcanzar la reeducación del sancionado, con su internamiento en un centro de Trabajo Correccional atendido por el Ministerio del Interior, o su ubicación en Centro de Trabajo de la demarcación donde tiene su domicilio el sancionado, bajo el control del Juez encargado de la ejecución, figura muy novedosa, creada en virtud de la Instrucción número 163 de 14 de Diciembre del 2000 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que ha contribuido a fortalecer todo un mecanismo de control social sobre el cumplimiento de la pena, medidas, beneficios y otros, no detentivos, que anteriormente generaban impunidad.

El análisis particular de los diferentes tipos de sanciones tanto de carácter principal, como accesorias y de medidas de seguridad, que guardan estrecha vinculación con el Derecho Laboral, desde éste último, y sin perder de vista la razón de ser del Derecho Penal, su naturaleza y fines, resulta evidente que es susceptible de ser perfeccionada aún más nuestra norma penal, en el sentido de que de forma coherente, uniforme y más amplia, sean recogidos todos los derechos y obligaciones, que nacen de la relación laboral, en ocasión del cumplimiento de una sanción penal; precisando de cuáles estará limitado o privado el sancionado o asegurado con medida predelictiva.





APUNTES SOBRE LA COAUTORÍA

1^{er} Tte. Lic. Yan Vera Toste,
Juez Profesional Suplente no Permanente del Tribunal Militar Territorial Occidental

I. INTRODUCCIÓN

En un hecho delictivo pueden intervenir uno¹ o varios sujetos. Cuando son varios los participantes, éstos podrán intervenir en diferentes grados y tipos; así podemos encontrarnos la posible participación de *varios autores*, *varios autores* y *varios partícipes* o *un autor* y *varios partícipes*. En los supuestos en que intervienen *varios autores* nos encontramos en lo que la *teoría de la autoría* y la *participación* denomina **coautoría**.

El Código Penal cubano no regula la coautoría²; y aunque en su artículo 50 hace alusión a la concurrencia de varios autores en un hecho delictivo, sólo es a los efectos de adecuar la sanción. Este elemento, como señala el profesor Quirós³, constituye un serio inconveniente ya que, para solucionar las desventajas de un concepto *estricto* de coautoría, la práctica judicial asumió un criterio de naturaleza *amplia*, la llamada *coautoría impropia*, la cual se apoya en la *teoría del acuerdo previo*.

Analizar la *coautoría* como institución, la *teoría del acuerdo previo* y su implicación en la práctica jurídica cubana, constituye el objetivo de este trabajo. Persiguiendo como ambición, reanudar la discusión y análisis en torno a esta problemática y contribuir de manera modesta a su cuestionamiento y solución

DESARROLLO

CAPÍTULO 1: La coautoría, su enfoque por las diferentes teorías de la participación delictiva⁴.

1.1 Concepto unitario de autor

Para el *concepto unitario de autor* son autores todos aquellos que intervienen en el hecho delictivo, es decir, que todos los que aporten una condición al resultado producido, participan en él, lo

han causado, por lo tanto, no debe existir diferencia conceptual entre ninguno. Decía von Liszt: «Resultado del concepto de la causa, que todo aquel que, poniendo una condición para el resultado sobrevenido, ha contribuido a su producción, ha causado este resultado; que, como todas las condiciones del resultado son de igual valor, no existe una diferencia esencial entre los distintos participantes en la producción del resultado, y que, por tanto, su diferente penalidad sólo se justifica dentro de la misma escala penal.»⁵

Este concepto fundado en la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, tanto en su versión *clásica* o *formal* como *funcional* o *material*, «(...) desconoce la distinción entre ejecución de un hecho y la influencia en la ejecución de otro interviniente.»⁶ De lo expresado por Jakobs se colige que esta concepción obvia la necesidad de matizar e individualizar las responsabilidades según su objetiva y subjetiva importancia social.

Para los seguidores de esta teoría no presentará problema ninguno la determinación de la coautoría, pues todos los intervinientes en el hecho son autores. Abandonada por casi la totalidad de la doctrina, algunos países la recogen en sus legislaciones.⁷

1.2 Concepto extensivo de autor

El *concepto extensivo de autor* se apoya también en la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, por lo que presenta puntos de contacto con el *concepto unitario de autor*. aobs utiliza una forma muy sintética pero elocuente de definir esta posición. «(...) extensivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial abarcan toda forma de tomar parte; la regulación de la participación en la Parte General constituye una limitación de la responsabilidad.»⁸

De esta definición se desprende que la autoría para esta posición se obtendrá de forma negativa, es decir, será autor todo aquel que no sea partícipe⁹.

Para Peñarada Ramos, «(...) el concepto unitario de autor es una variedad del extensivo, porque salvo la existencia de ciertas previsiones, el con-

cepto unitario de autor podría ser definido como un concepto extensivo que renuncia a la distinción, tanto objetiva como subjetiva, entre autor y partícipe.»¹⁰

En esta teoría no existe problema alguno para determinar la coautoría; su problema se presenta en la siguiente interrogante: ¿Cómo distinguir entre autores y partícipes como impone la Ley, si todo aporte al hecho tiene la misma significación?

1.3 Las teorías subjetivas

Al considerar la doctrina, siguiendo la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, que todo aporte a la realización del hecho tenía igual valor en su significación objetiva, se hizo necesario para argumentar la distinción que realizaba la Ley entre autor y partícipe, acudir a un criterio subjetivo. «(...) no puede admirarnos que la ciencia y la jurisprudencia, para poder mantener esta distinción, se hayan visto obligadas a seguir el equivocado camino de una teoría puramente subjetiva.»¹¹

Para estas teorías el autor será quien haya realizado una aportación sea cual fuera al resultado, actuando con voluntad de autor (*animus auctoris*), mientras que el partícipe se distinguirá por la voluntad de partícipe (*animus socii*). De ahí que también estas teorías reciban el nombre de *teorías del ánimo*¹².

Partiendo de esta premisa se hizo necesario entonces, acotar cuándo se actuaba con voluntad de autor y cuándo con la de partícipe, apelándose a dos teorías: *la del interés* y *la del dolo*. Reconocidos son los resultados que trajo consigo ambas variantes de las teorías subjetivas en el orden práctico. En la jurisprudencia alemana son notorios los casos de *la bañera*¹³ y el caso *Straschynskij*¹⁴.

Por lo que coautores serán todos aquellos que intervengan de algún modo en la realización de un hecho delictivo; si quieren el hecho como propio y poseen la decisión de si el hecho se va a producir o no (teoría del dolo) o cuando persiguen un interés común (teoría del interés).

El elemento negativo fundamental de estas teorías lo encontramos en la preponderancia del elemento subjetivo, lo que al decir de Roxin se evidencia por su punto de vista causal¹⁵. «(...) la teoría subjetiva lleva una parte de verdad, en cuanto a que no puede delimitarse la autoría sin tener en cuenta datos subjetivos, pero su fracaso obedece a que ignora cualquier dato objetivo».¹⁶

1.4 Concepto restrictivo de autor

Por los inconvenientes político-criminales que, en la práctica jurídica trajo consigo los *conceptos unitario* y *extensivo* de autor, son abandonados por la gran mayoría de la doctrina, abriéndose paso en

la teoría de la autoría y la participación el *concepto restrictivo de autor*.

Este concepto parte de una premisa distinta a los expuestos *supra*. No basta que los intervinientes en un hecho hayan aportado, contribuido a su realización; causación no es igual a realización del hecho. La participación es una causa de extensión de la pena, y para diferenciar autor y partícipe se debe partir de criterios objetivos. «(...) restrictivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial comprenden sólo a la autoría; la regulación de la participación en la Parte General representa una extensión de la responsabilidad.»¹⁷

Para definir los criterios objetivos que permitan diferenciar entre autor y partícipe entre los distintos sujetos que intervienen en un hecho delictivo, se han seguido dos caminos fundamentales: *La teoría objetivo formal* y *las teorías objetivo materiales*.

A) La teoría objetivo formal

Esta teoría considera, al margen de sus variantes, autor a aquel que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial, todos los demás son partícipes¹⁸.

Basándose en esta premisa, muchos autores han considerado, erróneamente que esta teoría, se basa en aspectos estrictamente *objetivos*. «(...) en la época en la que nadie pensaba aún en considerar al dolo como elemento del tipo, sin embargo los defensores de la teoría objetivo formal, al pretender distinguir al coautor del cómplice, sólo han considerado autor, en el delito doloso, a aquel que realizaba la acción típica de modo final.»¹⁹

Las figuras delictivas o tipos penales están conformados por varios elementos entre los que se encuentran los subjetivos; por lo que será autor a aquel cuya conducta se subsuma en la figura delictiva correspondiente, es decir, que tendrá que satisfacer todas las exigencias jurídico penales del tipo²⁰.

Esta teoría presenta dos corrientes: *la concepción tradicional* y *la moderna*.

A') La concepción tradicional²¹

Para esta concepción, autor es aquel que realiza todos o parte de los *actos ejecutivos* y los partícipes realizarán una acción preparatoria o accesoria a la acción ejecutiva del autor.

El problema de esta teoría es a la hora de definir qué entender por *acción ejecutiva*, al carecer de límites precisos. Las dos nociones predominantes son: Las que identifican el acto ejecutivo con aquel que constituye la referencia inmediata a los términos típicos y otra; las acciones ejecutivas pertenecen no sólo a los actos inmediatamente consignados a la figura delictiva, sino otros actos previos, con los

que aquellos forman una unidad insoluble, p. ej. una acción que vista aisladamente pueda constituir tentativa del delito respectivo.

Los postulados de esta concepción han sido ampliamente criticados como veremos *infra*. Es producto a ello que a esta concepción inicial se realizaron varias modificaciones surgiendo así, la *concepción moderna*.

A'') La concepción moderna

Entre los autores que principalmente aportan a esta concepción encontramos a Mourullo y Gimbernat²². Para estos autores el concepto de autor se deriva de cada uno de los tipos de la Parte Especial. Mourullo dice que: «Autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva»²³. Para Gimbernat, «Autor es aquel sujeto cuya actividad es subsumible sin más, en el tipo de la Parte Especial»²⁴.

Varios han sido los señalamientos realizados a estas concepciones (*tradicional y moderna*). Uno de los principales lo constituye lo concerniente a la coautoría.

- Su defecto más claro es al explicar la autoría mediata, ya que el que utiliza un instrumento no realiza en parte ni total la figura delictiva descrita en la Parte Especial. Los partidarios de la concepción moderna parten de que no debe confundirse *realización del tipo*, con *ejecución física*, porque la realización puede ejecutarse por intermedio de otro²⁵.

- En los delitos de resultado sin medios típicamente determinados, p. ej. el Homicidio, no se ofrece ningún criterio que permita distinguir entre mera causación y autoría, por lo que conduciría a la misma amplitud del concepto extensivo de autor.

- En la coautoría, cuando algunos de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto, no es considerado coautor. Esto trae como resultado un concepto demasiado estricto de la coautoría que impide una justa y adecuada respuesta político penal. ¿Qué pasaría cuando todos realizan varias acciones que dan al traste con un delito y que por sí solas no constituyen un acto típico?

Para solucionarse esta problemática en el plano práctico se recurrió a la *teoría del acuerdo previo*, con el objetivo de ampliar el criterio valorativo restringido resultante de la *teoría objetivo formal*²⁶.

«En suma: la teoría objetivo-formal resulta limitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio, en los delitos de medios determinados.»²⁷

B) Las teorías objetivo materiales

Varios autores dividen estas teorías en las *antiguas teorías objetivo materiales* y la *teoría objetivo material moderna del dominio del hecho*²⁸.

B') Las antiguas teorías objetivo materiales

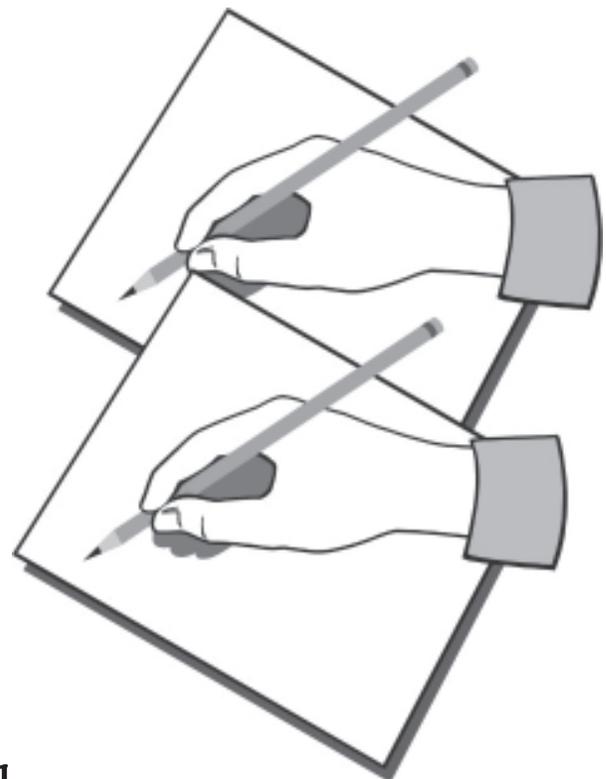
En su inmensa mayoría, las antiguas teorías basan la distinción entre autor y partícipe en el nexo causal (producción del resultado delictivo) entre quienes aportan causas (autores) y quienes aportan condiciones (partícipes); aunque también incluyen otras orientadas en lo material a criterios objetivos²⁹.

Estas teorías surgidas fundamentalmente en Alemania han sido abandonadas por la doctrina y la jurisprudencia. Entre ellas encontramos a: *la teoría de la necesidad de la aportación causal, teoría de la simultaneidad, de causalidad física y causalidad psíquica, del nexo directo, de la intensidad del ataque al bien jurídico*.

Todas desconocen la importancia de lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho³⁰; además, en lo práctico ninguna pudo resolver el problema de lograr, partiendo de sus particulares realidades jurídicas y sociales, el problema de la diferenciación entre autores y partícipes.

B'') La teoría del dominio del hecho

La *teoría del dominio del hecho* surge, para paliar las consecuencias que la teoría subjetiva extrema, venía ocasionando en la aplicación de justicia por parte del Tribunal Supremo Alemán por una



parte, y por otra, las contradicciones que se presentaba con el concepto causal de acción³¹. Muestra de ello es que quien primero utiliza esta categoría con el ámbito de la participación delictiva es Lobe, precisamente, para criticar la teoría subjetiva, exigiendo, junto al elemento subjetivo de la voluntad de dominio, el verdadero dominio objetivo de la ejecución. «Por conseguir la correspondencia de los aspectos subjetivo y objetivo se esfuerza la teoría del dominio del hecho.»³²

Es Lobe quien, en su teoría sobre la participación, utiliza la categoría de *dominio del hecho* en su formulación; no obstante, su surgimiento se enmarca, sin lugar a dudas, en la obra de Welzel. «Por fin, en 1939 aparece el concepto de dominio del hecho con la doctrina de la acción derivando de ésta una ‘autoría final’ basada en el criterio del dominio del hecho.»³³ Es Welzel y no Lobe porque el primero es quien le otorga efectividad a esta teoría, mientras que la aportación del segundo, en su tiempo, no llegó a ejercer influencia alguna³⁴. Welzel fue secundado por otros autores³⁵.

El dominio del hecho fue objeto de varias críticas. Tratar de salvar todas las observaciones, manteniendo el concepto de dominio del hecho, constituyó el objetivo y el planteamiento metodológico-científico de la obra de Roxin. «La teoría del dominio del hecho será definitivamente depurada y concretada por Roxin.»³⁶

La obra fundamental de Roxin en lo tocante a la participación lo constituye: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.³⁷

La teoría del dominio del hecho, en Roxin, parte de que el concepto de autor como *figura central del acontecer en forma de acción*, es un punto de vista metodológico resultado de la imbricación de dos métodos: el teleológico y el ontológico³⁸, «siguiendo la dialéctica de Hegel».

Para este penalista «(...) el legislador concibe al ejecutor como punto de referencia y figura clave del suceso delictivo, mientras que al que determina y al que auxilia los imagina fuera del centro, agrupados en torno al autor.»³⁹ Así el autor, el coautor y el autor mediato son «las figuras principales del suceso».⁴⁰

Este concepto de autor adquiere contenido al desplazarse en la *materia jurídica* en la aplicación de distintos tipos de delitos: **delitos de dominio**, **delitos de infracción de un deber** y **delitos de propia mano**. En cada uno, los elementos para constituir la figura central del suceso concreto de la acción, varían.

En los **delitos de dominio** la figura central será quien tenga el dominio del hecho: la dirección del curso causal de modo ostensible a su realización y de ese modo dominar el acontecer típico. ¿Cómo se

dirige el curso causal de modo ostensible? En el caso de la coautoría será la figura central quien posea el **dominio funcional**: Requisitos: acuerdo de voluntades (carácter común de la decisión de los hechos), actuación en la fase ejecutiva y división del trabajo. La división y cooperación en la misma, caracteriza aquí al dominio funcional (base de la aportación conjunta al hecho).

El concepto de dominio funcional es *abierto* y no cerrado, estricto, el cual permite a los operadores de justicia valorar en cada caso si existe o no coautoría.

En los **delitos de infracción de un deber**, el concepto de autor como figura central será distinto. Roxin parte de la premisa de que en estos tipos de delitos, lo que se protege es la no-vulneración por parte del obligado, de un deber extrapenal,⁴¹ el cual no se extiende a todos los implicados en el delito; pero que es necesario para la realización del tipo.

«No es el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción de un deber extrapenal.»⁴² Este deber no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito; pero que es necesario para la realización del tipo. Aquí la figura central lo constituye el que posea el deber extrapenal.

En estos tipos de delitos el concepto de autor habrá que apreciarlo en:

Delitos de infracción de un deber por comisión. *La coautoría* será: Quebrantamiento conjunto de un deber común (el mismo y único deber que concurre en varios sujetos). «La coautoría, obtiene así en los delitos de infracción de un deber una estructura totalmente distinta que a tenor del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común.»⁴³

Varias son las observaciones que se le han formulado a esta teoría⁴⁴; aunque en nuestros días es compartida por gran parte de la doctrina. No obstante, nos parece que las propuestas que nos brinda Roxin, en el campo de la coautoría, no son nada desdeñables.

1.5 La coautoría abordada por la ciencia penal marxista

Desde una óptica marxista se ha abordado la cuestión de la participación, y en específico de la coautoría, sobre todo por autores del antiguo campo socialista. Intentos de adaptar el método marxista a la comprensión de esta temática, aunque en muchos de los casos sin rebasar esta intención, se produjeron en el desarrollo y fundamentación del derecho en esos países.

Una de las propuestas más significativas es la de los autores Grishaiv y Zdravosmilov⁴⁵. Estos autores denominan a la participación, vista en sentido amplio del término, como coparticipación y señalan dos elementos fundamentales, los cuales deben estar presentes para que concurra, a saber: El elemento **subjetivo** y el **objetivo**. Ya aquí se rebasa el problema de la absolutización o preponderancia de uno de estos elementos por sobre el otro, elemento en que incurrieran la mayoría de las teorías analizadas *supra*.

A) Los elementos subjetivos⁴⁶

- Conciencia de la peligrosidad social del acto propio.
- Conciencia de la peligrosidad social del acto de otro.
- La presunción de que se producirán efectos comunes.

B) Los elementos objetivos⁴⁷

- Comunidad de actos por parte de los culpables (condicionalidad recíproca de los actos delictivos de dos o más personas, el efecto delictivo único para ellas y la dependencia causal entre la acción de cada copartícipe con el efecto común).

Estos autores se basan, para establecer los elementos a tener en cuenta al diferenciar a los autores de los partícipes, en la diferencia entre *causa* y *condición*, retomando así los viejos postulados de las antiguas *teorías objetivo-formales*; la realización del **aspecto objetivo del delito**, retomando según esta perspectiva, los postulados de la *teoría objetivo formal*.

La coautoría es la forma de coparticipación en cuyo caso las personas que actúan conjuntamente ejecutan directamente el *aspecto objetivo del delito*. Ésta podrá manifestarse de tres formas diferentes:

1. Cada copartícipe ejecuta completamente el *aspecto objetivo del delito*.
2. Un copartícipe ejecuta completamente el *aspecto objetivo del delito*; el otro parcialmente.
3. Todos los copartícipes ejecutan parcialmente el *aspecto objetivo del delito*.

De lo anterior se colige que estos autores admiten la división de tareas en la realización de un hecho delictivo, considerando a todos los participantes que reunieran a su vez los elementos *subjetivos* expuestos *supra*, *coautores*.

Otra autora reconocida⁴⁸ parte de un concepto más estricto de la coautoría: «La coautoría es el modo de participación en que todos los cómplices juntos,

realizan la totalidad del tipo del delito.»⁴⁹ De manera indubitada, los elementos antes consignados, coinciden íntegramente con los resultados a que, en el campo de la coautoría, arribarán los seguidores de la *teoría objetivo formal*.

Cada una de estas teorías desarrolladas *a grosso modo* hasta aquí, nos aportan elementos valiosos para desarrollar la teoría de la autoría y la participación específicamente en el campo de la coautoría, en el cual aún no se ha dicho la última palabra. Algunas han absolutizado los elementos *subjetivos*, otras los *objetivos*, mientras que el dominio de hecho, al igual que la doctrina penal marxista, han realizado esfuerzos por imbricar ambos elementos. Un aspecto importante a valorar es que entre lo *subjetivo* y lo *objetivo* existe una relación **dialéctica**. Ninguno de éstos podrá preponderar por sobre otro. En determinados casos primarán en la distinción entre autor y partícipe los *subjetivos* p. ej. en los *delitos de tendencia*, donde la acción realizada por los autores de estos tipos de injusto tendrá que estar animada por un particular impulso subjetivo de éstos, de tal modo que, sólo resultará delictiva si su ejecución externa se halla dominada por esa especial dirección subjetiva⁵⁰. En otros tipos de delitos p. ej. *los delitos de resultado*, primarán los *objetivos*.

CAPÍTULO 2: Concepto y particularidades

2.1 Concepto.

De lo visto hasta aquí se desprende una evidente conclusión: *En dependencia de la teoría que sobre la autoría y la participación se parta; así será la delimitación que se realice de la coautoría*, aún cuando todas coincidan en algún punto.

La coautoría es un tipo de autoría que no podrá ser valorada al igual que la *autoría estricta*, en la medida que no es posible apreciar individualmente cada conducta ya que es el conjunto de las aportaciones de los diferentes intervinientes las que realizan plenamente los elementos de la figura delictiva. «El Derecho Penal, al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división de trabajo.»⁵¹

Para lograr una comprensión exacta de la *coautoría*, expondré los elementos tanto *subjetivos* como *objetivos* que en mi consideración deben concurrir en la misma, aunque primero debemos distinguir entre **coautoría** y **coparticipación en la ejecución de diversos papeles**⁵².

A) El elemento subjetivo

Debe existir un **acuerdo previo**⁵³: *Requisito indispensable*, sin éste no se podrá invocar el principio de **imputación recíproca**⁵⁴, el cual fundamenta la coautoría, ya que si los diferentes intervinientes en un hecho delictivo no actuaran como parte de un plan, estaríamos ante un supuesto de *autoría accesorio*⁵⁵ que no es coautoría verdadera. Este **acuerdo previo** es el que convierte a los intervinientes, en parte de un plan global unitario, con divisiones de funciones y trabajo. Éste podrá ser *expreso y precedente* o *tácito y durante la ejecución del delito (autoría sucesiva)*.

Cada uno de los intervinientes en ese acuerdo previo deberán poseer: conciencia de la peligrosidad social del acto propio, conciencia de la peligrosidad social del acto del o los otros y la presunción de que se producirán efectos comunes.

B) El elemento objetivo

Debe existir una intervención en la **fase ejecutiva**⁵⁶ producto de la realización de un plan que permita llevar a cabo el hecho delictivo y cuya aportación en unión a las otras conformen un todo orgánico. Es precisamente en virtud de estas intervenciones, en donde medió un *acuerdo previo*, que el hecho es imputable en calidad de autor a todos los intervinientes (*principio de imputación recíproca*).

B') Elementos esenciales que deben reunir las intervenciones de los diferentes sujetos, para que pueda ser apreciada la coautoría.

No se requiere la realización directa (cercaña espacial). Puede un coautor estar o no en el lugar de los hechos, p. ej. el jefe de una banda que durante la ejecución del delito, dicta órdenes por teléfono⁵⁷.

No obstante, tiene que existir por parte de los intervinientes cooperación en el momento de los hechos, es decir, durante la **fase ejecutiva** (esto no implica simultaneidad temporal). Queda excluida la coautoría en los actos preparatorios, salvo que estos constituyan figura autónoma o sean penados⁵⁸. El que intervenga en la preparación de un delito y no lo haga en su *fase ejecutiva* podrá ser a lo sumo, partícipe.

Las distintas intervenciones tienen que conformar un todo orgánico (plan), donde cada una integre un eslabón importante⁵⁹.

2.2 Particularidades.

2.2.a) Tipos de coautoría

I. Por el predominio de que gozó, durante un período en diversos países, la *teoría objetivo formal*, es que se elabora un **concepto estricto de coautoría**⁶⁰. Según este concepto, todos los intervinientes realizan todos los actos ejecutivos. Cada coautor es autor en sentido estricto. Desde el punto de vista técnico, este tipo de coautoría no brinda dificultad alguna; el problema se presenta a la hora de valorar las intervenciones de los sujetos que forman parte de un plan y se hayan repartido las tareas y que cada una de las aportaciones, por sí solas, no realizan el tipo penal.

II. Es por ello que la propia práctica judicial comenzó a buscar lo que se denomina el **concepto amplio de la coautoría**⁶¹. En este tipo de coautoría se va a producir un reparto de tareas o funciones ejecutivas. El hecho punible será ejecutado conjuntamente y con división de tareas.

Ejemplo: A y B, actuando en virtud de un acuerdo previo, vierten veneno en el vaso de

C. Según este concepto de coautoría, A y B serán coautores, aún cuando cada dosis sea claramente insuficiente.

En varios países⁶², en que sus leyes sustantivas se han acogido a la *teoría objetivo formal*, la práctica judicial se ha apoyado en la *teoría del acuerdo previo* para solucionar los casos de división de tareas en la realización de un hecho delictivo. Esta teoría será analizada *infra*.

III. Coautoría sucesiva:

Con esta categoría se denominan a los casos en que un interviniente se incorpora a la realización de un hecho delictivo una vez que otro u otros lo han comenzado. En estos supuestos el acuerdo, como elemento subjetivo, se produce *durante la ejecución del hecho* y puede ser *expreso* o *tácito*.

Este tipo de coautoría ha generado algunos problemas en el orden práctico y doctrinal⁶³. El problema principal se evidencia en determinar si el sujeto que se incorpora deberá responder sólo de los actos cometidos *ex post* o también deberá responder de los perpetrados por los otros intervinientes *ex ante* a su intervención.

Para solucionar este problema debemos, coincidiendo con Quirós, asumir una posición dialéctica. El sujeto que se incorpora *ex post* responderá de los actos cometidos *ex ante* por los otros

intervinientes si éste los ratifica y aprovecha, con la finalidad de que, adicionándole el esfuerzo propio, se materialice la consumación del hecho delictivo⁶⁴.

IV. Coautoría alternativa:⁶⁵

En estos casos existe acuerdo previo; pero el hecho se deja a la ejecución del que pueda.

Ejemplo: A y B resuelven matar a C pero no saben por qué calle de las dos que acceden a su domicilio vendrá y deciden cada uno esperar en una de ellas; C pasa por la calle don de esta A y este le da muerte.

Uno de los partidarios en resolver este caso como coautoría es Roxin; por la decisiva necesidad *ex ante* de ambas contribuciones. Mir Puig considera que al menos deberá responder en concepto de cooperador necesario⁶⁶.

V. Coautoría aditiva: Este tipo de coautoría halla su fundamentación al igual que la anterior en la importancia *ex ante* de las aportaciones de los diferentes intervinientes. En este caso todos realizan las acciones necesarias para producir el delito pero sólo algunos pueden lograrlo y es imposible su determinación.

Ejemplo: Todos disparan a la vez y sólo algunos dan en el blanco y resulta imposible determinar cuáles.

En este caso concreto todos los intervinientes estaban dispuestos a realizar el delito. Por la relevancia, peligrosidad *ex ante* y la presunción por parte de todos del resultado producido, responderán en grado de coautoría.

2.2.b) La teoría del acuerdoprevio⁶⁷

Ya he expuesto *supra* el por qué surge esta teoría⁶⁸. El acuerdo es el elemento que une a las distintas aportaciones en una unidad de acción jurídica y permite exigirle responsabilidad penal a todos los intervinientes en el mismo grado y tipo. Esta teoría adquiere su mayor desarrollo en España. A través de la misma se trata de buscar un concepto amplio de la coautoría apelándose a elementos estrictamente subjetivos, al considerar: «(...) que alcanza igual responsabilidad a cuantos unidos por el mismo propósito presentaron el concurso de voluntad del auxilio personal para asegurar la realización del plan concertado.»⁶⁹

Como bien afirma Pérez Cepeda⁷⁰ la teoría del acuerdo previo nos llevará por el mismo camino del concepto extensivo de autor (serán coautores todos aquellos que intervienen en la realización del hecho delictivo formando parte de un plan, con independencia de la naturaleza ejecutiva de sus aportaciones). Estos elementos son los que llevan a afirmar a

Mir Puig⁷¹ que bajo ningún concepto podemos apartarnos de la ley e infringir el principio de legalidad.

El acuerdo de voluntades constituye un requisito indispensable para que exista coautoría, pero no es el único. La unidad de acción jurídica que surge producto de este acuerdo no implica la responsabilidad inevitable para todos los que hayan ofrecido su conformidad para la realización del hecho; se requiere además, la presencia de elementos objetivos: aportar en la *fase ejecutiva* del hecho delictivo. En ocasiones esta teoría ha llevado a borrar las diferencias entre autoría y complicidad.

Como afirma Gimbernat⁷² se puede ser autor aunque no exista acuerdo previo y se puede ser simplemente cómplice aunque haya existido tal acuerdo; a lo que agregaría que no puede haber coautoría sin acuerdo previo; pero sí puede existir *coparticipación en la ejecución de diversos papeles* con este.

«Los actos del coautor suponen, pues, participación en el acto de ejecución. Por tanto, su diferencia de la complicidad se determina en primer término, objetivamente.»⁷³

Nuestro Tribunal Supremo heredó la supramencionada teoría de la práctica judicial española, revistiendo caracteres especiales que serán expuestos *infra*.

2.2.c) El exceso del coautor

En estos casos, la responsabilidad de los restantes coautores se determina por el acuerdo previo, «(...) no podrá imputársele a los demás más allá del acuerdo mutuo».⁷⁴ Se habla de exceso cuando uno de los coautores realiza un acto que conlleva un resultado delictivo más grave que el acordado en común.

Pienso, que para brindar en el orden práctico una respuesta justa y adecuada no basta lo antes expuesto. Comparto el criterio de Quirós⁷⁵ de que, en estos casos, la teoría del dolo eventual ayudará a resolver acertadamente, a los operadores de justicia, los casos de exceso del coautor a que se enfrenten.

De este modo, responderán del exceso aquellos coautores que lo realizaron, quienes lo permitieron y quienes sin preverlo asumieron el riesgo de que se produjese el resultado más grave.

Se excluirán p. ej. Los que no hubiesen previsto el resultado excesivo y los que mostraron su desaprobación oportuna rechazando el resultado más grave.

2.2.d) La coautoría en los delitos imprudentes

«La figura de la coautoría imprudente, anteriormente solo sustentada por contados autores, ha experimentado sobre todo en los últimos diez años un auge al parecer imparable.»⁷⁶ De lo expuesto por

Roxin se colige que cada día la mayoría de los criterios admiten la coautoría en los delitos por imprudencia.

En nuestros predios Quirós es el único autor que ha abordado con profundidad esta cuestión, no compartiendo este criterio⁷⁷. Él considera que nuestro ordenamiento jurídico no posibilita tal apreciación; toda vez que el Código Penal cubano, el cual regula la imprudencia en su artículo 9.3, establece que el resultado tiene que ser previsto o previsible, pero no querido, y que el acuerdo común de la coautoría comprende no solo la acción, sino también el resultado.

Realmente el artículo 9.3 establece que el resultado en el caso de la imprudencia, o bien fue previsto o debió preverse no haciéndose. En virtud de lo antes expuesto, dos sujetos pueden realizar una acción en forma conjunta, previamente acordada, no previendo sus resultados aunque debieron preverlos. Es por eso que considero que sí es posible la coautoría por imprudencia y que en estos casos el acuerdo común no es con respecto al resultado, sino a la conducta imprudente. «La imputación presupone que cada interviniente pudiera y debiera darse cuenta de la peligrosidad del proyecto conjunto.»⁷⁸

Contradictoriamente y reafirmando nuestra posición, Quirós plantea que lo que se sanciona en la imprudencia «(...) es un comportamiento mal dirigido a un fin ilícito, por cuanto el sujeto no estaba determinado a producir un resultado dañoso».⁷⁹

2.2.e) La coautoría en los delitos de sujeto especial

En principio todo coautor debe reunir las condiciones objetivo-personales exigidas por la figura delictiva. El interviniente no cualificado nunca podrá ser coautor, sino a lo sumo, partícipe⁸⁰.

CAPÍTULO 3: La coautoría en el orden práctico.

3.1 Su regulación en el Código Penal cubano y en otros Códigos sustantivos.

3.1.a) En el Código Penal cubano

En la introducción del trabajo mencioné que nuestro Código Penal no regula la coautoría. Esto trae consigo varios inconvenientes en el orden práctico y teórico. En virtud del principio de legalidad, ¿por qué precepto se guiarían nuestros operadores jurídicos para resolver los casos de coautoría con división del trabajo?

La coautoría en nuestra práctica jurídica se ha resuelto asumiéndose la teoría del acuerdo previo; pero una vez arribado a la conclusión de que determinado sujeto es coautor, el precepto legal en que se ha amparado dicha coautoría es el estatuido en el artículo 18.1.2.a) «los que ejecutan el hecho por sí mismos» (autoría inmediata), en la mayoría de los casos; en otra, en grado inferior, el artículo 18.1.2.ch) «los que cooperan en la ejecución del hecho delictivo mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse» (cooperador necesario). Como podemos apreciar en el caso de la coautoría por división de trabajo, ninguno de los intervinientes ejecuta el hecho por sí mismo. ¿No se estará violando el principio de legalidad?

Este concepto amplio de la coautoría que ha asumido la práctica jurídica cubana absorbe, en la mayoría de los casos, a una modalidad o tipo de *autoría legal*⁸¹ que es el cooperador necesario. «Esto —dice Quirós— ha favorecido la idea de suprimir la cooperación necesaria, como forma expresa de intervención en el delito, pero definiendo en ley, con toda precisión, la coautoría y estableciendo la disminución facultativa de la pena por la complicidad, en lugar de instituir esa rebaja de modo preceptivo.»⁸²

La figura del cooperador necesario surge con la teoría objetivo-material de la necesidad⁸³ denominándose a este tipo de participación cómplice principal o primario. Por el año 1895 Brener planteaba que: «Cómplice principal llama la doctrina a aquel cómplice que aporta un auxilio sin el cual, como él sabe, el delito no se podría ejecutar; puede tratársele como coautor»⁸⁴. Vemos como ya desde aquel entonces se consideraba al cómplice primario (cooperador necesario) como coautor.

No comparto la idea de eliminar al cooperador necesario de nuestro ordenamiento jurídico, aunque pienso necesaria la inclusión de la coautoría. El cooperador necesario no es un autor estricto u ontológico, es un partícipe que a los efectos de la pena es considerado, por nuestro Código Penal, como autor; por lo que se rige por el *principio de accesoriedad*⁸⁵, él participa en un hecho ajeno. El coautor interviene en su propio hecho, aporta en la *fase ejecutiva*. ¿Qué pasaría con las aportaciones sin las cuales el hecho delictivo no se hubiese podido cometer y que las mismas fueran llevadas a cabo en la fase preparatoria del mismo? ¿Qué sucedería cuando un sujeto no cualificado interviniera en un delito de sujeto especial con actos sin los cuales este no se hubiera llevada a cabo? Y en los delitos de propia mano, ¿por qué tipo de participación llevaríamos a quien sin ejecutar el delito directamente contribuyó a su ejecución de manera imprescindible?⁸⁶

La coautoría y el cooperador necesario no son, en modo alguno, incompatibles; ambos son necesarios.

3.1. b) En el Código Penal alemán

En los artículos 25 al 31, incluyendo el 14, se regula lo concerniente a la participación delictiva en el Código Penal alemán. El párrafo 25.2 estatuye: «si varios cometen el hecho punible en común, cada uno de ellos será penado como autor (coautor)». De lo anterior se colige que la legislación alemana recoge la coautoría como un tipo de autoría.

Al utilizar el término *cometer el hecho*, el legislador alemán fijó la determinación de la coautoría en un elemento objetivo. La decisión de utilizar este término y no el de ejecutar obedece a la naturaleza propia de la coautoría. *Ejecutar* quiere decir *realizar el hecho de propia mano*; mientras que *cometer*, de naturaleza normativa, no limita la coautoría a la realización de propia mano, por parte de todos los intervinientes, de los elementos de la figura delictiva⁸⁷.

El criterio predominante en la doctrina alemana es el del dominio del hecho, donde serán coautores todos aquellos que dominen funcionalmente el hecho.⁸⁸ Un elemento importante que acota Roxin es lo concerniente a la estructura horizontal de la coautoría, en el sentido de actividad pareja, simultánea, *fundamentadora de comunidad*⁸⁹.

La mayoría de los autores parten de no considerar necesaria la presencia física de alguno de los coautores, es decir, no se requiere para apreciar coautoría la realización de propia mano aunque sí, el aporte en la fase ejecutiva. Basan la distinción entre la coautoría y la cooperación necesaria en la aportación en la fase ejecutiva. «El cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de la tentativa, se convierte en coautor.»⁹⁰

3.1. c) En el Código Penal español

Lo relacionado a la regulación de la participación delictiva lo encontramos en los artículos del 27 al 31. Su artículo 28 preceptúa: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento». Al igual que los alemanes en el nuevo Código Penal español se regula la coautoría: «(...) quienes realizan el hecho (...) conjuntamente (...)».

La doctrina española ha tratado de interpretar y exponer lo que debe entenderse por realizar el hecho conjuntamente. Anterior a la formulación del Código Penal de 1995, y ante la ausencia de regulación de la coautoría, el Tribunal Supremo español

apeló la teoría del acuerdo previo. En la actualidad son cada vez más los autores españoles que se afilian a la teoría del dominio del hecho.

Realizar conjuntamente el hecho es no solo ejecutar en sentido formal los elementos de la figura delictiva; sino también aportar una parte esencial a la realización del plan durante la fase ejecutiva, en donde en todos los casos esta aportación debe estar precedida de un acuerdo previo⁹¹.

Al igual que los alemanes, la doctrina española considera que en los casos en que el cooperador necesario (artículo 28.b) interviene en la fase ejecutiva, nos encontramos ante una verdadera coautoría.

3.1.d) En el Código Penal argentino

La ley penal sustantiva argentina recoge lo tocante a la participación delictiva en sus artículos del 45 al 49 y la coautoría específicamente de la forma siguiente: artículo 45: «Los que tomasen parte en la ejecución del hecho (...) tendrán la pena establecida para el delito».

Este artículo exige, además de los elementos subjetivos, un elemento objetivo para fijar la coautoría: *tomar parte en la ejecución del hecho*. La doctrina argentina, en su mayoría partidaria de la teoría del dominio del hecho⁹², establece que para fijar el dominio funcional es necesario, de una parte, el acuerdo previo o decisión común; y de la otra, la contribución en la fase ejecutiva. Para establecer qué contribución al hecho configura ejecución típica se sigue el criterio de la *necesidad*: «Será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva el plan hubiese frustrado, allí existe un coautor»⁹³.

3.2 La coautoría en la práctica jurídica cubana.⁹⁴

En este epígrafe abordaremos las características que ha adquirido la *teoría del acuerdo previo* en nuestra práctica judicial. Para ilustrar el estado de la cuestión les expondré algunas sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, que en materia de coautoría, ha emitido desde el año 1959.

I. Sentencia No. 295 de 1959.⁹⁵

CONSIDERANDO: (...) cuando en la sentencia impugnada aparezca consignado que entre los agentes hubo acuerdo previo y unidad de acción y de propósito, pues, esa unidad de voluntades y ese mutuo concurso, crea entre ellos un vínculo de soli-

daridad que les hace responsables en el mismo grado, puesto que todos coadyuvan, de un modo eficaz y directo, a la ejecución del fin perseguido de tal manera, que los actos individuales ejecutados, cualquiera que sea su naturaleza, y eficacia, son simples accidentes de la acción común, que los envuelve a todos en el concepto de autores.

Evidentemente esta sentencia sigue la teoría del acuerdo previo aunque nos permite vislumbrar la apreciación de elementos objetivos para determinar la coautoría. Al consignar la sentencia «(..) esa unidad de voluntades y ese mutuo concurso, crea entre ellos un vínculo de solidaridad que les hace responsables en el mismo grado (...)», no hace otra cosa que reconocer al principio de **imputación recíproca** fundamentador de la coautoría. Un elemento *objetivo* esencial que reconoce es el de la intervención en la *fase ejecutiva*: «todos coadyuvan, de un modo eficaz y directo, a la ejecución del fin perseguido».

II. Sentencia No. 21 de 1960.⁹⁶

CONSIDERANDO: (...) cuando hay concurso de delincuentes a la realización de un hecho delictivo, debe estimarse autores, a todos los que, unidos en la resolución punible realizan actos íntimamente ligados con el delito, conducentes a su ejecución, estableciéndose entre todos los partícipes, por virtud de la unión de voluntades en el propósito y desarrollo del plan convenido un vínculo de solidaridad que los hace responsables en el mismo grado cualesquiera que sean los actos individuales realizados por cada uno, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la consumación del fin antijurídico perseguido, y si la sentencia recurrida consigna que el recurrente obró de acuerdo con otra persona para la comisión del robo y lo realizaron, formando parte directa en la ejecución del hecho punible el recurrente, es evidente que responde a título de autor.

Esta sentencia coincide en el orden conceptual a la anterior. Para fijar la coautoría el Tribunal Supremo exige dos requisitos, el *subjetivo*: «unidad en la resolución punible» (acuerdo previo) y el *objetivo*: «realizan actos íntimamente ligados con el delito, conducentes a su ejecución» y en este caso concreto el recurrente formó parte directa en la ejecución del robo (*aportación en la fase ejecutiva*). Sigue siendo el principio de **imputación recíproca** el invocado para fundamentar la coautoría: «(..) estableciéndose entre todos los partícipes, por virtud de la unión de voluntades en el propósito y desarrollo del plan convenido un vínculo de solidaridad que los hace responsables en el mismo grado».

III. Sentencia No. 162 de 1975.⁹⁷

CONSIDERANDO: (...) porque constando en la sentencia que los acusados se concertaron previamente para llevar a cabo el robo y que todos intervinieron materialmente en su ejecución, todos son igualmente responsables del delito, cualesquiera que hayan sido sus concretas actuaciones, pues en tales circunstancias, y persiguiendo todos, con división del trabajo, el mismo resultado, el delito se presenta como producto de sus combinadas actuaciones.

Vemos también aquí la exigencia no solo del acuerdo previo como elemento *subjetivo*, sino también la intervención en la *fase ejecutiva* del delito con división del trabajo, formando, entre todas estas, un todo orgánico, todos, requisitos integradores de la coautoría.

IV. Sentencia No. 248 de 1976.⁹⁸

CONSIDERANDO: (...) el que acuerda la comisión de un Robo, y participa en su ejecución con actos de cooperación imprescindibles para esta clase de delito; como son el de vigilar la casa donde se perpetró el Robo para cerciorarse de que sólo estaban los moradores y que el acto criminoso no se interferiría, es autor y no cómplice.

Esta sentencia se pronuncia sobre el controvertido caso de *quedarse vigilando*. Para Roxin⁹⁹ el quedarse vigilando fundamenta coautoría en dependencia de las circunstancias del caso concreto y requiere de una solución judicial individual. Para Gallas será coautor «(..) si fue co-titular de la decisión del hecho y su aportación al hecho aparece, por una parte, como resultado de una división del trabajo funcional en el marco del programa del hecho conjunto, y por otra, para todos los intervinientes como expresión de ‘cooperación’ responsable».¹⁰⁰

Pienso que el que se quede vigilando, nunca podrá ser partícipe, toda vez que, en virtud del acuerdo previo, participa, interviene en la *fase ejecutiva* y precisamente es este elemento lo que permite exigirle responsabilidad a título de coautoría¹⁰¹. Esta posición podría objetarse en los supuestos en que la vigilancia no sea imprescindible, necesaria¹⁰², para la realización del delito y entonces podría exigírsele responsabilidad a título de cómplice obviando, que una vez acordado el plan y distribuidas las tareas, *ex ante* o *durante la realización del delito*, todos los intervinientes asumen los actos de los otros, al no ser que no pudieran preverlos. El hecho se comete conformándose un todo orgánico; por lo que es imputable a todos en el mismo grado y tipo.¹⁰³

V. Sentencia No. 85 de 1997.

CONSIDERANDO: como bien define la doctrina se considera autores, los que intervienen en un

actuar delictivo y llegan a un acuerdo común y realizan la ejecución conjunta de la actividad antijurídica, bien sea sirviendo de enlace entre ellos o cooperando con cualquier otro acto, sin los cuales el delito no podía cometerse (...).

Sigue el Tribunal Supremo basándose en elementos *subjetivos* y *objetivos* para apreciar la coautora. El acuerdo previo y la intervención en el actuar delictivo se tratan de enfocar, al no regularse la coautoría, a fundamentar los dos tipos de participación que indicábamos *supra*: El autor inmediato y el cooperador necesario.

VI. Sentencia No. 823 de 1998.

CONSIDERANDO: que cuando media concierto para cometer un delito tienen el concepto de autores todos los cooperadores, cualquiera que hayan sido los actos concretos realizados por cada uno para la consumación del resultado comúnmente querido, pues la diversidad de aquellos responde a la división del trabajo, y éste, aparece como producto de sus combinadas actuaciones subsumibles en una unidad jurídica de acción (...).

En esta sentencia se vuelve a hacer referencia, de forma expresa, al reconocimiento de la división de tareas un virtud de un acuerdo previo, conformando un todo orgánico y de forma tácita al principio de **imputación recíproca**.

Aunque he expuesto sólo unas pocas sentencias, podemos apreciar la coincidencia, de los elementos acotados en el capítulo anterior, con el contenido de los considerandos de las sentencias del máximo órgano de justicia cubano. El basamento teórico-práctico expuesto, coincide con la doctrina moderna, incluso, en los países donde se encuentra regulada la coautoría como tipo de autoría. Esta fórmula avanzada del acuerdo previo, es la que ha venido resolviendo los casos de coautoría con división del trabajo en nuestro país, diferenciándose de otros países como España¹⁰⁴, en la aplicación de la citada teoría.

III. CONCLUSIONES

Después de exponer los elementos teórico-doctrinales y prácticos de la coautoría en la realidad jurídica cubana, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

I. El Código Penal cubano se acoge a la *teoría objetivo-formal clásica*. Una de las objeciones fundamentales que posee dicha teoría es en lo tocante a la coautoría al reducir el concepto de coautor, a aquellos individuos que, participando en un hecho delictivo, ejecutan todos íntegra y simultáneamente

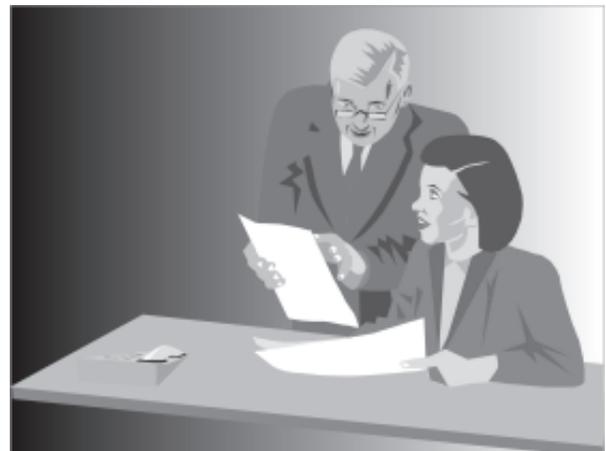
la misma conducta y se les puede exigir responsabilidad como *autores inmediatos*. **Este es el primer obstáculo a que se enfrenta la apreciación de coautoría en nuestro país.**

II. Nuestro máximo órgano judicial, para salvar esta dificultad, se acogió a la criticada teoría del acuerdo previo para solucionar los casos de coautoría con división de tareas. Si repasamos la doctrina y los elementos que a mi consideración deben ser apreciados para determinar la coautoría, nos percataremos, después de la lectura de las sentencias expuestas y otras que, por razones de economía, no les expuse, que la citada teoría en nuestro país se ha venido diferenciando, de la aplicación que tiene en otros países.

Se distingue el elemento *subjetivo*: acuerdo previo y el *objetivo*: intervención en la *fase ejecutiva* formando parte de un todo orgánico, así como el reconocimiento tácito del principio de **imputación recíproca**. Sólo habría que añadir que esa intervención en la fase ejecutiva *debe estar estrechamente ligada a los actos de ejecución*.

III. Se hace necesario regular de forma clara la coautoría en nuestro Código Penal. Esto evitaría errores en la práctica jurídica, violaciones de la ley al pretender llevar p. ej. al que vigila como autor inmediato de un delito de robo con fuerza en las cosas. Si nos reflexionamos y citamos textos legales de otros países, son mayoría los que tienen recogido en estos dicha institución. La posible regulación podría quedar de la siguiente manera: «los que cometan, en virtud de unidad de voluntades conjuntamente el hecho».les de otros países, son mayoría los que tienen recogido en estos dicha institución. La posible regulación podría quedar de la siguiente manera: «los que cometan, en virtud de unidad de voluntades conjuntamente el hecho».

No aspiro poner punto final a esta cuestión tan debatida por los teóricos y prácticos del Derecho.



NOTAS

- ¹ Sólo se exceptúan los casos de delitos *plurisujetivos* o de *participación necesaria*; donde es necesario e imprescindible, para la integración de estos tipos de injustos, la concurrencia de varios sujetos.
- ² Vid. Artículos 18 y 19 del Código Penal cubano.
- ³ Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho Penal*, t. III. ed. Félix Varela, La Habana, 2002, p. 107.
- ⁴ Aquí el término está utilizado en sentido **amplio**, es decir, la intervención de los sujetos en la comisión de un hecho delictivo en el grado y tipo que fuere. A diferencia encontramos el sentido **estricto** o **limitado** del término que significa el fenómeno por el cual una o más personas toman parte en el hecho delictivo ajeno, siendo los cooperadores necesarios, los instigadores y los cómplices.
- ⁵ Von Liszt, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., tr. Jiménez de Asúa, t. III, ed. Hijos del REUS, Madrid, 1917, p. 71.
- ⁶ Jakobs, Günter: *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, tr. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 720.
- ⁷ Código Penal italiano de 1930, artículo 110 y Código Penal austriaco de 1974, artículo 12.
- ⁸ Jakobs: Ob. cit., p. 721.
- ⁹ Vid. Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7ª ed., tr. Cuello Contreras y González de Murillo, ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, Barcelona, 2000, p. 29.
- ¹⁰ Peñarada Ramos: Cit. pos. Pérez Cepeda, Ana Isabel: *La responsabilidad de los administradores de sociedades...*, ed. Cedecs, Barcelona 1997, p. 338.
- ¹¹ Von Liszt: Ob. cit., p. 75.
- ¹² Vid. López Barja de Quiroga, Jacobo: *Autoría y participación*, ed. Akal S.A., 1996, pp. 22 ss.
- ¹³ Vid. Roxin: Ob. cit., pp. 118 ss.
- ¹⁴ Ídem, pp. 606 ss.
- ¹⁵ Ídem, p. 74.
- ¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., ed. Comercial industrial y financiera, Buenos Aires, 2002, p. 773.
- ¹⁷ Jakobs: Ob. cit., p. 721.
- ¹⁸ Para encontrar una exposición de sus principales exponentes y puntos de vistas ver por todos a Roxin: Ob. cit., pp. 54 ss.
- ¹⁹ Ídem, p. 55.
- ²⁰ Vid. Quirós: Ob. cit., p. 54.
- ²¹ Esta concepción es la que recoge el Código Penal cubano.
- ²² Cfr. Gimbernat Ordeig, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, ed. Universidad de Madrid, 1966, Pérez Cepeda: Ob. cit., p. 361.
- ²³ Rodríguez Mourullo: Cit. pos. Pérez Cepeda: *Ibidem*.
- ²⁴ Gimbernat: Ob. cit., pp. 215 ss.
- ²⁵ Vid. Quirós: Ob. cit., p. 62, Pérez Cepeda: Ob. cit., pp. 363 ss.
- ²⁶ Sobre la teoría del acuerdo previo vid. *Infra* pp. 18 y 19.
- ²⁷ Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, 6, ed., ed. Reppetor, Barcelona 2002. p. 363.
- ²⁸ Entre otros: Jakobs: Ob. cit., pp. 735 ss., Cobo del Rosal / Vives Antón: *Derecho Penal, Parte General*. 5a ed., ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 669, Barja de Quiroga: Ob. cit., p. 29, Quirós: Ob. cit., pp. 55 ss. Otros autores caracterizan al Dominio del hecho como una teoría objetivo-subjetiva, entre otros: Mir Puig: Ob. cit., p. 364, Díaz y García Conlledo, Miguel: *La autoría en Derecho Penal*, ed. PPU, Barcelona, 1991, p. 546.
- ²⁹ Vid. Roxin: Ob. cit., pp. 58 ss.
- ³⁰ Mir Puig: Ob. cit., p. 363.
- ³¹ Barja de Quiroga: Ob. cit., p. 29.
- ³² Jakobs: Ob. cit., p. 740.
- ³³ Roxin: Ob. cit., p. 85.
- ³⁴ Ídem p. 82.
- ³⁵ Entre otros: Maurach: *Tratado de Derecho Penal*, Gallas: *Gutachten*, Niese: *DRIIZ*, Jescheck: *Tratado de Derecho Penal*.
- ³⁶ Pérez Cepeda: Ob. cit., p. 377.
- ³⁷ Esta obra vio la luz en el año 1963 y ha sido actualizada hasta la 6a edición de la que disponemos traducida al español.
- ³⁸ Esta imbricación puede apreciarse en el siguiente planteamiento de Roxin: «Las materias de la regulación jurídica no reciben su contenido de sentido del legislador, del juez o del investigador, sino que éste es algo previo, dado a través de legalidades y estructuras de desarrollo ontológicas, éticas y –en sentido lato– sociales. Ahí recibe lo correcto del método captador de la esencia y sentido y lo incorrecto del puro pensamiento teleológico.» «Pero depende del acierto del legislador y sus criterios valorativos cuál de las numerosas diferenciaciones previas, dadas, quiere convertir en base de su regulación.» Ob. cit., p. 34.
- ³⁹ Ídem p. 579.
- ⁴⁰ Ídem p. 45.
- ⁴¹ Se tratan, de deberes que están antepuestos en el plano lógico de la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas, p. ej. deberes jurídico-públicos: el de los funcionarios, deberes jurídico-civiles: de satisfacción de alimentos, de lealtad. Vid. Roxin: Ob. cit., pp. 386 ss.
- ⁴² Roxin: Ob. cit., p. 742.
- ⁴³ Ídem, p. 391.
- ⁴⁴ Vid. Vera Toste, Yan: *El dominio de hecho. Una mirada crítica*, La Habana, 2003.
- ⁴⁵ Grishaiv, P. I., B. V. Zdravosmilov: *Derecho Penal Soviético*, ed. Jurídica, Moscú, 1982.
- ⁴⁶ Vid. Ídem, p. 8.

- ⁴⁷ Vid. *Ídem*, p. 5.
- ⁴⁸ Kusnetzova, N. F.: *Fundamentos del Derecho Penal Soviético*, tr. Guadalupe Ramos, ed. Pueblo y educación, La Habana, 1980, pp. 97 ss.
- ⁴⁹ *Ídem*, p. 99.
- ⁵⁰ Sobre los delitos de tendencia Vid. Quirós: *Ob. cit.*, t. II, p. 5.
- ⁵¹ Jakobs: *Ob. cit.*, p. 745.
- ⁵² Coparticipación en la ejecución de diversos papeles: Unos (autor o coautores) ejecutan el hecho y otros (partícipes: Cooperador necesario, inductor, organizador, cómplice) cooperan o intervienen de algún modo en su realización. Vid. Grishaiv, P. I., B. V. Zdravosmilov: *Ob. cit.*, p. 22.
- ⁵³ También a este acuerdo que se exige para que concurra la coautoría se la ha denominado: Pactum scaeleris, mutuo acuerdo, acuerdo de voluntades, acuerdo ejecutivo, decisión común del hecho.
- ⁵⁴ Según este principio todo lo que haga uno de los coautores es imputable, extensible a todos los demás. Se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a realizar cada uno de ellos. No tiene sentido aplicar este principio a quien interviene unilateralmente, quien deberá ser juzgado de forma independiente (autoría accesoria). Vid. Mir Puig: *Ob. cit.*, pp. 383 ss.
- ⁵⁵ Vid. Quirós; *Ob. cit.*, t. III, p. 124.
- ⁵⁶ Para delimitar la fase ejecutiva de la fase reparatoria, uno de los elementos esenciales que nos permite diferenciar la coautoría de la participación, es seguir las mismas reglas que la doctrina y la jurisprudencia siguen para diferenciar los actos preparatorios de la tentativa.
- ⁵⁷ Vid. Maurach, Reinhart: *Tratado de Derecho penal*, 2ª ed., t. II, ed. Aires, Barcelona 1962, p. 517.
- ⁵⁸ En el Código Penal cubano siguiendo el criterio reduccionista admite la penalidad de los actos preparatorios pero limitada a los delitos que atentan contra la Seguridad del Estado; así como respecto a algunos delitos previstos en la Parte Especial como son los estatuidos en los artículos 169; 190; 248; 249; 259; 251; 252 y 328. Vid. artículo 12.
- ⁵⁹ Vid. Muñoz Conde, Francisco, Mercedes García Arán: *Derecho Penal, Parte General*, 3a ed., ed. tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 485.
- ⁶⁰ También denominado coautoría propia o ejecutiva directa. Cfr. Quirós: *Ob. cit.*, t. III, pp. 107 y 108, Muñoz Conde: *Ob. cit.*, pp. 484 y 485.
- ⁶¹ También: Coautoría impropia o ejecutiva parcial.
- ⁶² P. ej. España, Cuba; aunque cada día son más los seguidores en España que se afilian a la teoría del dominio del hecho desde la promulgación del Código Penal español de 1995. Entre otros: Mir Puig: *Ob. cit.*, Muñoz Conde: *Ob. cit.*, Díaz y García Conlledo: *Ob. cit.*
- ⁶³ Vid. Quirós: *Ob. cit.*, t. III, pp. 115 ss.
- ⁶⁴ *Ídem*, p. 116. Para ver posición contraria cfr. Zaffaroni: *Ob. cit.*, p. 786. Para este autor de ninguna manera se le puede considerar coautor de la parte del hecho ya ejecutado como no sea, por ficción jurídica, que en algún caso resiste la curiosa variante de solidaridad con el delito.
- ⁶⁵ Vid. Muñoz Conde: *Ob. cit.*, p. 487, Mir Puig: *Ob. cit.*, p. 386.
- ⁶⁶ Mir Puig: *Ob. cit.*, p. 386.
- ⁶⁷ Por las características que adquiere en la práctica el acuerdo previo, podría llamarse a esta teoría: teoría del acuerdo mutuo o recíproco
- ⁶⁸ Sobre el origen de la teoría del acuerdo previo Vid. entre otros: Quirós: *Ob. cit.*, t. III, pp. 108 ss., Pérez Cepeda: *Ob. cit.*, p. 345 ss., Gimbernat Ordeig: *Ob. cit.*, p. 97 ss.
- ⁶⁹ Gimbernat Ordeig: *Ob. cit.*, p. 58.
- ⁷⁰ Pérez Cepeda: *Ob. cit.*, pp. 345 y 346.
- ⁷¹ Mir Puig: *Ob. cit.*, p. 361.
- ⁷² Gimbernat Ordeig: *Ob. cit.*, p. 87.
- ⁷³ Von Liszt: *Ob. cit.*, p. 87.
- ⁷⁴ Mir Puig: *Ob. cit.*, p. 387.
- ⁷⁵ Quirós: *Ob. cit.*, t. III, p. 126.
- ⁷⁶ Roxin: *Ob. cit.*, pp. 740 y 741.
- ⁷⁷ Quirós: *Ob. cit.*, t. III, p. 121.
- ⁷⁸ Roxin: *Ob. cit.*, p. 742.
- ⁷⁹ Quirós: *Ob. cit.*, t. II, p. 33.
- ⁸⁰ La participación en los delitos de sujeto especiales constituye un problema complejo que ha suscitado diversas soluciones. Esta problemática la abordaré en un próximo trabajo.
- ⁸¹ Los autores legales son partícipes que a los efectos de la pena se elevan a la categoría de autor, p. ej. en nuestra legislación, el cooperador necesario, el inductor, el intelectual.
- ⁸² Quirós: *Ob. cit.*, t. III, p. 93.
- ⁸³ Esta teoría objetivo-material antigua distingue entre autoría y participación según la aportación realizada sea imprescindible al hecho o no, es decir, sin la cual se hubiese podido o no ejecutar el hecho equiparándose al mismo al que ejecuta el hecho de propia mano. Vid. Roxin: *Ob. cit.*, p. 58.
- ⁸⁴ Brener: *Cit. pos.*, Roxin: *Ibidem*.
- ⁸⁵ La accesoriadad es el principio que rige la participación: toda participación, a diferencia de la autoría, es contribución al hecho ajeno; por lo que existirá una subordinación y dependencia con respecto a ese hecho. Esa contribución al hecho ajeno debe reunir determinadas características tanto internas como externas. Vid. Quirós: *Ob. cit.*, t. III, pp. 72 ss.
- ⁸⁶ Sobre estas interrogantes puede verse entre otros: Muñoz Conde: *Ob. cit.*, p. 495, Zaffaroni: *Ob. cit.*, p. 789.
- ⁸⁷ Vid. Roxin: *Ob. cit.*, pp. 594 ss.
- ⁸⁸ Vid. *Supra* pp. 9 ss.
- ⁸⁹ Roxin: *Ob. cit.*, p. 726.
- ⁹⁰ Jakobs: *Ob. cit.*, p. 752.
- ⁹¹ Vid. Mir Puig: *Ob. cit.*, p. 385, Cobo del Rosal / Vives Antón: *Ob. cit.*, p. 681, Muñoz Conde: *Ob. cit.*, p. 484.
- ⁹² Vid. por todos a Zaffaroni: *Ob. cit.*, pp. 784 ss.
- ⁹³ *Ídem*, p. 786.
- ⁹⁴ Es oportuno consignar que las sentencias de nuestro máximo órgano juzgador, en lo concerniente a nuestra legislación, no conforman jurisprudencia y no son de obligatorio cumplimiento por parte de los tribunales inferiores; pero, para todo jurista que se halle vinculado de un modo u otro a la actividad judicial, constituye influencia y consulta necesaria para perfeccionar y complementar su actividad en la interpretación y aplicación del Código Penal, más aún en lo tocante a la coautoría la cual no se encuentra regulada en el mismo.
- ⁹⁵ Colectivo de autores: *Código Penal anotado*, ed. Ciencias sociales, La Habana, 1998, p. 32.
- ⁹⁶ *Ídem*, p. 31.
- ⁹⁷ Boletín Tribunal Supremo Popular, ed. extraordinaria, La Habana, 1975, pp. 329 ss.
- ⁹⁸ *Ídem*, 1976, pp. 370 ss.
- ⁹⁹ Vid. Roxin: *Ob. cit.*, pp. 313 ss.
- ¹⁰⁰ Gallas: *Cit. pos.* Roxin: *Ídem*, p. 312.
- ¹⁰¹ Vid. Quirós: *Ob. cit.*, t. III, p. 113. Quirós coincide con lo expuesto al incluir dentro de los actos de coautoría los llamados actos de vigilancia mientras se ejecuta el delito. Si medió concierto previo, entonces habrá coautoría.
- ¹⁰² Sin olvidar que lo imprescindible o necesario presenta una naturaleza normativa y sería sumamente engorroso determinar cuando la vigilancia es realmente necesaria o no; toda vez que, el aseguramiento de un delito, sea cual fuere las circunstancias de su comisión, siempre será necesario, constituirá una garantía para el resto de los comisores.

¹⁰³ Principio de imputación recíproca.

¹⁰⁴ En España la teoría del acuerdo previo venía impregnada de un fuerte matiz subjetivo hasta el año 1977. A partir de esa fecha se ha venido exigiendo, por parte del Tribunal Supremo Español, la presencia de elementos objetivos. Vid. Sen

tencias de 16 de julio de 1984, 14 de enero y 22 de febrero de 1985, entre otras. En la actualidad, una vez recogida la coautoría en el Código Penal español, el criterio que viene imponiéndose en la jurisprudencia es el de el dominio del hecho como indicábamos supra.

BIBLIOGRAFÍA

1. Coba del Rosal, Manuel y Tomás S. Vives Antón: *Derecho Penal, Parte General*, 5a edición. Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1999.
2. Colectivo de autores: *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia*. Editorial Comares, Granada, 1998.
3. Colectivo de autores: *Código Penal anotado*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1998.
4. Díaz y García Conlledo, Miguel: *La autoría en Derecho Penal*. Editado por PPU, Barcelona, 1991.
5. Fletcher, George P.: *Conceptos básicos de Derecho Penal* (traducido por Muñoz Conde). Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1997.
6. Gimbernat Ordeig, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, editado por Universidad de Madrid, 1966.
7. Grishaiv, P. I., B. V. Zdravosmilov: *Derecho Penal sSoviético*, editorial Jurídica, Moscú, 1982.
8. Jakobs, Günter: *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación* (traducido por Cuello Contreras y Serrano Gonzáles De Murillo). Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.
9. Kusnetzova, N. F.: *Fundamentos del Derecho Penal Soviético*, (traducido por Guadalupe Ramos Smith). Editorial Pueblo y educación, La Habana, 1980.
10. Maurach, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*, tomo 11. Editorial Aires, Barcelona, 1962.
11. Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, 6a edición. Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
12. Muñoz Conde, Francisco: *Teoría general del delito*, 2a edición. Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1991.
13. Mercedes García Arán: *Derecho Penal, Parte General*, 3a edición. Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1998.
14. Pérez Cepeda, Ana Isabel: *La responsabilidad de los administradores de sociedades: Criterios de atribución*. Editorial Cedecs, Barcelona, 1997.
15. Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho Penal*, tomo 1, 11 Y 111. Editorial Ciencias Jurídicas, La Habana, 1999.
16. Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7a edición (traducido por Cuello Contreras y Serrano Gonzáles De Murillo). Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2000.
- 17.: *Derecho Penal, Parte General*, tomo 1, Fundamentos. La estructura del delito, 28 edición (traducida por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal). Editorial Civitas, S.A., 2000.

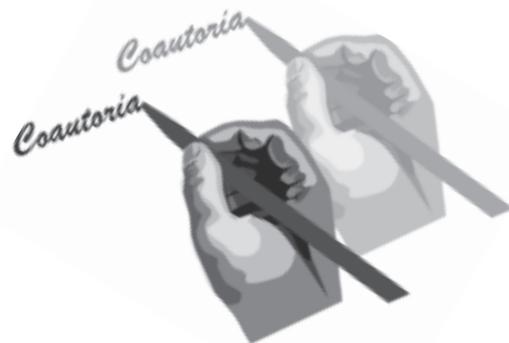
18. Soler, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, tomo 11, actualizado por Guillermo J. Fierro. Editorial TEA, Buenos Aires, 1992.
19. Vera Toste, Van: *El dominio del hecho. Una mirada crítica*. La Habana, 2003.
20. Van Liszt, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, 28 edición, (traducido por Jiménez de Asúa), tomo 111. Editorial Hijos del REUS, Madrid, 1917.
21. Welzel, Hans: *Derecho Penal alemán* (traducido por Bustos y Yáñez). Chile 1976.
22. Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Derecho Penal, Parte General*, 28 edición. Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2002.

Otras fuentes consultadas:

- Boletines del Tribunal Supremo Popular: años: 1970 - 1995.
- Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

Legislación consultada:

- Código Penal alemán, Código Penal argentino, Código Penal austriaco, Código Penal cubano, Código Penal español, Código Penal italiano.



“Delitos Informáticos”

Autora: Lic. Niurka de los A. Tellería Mendoza
Tribunal Municipal de Pinar del Río
Ing. Luciana Lara Cardentey.

En la actualidad encontramos una realidad nunca antes imaginada; el control económico financiero, los servicios bancarios, comercio de bienes, mercado de valores, reservaciones de pasajes, localidades en teatros, hoteles, servicios hospitalarios, educación, jurídicos y defensa entre otros son sólo algunas de las áreas vitales en que la sociedad depende de la informática y de las redes de comunicación en el mundo desarrollado.

La revolución, que ha significado las innovaciones tecnológicas recientes, ha revelado la incapacidad experimentada por las normas establecidas por el Derecho Penal tradicional. Este conjunto de normas punitivas ha visto superada su capacidad para enfrentar la aparición de numerosas conductas desvaliosas impensadas en otras épocas. Hecho que ha provocado el surgimiento de una nueva rama dentro del Derecho, denominada *Derecho Informático* a través del cual se logra la regulación de los bienes informacionales, la protección de datos personales, el flujo de datos transfronteros, la protección de programas de computadoras, los delitos informáticos, los contratos informáticos, la ergonomía informática y el valor probatorio de los soportes modernos de la información (como son la contratación, documentación y firma electrónica muy difundida y utilizada en la actualidad en el Comercio Electrónico); debemos tener presente que sin un adecuado control de los sistemas que garanticen la validez, integridad y calidad de los servicios informáticos, la sociedad puede sufrir peligrosos embates de errores humanos, delincuencia y de catástrofes naturales o artificiales que causen efectos muy costosos y dañinos, incluso para la vida humana. Como ejemplo de ello se puede mencionar el aumento creciente del delito informático y la acción de piratas hackers y crackers (se estima que en los Estados Unidos solo por acciones de su personal interno, las entidades bancarias pierden miles de millones de dólares anuales).

Los esfuerzos de nuestro gobierno por llevar este desarrollo de la informática a todas las esferas y capas sociales del país son conocidos, ¿acaso esta ajeno a las nuevas conductas delictivas como es el caso del “delito informático”, “delito electrónico”, “delitos relacionados con computadoras” o “delito de cuello blanco”?

Precisamente de este tema abordaremos algunos aspectos significativos del novedoso fenómeno

tecnológico que ha representado para el derecho tradicional la aparición de nuevas figuras típicas para incriminar estas conductas, características de los sujetos activos, pasivos, clasificación y los tipos de delitos informáticos, así como la necesidad de implementar nuevos mecanismos de prevención del delito como es el caso de la “Auditoría Informática” desarrollo en nuestro país, incursión en la Legislación Penal vigente para demostrar la inoperancia de esta ante las nuevas conductas delictivas, tratamiento internacional tanto por organismos gubernamentales como por diferentes Estados, para enfrentar la problemática que significan éstos.

GENERALIDADES DEL DELITO INFORMÁTICO.

- 1.1. Concepto.
- 1.2. Clasificación.
- 1.3. Tipos de delitos informáticos reconocidos por Naciones Unidas.
- 1.4. La Auditoría Informática y su papel en la contemporaneidad.

1.1. Concepto.

Para una mejor comprensión del fenómeno en cuestión debemos partir de que el delito informático implica actividades criminales que en un primer momento los países han tratado de encuadrar en figuras típicas de carácter tradicional, tales como robos o hurto, fraudes, falsificaciones, perjuicios, estafa, sabotaje, etc. Sin embargo, debe destacarse que el uso de las técnicas informáticas ha creado nuevas posibilidades del uso indebido de las computadoras lo que ha proporcionado a su vez la necesidad de regulación por parte del derecho. Los llamados delitos informáticos no son cometidos por las computadoras, sino que es el hombre quien los comete con ayuda de estas.

A nivel internacional no existe un consenso acerca de una definición propia del delito informático, muchos han sido los esfuerzos de expertos que se han ocupado del tema y aún cuando no existe esta con carácter universal se han formulado conceptos funcionales atendiendo a realidades nacionales concretas.

En el presente trabajo se entenderá como “**delito informático**” a cualquier acción u omisión socialmente peligrosa, conducta ilegal, no ética o no autori-

zada que se realice mediante el uso y/o aplicación de tecnologías informáticas, que atente tanto contra bienes propiamente informáticos como tradicionales.

Las acciones delictivas informáticas presentan las siguientes características:

- Sólo una determinada cantidad de personas (con conocimientos técnicos por encima de lo normal) pueden llegar a cometerlos.
- Son conductas criminales del tipo «cuello blanco»: no de acuerdo al interés protegido (como en los delitos convencionales) sino de acuerdo al sujeto que los comete. Generalmente este sujeto tiene cierto status socioeconómico y la comisión del delito no puede explicarse por pobreza, carencia de recursos, baja educación, poca inteligencia, ni por inestabilidad emocional.
- Son acciones ocupacionales, ya que generalmente se realizan cuando el sujeto atacado se encuentra trabajando.
- Son acciones de oportunidad, ya que se aprovecha una ocasión creada por el atacante.
- Provocan pérdidas económicas.
- Ofrecen posibilidades de tiempo y espacio.
- Son muchos los casos y pocas las denuncias, todo ello por la falta de regulación y por miedo al descrédito de la organización atacada.
- Presentan grandes dificultades para su comprobación, por su carácter técnico.
- Tienen a proliferar, por lo se requiere su urgente regulación legal.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, podemos decir entonces que los **sujetos activos** del delito informático son aquellas personas que poseen ciertas características que no tienen el resto de los delincuentes comunes, dadas en un conjunto de habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y generalmente por su situación laboral se encuentran en lugares estratégicos donde se maneja información de carácter sensible, o bien son hábiles en el uso de los sistemas informatizados, aún cuando, en muchos de los casos, no desarrollen actividades laborales que faciliten la comisión de éstos. Los posibles delincuentes informáticos son personas listas, decididas, motivadas y dispuestas a aceptar un reto tecnológico, características que pudieran encontrarse, por ejemplo, en un *operador de microcomputadoras*.

Por otra parte tenemos al **sujeto pasivo** o víctima del delito es el ente sobre el cual recae la conducta de acción u omisión que realiza el sujeto activo y en el caso de los “delitos informáticos” las víctimas pueden ser individuos, instituciones crediticias, gobiernos, etc. que usan sistemas automatizados de información, generalmente conectados a otros (redes informáticas).

Por lo anterior, se reconoce que «para conseguir una prevención efectiva de la criminalidad informática se requiere, en primer lugar, un análisis objetivo de las necesidades de protección y de las fuentes de peligro. Una protección eficaz contra la criminalidad informática presupone ante todo que las víctimas potenciales conozcan las correspondientes técnicas de manipulación, así como sus formas de encubrimiento».

En el mismo sentido, podemos decir que mediante la divulgación de las posibles conductas ilícitas derivadas del uso de las computadoras, y alertando a las potenciales víctimas para que tomen las medidas pertinentes a fin de prevenir la delincuencia informática, y si a esto se suma la creación de una adecuada legislación que proteja los intereses de las víctimas y una eficiente preparación por parte del personal encargado de la procuración, administración y la impartición de justicia para atender e investigar estas conductas ilícitas, se estaría avanzando mucho en el camino de la lucha contra la delincuencia informática, que cada día tiende a expandirse más.

1.2. Clasificación

Algunos autores presentan una clasificación del llamado “delitos electrónicos”, diciendo que existen tres categorías, a saber:

Los que utilizan la tecnología electrónica como método;

Los que utilizan la tecnología electrónica como medio; y

Los que utilizan la tecnología electrónica como fin.

Como método: conductas criminales donde los individuos utilizan métodos electrónicos para llegar a un resultado ilícito.

Como medio: son conductas criminógenas donde para realizar un delito utilizan una computadora como medio o símbolo.

Como fin: conductas criminógenas dirigidas contra la entidad física del objeto o máquina electrónica o su material con objeto de dañarla.



1.3. Tipos de delitos informáticos reconocidos por Naciones Unidas.

➤ **Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras.**

✓ **Manipulación de los datos de entrada.**

Este tipo de fraude informático conocido también

como sustracción de datos, representa el delito informático más común ya que es fácil de cometer y difícil de descubrir. Este delito no requiere de conocimientos técnicos de informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales de procesamiento de datos en la fase de adquisición de los mismos.

✓ **La manipulación de programas.** Es muy difícil de descubrir y a menudo pasa inadvertida debido a que el delincuente debe tener conocimientos técnicos concretos de informática. Este delito consiste en modificar los programas existentes en el sistema de computadoras o en insertar nuevos programas o nuevas rutinas. Un método común utilizado por las personas que tiene conocimientos especializados en programación informática es el denominado Caballo de Troya, que consiste en insertar instrucciones de computadora de forma encubierta en un programa informático para que pueda realizar una función no autorizada al mismo tiempo que su función normal.

✓ **Manipulación de los datos de salida.** Se efectúa fijando un objetivo al funcionamiento del sistema informático. El ejemplo más común es el fraude de que se hace objeto a los cajeros automáticos mediante la falsificación de instrucciones para la computadora en la fase de adquisición de datos. Tradicionalmente esos fraudes se hacían a base de tarjetas bancarias robadas, sin embargo, en la actualidad se usan ampliamente el equipo y programas de computadora especializados para codificar información electrónica falsificada en las bandas magnéticas de las tarjetas bancarias y de las tarjetas de crédito.

Fraude efectuado por manipulación informática que aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo. Es una técnica especializada que se denomina «técnica de salchichón» en la que «rodajas muy finas» apenas perceptibles, de transacciones financieras, se van sacando repetidamente de una cuenta y se transfieren a otra.

➤ **Falsificaciones informáticas.**



✓ **Como objeto.** Cuando se alteran datos de los documentos almacenados en forma computarizada.

✓ **Como instrumentos.** Las computadoras pueden utilizarse también para efectuar falsificaciones de documentos de uso comercial. Cuando empezó a disponerse de fotocopiadoras computarizadas en color a base de rayos láser, surgió una nueva generación de falsificaciones o alteraciones fraudulentas. Estas fotocopiadoras pueden hacer copias de alta resolución, pueden modificar documentos

e incluso pueden crear documentos falsos sin tener que recurrir a un original, y los documentos que producen son de tal calidad que sólo un experto puede diferenciarlos de los documentos auténticos.

➤ **Daños o modificaciones de programas o datos computarizados.**

✓ **Sabotaje informático.** Es el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema. las técnicas que permiten cometer sabotajes informáticos son:



✓ **Virus.** Es una serie de claves programadas que pueden adherirse a los programas legítimos y propagarse a otros programas informáticos. Un virus puede ingresar en un sistema por conducto de una pieza legítima de soporte lógico que ha quedado infectada, así como utilizando el método del Caballo de Troya.



✓ **Gusanos.** Se fabrica en forma análoga al virus con miras a infiltrarlo en programas legítimos de procesamiento de datos o para modificar o destruir los datos, pero es diferente del virus porque no puede regenerarse. En términos médicos podría decirse que un gusano es un tumor benigno, mientras que el virus es un tumor maligno. Ahora bien, las consecuencias del ataque de un gusano pueden ser tan graves como las del ataque de un virus; por ejemplo, un programa gusano que subsiguientemente se destruirá puede dar instrucciones a un sistema informático de un banco para que transfiera continuamente dinero a una cuenta ilícita.



✓ **Bomba lógica o cronológica.** Exige conocimientos especializados ya que requiere la programación de la destrucción o modificación de datos en un momento dado del futuro. Ahora bien, al revés de los virus o los gusanos, las bombas lógicas son difíciles de detectar antes de que exploten; por eso, de todos los dispositivos informáticos criminales, las bombas lógicas son las que poseen el máximo potencial de daño. Su detonación puede programarse para que cause el máximo de daño y para que tenga lugar mucho tiempo después de que se haya marchado el delincuente. La bomba lógica puede utilizarse también como instrumento de extorsión y se puede pedir un rescate a cambio de dar a conocer el lugar donde se halla la bomba.

➤ **Acceso no autorizado a servicios y sistemas informáticos.**

El acceso no autorizado a un sistema informático, puede definirse como en el acceder de manera

indebida, sin autorización, a un sistema de tratamiento de la información, con el propósito de obtener una satisfacción ya sea de carácter intelectual o económica por el desciframiento de los códigos de acceso o password. Este puede darse por motivos diversos: desde la simple curiosidad, como en el caso de muchos piratas informáticos (hackers) hasta el sabotaje o espionaje informático.

✓ **Piratas informáticos o hackers.** Se conoce como “Hacker” a los autores de estas acciones de violación de programas y sistemas supuestamente considerados impenetrables. El acceso se efectúa a menudo desde un lugar exterior, situado en la red de telecomunicaciones, recurriendo a uno de los diversos medios que se mencionan a continuación. El delincuente puede aprovechar la falta de rigor de las medidas de seguridad para obtener acceso o puede descubrir deficiencias en las medidas vigentes de seguridad o en los procedimientos del sistema. A menudo, los piratas informáticos se hacen pasar por usuarios legítimos del sistema; esto suele suceder con frecuencia en los sistemas en los que los usuarios pueden emplear contraseñas comunes o contraseñas de mantenimiento que están en el propio sistema.

► **Reproducción no autorizada de programas informáticos de protección legal.**

La reproducción no autorizada de programas informáticos puede entrañar una pérdida económica sustancial para los propietarios legítimos. Algunas jurisdicciones han tipificado como delito esta clase de actividad y la han sometido a sanciones penales. El problema ha alcanzado dimensiones transnacionales con el tráfico de esas reproducciones no autorizadas a través de las redes de telecomunicaciones modernas.

1.4. La Auditoría Informática y su papel en la contemporaneidad.

En el caso de nuestro país es conocido el hecho de que cada vez existe mayor conciencia entre las administraciones de distintas entidades de la necesidad de proteger sus informaciones y optimizar los sistemas informáticos, esto ha exigido que se desarrollen ramas de la economía poco conocidas como lo es la *Auditoría Informática*, pues esta especialización obedece al aumento de complejidad de los sistemas informáticos. Hasta los años 70', los existentes se basaban en mainframes y minicomputadoras, no rebasaban la cifra de 200 en Cuba en 1982 y estaban concentrados en aplicaciones administrativas, tales como nóminas, tareas de contabilidad, etc., relativamente pequeños (resultaba difícil encontrar sistemas con más de 50-70 programas y 150 000 instrucciones de fuente, por lo general escritas en

FORTRAN o COBOL) y aislados, con muy poco intercambio de información entre aplicaciones diferentes. Las máquinas también se hallaban aisladas (Stand alone) o disponían de algunas terminales sin inteligencia, pues era la época del “tiempo compartido”. A principios de los años 80 comienza la eclosión de las microcomputadoras con la revolución industrial que impuso IBM PC y el consiguiente descenso en los precios de equipos y softwares, lo que posibilitó, entre otras cosas, la masificación de la informática y la expansión de INTERNET. Se crearon redes locales y globales de computadoras, se diseñaron sistemas informáticos mucho más complejos con un alto grado de integración apoyados en lenguajes de programación más evolucionado (como los xBASE y C para las microcomputadoras y ADA y COBAL de nueva generación para los mainframes y minicomputadoras) y sistemas de gestión de base de datos de gran potencia. Se introducen progresivamente, sistemas con integración de imágenes, voz, datos y cobra auge la multimedia. Se introduce la automatización creciente de las oficinas con el incremento de la transmisión de información entre estaciones de trabajo, se comienza el empleo de sistemas expertos, redes neuronales y otros elementos de inteligencia artificial, con gran crecimiento del valor de las informaciones almacenadas, pues actualmente, además de datos se almacenan también conocimientos.

La “Auditoría Informática” representa un cambio cualitativo total con respecto a la mal llamada “Auditoría Tradicional”. Esta es una actividad que cada vez gana más autonomía y personalidad. En realidad, es un conjunto de métodos y técnicas de trabajo vinculados a la problemática de conservar adecuadamente los recursos informativos de las entidades y de avalar autenticidad corrección e integridad de las informaciones en las mismas.

De igual forma, parte de su objeto de trabajo consiste en la revisión, comprobación, examen, estudio y análisis de las informaciones procesadas por las computadoras en cualquier tipo de entidad con el empleo de técnicas, métodos y artes apropiados para exponer los hechos y situaciones económico – financieras, así como también de evaluar el estado general de la gestión de dichas entidades.

En otras facetas de su actividad, la “Auditoría Informática” contribuye a mejorar el diseño de los sistemas informativos basados o no en computadoras, aumentar la eficiencia del aparato directivo que utiliza dichas informaciones y garantizar la seguridad y protección de los recursos informativos de la entidad.

La “Auditoría Informática” se ocupa de :

- Controlar los sistemas informáticos en explotación,

- Asegurar y apoyar el diseño y confección de sistemas que se encuentren en elaboración,
- Trabajar para garantizar la **seguridad y protección** de los recursos informativos.

Así, en la medida que aumenta el nivel de informatización de la sociedad, ésta asume nuevas tareas y funciones que cambian constantemente al ampliar y profundizar su objeto de trabajo. Por ejemplo el auge del comercio electrónico y la educación a distancia, exige que surjan nuevas ramas de la “Auditoría Informática”, para responsabilizarse con la autenticación y certificación de personas, instituciones, incluidas sus condiciones de identidad, financieras, etc.

Semejante amplitud de su objeto de trabajo impone una inevitable especialización entre los profesionales que se ocupan de sus distintas ramas, de forma tal que se concentran en la auditoría de los sistemas en explotación, otros en la seguridad y protección de la información, en la auditoría de los sistemas en proceso de diseño y elaboración, etc.

Si a lo anterior se une el aumento progresivo de la complejidad de la gestión de las organizaciones, así como su incremento y crecimiento en número, se puede entender el porqué de la tendencia de los auditores actuales a especializarse en algunas de las ramas mencionadas. Para dicha especialización existe igualmente en Cuba el hecho de que muchos auditores aún en funciones, pertenecen por edad, formación o preparación intelectual y profesional, a generaciones anteriores. Por ende, muestran grandes insuficiencias, lagunas de conocimientos y falta de habilidades relacionadas con la informática. Consecuentemente, no pueden enfrentar una auditoría a entidades que posean sus sistemas informatizados, por sencillos y pequeños que éstos sean, sin el apoyo de un personal especializado en informática.

Incursión en la Legislación Penal vigente en Cuba y el tratamiento Internacional del Delito Informático.

2.1. Inoperancia de la aplicación de los preceptos del Legislación Penal vigente en Cuba.

2.2. Tratamiento Internacional del Delito Informático.

2.1. Inoperancia de la aplicación de los preceptos de la Legislación Penal vigente en Cuba.

En correspondencia a lo anterior, partiremos de que en nuestro Código Penal en los delitos que serán objeto de análisis, se habla de “*cosa mueble*” y en este trabajo entenderemos como tal aquellos bienes materiales y tangibles, sobre los que obviamente recaerá la acción del comisario del delito.

Comencemos entonces este somero análisis de algunas figuras delictivas que recoge nuestra Legislación Penal vigente, para concluir del mismo como no pueden ser encuadradas en estas conductas que enmarquen delitos informáticos. Veamos en detalle el análisis y comencemos por el delito de Hurto.

El Artículo 322, Apartado 1 de nuestro Código Penal establece que “El que sustraiga una cosa o mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, incurrirá en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.”

En el caso de este delito, se exigen para su tipificación dos elementos: la sustracción de una cosa o mueble de ajena pertenencia y el ánimo de lucro, ahora bien atendiendo a lo inicialmente planteado sobre lo que entenderemos por cosa o mueble, tendríamos que decir entonces que aquella persona que sustraiga información de cualquier sistema informatizado, aunque este presente en ella el ánimo de lucrar con la misma y de hecho lo logre, no incurrirá en delito alguno pues la información es un bien intangible y por consiguiente, faltaría uno de los elementos tipificados del delito, y consecuentemente no podría ser esta persona procesada por la comisión de este hecho.



Cosa distinta sería si el comisor actuara sobre la máquina, es decir, que el objeto del delito fuera la propia máquina, entonces al ser sustraída la misma, y siendo esta un bien mueble, obviamente se tificaría el delito de Hurto, sin embargo, al sustraer la máquina también se estaría sustrayendo la información contenida en esta más este último hecho no sería punible según el análisis realizado.

A continuación analizaremos, lo que sucede con relación al delito de Robo con Fuerza en las Cosas, previsto en el Artículo 328, Apartado 1 del Código Penal, este establece que: “Se sanciona con privación de libertad de tres a ocho años al que sustraiga una cosa o mueble de ajena pertenencia con ánimo de lucro, concurriendo en el hecho alguna de las circunstancias siguientes.”

En este caso nos referiremos sólo a dos de estas circunstancias:

- a) entrar al lugar o salir de él por una vía no destinada al efecto.
- b) Uso de llave falsa, o uso de la verdadera que hubiese sido sustraída o hallada, o de ganzúa u otro instrumento análogo. A estos efectos, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia u otros de iguales propósitos.

En las dos modalidades anteriormente enunciadas, sucede algo similar a lo analizado en el delito de Hurto, pues el comisor del delito puede actuar utilizando cualquiera de las dos variantes, pero siempre sería para acceder al lugar en que se encuentra la máquina o la red informática de la que pretende sustraer la información, lo que constituye su objetivo principal, obviamente al actuar de cualquiera de las dos formas, pero solamente con el objetivo antes señalado queda claro que no se tipifica el delito, pues lo sustraído no es una cosa mueble, no es un bien mueble sino todo lo contrario un bien totalmente intangible, pudiendo sí tipificarse el delito si el objetivo del comisor del mismo fuera la sustracción de la máquina como tal, y volvemos a la reflexión anterior de que en este caso quedaría impune la sustracción de la información que obviamente se produce al sustraerse la máquina.

Otro delito que regula nuestro Código Penal es el de Daños, previsto en el Artículo 339, y que preceptúa que: “El que destruya, deteriore o inutilice un bien perteneciente a otro, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.”

Como podemos apreciar el elemento clave para este delito es la destrucción, deterioro o inutilización de un bien perteneciente a otro, más tal y como se ha aplicado la figura, ha sido siempre respecto a bienes materiales, y vuelve a presentarse una vez más la

disyuntiva que hemos venido exponiendo en todo este análisis, no es la información un bien mueble, por lo tanto los daños que pueda sufrir un particular o cualquier entidad por la acción dolosa o imprudente de un sujeto que realice cualquiera de estas tres acciones respecto a la información perteneciente a esta persona o entidad, contenida en máquinas o cualquier tipo de soporte magnético, ya sean cintas, discos rígidos (discos duros), disquetes floppy, C-ROOM, zip drives entre otros, no serían punibles, y por tanto el afectado no podría ser resarcido por daños sufridos, sólo se tipificaría el delito cuando el daño fuera directamente sobre la máquina o sobre cualquiera de los medios utilizados para guardar la información, en cuyo caso podrían ser resarcidos sus propietarios, pero nunca ese resarcimiento alcanzaría a la información perdida.

Otro tanto sucedería, por ejemplo, en los delitos de Chantaje, Estafa y Apropiación Indevida, cuando el bien objeto de los mismos sea la información contenida en máquinas, soportes magnéticos, sistemas automatizados o redes informáticas, en cuyo caso al ser esta información un bien perteneciente a la persona o entidad perjudicada o a terceros, pero al fin de cuentas esta información es un bien intangible, no material, por lo que entonces obviamente no podría inculparse de ningún modo al comisor de cualquiera de estos delitos.

Por último queremos referirnos a otra situación, que difiere de lo antes expuesto, que se relaciona directamente con la utilización de la tecnología como medio a fin para cometer un delito común y en este sentido planteamos la dificultad que obviamente se presentaría para detectar estos delitos, debido primeramente a la falta de regulación de los mismos y además a lo difícil que se hace su detección.

En correspondencia con todo lo antes expuesto y teniendo en cuenta que nuestro país ha ido avanzando gradualmente en su desarrollo tecnológico, somos del criterio que se impone una preparación en técnicas informáticas del personal relacionado con toda la actividad de prevención, detección, procesamiento y juzgamiento de la actividad delictiva y sus sujetos, por lo que sin dudas también se requiere una adecuación de nuestras leyes a las nuevas tipicidades delictivas que inevitablemente están surgiendo.

2.2. Tratamiento Internacional del Delito Informático.

Ahora bien, debe mencionarse que durante los últimos años se ha ido perfilando en el ámbito internacional un cierto consenso en las valoraciones político-jurídicas de los problemas derivados del mal uso que se hace las computadoras, lo cual ha dado lugar a que, en algunos casos, se modifiquen los derechos penales nacionales.

En un primer término, debe considerarse que en 1983, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) inició un estudio de la posibilidad de aplicar y armonizar en el plano internacional las leyes penales a fin de luchar contra el problema del uso indebido de los programas computacionales.

Las posibles implicaciones económicas de la delincuencia informática, su carácter internacional y, a veces, incluso transnacional y el peligro de que la diferente protección jurídico-penal nacional pudiera perjudicar el flujo internacional de información, condujeron en consecuencia a un intercambio de opiniones y de propuestas de solución. Sobre la base de las posturas y de las deliberaciones surgió un análisis y valoración incomparativista de los derechos nacionales aplicables, así como de las propuestas de reforma. Las conclusiones político-jurídicas desembocaron en una lista de las acciones que pudieran ser consideradas por los Estados, por regla general, como merecedoras de pena.

De esta forma, la OCDE en 1986 publicó un informe titulado "Delitos de Informática: análisis de la normativa jurídica", en donde se reseñaban las normas legislativas vigentes y las propuestas de reformas en diversos Estados Miembros y se recomendaba una **lista mínima** de ejemplos de **uso indebido que los países podrían prohibir y sancionar en leyes penales** (Lista Mínima), como por ejemplo el fraude y la falsificación informáticos, la alteración de datos y programas de computadora, sabotaje informático, acceso no autorizado, interceptación no autorizada y la reproducción no autorizada de un programa de computadora protegido.

La mayoría de los miembros de la Comisión Política de Información, Computadores y Comunicaciones recomendó también que se instituyesen **protecciones penales contra otros usos indebidos (Lista optativa o facultativa)**, espionaje informático, utilización no autorizada de una computadora, utilización no autorizada de un programa protegido, incluido el robo de secretos comerciales y el acceso o empleo no autorizado de sistemas de computadoras.

Con objeto de que se finalizara la preparación del informe de la OCDE, el Consejo de Europa inició su propio estudio sobre el tema a fin de elaborar directrices que ayudasen a los sectores legislativos a determinar qué tipo de conducta debía prohibirse en la legislación penal y la forma en que debía conseguirse ese objetivo, teniendo debidamente en cuenta el conflicto de intereses entre las libertades civiles y la necesidad de protección.

La lista mínima preparada por la OCDE se amplió considerablemente, añadiéndose a ella otros tipos de abuso que se estimaba merecían la aplicación de la legislación penal. El Comité Especial de Exper-

tos sobre Delitos relacionados con el empleo de computadoras, del Comité Europeo para los Problemas de la Delincuencia, examinó esas cuestiones y se ocupó también de otras, como la protección de la esfera personal, las víctimas, las posibilidades de prevención, asuntos de procedimiento como la investigación y confiscación internacional de bancos de datos y la cooperación internacional en la investigación y represión del delito informático.

Una vez desarrollado todo este proceso de elaboración de las normas a nivel continental, el Consejo de Europa aprobó la recomendación R(89)9 sobre delitos informáticos, en la que **«recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que tengan en cuenta cuando revisen su legislación o preparen una nueva, el informe sobre la delincuencia relacionada con las computadoras... y en particular las directrices para los legisladores nacionales»**. Esta recomendación fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de septiembre de 1989. Las directrices para los legisladores nacionales incluyen una lista mínima, que refleja el consenso general del Comité, acerca de determinados casos de uso indebido de computadoras y que deben incluirse en el derecho penal, así como una lista facultativa que describe los actos que ya han sido tipificados como delitos en algunos Estados, pero respecto de los cuales no se ha llegado todavía a un consenso internacional en favor de su tipificación.

Por otra parte, a nivel de organizaciones intergubernamentales de carácter universal, debe destacarse que en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el marco del Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en 1990 en la Habana Cuba, se dijo que la delincuencia relacionada con la informática era consecuencia del mayor empleo del proceso de datos en las economías y burocracias de los distintos países y que por ello se había difundido la comisión de actos delictivos.

Adicionalmente debe mencionarse que en 1992, la OCDE elaboró un conjunto de normas para la seguridad de los sistemas de información, con intención de ofrecer las bases para que los Estados y el sector privado pudieran erigir un marco de seguridad para los sistemas informáticos el mismo año.

En este contexto, consideramos que si bien este tipo de organizaciones han pretendido desarrollar normas que regulen la materia de delitos informáticos, ello es resultado de las características propias de los países que los integran, quienes, comparados con Cuba



y otras partes del mundo, tienen un mayor grado de informatización y han enfrentado de forma concreta las consecuencias de ese tipo de delitos.

Además, la ingerencia transnacional en los sistemas de proceso de datos de otros países, ha llamado la atención de todo el mundo. Por tal motivo, si bien el problema principal —hasta hace unos pocos años— ha sido la reproducción y la difusión no autorizada de programas informáticos y el uso indebido de los cajeros automáticos, no se habrían difundido otras formas de delitos informáticos, por lo que se hace necesario adoptar medidas preventivas para evitar su aumento.

En general, se supuso que habría un gran número de casos de delitos informáticos no registrados. Por todo ello, en vista que los delitos informáticos eran un fenómeno nuevo, y debido a la ausencia de medidas que pudieran contrarrestarlos, se consideró que el uso deshonesto de las computadoras podría tener consecuencias desastrosas. A este respecto, el Congreso recomendó que se establecieran normas y directrices sobre la seguridad de las computadoras a fin de ayudar a la comunidad internacional a hacer frente a estas formas de delincuencia.

Partiendo del estudio comparativo de las medidas que se han adoptado a nivel internacional para atender esta problemática, deben señalarse los problemas que enfrenta la cooperación internacional en la esfera del delito informático y el derecho penal, a saber: *la falta de consenso sobre lo que son los delitos informáticos, falta de definición jurídica de la conducta delictiva, falta de conocimientos técnicos por parte de quienes hacen cumplir la ley, dificultades de carácter procesal, falta de armonización para investigaciones nacionales de delitos informáticos. Adicionalmente, deben mencionarse la ausencia de la equiparación de estos delitos en los tratados internacionales de extradición. Teniendo presente esa situación, consideramos que es indispensable resaltar que las soluciones puramente nacionales serán insuficientes frente a la dimensión internacional que caracteriza este problema. En consecuencia, es necesario que para solucionar los problemas derivados del incremento del uso de la informática, se desarrolle un régimen jurídico internacional donde se establezcan las normas que garanticen su compatibilidad y aplicación adecuada. Durante la elaboración de dicho régimen, se deberán de considerar los diferentes niveles de desarrollo tecnológico que caracterizan a los miembros de la comunidad internacional.*

En otro orden de ideas, debe mencionarse que la Asociación Internacional de Derecho Penal durante un coloquio celebrado en Wurzburg en 1992, adoptó

diversas recomendaciones respecto a los delitos informáticos. Estas recomendaciones contemplaban que en la medida en que el derecho penal tradicional no sea suficiente, deberá promoverse la modificación de la definición de los delitos existentes o la creación de otros nuevos, si no basta con la adopción de otras medidas (principio de subsidiaridad). Además, las nuevas disposiciones deberán ser precisas, claras y con la finalidad de evitar una excesiva tipificación deberá tenerse en cuenta hasta qué punto el derecho penal se extiende a esferas afines con un criterio importante para ello como es el de limitar la responsabilidad penal con objeto de que éstos queden circunscritos primordialmente a los actos deliberados.

Asimismo, considerando el valor de los bienes intangibles de la informática y las posibilidades delictivas que pueden entrañar el adelanto tecnológico, se ha recomendado que los Estados consideren de conformidad con sus tradiciones jurídicas y su cultura y con referencia a la aplicabilidad de su legislación vigente, la tipificación como delito punible de la conducta descrita en la «lista facultativa», especialmente la alteración de datos de computadora y el espionaje informático; así como que por lo que se refiere al delito de acceso no autorizado precisar más al respecto en virtud de los adelantos de la tecnología de la información y de la evolución del concepto de delincuencia.

Además, señala que el tráfico con contraseñas informáticas obtenidas por medios inapropiados, la distribución de virus o de programas similares deben ser considerados también como susceptibles de penalización.

CONCLUSIONES

El grado de difusión de la informática es, sin lugar a dudas, un factor que determina el origen de nuevas formas delictivas. Nos vemos enfrentados así, con la otra cara de la moneda, de los beneficios ampliamente reconocidos que los medios informáticos han aportado al desarrollo de la humanidad, al delito informático y la forma en que está siendo regulada, además del evidente incremento de esta situación, consideramos necesario a pesar de que en el país el delito informático no ha alcanzado el grado de peligrosidad existente en otros países, regular penalmente las conductas ilícitas derivadas del uso de la computadora.

En primer término, consideramos que la difusión a las empresas, organismos, dependencias, particulares y a la sociedad en general, contribuirá notoriamente al nivel de concientización sobre el problema que nos ocupa. El siguiente paso será dar a conocer

las medidas preventivas que se deben adoptar para evitar estas conductas ilícitas.

Teniendo en cuenta también la gravedad que implican los delitos informáticos, consideramos que es necesario que el Código Penal incluya figuras delictivas que contengan los delitos informáticos ya que de no hacerlo, la ausencia de figuras concretas que se puedan aplicar en esa materia daría lugar a que los autores de esos hechos quedaran impunes ante la ley, o bien, obligaría a los tribunales a aplicar preceptos que no se ajusten a la naturaleza de los hechos cometidos o al menos la autoridad política y judicial podría a través de la aplicación de medidas preventivas o de sanciones penales leves, manejar

de mejor manera los antecedentes que permitieran reducir la denominada “cifra negra u oscura” respecto a la criminalidad informática, que es aquella constituida por todas las acciones delictivas que no llegan al conocimiento de las autoridades por falta de acceso a la información adecuada y mecanismos de detección del delito. Para lo cual además, se requiere de un personal en cada uno de los organismos encargados de investigar y juzgar estos delitos, preparado para asumir el reto que significa el uso de la informática en los hechos delictivos.

Por último y a modo de recomendación, solo nos resta por decir que la Ley debe ponerse al día con la tecnología.

Bibliografía:

- 1- Código Penal Cubano.
- 2- “Delitos Informáticos”, artículo de circulación libre por INTERNET, 1998.
- 3- Ossa R. Claudio P., “Delitos informáticos”, artículo de circulación libre por INTERNET,
- 4- Delpiazzo Carlos E., **Uruguay: Del Derecho de la Información al Derecho Informático: Propuesta de Sistematización.** Artículo de la Revista Electrónica de Derecho Informático, INTERNET, 2000.
- 5- Reyna A. Luis M., Artículo tomado de la Revista Electrónica de Derecho Informático, INTERNET, 2000.
- 6- Telléz Valdés, Julio. Contratos, riesgos y seguros informáticos.
- 7- Brenna, Ramón G. El “documento digital”: ¿La extinción de los papeles?, Artículo de la Revista Electrónica de Derecho Informático, INTERNET, 2000.
- 8- Blanco E. Lázaro J. “La Auditoría Informática al comienzo del tercer milenio.” (I Parte). Revista GIGA. Número 6. 2000, La Habana.
- 9- Sitio WEB delitosinformaticos.com, INCLUIDO EN EL Portaley.com



Un error en Cuba, es un error en América, es un error en la humanidad moderna. Quién se levanta hoy con Cuba, se levanta para todos los tiempos.

José Martí

EL ESTATUTO DEL JUEZ IBEROAMERICANO

Los presidentes de los Tribunales Supremos y Corte Supremas de Justicia de los países Iberoamericanos, de la misma forma en que lo hacen los Jefes de Estado y Gobierno de la Región y de modo paralelo, se reúnen cada dos años para analizar los problemas que gravitan sobre la justicia, de los países del área, compartir experiencias que pueden ser útiles a todos y aprobar recomendaciones generales sobre importantes aspectos de la administración de Justicia, que pueden ser asumidas o no por los sistemas judiciales de esta comunidad de naciones.

Las Cumbres Judiciales Iberoamericanas, (que es el nombre con el que actualmente se denominan estas reuniones), no son un órgano supranacional y sus acuerdos y decisiones no tienen efecto vinculante, sino que son recomendaciones a tener en cuenta por los miembros que la integran, siempre que no contradigan su legislación interna.

En la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España en el mes de mayo del 2001, se aprobó, entre otros documentos el «Estatuto del Juez Iberoamericano» que hoy publicamos en nuestra revista con el objetivo de difundir su conocimiento y contribuir a la elevación de la cultura jurídica de nuestros profesionales.

El Estatuto es un documento marco que esboza los derechos, deberes, valores, principios, condiciones y requisitos que han de acompañar y orientar a los jueces en el ejercicio de su delicada tarea, partiendo para ello del único enfoque sostenible en el mundo de hoy en relación a que la Justicia mas que una función de los estados es un derecho de los ciudadanos. Tal es así que se define la independencia judicial «no como privilegio de los jueces, sino como derecho de los ciudadanos y garantía del correcto funcionamiento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho que asegure una justicia accesible, eficiente y previsible».

El documento aborda también temas tan importante como el Principio de la Imparcialidad, La Selección del Juez, Carrera Judicial e inamovilidad, La Responsabilidad, Inspección y Evaluación del Juez, Capacitación, Retribución, Seguridad Social y Medios Materiales, Derecho de Asociación Profesional y la Ética Judicial.

*Lic. Ortelio Juíz Prieto
Coordinador Nacional de las Cumbres Judiciales
de Iberoamérica de Cuba*

TOMANDO EN CUENTA que la evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, lo cual exige que el Poder Judicial responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades.

CONSIDERANDO que el Poder Judicial debe evolucionar hacia la consecución o consolidación de su independencia, no como privilegio de los jueces, sino como derecho de los ciudadanos y garantía del correcto funcionamiento del Estado constitucional y democrático de Derecho que asegure una justicia accesible, eficiente y previsible.

CONSIDERANDO, además, que, a la par de los esfuerzos que se realizan en lo que se ha denominado «Reforma Judicial», con la diversidad que en el ámbito iberoamericano se observa, es indispensable dar respuesta a la exigencia de nuestros pueblos de poner la justicia en manos de jueces de clara idoneidad técnica, profesional y ética, de quienes depende, en último término, la calidad de la justicia.

CONVENCIDA de que para el mejor desempeño de la función jurisdiccional, y junto a las disposiciones constitucionales y legales de cada uno de los Estados que componen la comunidad iberoamericana, es necesario que los jueces, independientemente de su orden jerárquico, dispongan de un instrumento que condense, lo más precisamente posible, los derechos, deberes, condiciones y requisitos que han de acompañados y orientarlos en el ejercicio de sus delicadas tareas.

DESEANDO, por último, ofrecer un referente que identifique los valores, principios; instituciones, procesos y recursos mínimos necesarios para garantizar que la función jurisdiccional se desarrolle en forma independiente, defina el papel del juez en el contexto de una sociedad democrática y estimule los esfuerzos que en ese sentido desarrollan los Poderes Judiciales de la región

Aprueba y promulga el siguiente:

ESTATUTO DEL JUEZ IBEROAMERICANO

INDEPENDENCIA

Art. 1. Principio general de independencia

Como garantía para los justiciables, los son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentran tan sólo sometidos a la Constitución y a la ley, con estricto respeto al principio de jerarquía normativa.

Art. 2. Obligación de respeto a la independencia judicial

Los otros poderes del Estado y, en general, todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como los diferentes grupos y organizaciones sociales, económicos y políticos, deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura.

Art. 3. Independencia judicial y medios de comunicación

La utilización de los medios de comunicación social con el objeto de suplantar funciones jurisdiccionales, imponer o influir el contenido de las resoluciones judiciales, en condiciones que excedan el legítimo derecho a la libertad de expresión e información, se considera lesiva para la independencia judicial.

Art. 4. Independencia interna

En el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de éstas de revisar las decisiones jurisdiccionales a través de los recursos legalmente establecidos, y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia y a los precedentes emanados de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos.

Art. 5. Defensa de la independencia judicial

Los atentados a la independencia judicial han de ser sancionados por ley, que deberá prever los mecanismos por medio de los cuales los jueces inquietados o perturbados en su independencia puedan obtener el respaldo de los órganos superiores o de gobierno del Poder Judicial.

Art. 6. Condiciones materiales de la independencia

El Estado garantizará la independencia económica del Poder Judicial, mediante la asignación del presupuesto adecuado para cubrir sus necesidades y a través del desembolso oportuno de las partidas presupuestarias.

IMPARCIALIDAD

Art.7. Principio de imparcialidad

La imparcialidad del juez es condición indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Art. 8. Imparcialidad objetiva

La imparcialidad del juez ha de ser real, efectiva y evidente para la ciudadanía.

Art. 9. Abstención y recusación

Los jueces tienen la obligación de separarse de la tramitación y conocimiento de asuntos en los que tengan alguna relación previa con el objeto del proceso, partes o interesados en el mismo, en los términos previstos en la ley.

Las abstenciones sin fundamento y las recusaciones infundadas aceptadas por el juez, deben ser sancionadas de conformidad con lo que disponga la ley.

Art. 10. Incompatibilidades

El ejercicio de la función jurisdiccional es incompatible con otras actividades, a excepción de aquéllas admitidas por la ley.

SELECCIÓN DEL JUEZ, CARRERA JUDICIAL E INAMOVILIDAD

Art. 11. Órgano y procedimiento de selección de los jueces

Los procesos de selección y nombramiento deben realizarse por medio de órganos predeterminados por la ley, que apliquen procedimientos también predeterminados y públicos, que valoren objetivamente los conocimientos y méritos profesionales de los aspirantes.

Art. 12. Objetividad en la selección de jueces

Los mecanismos de selección deberán adaptarse a las necesidades de cada país y estarán orientados, en todo caso, a la determinación objetiva de la idoneidad de los aspirantes.

Art. 13. Principio de no discriminación en la selección de jueces.

En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, sexo, religión, ideología, origen social, posición económica u otro que vulnere el derecho a la igualdad que ampara a los aspirantes. El requisito de nacionalidad del país de que se trate no se considerará discriminatorio.

Art. 14. Principio de inamovilidad

Como garantía de su independencia, los jueces deben ser inamovibles desde el momento en que adquieren tal categoría e ingresan a la Carrera Judicial, en los términos que la Constitución establezca.

No obstante, podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad física o mental, evaluación negativa de su desempeño profesional en los casos en que la ley lo establezca o destitución o separación del cargo declarada en caso de responsabilidad penal o disciplinaria, por los órganos legalmente establecidos, mediante procedimientos que garanticen el respeto del debido proceso y, en particular, el de los derechos de audiencia, defensa, contradicción y recursos legales que correspondan.

Art. 15. Nombramiento a término de los jueces

Con conocimiento de que algunos países admiten el nombramiento a término de jueces, se aspira a que esta situación se modifique para alcanzar la garantía de inamovilidad en los términos del artículo anterior.

Art. 16. Inamovilidad interna

La garantía de inamovilidad del juez se extiende a los traslados, promociones y ascensos, que exigen el libre consentimiento del interesado.

Excepcionalmente, podrá establecerse en la ley la posibilidad del ascenso o traslado del juez por necesidades del servicio o modificación de la organización judicial o el destino temporal de aquél, por iguales motivos, para reforzar otro órgano jurisdiccional. En casos como estos, en que prevalece el interés general sobre el particular, deberá garantizarse el respeto del debido proceso.

Art. 17. Objetividad en la conformación de la carrera judicial

Los traslados, promociones y ascensos de los jueces se decidirán con criterios objetivos predeterminados en la ley, basados, fundamentalmente, en la experiencia y capacidad profesionales de los solicitantes.

Art. 18. Inamovilidad «Ad Hoc»

La inamovilidad del juez garantiza también, como principio general y salvo aquellos casos expresamente previstos en la Ley que no podrá ser apartado del conocimiento de los asuntos que le estén encomendados.

RESPONSABILIDAD, INSPECCIÓN Y EVALUACIÓN DEL JUEZ

Art. 19. Principio de legalidad en la responsabilidad del juez

Los jueces responderán penal, civil y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en la ley.

La exigencia de responsabilidad no amparará los atentados contra la independencia judicial que pretendan encubrirse bajo su formal cobertura.

Art. 20. Órgano y procedimiento para la exigencia de responsabilidad

La responsabilidad disciplinaria de los jueces será competencia de los órganos del Poder Judicial legalmente establecidos, mediante procedimientos que garanticen el respeto del debido proceso y, en particular, el de los derechos de audiencia, defensa, contradicción y recursos legales que correspondan.

Art. 21. Sistema de supervisión judicial

Los sistemas de supervisión judicial han de entenderse como un medio para verificar el buen fun-

cionamiento de los órganos judiciales y procurar el apoyo a la mejora de la gestión de los jueces.

Art. 22. Evaluación del desempeño

En garantía de la eficiencia y calidad del servicio público de justicia, puede establecerse un sistema de evaluación del rendimiento y comportamiento técnico profesional de los jueces.

Art. 23. Consecuencias de la evaluación negativa del desempeño

El desempeño inadecuado o deficiente en el ejercicio de la función jurisdiccional, debidamente acreditado mediante procedimiento legal y reglamentariamente establecido que prevea la audiencia del juez, puede conllevar la aplicación de periodos de capacitación obligatoria o, en su caso, la aplicación de otras medidas correctivas o disciplinarias.

CAPACITACIÓN

Art. 24. Capacitación inicial

La capacitación inicial tiene por objetivos la selección de los candidatos más aptos para el desempeño de la función judicial en una sociedad democrática, a través de mecanismos que permitan comprobar las condiciones que debe reunir todo aspirante a la judicatura y la formación de éste en los conocimientos y las destrezas propias de su función, con una orientación teórico práctica que incluya, en la medida de lo posible, un período de pasantías en órganos jurisdiccionales.

Art. 25. Centros de capacitación

Las Escuelas Judiciales, sea cual sea la denominación que en cada país reciban, deben asumir la responsabilidad de la formación inicial de los jueces, y, en su caso, de los que pertenecen a la carrera judicial siguiendo las indicaciones, en su caso, del órgano superior de gobierno judicial, en cuanto a los propósitos que deben perseguirse con esa formación, diseñando, planificando y ejecutando los programas educativos y valorando sus resultados.

Art. 26. Costos de la capacitación inicial

Los costos de la formación inicial deben ser asumidos por el Poder Judicial, con colaboración, en su caso, de instituciones públicas y privadas procurando, también, si sus posibilidades económicas lo permiten, facilitar fórmulas de apoyo financiero a los aspirantes a jueces.

Art. 27. Naturaleza y costos de la capacitación continuada

La formación continuada o capacitación en servicio constituye un derecho y un deber del juez y una responsabilidad del Poder Judicial, que deberá facilitarla en régimen de gratuidad.

Art. 28. Voluntariedad de la capacitación continuada

La capacitación continuada puede ser concebida como obligatoria o como voluntaria para el juez, pero habrá de revestir carácter obligatorio en casos de ascenso, traslado que implique cambio de jurisdicción, reformas legales importantes y otras circunstancias especialmente calificadas.

Art. 29. Órgano que tiene encomendada la capacitación continuada

La formación continuada o capacitación en servicio debe ofrecerse a jueces y magistrados a través de las Escuelas Judiciales, sin perjuicio de que éstas recurran a la colaboración de otras instituciones, públicas o privadas, cuando fuere necesario.

Art. 30. Evaluación en la capacitación

La evaluación de los aspirantes que realicen procesos o sistemas de formación inicial se realizará atendiendo a criterios objetivos, para determinar la posibilidad o imposibilidad del ingreso a la función.

La evaluación de la formación continuada, incorporada al expediente personal del juez, puede constituir un elemento de valoración del desempeño judicial y un criterio de decisión para la promoción y ascenso de los jueces.

Art. 31. Participación judicial en la programación de la capacitación

En la definición de políticas de formación judicial, los órganos competentes deberán tomar en cuenta la opinión de los jueces.

RETRIBUCION, SEGURIDAD SOCIAL Y MEDIOS MATERIALES

Art. 32. Remuneración

Los jueces deben recibir una remuneración suficiente, irreductible y acorde con la importancia de la función que desempeñan y con las exigencias y responsabilidades que conlleva.

Art. 33. Seguridad social

El Estado debe ofrecer a los jueces su acceso a un sistema de seguridad social, garantizando que recibirán, al concluir sus años de servicio por jubilación, enfermedad u otras contingencias legalmente previstas o en caso de danos personales, familiares o patrimoniales derivados del ejercicio del cargo, una pensión digna o una indemnización adecuada.

Es recomendable, en la medida en que las posibilidades económicas lo permitan, la previsión de un sistema de seguridad para los jueces que incluya un seguro de riesgos múltiples.

Art. 34. Recursos humanos, medios materiales y apoyos técnicos

Los jueces deberán contar con los recursos humanos, medios materiales y apoyos técnicos ne-

cesarios para el adecuado desempeño de su función.

El criterio de los jueces debe ser tomado en consideración en las decisiones que se adopten sobre el particular, para lo que debe oírse su opinión.

En particular, los jueces deben tener fácil acceso a la legislación y a la juris-prudencia y disponer de los demás recursos necesarios para la rápida y motivada resolución de litigios y causas.

Art. 35. Seguridad personal y familiar

En garantía de la independencia e imparcialidad que han de presidir el ejercicio de la función judicial, el Estado proporcionará los medios necesarios para la seguridad personal y familiar de los jueces en función de las circunstancias de riesgo a que se vean sometidos.

DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL

Art. 36. Derecho de asociación de los jueces

La imparcialidad es compatible con el reconocimiento de la libertad de asociación de los jueces salvo las excepciones que establezca la Constitución o legislación de cada país.

ETICA JUDICIAL

Art. 37. Servicio y respeto a las partes

En el contexto de un Estado constitucional y democrático de Derecho y en el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces tienen el deber de trascender el ámbito de ejercicio de dicha función, procurando que la justicia se imparta en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respeto a la dignidad de la persona que acude en demanda del servicio.

Art. 38. Obligación de independencia

El juez está obligado a mantener y defender su independencia en el ejercicio de la función juris-

diccional.

Art. 39. Debido proceso

Los jueces tienen el deber de cumplir y hacer cumplir el principio del debido proceso, constituyéndose en garantes de los derechos de las partes y, en particular, velando por dispensarles un trato igual que evite cualquier desequilibrio motivado por la diferencia de condiciones materiales entre ellas y, en general, toda situación de indefensión.

Art. 40. Limitaciones en la averiguación de la verdad

Los jueces habrán de servirse tan sólo de los medios legítimos que el ordenamiento pone a su alcance en la persecución de la verdad de los hechos en los casos de que conozcan.

Art. 41. Motivación

Los jueces tienen la inexcusable obligación, en garantía de la legitimidad de su función y de los derechos de las partes, de motivar debidamente las resoluciones que dicten.

Art. 42. Resolución en plazo razonable

Los jueces deben procurar que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable. Evitarán o, en todo caso, sancionarán las actividades dilatorias o de otro modo contrarias a la buena fe procesal de las partes.

Art. 43. Principio de equidad

En la resolución de los conflictos que lleguen a su conocimiento, los jueces, sin menoscabo del estricto respeto a la legalidad vigente y teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos, procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables.

Art. 44. Secreto profesional

Los jueces tienen obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta.



Juntarse: esta es la palabra del mundo

José Martí

LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS EN EL SECTOR JURÍDICO: IMPORTANCIA, ESTILOS Y NORMAS



*Lic. Jorgelina Jiménez Miranda
Especialista CENDIJ Introducción*

Una referencia bibliográfica es un conjunto de datos precisos concebido para representar los aspectos formales del documento y permitir su identificación y posterior localización. Desempeña un papel relevante en la redacción de todo tipo de trabajo por posibilitar la divulgación de fuentes originales, difundidas en materiales previamente publicados; propiciar, al lector, la comprobación de datos o razonamientos sustentados por un autor determinado; y sugerirle otras fuentes útiles para documentarse¹. Sirve para apoyarse en un principio legal y referirse o describir el contenido de una autoridad legal. Por tanto, se acepta este tipo de descripción bibliográfica como condición **sine qua non** de la literatura, sin embargo, su verdadera efectividad reside en la aplicación de criterios bien definidos y apropiados, que se sustenten en la normalización.

Por otra parte, la función de la referencia es ofrecer suficiente información al lector para ayudarle a decidir la elección de los materiales que utilizará a fin de evitarle la consulta directa de toda una relación, así como facilitarle la recuperación precisa y eficiente de aquellos incluidos en la relación que resulten de su interés².

No obstante el valor de esta parte sustancial de los trabajos, la comunidad científica mundial se ha enfrentado a considerables obstáculos por la ausencia de uniformidad y compatibilidad en lo que a este tema se refiere.

Un largo y complejo proceso se ha producido hasta alcanzar normativas que definan y establezcan pautas eficientes en la redacción de las referencias.

Objetivo

Dar a conocer la evolución y actual estado del tema de las referencias bibliográficas en el ámbito internacional dada su relevancia.

Necesidad de normalización

La creciente inquietud suscitada entre los profesionales de diferentes ramas del saber en cuanto a los beneficios de un estilo de redacción uniforme de las referencias bibliográficas y la toma de conciencia sobre la inaplazable necesidad de adoptar criterios válidos, en este sentido, han determinado la propuesta y posterior implantación de diferentes proyectos en diversos sectores. Numerosos son los ejemplos de instituciones y sectores que han abrazado y puesto en práctica esta idea.^{3, 4, 5}

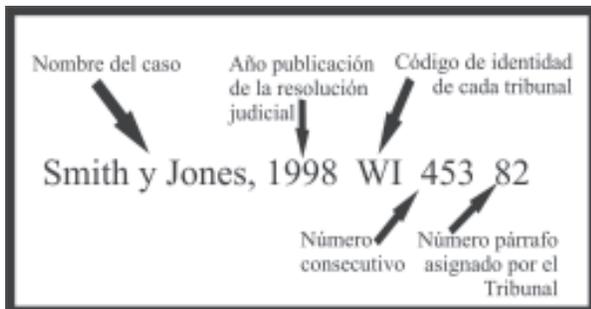
Específicamente, en el ámbito judicial, se toma como antecedente, la adopción de estándares en materia de preparación de las resoluciones judiciales electrónicas producidas por los tribunales las cuales han posibilitado, también, la introducción de la numeración de los párrafos. Tales normas han recibido una amplia acogida en países como Australia, Canadá, E.U.A., Inglaterra e Irlanda^{6, 7, 8, 9} tomando en cuenta que, en la era pre-informática, los costos adicionales de edición e impresión de los textos determinaron que, en lo fundamental, éstos fueran publicados por empresas comerciales, las cuales realizaban además la selección de los casos objeto de publicación. Paralelamente, se ha suscitado una fuerte controversia con los miembros del monopolio encargados hasta ese momento de esta actividad editorial.

Reforma del sistema de elaboración de referencias bibliográficas en el sector judicial

Es a partir de la década del 90 que se desarrolla un movimiento, en esos países, a favor de una propuesta de norma de referencia para la jurisprudencia, ideada con el propósito de establecer un estilo uniforme, denominado también universal o neutro que implica la presentación oficial de la referencia dentro del propio cuerpo del documento desde el mismo momento en que es emitido por los tribunales.

Este sistema de referencias de los documentos legales es un lenguaje normalizado que permite al autor hacer referencia a repertorios legales con suficiente precisión y nivel de generalidad para que otros puedan seguirlas. Se expresa en un lenguaje de abreviaturas y términos especiales, con una encriptación que origina ciertas dificultades al lector, pero que es necesaria en aras de lograr una significativa reducción del espacio consumido, en una sección que a menudo resulta tan extensa en esta rama del saber. Este nuevo estilo de referencias es válido tanto para los modelos correspondientes a los documentos impresos como para la información legal preparada a partir de las tecnologías más avanzadas.

Además de las ventajas antes mencionadas, se estima que dicho estilo de citación universal permitirá, entre otras: 1) difundir más rápidamente la jurisprudencia desde la publicación del texto legal por el tribunal, 2) facilitar la referencia de las decisiones judiciales recientes, 3) desarrollar, más armoniosamente, la difusión de la jurisprudencia al proporcionar un estilo de referencia común a todos los actores del mundo judicial. A continuación se presenta un ejemplo de resolución judicial a modo ilustrativo:



La cobertura de estas normativas abarca no sólo resoluciones judiciales, sino también constituciones, leyes, dictámenes, acuerdos y otros documentos legales.

En el escenario iberoamericano, Iberius propugna estas iniciativas.

Para documentarse, más ampliamente, puede visitar los sitios web de algunos países que utilizan el sistema uniforme de referencias bibliográficas cuyo url se presenta aquí:

USA-AZ: <http://www.supreme.state.az.us/opin/>
Australasian Legal Institute: <http://www.austlii.edu.au/>

British and Irish Legal Institute <http://www.bailli.org>

Canada is adopting its citation in stages. For a progress report see

<http://www.lexum.umontreal.ca/citation/en/>

Conclusiones

Sin lugar a dudas, las referencias bibliográficas son una parte primordial de los trabajos publicados o no y lo prueba el hecho que la reforma operada en los sistemas judiciales se haya extendido a la elaboración de ellas. Una excelente señal es que cada vez se desarrollan más acciones a favor de su normalización con una incidencia notable sobre la calidad de las publicaciones y el desenvolvimiento de la actividad editorial, asumida en el caso del sector judicial, por un creciente número de tribunales con lo cual se garantiza la confialidad de los datos, una mejor selección de los casos publicados y la reducción de los costos al informatizar los procesos.

Referencias bibliográficas

1. Jiménez Miranda, Jorgelina. Las referencias bibliográficas según el estilo Vancouver : adecuación a los recursos electrónicos. [monografía en línea]. La Habana : Biblioteca Virtual de Salud, 2001. <<http-cis.sld.cu-E-vancouve3.pdf>> [Consulta : 20 oct 2004]

2. Legal Information Institute. Purposes of legal citation. En: Basic legal citation. [U.S.A.] : LII, 2002. [monografía en línea] <<http://www.law.cornell.edu/citation/index.htm>> [Consulta : 25 jun 2004].

3. ISBD(ER): International Standard Bibliographic Description for Electronic Resources. [norma en línea]. IFLA. 1999 <<http://www.ifla.org/VII/s13/pubs/isbd2.htm>> [Consulta: 22 nov 1999].

4. ISO 690. ISO/TC 46/SC-9. Extraits de la Norme internationale ISO-690-2f: Information et documentation- Références bibliographiques- Partie 2: documents électroniques, documents complets ou parties de documents [norma en línea]. <<http://www.nlc-bnc.ca/iso/tc46sc9/standard/690-2e.htm>> [Consulta: 18 nov 1999]

5. International Committee of Medical Journals Editors. Uniform Requirements for Manuscripts Submitted to Biomedical Journals: Writing and Editing for Biomedical Publication [monografía en línea]. Philadelphia, PA : ICMJE, 2003 <<http://www.icmje.org/>> [Consulta : 13 oct 2004].

6. Legal Information Institute. Basic legal citation [monografía en línea]. [U:S:A:] : LII, 2002. <<http://www.law.cornell.edu/citation/index.htm>>

7. Comité canadien de la référence. Une norme de référence neutre pour la jurisprudence [monografía en línea]. [Montreal ?] : CCR, 2003. <http://www.lexum.umontreal.ca/ccr-ccr/neutral/neutral_jur_fr.html> [Consulta : 20 jun 2004].

8. AALL Citation Formats Committee. Universal citation guide [monografía en línea]. Version 2.1. [Winconsin.] : State Bar of Winconsin, 2002. <<http://aallnet.org/committee/citation/ucg/index.en>> [Consulta : 18 jun 2004].

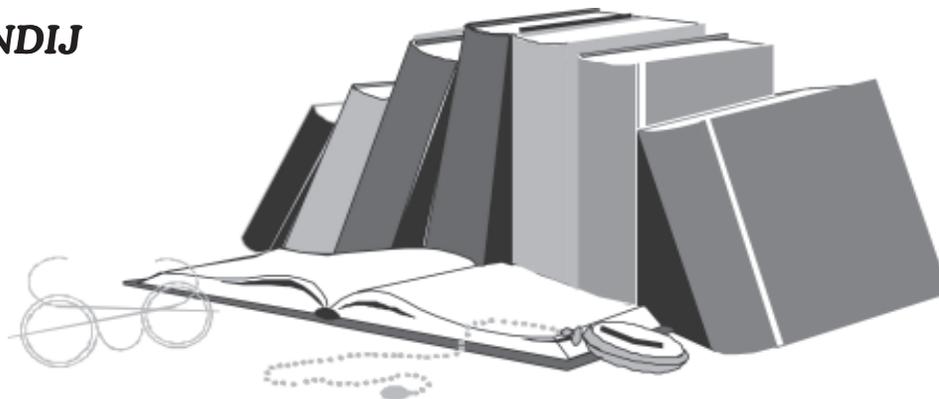
9. Association Legal of Writing Directors. ALWD citation manual. [monografía en línea]. 2. ed. U:S:A. : ALWD, 2002. <<http://www.alwd.org/cmhome.htm>> [Consulta : 22 jun 2004]

Lo nuevo en materia jurídica

El Centro Nacional de Documentación e Información Judicial, adquirió nueva literatura en las materias de Derecho Laboral, Procesal Civil y Procesal Penal (84 títulos), así como diccionarios jurídicos de gran utilidad para su consulta.

Las nuevas adquisiciones estarán a su disposición, en la sala de los servicios bibliográficos de nuestro centro, en el Tribunal Supremo Popular.

Grupo CENDIJ



Cuando trabajamos en la edición de la Revista teníamos esta carta en nuestro poder, que por su actualidad no nos pareció «noticia vieja» si no más bien atrevida y convincente, sobre todo, porque venía de un estadounidense que siempre estuvo buscando la verdad, verdad mantenida, pues la matanza y el exterminio más grande de la humanidad, continúa

Continúan las guerras en el mundo

Carta de Michael Moore a George W. Bush en la víspera de la guerra

George W. Bush
1600 Pennsylvania Ave.
Washington, DC



Querido Gobernador Bush:

Así que hoy es lo que usted llama «el momento de la verdad», el día en que «Francia y el resto del mundo tienen que mostrar sus cartas sobre la mesa». Estoy contento de oír que este día ha llegado por fin. Porque, tengo que decirle, que tras sobrevivir 440 días de sus mentiras y maquinaciones, no estaba seguro si podría aguantar mucho más. Así que estoy contento de oír que hoy es el Día de la Verdad, porque tengo algunas verdades que me gustaría compartir con usted:

1. Prácticamente no hay NADIE en América (aparte de tarados locutores de radio y de la Fox News) que esté fanático por ir a la guerra. Créame cuando se lo digo. Salga de la Casa Blanca y pasee por cualquier calle de América e intente encontrar cinco personas que estén desesperadamente queriendo matar iraquíes. NO VA A ENCONTRARLAS. ¿Por qué? ¡Porque NINGÚN iraquí ha venido nunca aquí y matado a ninguno de nosotros! Ningún iraquí ha amenazado jamás con hacerlo. Sabe, esto es lo que pensamos los americanos medios: si un cierto tal-y-tal no se percibe como una amenaza para nuestras vidas, entonces, lo crea o no, ¡no queremos matarle! ¡Qué curioso cómo funciona esto!
2. La mayoría de americanos (los que nunca le eligieron) no se engañan con sus armas de distracción masiva. Conocemos los asuntos reales que afectan nuestra vida diaria - y ninguno comienza con I ni termina con Q. Esto es lo que nos amenaza: dos millones y medio de puestos de trabajo perdidos desde que usted tomó posesión, con la bolsa convertida en una broma cruel, sin que nadie sepa si sus fondos de pensiones van a seguir ahí, la gasolina cuesta casi dos dólares - la lista sigue y sigue. El bombardeo de Iraq no va a alejar nada de esto. Sólo necesitamos que se aleje usted para que mejoren las cosas.
3. Como Bill Maher dijo la semana pasada, ¿cómo de mal tiene que joderla usted para perder un concurso de popularidad contra Saddam Hussein? El mundo entero está contra usted, señor Bush. Incluyendo a sus conciudadanos americanos.
4. El Papa ha dicho que la guerra es un error, que es un PECADO. ¡El Papa! ¡E incluso peor, las Dixie Chicks se han puesto en su contra! ¿Cómo de mal se tiene que poner la cosa antes de que usted se dé cuenta de que es un ejército de uno en esta guerra? Naturalmente, esta es una guerra en la que usted personalmente no tendrá que luchar. Justamente como cuando usted se escaqueó cuando los pobres eran enviados a Vietnam en su lugar.

5. ¿De los 535 miembros del Congreso, solamente UNO (Senador Johnson, de Dakota del Sur) tiene un hijo o hija alistado en las fuerzas armadas! Si usted quiere realmente defender a América, por favor envíe a sus hijas gemelas a Kuwait ahora mismo y que donen sus trajes anti armas químicas. Y que veamos a cada miembro del Congreso con hijos en edad militar sacrificar a sus chicos para el esfuerzo de guerra. ¿Qué dice? ¿Que CREE que no? Pues, hey, adivine qué... ¡Nosotros tampoco!



6. Finalmente, nos encanta Francia. Sí, a veces la han jodido bien. Sí, algunos de ellos pueden ser jodidamente irritantes. Pero ¿ha olvidado usted que ni siquiera hubiéramos tenido este país conocido como América si no hubiese sido por los franceses? ¿Que fue su ayuda en la Guerra Revolucionaria lo que la ganó para nosotros? ¿Que nuestros mayores pensadores y padres fundadores (Thomas Jefferson, Ben Franklin, etc.) pasaron muchos años en París, donde refinaron los conceptos que condujeron a nuestra Declaración de Independencia y nuestra Constitución? ¿Que fue Francia quien nos dio nuestra Estatua de la Libertad, un francés quien inventó el Chevrolet, y un par de hermanos franceses los que inventaron el cine? Y ahora están haciendo lo que sólo un buen amigo puede hacer - decirnos la verdad sobre nosotros mismos, directamente, sin mentiras. Deje ya de mearse en los franceses y déles las gracias por hacer las cosas bien de una vez. Sabe, usted debería de haber viajado más (una vez o así) antes de tomar posesión. Su ignorancia del mundo no sólo le ha hecho parecer estúpido, sino que le ha colocado en una esquina de la que no sabe salir.

Bueno, alégrese -HAY buenas noticias. Si sigue adelante con esta guerra, es más que probable que termine pronto porque supongo que no hay demasiados iraquíes deseosos de entregar sus vidas para proteger a Saddam Hussein. Después de que usted «gane» la guerra, disfrutará de un salto gigantesco en las encuestas de popularidad, porque a todos les gustan los vencedores- y a quién no le gusta ver una buena patada en el culo de vez en cuando (¡especialmente cuando es un culo del Tercer Mundo!). Así que hágalo lo mejor posible para liderar esta victoria hasta las próximas elecciones. Desde luego, eso está todavía muy lejos, así que tendremos todos que reírnos mucho mientras vemos a la economía hundirse todavía más por el retrete.



Pero, hey, quién sabe -¡igual encuentra a Osama pocos días antes de las elecciones! Mire, ¡empiece a pensar en ELLO! ¡Mantenga viva la esperanza! ¡Mate a los Iraquíes -tienen nuestro petróleo!

Suyo,
Michael Moore



**Todo es gozo cuando se pelea por
la luz del mundo**

José Martí

HISTORIAS DE UNA FAMILIA EXCEPCIONAL



Palabras de Presentación del libro El Dulce Abismo por: Ricardo Alarcón de Quesada, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular

Quisiera agradecerles a todos los que han hecho posible que apareciera este libro, en primer lugar a los autores y a las autoras.

Si se quiere con una sola palabra trasladar lo que siente toda persona que se aproxime a este texto, es un libro conmovedor. Es un libro que tiene un rasgo, quizás único, ninguno de los autores pensó nunca que estaba con sus textos haciendo un libro. Es un insuperable libro testimonial que revela sentimientos, en cierta medida la intimidad de un grupo de personas que nos están dando más allá de la retórica, más allá de cualquier intento de proselitismo, de didactismo, están presentándonos realmente a un conjunto de seres humanos admirables, las que desde acá han participado de la correspondencia y los que desde allá, son el centro de esta obra.

Uno de los textos finales, en una carta que Gerardo le envía a Adriana, él afirma lo siguiente:

«Yo estoy consciente de que mientras nosotros nos sacrificamos todo este tiempo, hay mucha gente que lo han aprovechado bien, que han vivido la vida estos años porque eso es lo único que se van a llevar, puede decirse, pero a mí no me interesa lo que me voy a llevar sino lo que voy a dejar.»

Creo que esa frase de Gerardo, ese interés, porque dirían lo mismo Ramón, René, Fernando, es quizás el mensaje más importante que debemos extraer de la lucha que estos compatriotas libran. Me recuerda a la última canción de los Beatles que dice:

Y al final el amor que tendrás, será igual al amor que diste.

Al final el amor que recibirán estos cinco compatriotas y sus familiares tendrá que ser inmenso porque inmenso ha sido el amor que ellos han dado no solo a su pueblo sino a toda la humanidad.

Este libro debería servir para que logremos conmover, con estos textos tan conmovedores, a una conciencia cínica que todavía hoy domina en los grandes medios, que hace que le sea posible al gobierno terrorista de los EE.UU., al mismo que recibe con los brazos abiertos a los otros terroristas, impedirles a estas compañeras el que puedan ir a visitar a las cárceles donde están injustamente encerrados, sus esposos y en el caso de Ivette, su papá. A ver si se conmueve alguien para que se den por enterados que en los EE.UU. hay cinco héroes presos por combatir el terrorismo y que el gobierno de los EE.UU., hoy, practica la tortura contra esos cinco luchadores antiterroristas, con un trato cruel e inusual; y a sus mujeres, a sus madres y a sus hijas al imponerles un castigo absolutamente injustificable.

Pero, por favor, que este libro conmueva a algunas gentes aunque sea por un momento y que le digan al gobierno de los EE.UU. que cese el trato cruel e inhumano, violatorio de los más elementales derechos humanos, que les están imponiendo ahora a cinco hombres que no debían estar presos, que nunca debieron haber sido detenidos y a todos y cada uno de sus familiares.

Fragmentos de los prólogos del libro *El Dulce Abismo*



Alice Walker

Mendocino, California, 21 de julio, 2004

...La historia de los Cinco Cubanos es una historia de valor, gran sacrificio y amor. Es una historia para las diferentes edades, en especial para los miembros de nuestro pueblo que han sufrido la implacable opresión de la supremacía blanca norteamericana; un dominio del color y el poder que el resto del mundo parece destinado a experimentar.

...Estas personas, estos cubanos —satanizados durante tanto tiempo porque obstinadamente escogieron su propio camino— son simplemente personas, seres humanos. No debe ser necesario destruirlos para que su país sea seguro para las *McDonald's* y *Starbucks*. El amor de los cubanos por la educación refleja la pasión con la que los afronorteamericanos han considerado tradicionalmente el conocimiento y el aprender. Mis propios padres, personas muy pobres de los Estados Unidos, casi sin ningún recurso más allá de su determinación, construyeron la primera escuela para los ni-

ños negros de mi comunidad. De inmediato, fue quemada hasta los cimientos por terratenientes blancos. Increíblemente, ellos, como los cubanos, no se apartaron de su curso, sino que se las ingeniaron, para de algún modo, erigir otra escuela. Cada vez que pienso en esto, y en los cuarenta millones de personas funcionalmente analfabetas en los Estados Unidos, deseo de todo corazón que los norteamericanos hubieran tenido la buena suerte de tener personas como mis propios padres al frente del país. ¡Qué lugar más diferente sería!

Estos hombres —como nuestro propio querido Mumia Abu-Jamal, igualmente inocente, igualmente incriminado, también un héroe bajo cualquier criterio, encerrado en el corredor de la muerte durante tantos despiadados años— están demostrando algo extraordinario que no debe ser ignorado por el resto de nosotros: que el continuar amando con profundidad y ternura honra los mayores logros de la Revolución.

Nancy Morejón

La Habana, 4 de abril, 2004

...Tras la lectura de este amasijo de cartas, fragmentos de diarios, poemas, dibujos y confesiones de las esposas e hijos de los Cinco Cubanos injustamente encarcelados en Estados Unidos, por primera vez sale a flote la verdadera historia de un suceso cuyas claves han sido distorsionadas y, más aún, alevosamente silenciadas.

La poesía que alienta en estos textos no ha nacido de un ideal importado, o de la letra muerta, sino de la propia mano de sus autores; no ha nacido de su vanidad ni de un anhelo de proselitismo o de un didactismo a ultranza; tampoco de un afán literario

—bien legítimo, como se sabe, en semejantes circunstancias— sino de una ética integral, asentada en su espíritu ancestral, cimarrón e indomable. Esta poesía nace de la vida misma, de la necesidad de una existencia más plena, del deseo de establecer relaciones más saludables entre mujeres y hombres, más allá incluso de la procreación biológica.

Aquí no solo se libra una batalla por la imagen y la dignidad de Cuba, sino por la del universo porque con seres humanos como Olga, Mirta, Rosa, Elizabeth y Adriana, no solo una isla, sino un mundo mejor es más que posible.

UN SER HUMANO COMO OTRO CUALQUIERA

..Fernando es un hombre de mediana estatura, de cara redonda y siempre estuvo algo pasado de peso. Había rebajado bastante: 30 libras por lo menos. Imagínate el ambiente: cuando entras a la cárcel de Oxford —un lugar próximo a Canadá, con nueve meses de invierno y al final de una carretera interminable, donde solo se ven hileras e hileras de pinos— tú te sientas en una sala fría, descarnada, y esperas a que te traigan al preso. Ellos entran por una puerta que tiene un cristalito a través del cual no se distingue nada, pero igual no puedes dejar de mirarlo. Habían salido dos o tres reclusos, y yo no sabía qué iba a pasar conmigo cuando lo viera llegar: si lloraría, si me pondría a temblar. En eso abren la puerta, y lo veo. Iba acompañado por un policía. Él abrió los brazos a todo lo que daba, con una sonrisa de oreja a oreja, y no me dio tiempo a nada. Nos abrazamos y fue todo tan natural, tan lindo, tan despejado, como si nos hubiéramos dejado de ver quince días antes, o él regresara de un viaje a provincia.



A Rosa FDC-Miami

Mi flaca:

...te quiero explicar también que en caso de que se presente una oportunidad yo enviaría esta carta a pesar de que no tengo todavía escritas las del resto de la familia. Las razones son obvias, me interesa que todo lo que te comento aquí te llegue lo más rápido posible y esta carta está bien extensa, lo que unido a mi ocupación en las cuestiones de la sentencia no me ha permitido todavía escribirle a la otra parte de la familia. Quiero que les expliques eso si llegara a pasar lo que te comento en este párrafo y que compartas con ellos las cosas que sé que a ellos también les inquietan y desean comprender.

No se me escapa que el próximo día 25 de diciembre es tu cumpleaños. Yo sé que tú quisieras que no pasaran los años pero eso es inevitable. Una vez más pasamos esa fecha separados físicamente pero eso no va a impedir que te desee toda la felicidad que te mereces en un día como ese y te reitero la seguridad de que tendremos tiempo para recuperar lo que la separación física nos haya impedido disfrutar juntos.

Esa separación no va a impedir que te siga queriendo cada vez más, que te admire por tu fuerza, tu resistencia, tu compañía y comprensión...

Todas las cartas las revisan. Todas las llamadas telefónicas las escuchan. Por eso nos contenemos. Nuestra vida íntima no pasa por ahí. Me digo: cuántas cosas tengo todavía que decirle; cómo le voy a contar esto o lo otro... A veces entramos en debates fuertes: soy una persona que me cuesta mucho trabajo expresar mis sentimientos abiertamente. No me siento cómoda. Pero frente a frente sí me desborde, y no ha sido coyuntural ese tema lógico en una pareja que se ama: tener nuestros hijos. Queríamos tenerlos, pero criarlos juntos. Quien conoce a Fernando sabe que le gusta tener el control de la familia, participar de las experiencias que son vitales para la vida en común. Hablamos de eso en la prisión y decidimos tenerlos, contra todas las banderas. Aun cuando él estuviera encerrado tan lejos de casa.

A Fernando

Enero 29, 2001

Fernan:

...estás presente hasta en esta casa nuestra, a donde aún no has llegado, y sin embargo, te he visto hacer un café, porque a mi me queda mal, o traerme un vaso de agua que siempre te pido, viendo entre los dos un programa de televisión que comentamos después. Siempre que hablamos me pides que me cuide, no te preocupes, que lo hago y mucho para ti...



A MIS HIJOS POR NACER

...Gerardo y yo hicimos planes de tener hijos, pero la vida nos ha impedido ese sueño. Nos casamos el 15 de julio de 1988 y desde el año 1991 preparamos una canastilla casi completa, con la intención de que, cuando terminara mi carrera de Ingeniería Química, tuviéramos a nuestro bebé. Ahí está guardada.



Febrero 3, 2001

FDC-Miami

«Carta a mis hijos que están por nacer»

Queridos hijos:
Cuando lean estas líneas habrán pasado algunos años desde que fueron escritas. Ojalá no sean muchos. En esta fecha ustedes aún no han nacido, y hasta su mamá tiene dudas de si algún día nacerán. Todo se debe a que estoy viviendo momentos difíciles de mi vida, lejos de mi país y mi familia, de los que, sin embargo, estoy muy orgulloso y espero que algún día ustedes también lo estén. Este es un dibujo que he hecho ya para muchos niños: hijos, sobrinos, hermanitos y otros familiares de personas que están hoy aquí conmigo. Personas que le agregaron sus palabras y su amor y lo enviaron a los seres queridos de quienes también se encuentran separados. Por esas razones fue que quise conservarlo para que un día, después que ustedes lleguen a este mundo y aprendan a leer, sepan por qué su papá no es tan joven como muchos de los padres de sus amiguitos, y conozcan de los años en que papi y mami tuvieron que vivir separados a pesar de quererse mucho.

Años de los que tal vez un día les pueda

contar más.

Los quiere mucho,

Papá



Mayo, 2003
USP-Lompoc

Mi niña:

Siempre habrá postales más bonitas que otras, pero lo que nunca varía es el amor que deposito en cada una de ellas para que llegue hasta ti...

Te felicito en este día, en nombre de «los hijos que están por nacer», y te envío un beso bien grande, más feliz y dichoso que nunca de sólo pensar que mis niños tendrán una madre como tú.

¡Felicidades mi amor!

Te amo,

Gera



UN PADRE DE ORO

Hasta los pocos momentos de cercanía están marcados por la incertidumbre. Él es fuerte, y se sobrepone, busca explicación, se aferra al sentido de la justicia y alienta a sus hijos. Meditaba sobre la vida y me preguntaba por qué se castiga así a este hijo mío, por qué me castigan. Sentía muertas mis esperanzas. Logré recuperarme y ahora me digo: «No, él va a regresar».

Mi hijo Tony nació en Estados Unidos el 16 de octubre de 1958, en el Jackson Hospital, de Miami. Habíamos emigrado porque mi esposo, Antonio, no encontraba trabajo en Cuba. En noviembre de ese año, vinimos a la Isla a pasar las navidades con la familia y ahí nos encontró la Revolución. Decidimos quedarnos.



A Gabriel Eduardo

Mayo, 2002

Florence, Colorado

Mi querido hijo Gabriel Eduardo:

No sé cuándo tu mamá te dará a leer esta carta; ella sabrá escoger el mejor momento. Existe un motivo por el cual yo no he podido ir a verte en tantos años. Espero me disculpes y entiendas por qué antes no te lo había dicho: tú eras muy pequeño para hablarlo contigo. Desde el año 1998 estoy preso en Estados Unidos, producto de una injusticia que algún día comprenderás totalmente. Tu padre nunca cometió ningún delito, nunca ha hecho daño a nadie, ni contra nada. He sido un hombre que siempre he actuado correctamente, justo, humano, sencillo y, por sobre todo, leal a mis principios y convicciones. ...

...Lo más importante es que seas una persona generosa ya que el individualismo y el egoísmo no valen nada. «Aquel que se da, crece». Como le dijo el Che a sus hijos: «Sobre todo, ser siempre capaz de sentir en lo más hondo cualquier injusticia cometida contra cualquiera en cualquier parte del mundo». ...

... Hijo, ten la seguridad de que nos veremos. Por nada dejaremos de amarnos.

El beso y el abrazo más grande para ti de tu papá



Agosto 28, 2001 Panamá

Querido papá:

Papá: te quiero mucho, he estado pensando en ti. Quiero preguntarte cómo te va, a mí me va muy bien.

Estoy en un grupo de scout y ya me dieron mi uniforme.

Papá, espero que estés bien. Me gustaría verte.

Te quiero, papá.

Tu hijo:

Gabriel Eduardo Guerrero

Pérez

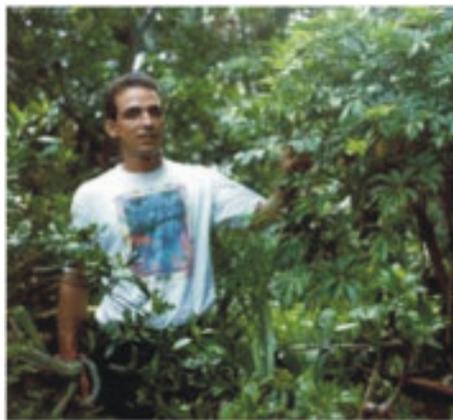


A Antonio

Santiago de Cuba

Aunque yo no soy un poeta como tú, pero al menos escribo algo para parecerme cada vez más a ti; porque si hay alguien en este mundo que sirva como ejemplo de enseñanza y ejemplo de poeta, ese eres tú, PADRE DE ORO.

[Tony]



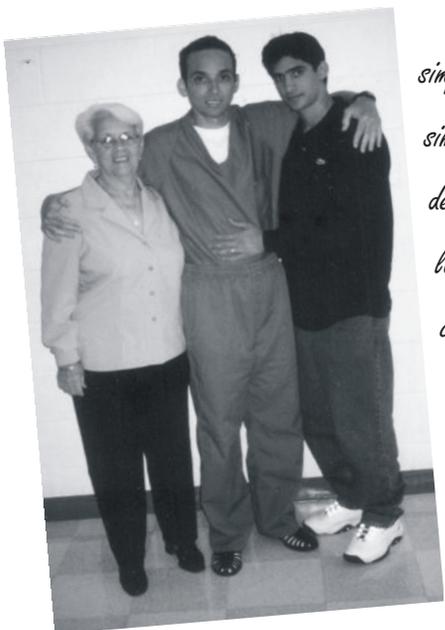
A Tony

[s/f] Florence, Colorado

Voy a darte mis opiniones sobre tu reflexión acerca de la necesidad que a veces (o diariamente) sientes de tenerme cerca. Yo te entiendo y también pienso que sería lo más hermoso y feliz para ambos, pero la vida nos separó físicamente, nos impuso la prueba de mantener nuestra unidad en la distancia, de saber ser felices a pesar de esta separación y eso lo hemos venido logrando y lo lograremos cada día mejor, a pesar de que las condiciones puedan ser las más adversas.

...No le temas a los fracasos, ni a las indecisiones. Ellas más que todo nos enseñan, nos hacen madurar, lo cual es un proceso que a mi juicio es de toda la vida. Siempre se aprende algo nuevo porque estamos siempre viviendo cosas nuevas, si no qué sería la vida. Todo es una lección para crecer, así es bueno tomar las cosas buenas y malas.

...Comprendo bien lo duro que es para ti tenernos que comunicar con tantas dificultades, pero si hacemos esta comunicación constructiva y contundente nos vamos a sentir llenos y felices con esa posibilidad que tenemos.



Cuando te griten o te pregunten, por ser mi hijo, respóndeles simplemente como un joven revolucionario, con orgullo y sencillez, simplemente hazles ver que tú eres no más que un joven revolucionario de nuestro heroico pueblo que hace lo mejor no por su papá, sino por la propia obra justa y digna que defiende. ¿Te sirvió de algo mi comentario? Eso espero.

Con todo mi amor de padre.

Tu papá Tony



ESTOY AQUÍ, SIEMPRE AMÁNDOLAS

Las cartas de Ramón comenzaron a llenar el vacío tan grande que creaba a las niñas la ausencia de su padre. Durante los últimos cinco años nuestra vida familiar ha estado marcada por las arbitrariedades y los abusos que ha padecido Ramón, junto con sus cuatro compañeros.



Ramón y yo nos casamos el 2 de junio de 1990. El 9 de agosto de 1992 nos llegó nuestra primera hija Laura, que es un vivo retrato de su padre. Cuatro años después nació nuestro otro tesoro, Lizbeth. Ailí, la niña mayor de Ramón es de un primer matrimonio. Él nos llama sus cuatro mujeres.

**Enero, 2001
FDC-Miami**

*Querida esposa mía:
Quiero que sepas que en los momentos más difíciles, en la soledad más extrema, cuando extrañábamos hasta la voz de un ser humano (y teníamos hasta el temor de perder la comunicación, añorábamos incluso oír alguna palabra, en cualquier idioma de alguna persona), siempre, siempre, estuviste presente, tú, tu sonrisa y nuestra increíble historia de amor. En esos momentos extremos siempre te tuve, sin falta, a mi lado. También estaba mi madre. Estaban todos, mis hijas, mis seres queridos, mis amigos, y en lugar cimero esa madre primera a la que todos nos debemos: mi patria.
Todo empezó el 12 de septiembre de 1998. Sobre las 5:30 a.m., en casa, allí nos detuvieron y nos llevaron al Headquarters del FBI en Miami, para una entrevista de «convencimiento» a que colaboraríamos y traicionaríamos, con ciertas promesas a cambio. Como es obvio, nada tenía que decir, y después de varios intentos fallidos, sin más que lograr, nos llevaron en auto al FDC (Federal Detention Center) de Miami, en el corazón mismo del Downtown Miami, donde hemos estado todo este tiempo.
Me gustaría que te tomaras una foto en la que estén mis cuatro mujeres: tú y mis tres hijas, todas arregladas, con el pelo peinado y con el cerquillo todas. Creo que así podría observar mejor a todos mis tesoros.*

Ramón





Enero 4, 2007

Ramón, mi amor:

Recibe con estas primeras líneas después de más de dos años, todo el amor mío y el de tus hijas, que nunca te hemos olvidado. Hemos vivido nuestras vidas como si estuvieras aquí. (...). He tenido mucho tiempo para repasar todos los días desde que te conocí, para convencerme de que tú eres el hombre de mi vida y saberte mío me hace fuerte para enfrentar lo que sea. No te niego que ha sido duro, más bien durísimo, pero he tenido mucho apoyo de gente que me quiere y se ha solidarizado con mi lucha sola con nuestras hijas, tratando de hacerles feliz la vida a ellas. Nuestras hijas mañana sentirán orgullo del amor de sus padres... Te amo mucho, mucho, mucho, tu Eli

Junio, 2004

Querido papá:

Ya sé escribir y ya sé leer. Papi te quiero mucho y tengo ganas de verte. Ojalá podamos ir a verte pronto, pronto, pronto, para darte muchos besos.

Papi, te extraño mucho, un [muá] grande
Lizbeth

Papá, yo fui a casa de mi abuela y la pasé muy bien montando bicicleta y saltando la suiza durante la semana de receso escolar.

Papá, yo me gané el diploma de destacada y te lo voy a mandar para allá por el correo. Yo llamé a mi mamá para decírselo y ella cuando yo se lo dije se puso muy feliz. Papá yo lo que más deseo para el cumpleaños de mi hermana es que tú si puedes me llames. Para que felicites a mi hermanita. Ese es mi mayor deseo. Adiós papá. ¡Muá! Un beso. Para ti. ¡Muá!

Laurita



Marzo 10, 2001

En la escuela me va muy bien, y por eso me gané un campismo en La Laguna, en el cual me fue muy bien, fuimos a la playa y a la discoteca por la noche (aunque tú sabes que yo no bailo). Fui al cumple de Lizbeth, había pocas personas, pero pasamos un rato divertido y agradable. Laura comió todo lo que quiso (está un poco gordita), ella es estudiosa, le gusta leer y enviarte muchas cartas. Te quiero,

Ailí



SIEMPRE UNA FAMILIA

...René González Schwerert, nació en la ciudad de Chicago, Illinois, el 13 de agosto de 1956. Es hijo de cubanos emigrados, que decidieron regresar a Cuba en 1961. Rene (lo llamo siempre así, sin el acento en la segunda e) se hizo piloto instructor de vuelo, y en 1990 regresó a Estados Unidos.

... Cuando decidí organizar las cartas para este libro me vi ante la gran incógnita de cómo hacerlo. Conservo las cartas de René, pero a él nunca le llegaron las mías en los momentos en que ambos estábamos presos.



Septiembre 12, 2000
FDC-Miami



A Olga

Nosotros, mientras tanto, seguiremos siendo dueños de la risa, del optimismo, de la alegría de vivir y de la satisfacción de haber pasado por todo esto sin arrodillarnos, sin humillarnos, sin ceder ante el chantaje y, sobre todo, sin amargarnos. Nadie se dará el gusto de decir que logró hacer de nosotros unos resentidos por habernos sometido a su odio inútil.

Si acaso me faltara decirte algo sería el darte las gracias por tu amor, por tu apoyo y por haber estado a mi lado durante este tiempo dándome ese aliento que todavía me acompaña y me acompañará por siempre.

Mayo 29, 2002
Penitenciaría de McKean, Pennsylvania

Para mi bebita del alma:

Mi adorada Ivette, hace ya tiempo que te debo esta carta porque tengo muchas cosas que decirte. Han pasado casi dos años desde la última vez que nos vimos y de todos modos nunca hemos podido conversar mucho, a excepción de los primeros cuatro meses de tu vida en los que he de suponer que no me prestarías mucha atención, sumergida como estarías en ese mundo de recién nacida del que nadie guarda memorias.

... Pero fíjate que siempre me refiero al gobierno y nunca al pueblo de los Estados Unidos, que es un pueblo noble y de buenos sentimientos como todos los pueblos. Uno nunca debe odiar a un pueblo y el de este país ha escrito también páginas hermosas en las ciencias, la cultura y la historia, y algunos de sus hijos han dado hasta la vida por Cuba.

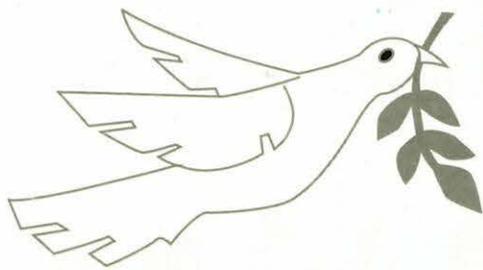
... Por eso tu papi y tu mami han tenido que sacrificar aquel sueño de estar juntos para toda la vida, sacrificio que también les ha tocado a tu hermana y a ti. Yo tuve que venir a este país para evitar los siniestros planes de esos malos cubanos y luego vino también tu mami; por eso tú naciste aquí casi cuatro meses antes de que yo cayera preso.

... La felicidad y el amor son el mejor antídoto contra el odio. Yo guardo para ti de ambas cosas. A montones. Y cuando volvamos a estar juntos las prodigaré sin medida sobre ti. Y serás para nosotros nuevamente ese lucerito, manantial de alegría, que la víspera de mi arresto se durmiera plácida y satisfecha, junto a mi corazón, sobre mi pecho.

Mil besos y todo mi amor;

Tu papito





ELLOS VOLVERÁN

*Señores fiscales, les guste o no,
Cuba es un país independiente y soberano
tiene su propio gobierno legítimo,
su propio presidente, sus mártires y héroes,
y sus propias convicciones.*

*Cuba es igual que Estados Unidos. ¡A Cuba,
señores, hay que respetarla!*

*¡Si por evitar la muerte de seres humanos
inocentes, si por defender a nuestros dos
países del terrorismo y evitar una invasión
inútil a Cuba es por lo que se me condena hoy,
bienvenida sea!*

*¡Llevaré el uniforme de recluso con el mismo
honor y orgullo con que un soldado lleva
sus más preciadas insignias!*

*¡Este ha sido un juicio político; y como tal,
nosotros somos prisioneros políticos!*

*¡Aquí está toda la evidencia;
y aquí está escrita toda la historia: ella será
quien nos haga verdadera justicia!*

Gracias



*Párrafo del alegato presentado por Ramón Labañino Salazar
en la vista de sentencia del jueves 13 de diciembre de 2001*