

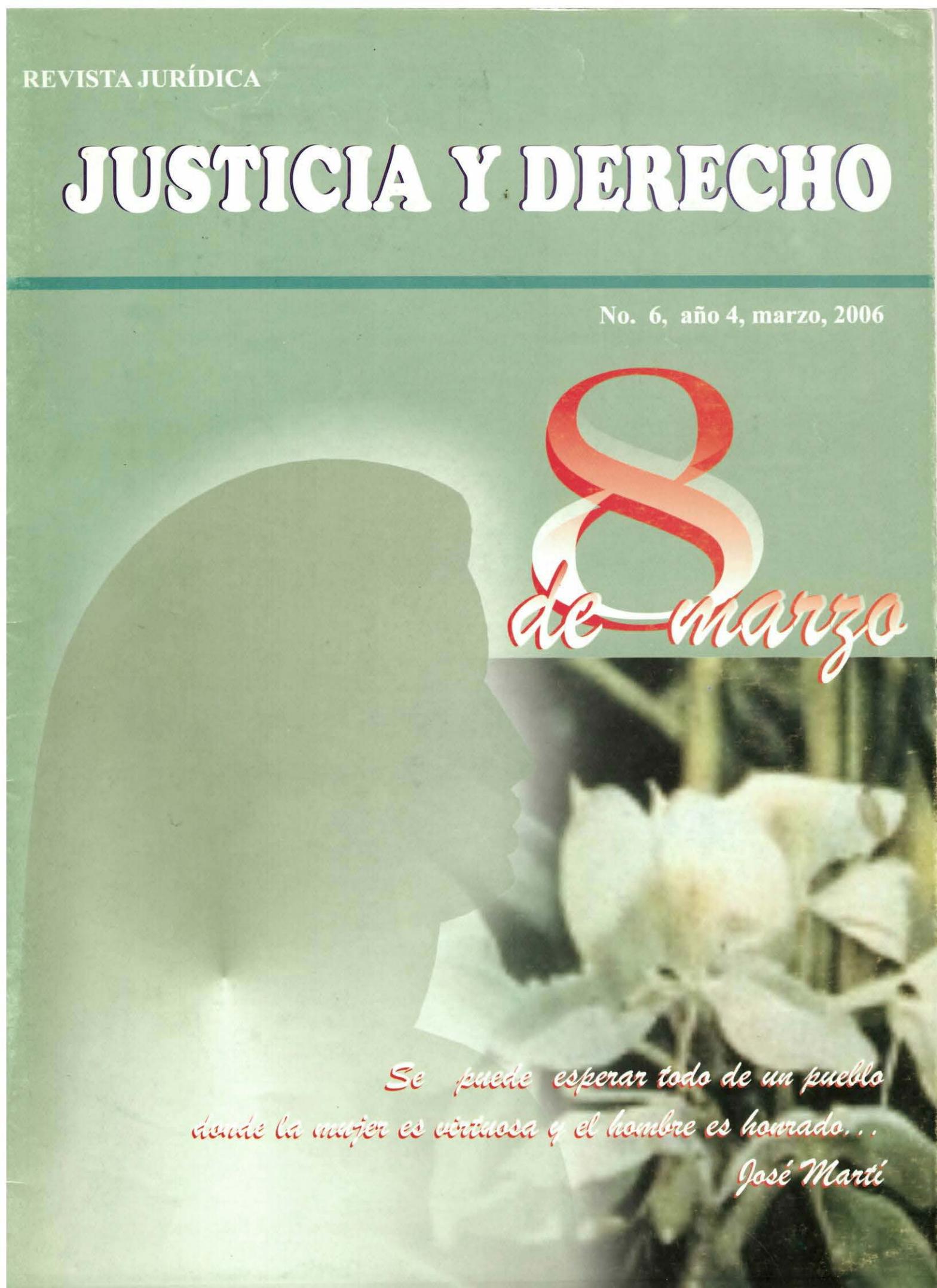
REVISTA JURÍDICA

# JUSTICIA Y DERECHO

No. 6, año 4, marzo, 2006



de marzo



*Se puede esperar todo de un pueblo  
donde la mujer es virtuosa y el hombre es honrado...*

*José Martí*

## HONOR A QUIEN HONOR MERECE

La comisión que rige el trabajo con los cuadros en el Sistema de Tribunales Populares, luego de analizar las propuestas que se hicieron en cada uno de los tribunales provinciales y las distintas áreas del Tribunal Supremo Popular, eligió a los Cuadros Destacados durante el año 2005.

La decisión recayó en un grupo de nueve abnegados compañeros que sobresalieron por su entrega y consagración a las distintas tareas que les correspondió desarrollar, quienes fueron homenajeados en la Asamblea Anual de Balance.

El colectivo de la revista Justicia y Derecho, consciente de que, como dijera Fidel, "la eficiencia, la política, y la conciencia en cada colectivo o entidad depende en buena medida de la decisiva actuación de los que dirigen", se suma al reconocimiento a estos compañeros, y exhorta a los demás a inspirarse en su ejemplo.

### *Cuadros Destacados del Sistema de Tribunales en 2005*

*Lic. Osvaldo Sánchez Martín, vicepresidente del Tribunal Supremo Popular.*

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

*Lic. Aracelis Alonso Lorenzo, jefa del Departamento de Estadística Judicial del Tribunal Supremo Popular.*

*Lic. Luz M. Hernández Sosa, presidenta del Tribunal Provincial Popular de las Tunas.*

*Lic. Magalys Vaquero Castillo, presidenta del Tribunal Provincial Popular de Camagüey.*

*Lic. Maricela Sosa Ravelo, vicepresidenta del Tribunal Provincial Popular de Cienfuegos.*

*Lic. Vianca Herro Marín, presidenta del Tribunal Municipal Popular de Batabanó.*

*Lic. Yudith Nápoles La O, presidenta del Tribunal Municipal Popular de La Habana Vieja.*

*Lic. Manuela Díaz Pascual, presidenta del Tribunal Municipal Popular de Ranchuelo.*

*"El cuadro, columna vertebral de la Revolución"*

*Che.*

## JUSTICIA y DERECHO



### Revista Cubana del Tribunal Supremo Popular

ISSN 1810-0171  
Publicación semestral  
Nro. 6, año 4, marzo de 2006

#### Director

Lic. Osvaldo Sánchez Martín

#### Consejo de Redacción

MSc. Carlos M. Díaz Tenreiro

MSc. Narciso Alberto Cobo Roura

MSc. Carlos Zaragoza Pupo

Lic. Antonio Raudilio Martín Sánchez

Lic. Andrés R. Bolaños Gassó

Lic. Crnel. Lourdes Carrasco Espinach

#### Compilación y edición

Lic. Ortelio Juiz Prieto

Lic. Mayda Untoria González

#### Diseño y composición

Ofelia Flores Valdés

Josefa Riverón del Pino

#### Fotografía

Aldo Mederos Hernández

#### Corrección

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

#### Colaboración

CENDIJ y Dirección de Recursos  
Humanos

#### Redacción

Ave. Independencia e/ Tulipán y  
Lombillo Plaza de la Revolución  
Ciudad de La Habana

Telf.: (537) 8812124; Fax: (537) 3380424

Correo electrónico: mayda@tsp.cu

Impreso en el área de Reproducción del TSP

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

## Sumario

Pág.

### Convocatoria

(Dirección de Información Científica,  
Divulgación y Colaboración Judicial  
del TSP)

2

### Artículos

#### -El fundamento de la pena

(*Esp. Armando Torres Aguirre*)

4

#### -La malversación desde una perspectiva legislativa

(*Dra. Mayda Goite Pierre*)

26

#### -Intervención del *extraneus* en delitos de sujeto especial

(*Dr. 1er Tte. Yan Vera Toste*)

32

#### -Naturaleza jurídica de la revisión civil

(*MsC. Orlando González García*)

38

#### -Ejecución de las sentencias

(*MsC. Carlos M. Díaz Tenreiro*)

43

#### -El juez no profesional

(*Dr. Diego F. Cañizares Abeledo*)

51

### Notijurídicas

Centenario de Alejandro García Caturla 59

Toman posesión jueces legos del TSP 60

## III Encuentro Internacional JUSTICIA Y DERECHO 2006

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

---

---

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

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

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

### **TEMÁTICAS CONVOCADAS**

#### **Justicia penal: Autonomía o recepción**

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

#### **Justicia civil: acceso y garantías**

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

#### **La economía ante la jurisdicción**

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

#### **Jurisdicción y control de la administración**

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

#### **Nuevos retos de la justicia laboral y del Derecho previsional**

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

- La mujer y el niño en el Derecho del Trabajo
- Inserción laboral de los discapacitados
- Justicia laboral en el Derecho Comparado

#### **Gobierno y administración de justicia**

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

#### **PRESENTACIÓN DE TRABAJOS**

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

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

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

#### **SOLICITUDES DE INSCRIPCIÓN**

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

#### **CUOTA DE INSCRIPCIÓN (CUC)**

Ponente	Delegado	Acompañante	Estudiante
120.00	160.00	50.00	100.00

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

#### **COMITÉ ORGANIZADOR**

##### **Presidente**

**Rubén Remigio Ferro**

presidente del Tribunal Supremo Popular

##### **Vicepresidentes**

**Oswaldo Sánchez Martín**

vicepresidente del Tribunal Supremo Popular

**Emilia González Pérez**

vicepresidenta del Tribunal Supremo Popular

**Eduardo Rodríguez González**

vicepresidente del Tribunal Supremo Popular

**Pedro Luis González Chávez**

vicepresidente del Tribunal Supremo Popular

##### **Secretario**

**Ortelio Juiz Prieto**

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

##### **Miembros**

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

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

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

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

**Surama Hernández Trujillo**

directora de la Escuela Judicial

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

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

Para cualquier información, dirigirse a:

##### **Ortelio Juiz Prieto**

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

##### **Migdalia Luna Cisneros**

*Palacio de las Convenciones de La Habana, Ap. postal 16046 Tel. (537)2086176 / Fax: 2028382 E-mail: migdalia@palco.cu <http://wwwcpalco.com>*

##### **María Esther Pérez Reyes**

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

---

---

# EL FUNDAMENTO DE LA PENA

*Esp. Armando Torres Aguirre*  
*vicepresidente del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana*  
*profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana*

## INTRODUCCIÓN

Abordar el estudio de la pena desde los ángulos filosófico y jurídico es algo que siempre me ha seducido, aunque nunca lo había hecho. Pasar por las más renombradas corrientes filosóficas que han tratado el interesante tema del fundamento de la pena, entiéndase su legitimidad, es indispensable en la formación integral de un jurista y máxime si se desempeña en el campo jurídico-penal, pues, si hay una rama del Derecho que se expresa ideológicamente, esa es, sin dudas, el Derecho Penal.

En el presente trabajo, la fundamentación de la pena se aborda asumiéndose la sanción penal como institución jurídico-penal; de modo que nos interesa acercarnos a los criterios que legitiman, o no, su existencia en el ordenamiento jurídico positivo, aspecto bien debatido durante siglos porque es visto desde distintas perspectivas, que suelen ser filosóficas, jurídicas, políticas, morales, éticas, históricas, religiosas, etc. Así, en breve síntesis, recorreremos la evolución del pensamiento jurídico-penal en torno a la pena, deteniéndonos a analizar su comportamiento, fundamentalmente en el derecho burgués, por haber alcanzado determinado esplendor y ser el antecedente más próximo al pensamiento jurídico-penal socialista.

La pena, dado su carácter aflictivo, se erige como la consecuencia más significativa de las que se derivan del Derecho Penal y, por ello, desde los inicios teóricos de esta rama del Derecho, a fines del siglo XVIII, uno de los problemas que más inquietó a los autores fue el del fundamento de la pena porque este tema está ligado al carácter público del Derecho Penal, vinculándose a la concepción del Estado, por ser este el titular del derecho a castigar.

En general, la Teoría del Estado y del Derecho comparte con la ciencia política aspectos no deslindados; pero, en particular, las disciplinas jurídicas atienden el papel de las normas, donde lo fundamental no es lo político, sino lo tocante al Derecho y, aun cuando este es una expresión ideológica de la política, su formalización normativa (principal manera de materia-

lizarse el Derecho) constituye el cuerpo primordial de su enfoque, aunque, dada la antigüedad del Derecho, fue prioritario el abordaje jurídico.

Por otra parte, si bien desde el punto de vista dialéctico se reafirma la existencia de la causalidad universal con la vigencia de las categorías «causa-efecto», en este caso «delito-sanción», cuando se toca lo referente al sentido y la función que se le den a la pena, en la práctica, estructuralmente se invierten estas categorías, pues los fines de la pena determinarán en gran medida el contenido material que se otorgue a las estructuras de delito, ya que la penalidad constituye un elemento indispensable en la estructura de este y, como bien señala Roxin, «las instituciones jurídicas no tienen ‘esencia’ alguna independiente de sus fines, sino que esa ‘esencia’ se determina mediante el fin que con ellas quiere alcanzarse».<sup>1</sup>

De modo que, cuando nos referimos a la finalidad de la pena, estamos cuestionando la misión del Derecho Penal, pues este se compone de la suma de todos los preceptos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección.<sup>2</sup>

Entre los presupuestos del Derecho Penal se cuentan, ante todo, las descripciones de conductas delictivas, pero también las disposiciones sobre eximentes de responsabilidad penal, de las que en ocasiones se deriva la imposición, o no, de una sanción penal a una conducta cuya descripción coincide con los elementos del tipo delictivo. Por su parte, las consecuencias son los enunciados sobre sanciones que atañen a la determinación o configuración de la pena o de la imposición y cumplimiento de medidas de seguridad.

Todo ello explica la caracterización que, respecto al Derecho Penal, origina la pena, pues este, en sentido formal, es definido por sus sanciones; de ahí su diferencia con las demás normas jurídicas, ya que la infracción de las regulaciones jurídico-penales se castiga con penas o medidas de seguridad.

Explicada la indisoluble relación entre la pena y el Derecho Penal, se comprende la aguda controversia

---

que ha existido durante más de dos siglos en torno a la función de esta rama del Derecho y, particularmente, de la sanción penal.

Para desarrollar este trabajo hemos utilizado una amplia bibliografía, que incluye importantes autores nacionales, como Renén Quirós Pérez y Julio Fernández Bulté, y conocidos autores extranjeros, tanto clásicos como contemporáneos, representados en Beccaría, Kant, Marx, Gramsci, Welzel, Roxin y Mir Puig, entre otros.

El valor de este tema para un problema social científico radica en la aplicación cotidiana de las sanciones penales por parte de nuestros tribunales de justicia, con todo el componente coercitivo que ello conlleva y la afectación a bienes relevantes de los seres humanos, a cuyo pesar es preciso reafirmar la legitimación de la aplicación de los castigos penales, en aras de la defensa de las condiciones vitales de la sociedad.

## Capítulo I

### CONCEPCIONES PREBURGUESAS ACERCA DE LA PENA

#### 1.1. Breve reseña histórica de la pena antes de la Edad Media

**Tabú y venganza privada:** En los tiempos primitivos, no existía un derecho penal estructurado, sino toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias tanto para el ofensor como para todos los miembros de su familia, clan o tribu.

Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones, el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y a su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

Las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, la Ley de las XII tablas y la Ley Mosaica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Este debe ser igual a aquel. Es el famoso axioma que reza «ojo por ojo, diente por diente» (Ley del Talión).

En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal que, por ejemplo, al autor de un robo se le cortaba la mano.

A esta misma época corresponde la aparición de la denominada Composición, consistente en el reempla-

zo de la pena por el pago de una suma dineraria, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza.

**Derecho penal romano:** El extenso período que abarca lo que habitualmente denominamos Derecho romano puede ser básicamente dividido en épocas, acorde con el tipo de gobierno que cada una de ellas tuvo. A partir de la Ley de las XII tablas, se distinguen los delitos públicos de los delitos privados. Los primeros eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de este, en tanto que los segundos eran perseguidos por los particulares en su propio interés. Es de destacar que la Ley de las XII tablas no establecía distinciones de clases sociales ante el Derecho.

Con el correr del tiempo, los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública.

Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. El Derecho Penal romano comienza a fundarse en el interés del Estado, reafirmandose de este modo su carácter público.

Esta característica se ve claramente en la época del Imperio, en la que los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial, no se tratará ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino de que todos serán intereses públicos. La pena en esta etapa recrudescer su severidad.

#### 1.2. Influencia de la Iglesia Católica en la evolución de la pena

En el medioevo, la Iglesia Católica trasladó la filosofía del pecado a la sanción penal. Esta debía ser aflictiva, vindicativa, expiatoria, ejemplarizante, pública y, además, se pretendía que fuera «medicinal». La respuesta teológica a la contradicción de que un individuo confirmado en la fe cristiana delinquiera partía de considerar como responsable de ello a la sociedad, las malas compañías. Así surge la idea de la cárcel como sanción per sé, porque esta podía reunir todos los fines antes descritos para la sanción penal.

En este contexto, se desarrolla la corriente *ius naturalista* en el Derecho Penal, que, vista desde la posición de la escolástica cristiana, había sustituido la idea de que el Derecho, en su esencia metafísica, era el conjunto de disposiciones o normas que se derivaban de

---

la autoridad, imaginándolo en cambio como un orden de relaciones que yacía en el juicio imperturbable de Dios.

El delito es una agresión a Dios, mediatizada a través de una agresión al soberano como representación de Dios en la Tierra y asimilable, en consecuencia, al pecado. La pena tiende, entonces, a reconciliar al pecador con Dios, pretendiendo despertar el arrepentimiento del culpable, sin perder el carácter de castigo por el delito cometido. Tiene por fin la expiación por el pecado.

Sin embargo, los modelos punitivos del siglo XVII no se diversifican solamente con un propósito humanista, sino con el fin de evitar que se desperdicie mano de obra, la cual ahora será controlada regulando su utilización de acuerdo con las necesidades de valoración del capital.<sup>3</sup>

## Capítulo II

### TEORÍAS BURGUESAS ACERCA DE LA PENA

#### 2.1. Iluminismo

La época de desarrollo del iluminismo es la del absolutismo, específicamente el absolutismo del siglo XVIII, también denominado *despotismo ilustrado*, que gobernó en Francia, Prusia, Inglaterra y España. Estos regímenes fueron el resultado de ciertos cambios en la forma de gobernar como estrategia para continuar manteniendo la dominación de las sociedades. Dichos cambios supusieron que, durante el siglo XVIII, se comenzara a observar la tendencia a:

- 1) Mayor humanidad en el trato de los gobernados
- 2) Fomento de la educación popular
- 3) Estímulo a la igualación de los súbditos frente a la ley
- 4) Apertura hacia la libertad religiosa
- 5) Suavizar el Derecho Penal, limitando el uso de la tortura judicial.

El Derecho Penal iluminista, con el precedente de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, erige al Estado como garante de las condiciones de vida en común. La burguesía acogió la concepción *ius naturalista* del Derecho Penal que provenía de la escolástica medieval, pero matizada por el amplio movimiento de Reforma que se produce en el siglo XVI (calvinismo en Holanda, anglicanismo en Inglaterra, etc), representado por Hugo Grocio, quien acepta el derecho natural en un sentido racionalista,

independizado de fuerzas sobrenaturales, lo cual no implica que en ocasiones se retomara el criterio católico-tomista original del derecho natural,<sup>4</sup> pero concibiendo en definitivas la existencia de un derecho natural anterior y superior al derecho positivo y fuente de todo otro derecho.<sup>5</sup> La conminación del Estado solo quedaría legitimada respecto de conductas socialmente dañinas. La razón únicamente podría justificar la pena en la medida en que surja como reacción a una conducta que sea lesiva a los derechos de otro o ponga en peligro al Estado garante.

La ideología de la libertad del iluminismo responde a la ideología teleológica del absolutismo. El daño al orden divino es reemplazado por el daño al orden social. El delito se seculariza, encuentra residencia en la tierra entre los hombres y la pena es ahora retribución. Se trata de restablecer el orden jurídico que sustituye al orden divino de la Edad Media. La retribución del delito sucede a la expiación del pecado y la razón divina es reemplazada por la razón de Estado.

Así, en 1764, Cesare Beccaría, criminólogo, economista y jurista italiano, exponente de la Escuela Clásica Penal Contractualista, esgrime las ideas del iluminismo en torno a la pena, impregnándole un sentido más humano. En su principal trabajo, *Ensayo sobre los delitos y las penas*, critica la severidad y abusos de la ley criminal, especialmente la pena capital y la tortura. Los escritos de Beccaría estimularon y proporcionaron guías jurídicas para las reformas de los códigos penales de muchas naciones europeas, cuya influencia llegó también a América.

El significado de la pena se distinguió en Beccaría por un cambio profundo, ya que abandonó el carácter expiacionista que se le había atribuido en el sistema feudal-cristiano y lo sustituyó por un alcance prevencionista, con lo que se anticipó al programa político-criminal elaborado posteriormente por la teoría del Derecho Penal. Para Beccaría, «el fin de la pena no es atormentar o afligir a un ser sensible ni deshacer un delito ya cometido...; el fin, pues, no es otro que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos, y apartar a los demás de cometer otros iguales».<sup>6</sup> Por consiguiente, para Beccaría, el fundamento y límite de la punición radicaban en la necesidad de conservar la seguridad social y las penas.

El fin de la pena en el pensamiento beccariano no consistía en castigar al delincuente buscando un equilibrio, una retribución, por su mal actuar (como en Kant), sino en impedir que él u otros cometieran nuevos deli-

---

tos y la eficacia o utilidad de la pena debía verse en el sentido de lo que hoy llamamos prevención general y especial.

La Escuela Clásica Penal, también representada por Carrara, toma igualmente una dirección ecléctica y avanza hacia el perfeccionamiento del Derecho Penal. Esta escuela justifica todo el sistema penal con la protección del orden jurídico, rechaza el arbitrarismo en la aplicación de la pena y consagra el principio de que no puede haber delito ni pena sin ley previa. Plantea que el delito es una relación jurídico-formal entre una conducta y una norma violatoria del Derecho Penal; que el *ius puniendi* se fundamenta en el *libre albedrío*, pues el hombre pudo escoger entre el bien y el mal y, por ello, el Estado tiene el derecho de castigar; que la sanción no puede ser arbitraria, debe ser proporcional al daño causado, lo cual tiene como antecedente la vieja Ley del Talión.

El sistema jurídico-penal de Carrara se basaba en el concepto racionalista del Derecho, en su versión católico-tomista del derecho natural y no en la dirección materialista que caracterizó a la ilustración. Carrara sostenía que el Derecho es congénito al hombre porque fue dado por Dios desde el momento de su creación para que la humanidad pudiera cumplir sus deberes en la vida terrenal, o sea que proviene de la ley eterna del orden, asignada a la humanidad, que es como decir que emana de la ley natural.

Sin embargo, las leyes morales no tenían fuerza coactiva per se y para consumir la realización de la ley eterna en la vida terrenal era preciso un suceso posterior, en virtud del cual se reforzara la ley moral con una coacción que llevaría a la sanción penal, y ese hecho ulterior lo constituyó el Derecho.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Carrara fundamentó su concepción del Derecho Penal en la tutela jurídica y pretendió fusionar los principios de justicia y utilidad. Admitió, de la corriente retributiva, el principio de una justicia absoluta, asumiendo que quien ha causado un mal debe expiar su falta sufriendo otro mal, pero limitó esta regla argumentando también el interés de la sociedad de proteger al individuo ofendido, por ser este un miembro de ella.

El proyecto iluminista tiene su mayor exponente a nivel filosófico en Immanuel Kant, quien se orienta hacia una concepción retribucionista de la pena caracterizando el precepto moral como mandato y no como simple consejo, ya que para él, en nuestra razón práctica, está vigente la idea de que la transgresión de la ley

moral es algo digno de pena. Lo esencial de toda pena es su justicia, una legislación no sería moral si no se concuerda con ese principio que hace que el vicio lleve consigo la pena. Para Kant, la pena no puede entenderse como un simple mal, justo de por sí, ya que es fundamental que el castigado reconozca que el mal que sufre es merecido.

Kant niega otros fines a la pena, opina que el castigo penal nunca puede aplicarse como medio de obtener otro bien, ni para la sociedad, ni para el delincuente: «la justicia deja de serlo cuando se acuerda por un precio cualquiera»,<sup>7</sup> lo cual no se justifica ni por criterios de utilidad. La pena debe imponerse al reo solo porque ha transgredido la norma penal y no tomarse al hombre como un instrumento para conseguir otros fines.

El principio de la razón práctica implica la equiparación de los males; por ende, la especie y el grado de la pena aplicada por la justicia pública eran los del Talión. De modo que «si el criminal ha cometido una muerte, él también debe morir. No hay aquí ninguna conmutación capaz de satisfacer a la justicia. No hay ninguna identidad entre una vida llena de trabajos y una muerte; por consiguiente, ninguna igualdad entre el crimen y la pena más que por la muerte del culpable; pero su muerte pronunciada en justicia y separada de toda clase de malos tratamientos que pudieran hacer horrible la naturaleza humana en el paciente».<sup>8</sup>

Como se aprecia, Kant y Beccaría esgrimieron puntos de vistas opuestos en relación con la finalidad de la sanción penal.

Con Hegel, según sostiene Urdanoz, «la historicidad entendida en sentido iluminista, como negación y crítica de la tradición, es sustituida por el ideal romántico de la historicidad, como una herencia, como un revivir que es al mismo tiempo renovar y conservar el patrimonio espiritual adquirido»;<sup>9</sup> pero, en su desarrollo, la filosofía parte de lo más abstracto, general e imperfecto y avanza por contradicción y superación hacia lo más perfecto y rico. Cada momento asume lo anterior y lo integra, no lo anula. Cada sistema filosófico pervive formando parte del posterior.

Así, en lo referido a la teoría del castigo, Hegel sigue en espiral los pasos de Kant y ve la conducta del delincuente como contradictoria, con su delito afirma su propia libertad, pero niega la existencia de ella en los demás, como voluntad posible. El delincuente, al negar violentamente el derecho de los demás, erige la violencia en ley y a ella sucumbe; de ahí la irracionalidad y con ello la irrealidad de su conducta. En tal sen-

---

tido, la pena en Hegel tiene la finalidad de reafirmar el imperio de la voluntad racional (el Derecho) sobre la voluntad irracional (el delito); entonces, la pena es la negación del delito y este, a su vez, es la negación del Derecho.

En efecto, la pena es la negación de la negación y esas dos negaciones deben relacionarse, de aquí su orientación hacia la teoría de la retribución, en el sentido de que el mal de la pena debe ser, en su entidad, igual al mal del hecho punible.

La tendencia retribucionista de Kant y de Hegel tuvo un innegable carácter positivo en su época, respondió por lo general a una filosofía política liberal burguesa que vinculaba la proporción de la pena respecto al delito cometido, estableciendo un límite al poder punitivo del Estado que se convirtió en garantía para el ciudadano, toda vez que no se podía sancionar más allá de la gravedad del delito perpetrado, ni siquiera por consideraciones prevencionistas porque el respeto a la dignidad del individuo impedía que este fuera utilizado como instrumento de consecución de otros fines. En otro orden de cosas, la aplicación del principio retributivo catalizó la vigencia práctica de la aspiración burguesa de igualdad formal de todos ante la ley.

Por su parte, Juan Domingo Romagnosi basa el Derecho Penal en el *ius naturalismo* iluminista. Las relaciones sociales entre los hombres están reguladas por leyes naturales insertas en la propia naturaleza humana, las cuales se debe conocer a través de la razón. Esta ley natural tiende a la conservación de la especie humana y lograr para ella la máxima felicidad.

El delito para Romagnosi es la agresión al bienestar: si queda impune, destruiría a la sociedad. Para que no ocurra, la sociedad y el Derecho deben eliminar la impunidad.

El derecho a castigar (*ius puniendi*) es el derecho de defensa contra la amenaza permanente. Así, entonces, el Derecho Penal es el derecho de defensa fundamentado en la conservación de la felicidad. La pena es el contraimpulso al impulso, que es el delito.

Argumenta sus criterios sobre la base de la defensa social indirecta oponiéndose al criterio retribucionista de Kant. Para él, la pena cumple una función de prevención general y el Derecho Penal está destinado a la defensa habitual contra una amenaza permanente surgida de la falta de inhibición de algunos hombres. En tal sentido, la ocasión para aplicar la norma la suministra un delito futuro y se instala en la legítima defensa; pero, aun así, la necesidad de la pena no se asienta solo en la

probabilidad de un ilícito por venir, sino en el efecto destructivo del cuerpo social que padecería la impunidad posterior al delito.

La pena, para obtener esa finalidad preventivo-defensiva, tiene que interactuar con el delincuente insuflándole temor, o sea: el fin de la pena no es el de atormentar o afligir a un ser sensible, ni el de satisfacer sentimientos vindicativos, ni el de revocar un delito ya cometido y expiarle, sino de infundir temor a todo delincuente, de modo que, en el futuro, no ofenda a la sociedad.<sup>10</sup>

## **2.2. Restauración. Jusracionalismo naturalista**

Este período histórico que sigue en Europa al iluminismo, después de la derrota de Napoleón y del Congreso de Viena, se caracteriza por una burguesía que ya ha logrado una cierta hegemonía política, económica y social y busca su consolidación en el poder. De revolucionaria pasa a ser conservadora.

El movimiento de la Restauración opuso al planteamiento iluminista de la soberanía del pueblo, como fuente del poder, el de la soberanía del príncipe, cuya formulación se conoce como «principio monárquico». Según este, la soberanía y la unidad del poder residen en el príncipe, quien se ve solamente limitado por una Constitución que él mismo otorga.

Sobre estas condiciones, los autores que expresaron las ideas de Hegel en el ámbito del Derecho Penal, y que habrían de dominar la doctrina hasta el último tercio del siglo XIX, construyeron un sistema del delito partiendo de la base de que este constituye una insurrección consciente en contra de la voluntad general.<sup>11</sup>

## **2.3. Positivismo**

El positivismo como sistema filosófico se basó fundamentalmente en la experiencia y en el conocimiento empírico de los fenómenos naturales. En virtud de lo anterior, el positivismo considera a la metafísica y a la teología como sistemas de conocimientos imperfectos e inadecuados. El término «positivismo» fue utilizado por primera vez por el filósofo francés Auguste Comte, autor de la obra que inauguró esta corriente de pensamiento, *Curso de filosofía positiva* (6 vols., 1830-1842). No obstante, algunos conceptos positivistas se remontan al filósofo británico David Hume, al francés Claude Henri de Rouvroy, conde de Saint-Simon, y al alemán Immanuel Kant.

---

Comte llamó «positivismo» a esta doctrina para indicar el escenario y rumbo provechoso que él pretendió para su talante teórico. En general, lo sedujo la idea de la reorganización de la vida social para el bien de la humanidad a través del conocimiento científico y, por esta vía, del control de las fuerzas naturales. Los dos ingredientes principales del positivismo, la filosofía y el gobierno (o programa de conducta individual y social), fueron más tarde unificados por Comte en un todo, bajo la concepción de una religión, en la cual la humanidad era el objeto de culto. Esto ocasionó que muchos de sus seguidores no aceptaran tal desarrollo religioso de su pensamiento, porque parecía contradecir la filosofía positivista original, ya que inicialmente la filosofía de Auguste Comte abandonó la especulación de lo sobrenatural en favor de la investigación científica y, según él, el conocimiento de todos los temas, desde la astronomía a la sociología, debería venir de la correlación de la evidencia empírica. Así, más tarde, muchas de las teorías de Comte fueron adaptadas y desarrolladas por los filósofos sociales británicos John Stuart Mill y Herbert Spencer, y por el filósofo y físico austríaco Ernst Mach.

No obstante, el estudio sistemático de Comte sobre la estática y dinámica de la sociedad sentó las bases de la sociología moderna, que al principio se llamó física social.<sup>12</sup>

En la primera mitad del siglo XIX, se producen en Europa hechos históricos de relevante significación, que constituyen antecedentes del período en que se formó la Escuela Positiva Penal, a saber: las insurrecciones de los tejedores de Silesia, la publicación del *Manifiesto Comunista*, las revoluciones democrático-burguesas de 1848 y la creación de la Primera Internacional; pero, con el fracaso de las revoluciones sociales de 1848, se rompió el equilibrio que había existido entre el componente político y económico y entra a cobrar preeminencia este último. La teoría política reconoce, entonces, autonomía, personalidad moral o jurídica y poder de dominación al Estado. Este Estado no tiene fines, muy por el contrario, él es un fin en sí mismo, con lo cual se permite la ampliación del campo de intervención del Derecho Penal. Toda conducta que el Estado considere necesaria colocar bajo pena será delito.<sup>13</sup> Por otra parte, ya a finales del siglo XIX, era cuestionada la eficacia de los principios de la Escuela Clásica Penal ante el impetuoso desarrollo de la delincuencia, por lo que se produce un viraje en la ciencia

del Derecho Penal y la atención de los penalistas se concreta particularmente en el sujeto activo del crimen.

Así, en el plano jurídico-penal, el positivismo se manifestó en dos direcciones. En Alemania, con la sustitución del derecho natural por el derecho positivo en contraposición al *ius naturalismo*, de modo que el positivismo filosófico se concretó en positivismo jurídico normativo; su máximo exponente fue Binding. En Italia, el positivismo derivó hacia la antropología y la sociología; sus máximos exponentes fueron Lombroso, Vont Liszt y Ferri.

Cesare Lombroso fundó la antropología jurídica y la criminología, dijo que lo importante es la causa de por qué el delincuente transgrede el Derecho, y afirma la existencia de un delincuente nato (tipo criminal) en el sentido de que es un loco moral que tiene afectadas sus facultades axiológicas, un psicópata.

Karl Binding, legítimo continuador de la Escuela Clásica del Derecho Penal y defensor de un racionalismo centrado exclusivamente en el derecho positivo, libre de toda consideración filosófica, conserva solamente el dogma hegeliano de la racionalidad incuestionable de la ley en tanto que es producto del Estado. El delito es una infracción al deber de obediencia del ciudadano frente al Estado, el cual tiene el derecho de exigirla.<sup>14</sup>

Von Liszt representa al positivismo naturalista que busca las causas de la criminalidad, negando la pena retributiva, reemplazándola por la prevención general y especial científica. El sistema de Von Liszt contiene un doble enfoque metodológico: de un lado, utiliza el método lógico formal en cuanto al Derecho Penal (concerniente al positivismo jurídico); y, del otro, el método experimental (propio del positivismo sociológico) para estudiar el delito y la pena como fenómenos empíricos.<sup>15</sup>

No obstante, tanto los planteamientos de Binding como los de Von Liszt sirven a los mismos propósitos: los del Estado positivista alemán que había tomado sobre sí la tarea de revolución industrial que la burguesía, como clase social, no había sido capaz de realizar.

Enrico Ferri varió completamente la metodología anterior con el método positivista, se basó en lo concreto en lugar de lo abstracto y utilizó la inducción. Esto implicó un cambio en el objeto de conocimiento de la ciencia penal, pues de la búsqueda del deber se pasó a la investigación del ser. Sus tesis principales fueron la concepción del delito como un fenómeno social e individual, la teoría de la responsabilidad penal basada en

---

la negación del libre albedrío y, consecuentemente, el principio de la defensa social como fundamento de la pena.<sup>16</sup>

Así, se plantea que el delito es una conducta que debe ser estudiada con ayuda de otras ciencias; no hay libre albedrío, pues el hombre está predeterminado por lo que ha recibido de la vida; la sanción debe proceder según el criterio de peligrosidad, o sea corresponderse con la valoración del nivel de peligro del hombre para la sociedad; el *ius puniendi* del Estado se fundamenta en que la sociedad tiene «derecho a defenderse».

La sociedad para Ferri es también un organismo en el sentido biológico, por lo que debe subsistir y, para ello, tiene que rechazar y prevenir toda lesión, en lo que corresponde al Derecho Penal la misión protectora de la sociedad. Esta cuestión puede conllevar a interpretaciones equivocadas porque, sin dudas, el delito es una acción socialmente peligrosa que transforma la realidad objetiva perjudicando o dañando algo, pero este «algo» no es metafísico, sino una relación social concreta, de ahí el carácter material del delito.

De cara a esta concepción atinada de la peligrosidad social, la tesis de Ferri contrasta porque su presupuesto de la defensa social no se asienta en la defensa objetiva contra un suceso objetivo, una acción u omisión concreta, sino que dicha protección se halla instalada en el delincuente, en su subjetividad, por lo que no interesaba el delito, sino el autor. El delito se convierte en un síntoma de peligrosidad del sujeto, pasando a ser este el actor de la justicia penal.

Esta idea de la defensa social toma distancia respecto a las circunstancias de tiempo y lugar de las fuerzas de clase que se despliegan en el seno de la sociedad, de las luchas entre las clases y del papel objetivo de los procesos históricos, interpretando de manera errónea la sociedad y el Derecho Penal, que solo puede proponerse la defensa de esta cuando se erradican los antagonismos clasistas, toda vez que únicamente en esa circunstancia el Derecho representa la voluntad social porque, aunque el Derecho garantiza la dominación de la clase que detenta el poder, lo hace interpretando las necesidades sociales a través de los intereses y la voluntad de la clase dominante.

## **2.4. Reacción antipositivista y movimiento neokantiano**

En Alemania, el científicismo positivista se constituyó en el instrumento de apoyo ideológico al Estado para la realización de la revolución económica y de la

transformación de las relaciones de producción. Realizadas tales transformaciones, apareció, como reacción a la certeza científica de las «leyes naturales» del pensamiento positivista, una escalada que comienza con el relativismo del pensamiento de Kant, reformulado en la corriente filosófica denominada neokantismo.

La Constitución de Weimar, plasmación de tal pensamiento, recuperó los principios de libertad del iluminismo y, al mismo tiempo, constató las desigualdades sociales que había acarreado la industrialización, incorporando en su texto un nuevo programa económico-social, lo cual se refleja en el ámbito del Derecho Penal, sobre todo en la Escuela Sudoccidental Alemana. Basado en un nuevo método, se distingue el utilizado por las ciencias de la naturaleza y por las del espíritu, colocando como fundamento de estas a la filosofía de los valores, lo que permite la reformulación de la teoría del delito.

## **2.5. Neoantropologismo**

Al concluir la Primera Guerra Mundial, con la agudización de las contradicciones del capitalismo y el desarrollo de la delincuencia en los estados burgueses, el pensamiento jurídico-penal retomó la teoría antropológica con una nueva proyección más a tono con los nuevos avances de la ciencia. No obstante, persistieron en tratar de explicar los fenómenos sociales por ciertas particularidades de la naturaleza humana, falazmente entendidas al igual que en la época de Lombroso y así surge la «teoría de la predisposición congénita», que atribuye a ciertos individuos determinadas disposiciones endógenas que se activan exógenamente por el influjo del mundo circundante. La cuestión es que nadie ha demostrado aún que la criminalidad se transmita genéticamente y estos argumentos se prestan para encubrir las verdaderas causas que originan la delincuencia.

Tal corriente deriva en una teoría psicoanalítica de la pena, que intenta deducir conclusiones en cuanto al derecho subjetivo de sancionar. Al respecto, se han seguido dos líneas de pensamiento: los que defienden el abolicionismo de la pena, y los que abogan por el arraigo de la expiación de la venganza y del sadismo.

Los primeros plantean que hay una culpabilidad preexistente en el delincuente que lo hace obrar contrariamente al Derecho y desear la pena, por lo que no evita el delito, pues le estimula. Quienes se afilian a la segunda vertiente, opinan contra la abolición de la pena como medio de calmar un exagerado sentimiento de culpabi-

---

---

lidad, porque esto puede funcionar en el neurótico, pero en la persona normal obrará el miedo al castigo, por lo que el temor –fundamento de toda justicia penal– puede impedir (o al menos limitar) prácticamente las acciones delictivas. Así, esta teoría pierde su valor a favor de la prevención general de la pena.

## 2.6. Derecho penal de autor

En el sistema del derecho penal de autor, la pena se vincula directamente a la peligrosidad de este y para su justificación debe ser reconducida a la culpabilidad por la conducción de la vida. Lo decisivo en dicho sistema es el reproche que se le hace al autor por haberse convertido en una personalidad criminal. Se parte de la conducta peligrosa del agente y no del hecho delictivo por él cometido.

En este sistema, la pena alcanza valores retributivos extremos pues, por su carácter voluntarista, se intenta captar la voluntad delictiva.<sup>17</sup>

## 2.7. Irracionalidad del estado nacionalsocialista

El nacionalsocialismo alemán tiene sus raíces en una tradición intelectual y política nacional poderosa, que no se limita a la simple herencia científica o filosófica de fines del siglo XIX (Darwin, Gobineau, Chamberlain, Nietzsche, Wagner). Numerosos temas que resurgen en el nacionalsocialismo animaban la vida política y social alemana desde hacía décadas.

La síntesis «nacional-social» se apoya sobre las dos corrientes políticas principales del siglo XIX, nacionalismo y socialismo, que fueron antagonistas por mucho tiempo. La idea de esta síntesis fue formulada en Alemania, a fines de siglo, por Adolf Stöcker y Friedrich Naumann. Su influencia política fue reducida, pero la idea se difundió tanto entre la izquierda como entre la derecha. La derrota y la crisis alemana posterior a 1918 no hicieron más que reforzar esta corriente. Llevada esa idea a la práctica, implicó una mistificación, pues nada tuvo que ver con el nacionalismo o el socialismo, tal como estos términos son entendidos, y si parte de las incumplidas promesas del primitivo programa del Partido, redactado en 1920, fueron socialistas, solo tuvieron valor como medio para ganarse el apoyo de las masas.

Si para el iluminismo el centro era el individuo, para la ideología nacionalsocialista es el pueblo, considerado como un ser con identidad propia por encima de los individuos, ligado por la sangre al suelo de las ge-

neraciones pasadas, actuales y futuras. El delito era, entonces, una traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán, por lo cual desaparece la diferencia entre Derecho y Moral, eliminándose de esta manera todos aquellos aspectos que pudieran significar un límite a la potestad punitiva del Estado.

## 2.8. Constitucionalismo europeo de la postguerra

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, renacen en la entonces Alemania Federal las reacciones antipositivistas de carácter jusnaturalista, las que habían sido pospuestas en el período de la contienda bélica. Tales teorías apreciaban en el positivismo jurídico una legitimación formal del autoritarismo. Sin embargo, estas tendencias aparecen reforzadas por la consagración del principio constitucional del llamado «Estado Social y de Derecho».

Las propuestas metodológicas más importantes en este campo son la de Helmuth Mayer, de inspiración neohegeliana, y la de Hans Welzel, fenomenológica y jusnaturalista, la cual se impondrá definitivamente por su claro contenido ético y moralizante.

Para Mayer, el Derecho Penal está, antes que todo, al servicio del mantenimiento de una conducta que proclama cierto orden moral. Por ello, lo determinante en el ejercicio del *ius puniendi* es la protección de aquel, el cual se expresa a través de un orden jurídico con el que se identifica y, consecuentemente, será punible todo aquello que atente contra el paradigma moral preestablecido.

Para Welzel, en cambio, la misión del Derecho Penal tiene un carácter más selectivo, su encomienda es proteger los valores primordiales de la vida en comunidad, mediante el resguardo de los intereses vitales de esta,<sup>18</sup> deslindando así la afectación del equilibrio moral de la ocupación protectora del Derecho Penal, al que solo le incumben las conductas socialmente más relevantes.

## 2.9. Estado de bienestar y resurgir de la política criminal

La principal herencia de la socialdemocracia, durante el siglo XX, fue la proclamación del llamado Estado de Bienestar en un número significativo de países. G. Tortella ha sostenido, recientemente, que la verdadera revolución del siglo XX fue el desarrollo de esta forma de Estado, pues se colocaron ciertos límites al capitalismo<sup>19</sup> que, según nuestra opinión, solo

---

aparentemente modifican las lógicas de su funcionamiento con una formulación de impronta socialista.<sup>20</sup>

No obstante ello, conviene revisar ciertas definiciones básicas dadas por algunos autores sobre los objetivos del Estado de Bienestar. Según Bandrés,<sup>21</sup> son básicamente tres: a) Dar seguridad económica y social a las personas; b) Reducir las desigualdades; y c) Desarrollar políticas para eliminar la pobreza.

En el contexto del Estado social y democrático de derecho, la política criminal experimentó un resurgimiento y, con ella, la necesidad de buscar un nuevo fundamento racionalizador de la coerción penal y de su monopolización por el Estado. La búsqueda de ese fundamento racional se hará en un nuevo contexto político con el auxilio de la Sociología y, en particular dentro de ella, con las corrientes que se engloban bajo el funcionalismo y el interaccionismo simbólico que diera origen a la teoría criminológica del «labelling approach».<sup>22</sup>

El funcionalismo aparece, entonces, como la sociología legitimadora del Estado de Bienestar. El Estado en las sociedades de mercado ha condicionado su política penal a la racionalidad de la protección de bienes jurídicos, lo cual, junto con las teorías de la pena, cumplirá una función ideológica de justificación racional del Derecho Penal.

## 2.10. Nueva defensa social

La pena tratamiento es uno de los factores principales de la política criminal de la Nueva Defensa Social, la cual está orientada hacia el tratamiento del delincuente, pero esto forma parte de una labor integral de protección social que constituye el elemento fundamental en el combate a la delincuencia.

En este sistema, al reo no se le somete a la justicia penal con una finalidad expiatoria, vengativa o retributiva, sino con el objetivo de aplicarle un tratamiento que posibilite su resocialización, y lo devuelva a la vida social en condiciones de acatar sus reglas. La desjuridización que esta práctica implica demuestra la estrecha relación existente entre el Derecho y otras ciencias sociales; sin embargo, tal tratamiento del delincuente deberá realizarse dentro de la legalidad y, por la implícita disposición finalista de la sanción, se determinará en juicio, previa comisión de un delito, y se controlará jurídicamente su ejecución. No obstante, esta posición finalista de la sanción conlleva la perspectiva de que los fines de la pena (resocialización, reinserción, reeducación) son los que determinan el contenido del

tratamiento, constituyendo este un medio para la consecución de aquellos y, cuando no sea posible lograr dichos fines, la Nueva Defensa Social se contenta con haberlo intentado, porque para esta escuela lo primario es que el esfuerzo de reinserción social sea emprendido para todos.

La reafirmación de aplicar la pena tratamiento dentro del marco del sistema legal destaca, según Ancel, la vigencia del principio de legalidad de los delitos y las penas y requiere conocer la personalidad del sujeto para poder adecuar a ella el tratamiento sin ignorar el hecho delictivo.<sup>23</sup> Esto conduce a la individualización de la pena, aun desde la fase investigativa. De ahí la necesidad que entraña el movimiento de la Nueva Defensa Social de capacitar a los jueces con criterios criminológicos sobre el acto y la personalidad del autor, a los fines de que la adecuación del tratamiento se base en elementos de juicio que les sean conocidos, para lo cual también se auxiliarán de médicos y psicólogos sociales que hagan posible un informe científico acerca del reo.

El hecho de que la personalidad del autor constituya el fundamento de la sanción penal (considerada tratamiento) no implica que se trate de un Derecho Penal de autor, sino por el acto, solo que en la concepción de Ancel está armonizar acto y sujeto

## Capítulo III

### MARXISMO

En puridad, aún no se puede hablar de la existencia de una Escuela Penal asentada en un pensamiento *ius* filosófico marxista y, en tal sentido, todavía no se han rebasado los límites del pensamiento teórico de la Escuela Positiva que arribaron con significativa fuerza al siglo XX. Sin embargo, la criminología socialista ha superado varios de los enfoques positivistas, caracterizados comúnmente por el determinismo social, interpretación mecanicista de la sociedad, aceptación total de los métodos y principios de las ciencias naturales, presunta neutralidad de la ciencia, reconocer la existencia de una armonía social, atribuir carácter patológico a quien infringe las leyes e interpretación de la criminalidad como una calidad de ciertos comportamientos; para ello, se ha basado en la doctrina marxista-leninista, que concibe al hombre como un ser fundamentalmente social, con sus componentes biológico y psíquico, estableciendo el justo papel que desempeña el medio en la formación y desarrollo del sujeto.

Algunos autores han pretendido restar valor a la obra de Marx aduciendo que a lo sumo supo visualizar el factor económico de la vida social, cuestionándose la existencia en su obra de una teoría crítica de la política, el derecho, el poder y la dominación, dado que, en su proyecto de investigación de 1857-1858, él había planificado escribir un libro específico sobre el Estado –análogo a *El Capital*– y nunca lo pudo concretar. Sin embargo, no puede soslayarse que, en *El 18 Brumario de Luis Bonaparte* y en sus restantes escritos sobre Francia, aporta numerosos elementos para elaborar una teoría crítica de la política; y, en otros contextos, aborda disímiles temas con independencia de la trama económica. En este trabajo, nos referiremos particularmente a un artículo periodístico titulado «Pena capital –Folletos del Sr. Cobden– Reglamentos del Banco de Inglaterra», publicado en el *New York Daily Tribune*, el 18 de febrero de 1853, en el cual Marx realiza interesantes reflexiones en lo referido a la pena de muerte y a la justificación de la pena en general.

Con relación a la justificación del *ius puniendi*, Marx explicó que el libre albedrío es una cualidad del hombre, pero que está condicionada por la realidad en que se desenvuelve el sujeto, sus posibilidades, condicionantes sociales, etc; sobre este particular, Engels también señaló, sin ambages, algo inobjetable en su obra *La situación de la clase obrera en Inglaterra*: «(...) si (el obrero) tiene la suerte de encontrar trabajo, es decir, si la burguesía le concede la gracia de enriquecerse a su costa, obtiene un salario apenas suficiente para sobrevivir, si no encuentra trabajo, puede entonces robar».<sup>24</sup> De modo que, el *ius puniendi* no puede explicarse a partir de la tesis del libre albedrío, y tampoco a partir de una suerte de determinismo social, pues el hombre está limitado por las circunstancias, pero puede actuar sobre ellas (Teoría del Determinismo Dialéctico). No obstante, a pesar de las limitaciones antes advertidas en la doctrina positiva y sus profundas diferencias con el marxismo, los positivistas y los marxistas, por caminos distintos, llegaron a un mismo punto respecto al fundamento de la punición: La defensa social, ya que también Marx expresa que «el castigo no es ni más ni menos que *un medio que tiene la sociedad para defenderse* contra la infracción de sus condiciones vitales, cualesquiera que éstas sean».<sup>25</sup>

Abundando sobre el particular, es preciso acotar importantes valoraciones hechas por Marx en torno a la justificación del castigo penal, cuando afirma: «Desde el punto de vista del derecho abstracto, sólo hay

una teoría del castigo que reconoce la dignidad humana en el abstracto, y esa es la teoría de Kant, especialmente en la formulación más rígida que le ha dado Hegel»,<sup>26</sup> quien había afirmado: «El castigo es el derecho del criminal. Es un acto de su propia voluntad. La violación del derecho ha sido proclamada por el criminal como su propio derecho. Su crimen es la negación del derecho. El castigo es la negación de esta negación, y consecuentemente una afirmación del derecho, pedida y forzada por el criminal sobre él mismo.»<sup>27</sup>

Marx se refería a las consideraciones formuladas por Kant en su obra *Introducción a la teoría del Derecho*,<sup>28</sup> en la cual hace reflexiones sobre la metafísica de las costumbres, ideas que luego desarrolla Hegel en su obra *Filosofía del Derecho*.<sup>29</sup> Para Hegel, como bien señala el profesor Julio Fernández Bulté, «el crimen niega a la ley y de esta forma constituye, con esa conducta, su afirmación, la imposición de su propia voluntad libre, de su propia ley. La sanción entonces niega esa negación, y al hacerlo mediante el castigo que comporta, reafirma la voluntad del criminal y deviene afirmación del derecho que, sin embargo, supone también, por unidad dialéctica, la realización de la voluntad del criminal».<sup>30</sup>

El mayor mérito de Marx, en este tópico, es haber justificado la legitimidad del castigo penal apartándose de la arraigada concepción canónica de la pena. Lo hace basado en una epistemología nueva, característica de su obra y pensamiento, con lo que desplaza la reflexión de la esfera de las meditaciones teórico-mentales hacia el ámbito de la práctica. Inicialmente, va por los caminos emprendidos por Kant y Hegel, cuando este último afirma, no sin razón, que el Estado no es un contrato,<sup>31</sup> criticando a Beccaría, «expositor más destacado de la doctrina del Contrato Social en el campo del Derecho Penal»,<sup>32</sup> en ocasión de argumentar este, aun oponiéndose a la pena capital que, en lo referido a la pena de muerte, no puede suponerse que en el Contrato Social esté contenido el consenso de los individuos para dejarse matar; antes bien, debe presumirse lo contrario; pero luego Marx se separa en el punto que debe, cuando Hegel afirma que la esencia sustancial del Estado no es *la defensa y la garantía* (subrayado de Hegel) de la vida y de la propiedad de los individuos como personas, en forma incondicional; más bien es lo más elevado que, también, pretende esa vida y esa propiedad y exige el sacrificio de estas.<sup>33</sup>

Marx advierte la fragilidad de este postulado hegeliano por los compromisos de su autor como vo-

cero y defensor ideológico del Estado autoritario prusiano y lo critica en el propio terreno filosófico expresando: «Hay sin duda algo engañoso en esta definición, ya que Hegel, en vez de considerar al criminal como mero objeto, el esclavo de la justicia, lo eleva a la posición de un ser libre y autodeterminado. Sin embargo, analizando más de cerca este asunto, descubrimos que el idealismo alemán, aquí como en la mayoría de los otros casos, ha dado una trascendental ratificación a las normas de la sociedad actual. ¿No es una ilusión sustituir al individuo con sus motivaciones reales, con las múltiples circunstancias sociales que lo presionan, por la abstracción del *libre albedrío*, una entre las muchas cualidades del hombre por el solo hecho de serlo?»<sup>34</sup>

Como se aprecia, Marx retoma la ficción del libre albedrío, que constituyó el sostén de la articulación teórica de la Escuela Clásica de Carrara y, con su visión dialéctica y totalizadora de la vida, afirma al hombre con sus motivaciones reales, condicionado por «múltiples circunstancias sociales que lo presionan» y, entre las cuales, su libre albedrío, su libertad de elección, no son negadas, sino consideradas exactamente en su dialéctica interdependencia con las demás circunstancias sociales, culturales, espirituales, etc, como una más entre las muchas cualidades del hombre.<sup>35</sup>

Así, Marx pasa a dar su propia definición del castigo penal y expresa: «Esta teoría, que considera al castigo como el resultado de la propia voluntad del criminal, es sólo una expresión metafísica del viejo iustaliois, ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre. Hablando claramente y dejando de lado toda paráfrasis, el castigo no es ni más ni menos que un medio que tiene la sociedad para defenderse contra la infracción de sus condiciones vitales, cualesquiera éstas sean. Ahora, ¿en qué estado está la sociedad que no conoce mejor instrumento para su propia defensa que el verdugo, y que proclama, a través del diario líder del mundo, su propia brutalidad como ley eterna?»<sup>36</sup>

Si algo cabe añadir a esta última interrogante de Marx es a partir de las posiciones de Gramsci referentes a la hegemonía y el consenso en la sociedad civil, en su relación con el aparato político de la sociedad. Al respecto, Gramsci se inspira en el juicio de Sanctis y también en el de Toffanin, quienes influyeron en él en gran medida, acerca del carácter conservador y restaurador del humanismo. Esto nos dice que el concepto de hegemonía está presentado en Gramsci en toda su amplitud, es decir, como algo que opera no solo

sobre la estructura económica y la organización política de la sociedad, sino, además, específicamente, sobre el modo de pensar, sobre las orientaciones teóricas, y hasta sobre el modo de conocer.<sup>37</sup>

Gramsci opinaba que la hegemonía es la capacidad de dirección, de conquistar alianzas, la capacidad de proporcionar una base social al Estado proletario: «hegemonía acorazada de coerción». En este sentido, se puede decir que la hegemonía se realiza en la sociedad civil, mientras que la dictadura del proletariado es la forma estatal que asume dicha hegemonía.<sup>38</sup> Afirmaba que lo que buscamos realmente por el uso conceptual de la hegemonía es el modo por el que los diversos y posibles contextos de poder interactúan y se relacionan entre sí y cuyos componentes serían las relaciones dialécticas entre la coerción y el consenso en constante flujo y cambio.<sup>39</sup> Opinaba, con un basamento práctico que aprendió de Lenin, que ningún Estado podría sostenerse permanentemente sólo mediante la coerción, le correspondería también el papel de dirigente y educador, esforzándose en comprender el rol que las ideologías desempeñan en este proceso y, por el contrario, ningún Estado, por más democrático que sea, puede dejar de utilizar ampliamente los mecanismos represivos disponibles para mantener el orden establecido; es decir, para impedir que las relaciones de las clases que le sostienen sean eliminadas por la lucha de clases.<sup>40</sup>

## Capítulo IV

### IUS PUNIENDI

El *ius puniendi* puede verse desde dos ángulos: como poder del Estado para establecer delitos y penas o como derecho del Estado para aplicar las penas a quienes cometan delitos.<sup>41</sup>

En lo referido al primer asunto, un sector de la doctrina considera que el *ius puniendi* no constituye un derecho ni puede enmarcarse únicamente en el ámbito jurídico-penal, ya que tiene un alcance constitucional al ser la propia Constitución la que reserva al Estado la facultad de prescribir delitos y sanciones en las leyes penales, con vistas a proteger el sistema social en ella establecido;<sup>42</sup> aspecto este relacionado con la soberanía del Estado para dictar las leyes necesarias que le permitan resguardarse de las conductas que se consideren nocivas, salvando que esta facultad debe ser ejercida dentro del marco de lo permitido en las declaraciones o resoluciones universales que versan sobre los derechos fundamentales del hombre. De modo que no

---

se trata de un derecho que pueda ser subjetivado, sino del ejercicio de la potestad soberana del Estado.

El segundo aspecto ha sido más controvertible ante la disyuntiva de si, por un lado, la realización de la norma penal objetiva determina también el establecimiento de una relación jurídica entre el Estado y el individuo que pueda ser calificable como un auténtico derecho subjetivo y, de otra parte, el deber del Estado de punir las conductas delictivas.

El profesor Renén Quirós ha definido con claridad las dos objeciones fundamentales que se le hacen a este segundo punto de vista:

- Se ha negado la posibilidad de reducir la facultad del Estado de sancionar los hechos delictivos al nivel de un derecho subjetivo del Estado.
- Se ha negado también que la situación del sancionado pueda considerarse como una obligación de sufrir la pena.<sup>43</sup>

Ambas observaciones son cuestionables, la primera porque el Estado puede constituirse en sujeto de derecho y hacer suyo un derecho objetivo que estime que le corresponde.<sup>44</sup> Esto se justifica ya que el Estado posee fines públicos de diversa naturaleza sobre los que debe decidir conforme a Derecho, independientemente de los criterios de utilidad o conveniencia que pueda haber.

La segunda réplica parte de considerar infundadamente el sometimiento del reo a la pena como un hecho espontáneo. Sin embargo, es innegable que una sentencia condenatoria vincula al sancionado con el cumplimiento de esta, pues si no existiera esa obligación no coexistiría una relación jurídica de ejecución y, por ende, el empleo de la fuerza pública cuando fuere menester carecería de base jurídica, todo lo cual se confirma, además, con la vigencia de delitos que reprimen la infracción de sanciones principales o accesorias.<sup>45</sup>

De todo lo anterior se concluye que, en la esfera del Derecho Penal, también se producen relaciones jurídicas reguladas por la norma penal; aunque estas tengan características particulares, dichas relaciones se dan entre el Estado y el sujeto comisor del delito y es precisamente de la infracción penal de donde surge el derecho del Estado a castigar y a exigir del infractor que se someta a la disminución de sus bienes jurídicos, dentro de los límites fijados por el derecho objetivo. Esta regla no va únicamente en detrimento de los derechos del imputado, sino que a la vez lo protege de arbitrariedades y excesos en el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado, ya que, si bien el procesado tiene

la obligación de asumir su responsabilidad penal, también tiene el derecho a que esa responsabilidad solo recaiga sobre el acto delictivo por él cometido, que a ese acto se le confiera la valoración justa, conforme a la ley, que se le aprecien las atenuantes respectivas, así como que la sanción impuesta corresponda a las exigencias instituidas en la ley.<sup>46</sup>

De manera que, a consecuencia del delito, surge el deber del Estado de aplicar la sanción penal, y el contenido de la relación jurídico-penal que se origina entre el Estado y el individuo comisor del hecho delictivo es, a su vez, el derecho del Estado para infligir la sanción penal y exigir del acusado que se subyugue a esta, siendo análoga a tal facultad la obligación del inculcado de soportar la pena, tolerando sobre sí el castigo y absteniéndose de toda resistencia contra los órganos del Estado que ejecutan la sanción, aun cuando esta ejecución implica el detrimento de bienes jurídicos tan preciados como la libertad o el patrimonio. Solo este fundamento impide que se reconozca el derecho de legítima defensa del penado ante el peligro o detrimento inmediato de sus bienes jurídicos, por lo que no solo no tiene el derecho a defenderse en este sentido, sino que, además, su resistencia es punible.

## Capítulo V

### PUNIBILIDAD

La punibilidad es un atributo de la acción u omisión (prohibida por la ley y socialmente peligrosa) para ser considerada como delito<sup>47</sup> y contiene dos momentos: uno abstracto, que es la previsión de la pena en la norma; y otro concreto, que es la aplicación de la sanción penal al autor comisor del delito.

La técnica utilizada por el Estado para remitir una acción u omisión socialmente peligrosa y antijurídica a la ceñida esfera del Derecho Penal es la previsión de la sanción penal; de su uso depende el ejercicio del *ius puniendi* estatal, toda vez que la peligrosidad social denota que el delito es un fenómeno social, pero la punibilidad muestra que es también una manifestación jurídico-penal.

La naturaleza y misión de la punibilidad se ve desde dos ángulos relacionados con la definición de delito. Un punto de vista concibe la punibilidad como la consecuencia del delito y, por eso, ajena al concepto de este. Otra vertiente considera que la punibilidad es fundamental en la noción de lo delictivo porque, si se le excluye, la conducta deja de ser delictiva. El profesor

Renén Quirós concuerda con el segundo criterio y lo explica razonablemente porque, en el momento de la previsión normativa, la punibilidad no es simple consecuencia del delito, ya que sin esta previsión normativa de pena no aparecería la conducta como delito en la ley penal y la estructura de la norma jurídico-penal se integra por la disposición y por la sanción. Ambos componentes son inherentes al delito, no hay disposición sin sanción o viceversa.<sup>48</sup>

## Capítulo VI

### MEDIDAS DE SEGURIDAD

Según Roxin, la diferencia clave entre las penas y las medidas de seguridad consiste en que toda pena presupone culpabilidad del sujeto, cuando cometió el hecho en el pasado, mientras toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro.<sup>49</sup> Ello se debe a que, en atención al principio de culpabilidad, esta es la base de la medición de la pena; de modo que, en el caso concreto, si faltara la culpabilidad del sujeto por concurrir alguna eximente de la responsabilidad penal, el hecho no será punible aun reuniendo los elementos del tipo delictivo. En cambio, aunque falte la culpabilidad, podrá imponerse una medida de seguridad si el sujeto, como consecuencia de su estado, es peligroso para la sociedad.<sup>50</sup>

Beristain diferencia en dos bloques las opiniones de los penalistas que buscan la justificación de las medidas de seguridad a través de diversas argumentaciones:

- a. Los vinculados a orientaciones neoclásicas exigen una justificación ético-moral y, por tal motivo, aceptan solo aquellas medidas que privan de sus derechos a quienes no pueden o no saben ejercerlos con libertad interior, o a quienes esa privación de derechos resulte en conjunto provechosa para superar la rémora en su desarrollo personal.
- b. Los más cercanos a las orientaciones positivistas las justifican en su necesidad y utilidad social, desde el momento en que la pena por sí sola no es suficiente para alcanzar las metas del Derecho Penal actual.

De ambos planteamientos se pueden sacar provechosas enseñanzas. La justificación última de las medidas de seguridad es su necesidad para la sociedad. Sin embargo, un importante sector de autores estima que esto no es suficiente, con ser bastante, para deducir de ahí su única justificación.

Para Welzel, junto a la fundamentación utilitarista de la medida de seguridad, se precisa una fundamentación ético-social. Para él, toda libertad exterior

o social solo se justifica sobre la base de la posesión de una libertad interior vinculada éticamente. El que no es apto para tener esta libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética (como los enfermos mentales), ya no puede exigir la plena libertad social. En virtud de esto, se justifica la institución de las medidas de seguridad frente a los delincuentes por estado. A estos aspectos ético-sociales generales se agregan numerosos momentos éticos más específicos, como: el derecho y deber del Estado de ofrecer cuidado, rehabilitación y asistencia respecto al enfermo mental, a las personas de imputabilidad disminuida y a los toxicómanos, y el derecho de educación frente a los jóvenes y refractarios al trabajo, etc.

Semejante argumentación de Welzel ha sido contestada por numerosos autores. Stratenwerth, por ejemplo, indica que el fundamento ético welzeliano es válido exclusivamente para las medidas de seguridad destinadas a inimputables y semiimputables. Para este último autor, la justificación ética de la medida de seguridad se encuentra exclusivamente en el interés social preponderante de la prevención del delito, de íntima conexión con el principio de proporcionalidad. La combinación racional entre necesidad, utilidad y libertades individuales proyecta el auténtico fundamento de la medida de seguridad.

Convenimos, no obstante, en la dificultad que en la práctica encuentra la aplicación de estos principios teóricos, insuficiente, a todas luces, para negar idoneidad, en sentido científico, a la necesidad y al utilitarismo. De todas formas, es imprescindible asumir que, junto a esta necesidad de las medidas, se sitúan los derechos y libertades ciudadanos en una reclamada simbiosis, al igual que sucede con la pena y, en definitiva, con el Derecho Penal.

#### 6.1. Fines de las medidas de seguridad

Si la función y el fin de la pena se muestran como un problema frecuentemente discutido, no sucede lo mismo con respecto a las medidas de seguridad, sobre las que existe cierta unanimidad en admitir que su finalidad esencial es la de la prevención especial.

De este fin preventivo-especial se derivan dos problemas de gran trascendencia. Por un lado, el señalamiento del necesario equilibrio entre las medidas político-criminales de prevención de los delitos y las libertades individuales; por otro, la exacta comprensión del término *resocializar*.

## 6.2. Peligrosidad predelictiva

Hay otra institución no menos importante que es la peligrosidad sin delito y que da lugar a la aplicación de medidas de seguridad predelictivas, la que ha originado durante muchos años una seria polémica en torno a la legitimidad de la actuación coercitiva del Estado, con afectación del derecho a la libertad, por una conducta que no es típicamente delictiva y que se produce, incluso, con anterioridad al delito.

La peligrosidad sin delito en la actualidad tiene muchos detractores, quienes consideran que este adelantamiento de la respuesta correctiva del Estado no se justifica y pone en precario la vigencia de determinados principios de la doctrina del Derecho Penal, lo cual constituye una de las principales objeciones que siempre se le han hecho a la teoría del estado peligroso predelictivo, la que resulta de la contradicción entre los derechos individuales y los deberes de la defensa social.

Sin embargo, sobre este particular, Jiménez de Asúa apuntó algo que en la actualidad aún ocurre en varios países que se precian de no contener en sus legislaciones la peligrosidad predelictiva: «que la mayor parte de las grandes ciudades se limpian de sus mal vivientes por métodos policiales a extramuros de la ley, con grave escarnio del derecho de la libertad»<sup>51</sup> y concluye: «Encargando esta tarea a los funcionarios judiciales, queda mejor garantizada la libertad humana que con el sistema de antes, liberalismo en las leyes y anticonstitucional y arbitrario en las prácticas policíacas y gubernativas.»<sup>52</sup>

## Capítulo VII

### TEORÍAS ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA PENA

Se ha considerado que la pena, tomada como castigo, tiende a reprimir la conducta antisocial; sin embargo, para la doctrina, la justificación de la pena presenta dos hipótesis: por un lado, tiene un fin específico, se aplica «quia peccatum est» (a quien está pecando); y, por el otro, se considera en forma casuística, como medio para la consecución de fines determinados, se aplica «en peccetur» (para que nadie peque).

El fundamento de la pena ha sido un tema no solo tratado por juristas, sino también por filósofos, psicólogos, sociólogos, etc. Tales supuestos dan origen a una hipótesis más, la tesis ecléctica, la que no se conforma con darle una sola característica. De cualquier manera, las corrientes en boga actualmente acerca de la

fundamentación de la pena están básicamente estereotipadas por las teorías clásicas ya analizadas en este trabajo, cuando más con algunas reformulaciones: teorías absolutas, relativas y mixtas.

### 7.1. Teorías absolutas (teorías de la retribución)

Se denominan así porque, para ellas, el fin de la pena es independiente, «desvinculado» (en latín *absolutus*) de su efecto social. Estas teorías parten de las concepciones de Kant y de Hegel respecto a la fundamentación de la pena; de modo que esta es el resultado que se impone cada vez cuando se comete un delito. Es la retribución que siempre debe accionar, y debe ser equivalente al daño causado por el delito («punitur quia peccatum est»). El castigo no debe ser fundado en razones de utilidad social porque el hombre es un «fin en sí mismo» y no un instrumento en beneficio de la sociedad. Entonces, la pena debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal.

Por eso, la ley penal se presenta como un «imperativo categórico», una exigencia de la justicia. Ella debe estar por arriba de las consideraciones utilitarias como la protección de la sociedad u otras. La pena es un fin en sí misma y no un medio para conseguir un bien, ni siquiera para la sociedad porque el hombre no puede ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines. Kant llega al extremo y plantea que el castigo penal debe imponerse aun en el hipotético caso de que el Estado y la sociedad ya no existieran y expresa su conocida ejemplificación de ello: Si el Estado y la sociedad desaparecieran, el último asesino que se encontrara en prisión debería ser previamente ejecutado, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no haya exigido ese castigo.

Con óptica hegeliana, también se justifica la pena como la afirmación del Derecho. El delito es la negación del orden jurídico (tesis) y la pena (antítesis) es la negación del Derecho. En esta construcción, «negación de la negación», la pena se concibe como reacción, como un instrumento que restablece el orden jurídico sin tener fines utilitarios posteriores.

Se ha asegurado que esta teoría no atribuye a la pena ninguna utilidad social, cuyo resultado es que «no sirve para nada», pero la idea es que la función de la pena se funda en una exigencia intercondicionada (religiosa, moral o jurídica) de justicia. Es una justicia absoluta, que no depende de conveniencias utilitarias.

El mérito de la teoría de la retribución radica en que da cabida al principio de culpabilidad: la magnitud de la pena debe corresponder a la magnitud de la culpabilidad, lo que constituye un límite necesario al poder punitivo del Estado, con la salvaguarda de la libertad. Sin embargo, esta teoría ha perdido vigencia, ya que, con su rigidez, le niega al Derecho Penal su misión de proteger bienes jurídicos subsidiariamente, prescindiéndose de todo fin social de la pena y, *contrariu sensu*, la retribución obliga a la imposición de la pena allí donde no hay bien jurídico que proteger y es innecesaria la pena.

Otra de las objeciones que se le formulan a la teoría de la retribución es que no permite reparar los daños en la socialización, que con frecuencia son la causa de los delitos, por lo que no es un medio adecuado para combatir la delincuencia. También se pone en duda que la expiación que se pretende con la retribución, como actitud interna del sujeto que acepta como justa la pena que sufre, se dé en la realidad y, en todo caso, depende de la autonomía de la personalidad del sujeto y no puede imponerse por la fuerza, el que quizás se motive más con una pena que ayude que con una que retribuya.

## 7.2. Teorías relativas (teorías de la prevención)

La falta de la utilidad social de las teorías retribucionistas les ha ocasionado la pérdida de virtualidad. Por esta razón, han surgido algunas teorías donde la pena no se justifica como una respuesta retributiva al mal cometido, sino como una modalidad de prevenir delitos futuros.

Frente a las teorías absolutas, estas teorías (preventivas) reciben el nombre de «teorías relativas». Ambas son antitéticas porque, mientras la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

Las teorías relativas han conocido dos corrientes:

- o Prevención especial
- o Prevención general

### 7.2.1. Prevención especial

A diferencia de la prevención general, que usa como sujeto la colectividad, la prevención especial tiende a prevenir los delitos de una persona determinada.

Por eso, la prevención especial opera en el momento de la ejecución de la pena y no de la conminación legal, como la prevención general.

El fundamento de la pena es evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro, criterio que se sostiene desde la época de Platón, quien afirmó: «Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque».<sup>53</sup>

Las principales tendencias en la prevención especial han sido:

- o La Escuela Positiva, en Italia
- o La Escuela de Von Liszt, en Alemania

En Italia, la Escuela Positiva cambió la imagen promovida en el sistema de Derecho Penal y la Criminología porque puso en el centro de la atención al delincuente. Sus principales representantes hicieron un estudio completo del delito cual hecho natural y social y concluyeron que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene libre albedrío. Así, como el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz y, por esa razón, debe ser sustituida por las medidas de seguridad.

En Alemania, la Escuela Sociológica estableció que la finalidad de la pena debe investigarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor.

Von Liszt, en su *Programa de Marburgo*, construyó un programa político-criminal:

- o Para el delincuente de ocasión, la pena constituye un «recordatorio» que le inhibe de cometer ulteriores delitos.
- o Frente al delincuente no ocasional, pero corregible, debe perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena.
- o Para el delincuente habitual incorregible, la pena puede ser perpetua.

La dirección iniciada por Von Liszt ha sido continuada en Italia por Filippo Gramatica, quien propone la sustitución del Derecho Penal por la «Defensa Social» y con una línea más moderada de Marc Ancel, «La Nueva Defensa Social».

En Alemania, la teoría de Von Liszt fue retomada en los años sesenta del pasado siglo y aparecieron una serie de instituciones que permiten sustituir la pena en delitos menos graves, cuando las características personales del delincuente lo permiten, por ejemplo: la condena condicional, la libertad condicional, etc. Pero las teorías de prevención especial que aparentemente han encontrado soluciones muy buenas para los delincuentes no explican tampoco el fundamento de la pena.

La prevención especial goza del beneplácito de un sector de la doctrina jurídica contemporánea, la cual

---

considera que esta cumple con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pretendiendo la integración del sujeto a la colectividad.<sup>54</sup>

No obstante, el defecto más grave que se le señala a la prevención especial es que, en algunos casos, las penas podrían ser excesivas o de duración indeterminada, ya que, en atención a su consecuencia de retener al sancionado por el tiempo necesario para su resocialización, no proporciona una escala de la pena. Esta circunstancia ha movido a un sector de la doctrina a retomar la teoría de la retribución y hacia la prevención general.<sup>55</sup>

A la prevención especial también se le objeta que no puede justificar por sí sola el recurso a la pena por las razones siguientes:

1. En algunas situaciones, la pena no sería necesaria para la prevención especial porque los delincuentes primarios y ocasionales no manifiestan peligro de volver a delinquir. Por ejemplo: en los delitos culposos.

2. En otros casos, no se puede resocializar usando la pena porque el delincuente habitual no puede a veces ser resocializado.

3. En otros, la resocialización puede no resultar lícita. Por ejemplo: los delincuentes por convicción (políticos, terroristas), con quienes no se debe intentar la resocialización por la fuerza de un tratamiento, porque en un Estado democrático la reinserción social no debe ser obtenida contra la voluntad del delincuente.

### **7.2.2. Prevención general**

Las teorías de la prevención general conciben la pena como medio de prevenir los delitos en la sociedad. Ven el fin de la pena en la influencia sobre la comunidad que, mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena, debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación.

La teoría actual distingue dos efectos en la prevención general, uno negativo y otro positivo, a saber :

- o Un efecto intimidatorio (la prevención general negativa).
- o Un efecto integrador (la prevención general positiva).

La prevención general intimidatoria concibe la sociedad como un cúmulo de potenciales delincuentes; y la pena, como una amenaza para los ciudadanos. Pero el concepto moderno de prevención general ha sido introducido por Feurbach con su teoría de la «coacción psicológica». Para él, «el fin de infligir» la pena

está en la «motivación de la eficacia de la amenaza legal», en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido, sería ineficaz. Esto nos lleva al criterio sostenido por Roxin y otros autores, respecto a que tal teoría constituye, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que depende de dicha ejecución la eficacia de la amenaza penal. El basamento de esta teoría está en la psicología que se atribuye al profano que solo contendría sus impulsos antijurídicos si ve que aquel que se permite su satisfacción, por vías ilegales, sufre graves consecuencias por ello.<sup>56</sup> Obviamente, con esta teoría se trata de inhibir a la ciudadanía de cometer determinadas conductas consideradas delictivas.

La pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal y, luego, la ejecución de la pena debe confirmar la seriedad de la amenaza legal.

Entonces, la pena no corresponde siempre al mal sufrido por la víctima. Ella es proporcional al mal que constituye la amenaza de transgresión del Derecho: cuanto más grave sea el mal que implica la violación de la norma penal, más grave debe ser el efecto intimidatorio.

No obstante, en la doctrina también se sostiene que la prevención general no significa solo intimidación y que igual se dirige a fomentar el respeto al Derecho Penal, es decir, el respeto por la ley.

Mientras que la prevención general intimidatoria se llamó también «prevención general negativa», el aspecto de confirmación del Derecho Penal se denomina «prevención general positiva» o «integradora».

La prevención general positiva debe entenderse como una forma de limitar el efecto puramente intimidatorio de la prevención general.

La teoría de la prevención general es criticable desde el punto de vista empírico porque no se ha demostrado que prevenga el delito ante el temor que pueda infundir la pena, ya que solo una parte de los delincuentes cometen el hecho con tanto cálculo, más bien con lo que cuentan es con la posibilidad de no ser atrapados, es decir, de lograr la impunidad.

También es criticable porque, al igual que la prevención especial, conlleva a la indeterminación en la medición de la pena y porque es incompatible con la dignidad de la persona, ya que no es ético castigar a alguien por lo que puedan hacer los demás, es decir, utilizarla como ejemplo para los otros. La persona no

debe ser considerada como un medio para lograr un fin, ella es un fin en sí misma.

No obstante, esta teoría también posee un aspecto positivo y es que el Derecho Penal tiene la función de «demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo».<sup>57</sup>

Para Roxin, la teoría preventivo-general tiene dos ventajas, respecto a la preventivo-especial. En primer lugar, puede demostrar sin compromisos que, incluso en ausencia del peligro de repetición del hecho, no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción penal es necesaria, pues los delitos sin consecuencias para el autor incitan a la imitación.<sup>58</sup> En segundo lugar, la prevención general no se orienta hacia los arriesgados propósitos de peligrosidad en el individuo, sino, por el contrario, exige disposiciones claras, ya que el objeto de la prohibición debe estar establecido claramente para que el ciudadano pueda motivarse y así distanciarse de incurrir en determinada conducta delictiva.<sup>59</sup>

### **7.3. Teorías mixtas (teorías de la unión)**

El resultado de la lucha entre las escuelas fueron las teorías mixtas, que combinan los principios de las teorías absolutas con los de las relativas.

Para las teorías de la unión, la pena debe cumplir al mismo tiempo las exigencias de la retribución y de la prevención. Ella debe ser justa y útil.

Una dirección ha dado prioridad a las exigencias de la justicia, aunque en formulaciones más recientes, la retribución, la prevención general y la especial, se tratan como fines de la pena de igual rango. Con esta última orientación, se parte de la línea correcta de que ninguna de las teorías preventivas puede determinar justamente por sí sola el contenido y límites de la pena; sin embargo, así se suman simplemente los fines de la pena y esto limita alcanzar una concepción unitaria e integradora de la sanción penal.

Otra dirección de las teorías mixtas es la utilidad; pero, a diferencia de las teorías preventivas, se buscan soluciones útiles que no sean injustas.

Para que la utilidad sea el fundamento de la pena y esta sea legítima, la sanción penal debe operar preventivamente. Esta orientación es preferible desde el punto de vista de la política social, pero en el Derecho Penal solo se puede trabajar con una serie de criterios justificantes de la pena en su trayectoria por el proceso,

definida en tres momentos: el de la amenaza, el de la aplicación y el de la ejecución.

Roxin ha proclamado una concepción dialéctica (teoría dialéctica de la unión) en la medida en que se acentúan las divergencias por los diferentes puntos de vista y ha tratado de alcanzar una síntesis con una solución salomónica que alcanza los tres momentos antes mencionados, sin que ello implique una distinción por fases, sino una ponderación diferenciada, a saber:

- o En el momento de la amenaza, el fin de las disposiciones penales es la protección de los bienes jurídicos y prestaciones públicas fundamentales mediante la prevención general, pues, al ser la Ley anterior al delito, no podría ser medio de retribución de este, ni de prevención especial del delincuente.

- o En el momento de la aplicación (individualización judicial), la pena sirve para confirmar la seriedad de la amenaza legal abstracta, pero sin sobrepasar la culpabilidad del autor (prevención general). Sin embargo, hay que tener también en cuenta criterios de prevención especial en el momento de la determinación de la pena, aunque siempre con el límite de la culpabilidad que obliga a imponer la pena dentro de un marco que oscila entre un máximo y un mínimo, pero la fijación de la medida exacta de la pena dentro de ese marco debe hacerse con arreglo a las exigencias de la prevención especial, salvo en casos excepcionales que lo impida la prevención general.

- o En el momento de la ejecución, la pena sirve para la confirmación de los fines de los momentos anteriores, pero de forma que procure la resocialización del delincuente como forma de prevención especial.

Roxin entiende que el fin de la pena solo puede ser de tipo preventivo y que la retribución no puede entrar en consideración ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención, ya que las normas jurídico-penales solo se justifican cuando tienden a la protección de la libertad individual y del orden social al que sirven, lo cual también persigue la pena concreta, es decir, un fin preventivo del delito. Como derivación de lo anterior, para Roxin, la prevención general y la especial deben concurrir conjuntamente como fines de la pena porque los delitos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad. Ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.<sup>60</sup>

De esta manera, la persecución simultánea de los fines de prevención general y especial es viable, incluso en los casos en que la sanción se basa exclusiva-

mente en los criterios de prevención general, pues, aunque ello indica que no hay probabilidad de reincidencia por parte del sujeto, el fin preventivo de la pena también subsiste cuando no se requiere la prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo.

A su vez, cuando falla la prevención especial porque el sujeto se niega a ser socializado (algo que no es posible de imponer a la fuerza, ya que presupone la voluntariedad del comisor del delito), la pena justifica su necesidad, atendiendo a los criterios de prevención general.

Según Roxin, solo pudiera haber conflicto cuando, atendiendo a dos criterios por separado (preventivo general y preventivo especial), se afecte la cuantía de la pena. No obstante, ofrece como solución que, en esos casos, se sopesen ambos fines y se establezca, en el caso concreto, un orden de prelación entre ellos, al momento de fijar la cuantía de la pena.<sup>61</sup>

En nuestra opinión, lo más interesante en las teorías de la unión, cuyo máximo exponente es Roxin, es una sutileza trascendental *la sustitución del fin retributivo por el principio de culpabilidad*, dándole a este último la importante misión (atribuida antes a la retribución) de establecer los límites de la pena; es decir, con su vigencia, la pena no podrá exceder la medida de la culpabilidad.

Sin embargo, por criterios preventivos especiales, la sanción penal pudiera ser inferior a la culpabilidad, siempre que a ello no se opongan las exigencias mínimas de la prevención general.<sup>62</sup> Con ello, rechazan otra exigencia del retribucionismo, que se opone a que la pena pueda ser inferior a la culpabilidad del sujeto.

Estimamos que, de todas las teorías analizadas, esta es la que mejor trata de explicar los fines de la sanción penal, al menos teóricamente. En la actualidad, la doctrina jurídico-penal dominante ha convenido en establecer los fines de la sanción fundamentalmente en esta dirección, aunque aún se mencione el fin retributivo, el cual se condiciona sobre la base de criterios de culpabilidad, por la falta de inhibición del infractor ante la amenaza contenida en la norma penal,<sup>63</sup> este merece el castigo por obrar de manera contraria al Derecho, atentando contra las condiciones vitales de la sociedad, a pesar de que la norma le era asequible; de ahí su culpabilidad, que será la medida de su pena; por su parte, los fines de prevención general se apoyan en la necesidad de la sociedad de afirmar la prevaencia de las normas jurídicas, o sea, la prevención general integradora, que persigue ratificar ante todos el imperio del Derecho por sobre la actuación injusta del infractor que no se motivó ante la norma.

No obstante, la doctrina del fin de la pena tiene detractores que opinan que ninguna de estas teorías ha demostrado en la práctica la necesidad de la sanción penal, a partir de que las penas puedan ser justas y útiles al mismo tiempo. Al respecto, Zafaroni ha asegurado que «(...) todas las teorías de la pena que se han enunciado son falsas, y todo lo que nos dice la ciencia social acerca de la pena nos muestra su multifuncionalidad, las funciones tácitas que no tienen nada que ver con las funciones manifiestas que se le quisieron asignar»;<sup>64</sup> de esta forma, postula una posición agnóstica respecto a la pena, negándole algún contenido o, al menos, ninguno legítimo en un Estado de Derecho y, por tanto, no susceptible de validación teórica por la doctrina jurídica. Estos criterios han condicionado una crisis de credibilidad respecto a la teoría del fin de la pena, incluso porque, cuando el delincuente daña severamente a la sociedad, no hay compensación que la pena pueda asegurar; en ese momento, se comprende que lo mejor es que el delito no hubiera tenido lugar, que el camino es la prevención social. En general, la conclusión más acertada va en el sentido de las reflexiones hechas por Marx: *la pena es un mal necesario*.<sup>65</sup>

Sin embargo, en nuestra opinión, no hay contradicción entre este criterio de Marx y cualquier otro que proclame la finalidad de la sanción penal, pues indiscutiblemente con la pena se persigue la *causación de un mal*, pero la función de la misma no se agota con esto, su misión estriba en que con la *causación de ese mal* se persiguen determinados fines que el legislador se ha propuesto alcanzar con la ejecución de la pena, los cuales se cumplen en determinados casos.

De cualquier manera, se trata de una cuestión abierta que, por ahora, no se ha agotado y en lo que se trabaja es en la búsqueda de soluciones para lograr un Derecho Penal más humano.

#### **7.4. Reparación del daño como tercera vía del Derecho Penal**

En los últimos años, se analiza la posibilidad del establecimiento de la reparación del daño como sanción novedosa frente a las penas, lo cual puede conducir a una «tercera vía» del Derecho Penal. Esta opción tiene que ver con los pujantes criterios de la llamada «justicia restaurativa», a la que se han referido no solo juristas, sino políticos y personalidades en todas partes del mundo, como el Arzobispo Desmond Tutu, quien refiere que esta justicia no tiene que ver con la venganza o el castigo, sino con «el establecimiento de puentes, la reconstrucción de los desequilibrios y la restauración de las relaciones resquebrajadas», en un esfuerzo por

---

rehabilitar tanto a los perpetradores como a las víctimas y a las comunidades.<sup>66</sup>

Se piensa en la conveniencia de esta vía, pues, con ella, se tienen más en cuenta los intereses de las víctimas que con una sanción penal cualquiera, las que frecuentemente impiden que el autor del delito repare el daño causado.

Por otra parte, investigaciones empíricas han demostrado que, por lo general, a las víctimas les interesa más la reparación del daño que la pena aplicada.<sup>67</sup> De ahí la idea de prescindir de sanciones leves, cuando se produce la reparación total del daño y, aun en los casos de delitos más graves, se pudieran utilizar las alternativas a la privación de libertad, si de igual manera el daño es reparado totalmente.

Roxin opina que la reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Estima que tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho, a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima y puede conducir a la reconciliación entre el autor y la víctima del delito y, de ese modo, facilitar la reinserción social del sancionado y contribuir a la restauración de la paz jurídica, ya que solo cuando haya sido reparado el daño, la víctima y la comunidad darán por eliminada la perturbación social originada por el delito.<sup>68</sup>

Ciertamente, existen delitos en los que no es posible la reparación del daño causado; pero, aun así, opinamos que vale la pena desarrollar plenamente esta vía alternativa, que pudiera ser aplicada en un porcentaje determinado de los delitos que se juzgan.

## **7.5. Situación legislativa en Cuba**

El Código Penal cubano se afilia a la teoría mixta sobre los fines de la sanción, lo que se advierte claramente en la formulación del Artículo 27, el que preciza: «La sanción no tiene solo por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados..., así como prevenir la comisión de nuevos delitos tanto por los propios sancionados como por otras personas.»

Del mentado texto penal, se advierte que está presente la idea de la retribución en la finalidad de «reprimir», junto con los propósitos preventivo especial y preventivo general, ya que se pretende lograr la inhibición a cometer delitos, tanto por los propios sancionados como por las demás personas, y un objetivo a veces quimérico cuando se aplican determinadas sanciones (muy cortas, o muy largas, de privación de libertad

e incluso multas de poca monta o que sean, en definitiva, abonadas por los familiares de los sancionados, etc.), el de la «reeducación» de los condenados, que, por demás, parece una redundancia legislativa, ya que la resocialización se encuentra dentro de las intenciones de la prevención especial, la cual está proclamada como una finalidad de la pena en el propio artículo.

En nuestros días, se plantea con lógica implacable que el proceso a seguir con los sancionados es el de su educación, pues no es posible reeducar a quien no ha sido anteriormente educado en valores que consagren el respeto a las leyes y a las normas de convivencia social; empeño harto difícil para ser cumplido cabalmente en las condiciones específicas de las prisiones, a pesar de lo cual existen estados que se preocupan por esta situación y por ofrecer al menos las elementales condiciones de vida a los internos, pero su solución depende en gran medida de la voluntad política y la situación económica de estos, ya que, aunque los reclusos pueden vincularse al trabajo y producir riquezas, el mantenimiento de los penales suele ser mucho más costoso. Descartaré como válidos los experimentos sobre privatización de las prisiones que se han llevado a cabo en algunos países que siguen modelos neoliberales, porque me afilio al criterio de que el mantenimiento y control de los penales es una función indelegable del Estado, dado el carácter estatal de la pena, que la diferencian particularmente de otras sanciones jurídicas

El sistema penitenciario cubano se caracteriza por su estricto apego a los principios de humanidad y legalidad; sin embargo, tampoco es perfecto. Y Cuba, como parte de la comunidad internacional, también ha procurado diversificar la respuesta punitiva del Estado con una mayor incorporación de las penas alternativas a la privación de libertad en su legislación. Así, en la Ley No. 21 –Código Penal–, de 15/2/1979, se introdujo la limitación de libertad como subsidiaria de la privación de libertad, la cual se mantiene regulada en el Artículo 34 de la Ley No. 62 –Código Penal vigente–, de 30/4/1988, que agregó como sanciones subsidiarias las de trabajo correccional con internamiento y sin él (artículos 32 y 33, respectivamente). También nuestra Ley penal sustantiva prevé la sanción de multa y la de amonestación como subsidiarias de la multa que no exceda de cien cuotas (artículos 35 y 36).

Obviamente, mientras más amplio es el espectro de instituciones sancionadoras en el Código Penal, de ser adecuadamente utilizadas por los jueces, ello facilita la adopción de soluciones, en los casos concretos que

den al traste, al menos con aproximación, a las pretendidas penas útiles y justas.

No obstante, se extraña en nuestro Código Penal la amplia presencia de la alternativa de reparación del daño como una opción principal para la solución de los conflictos penales, quedando reservada para escasos delitos perseguibles con el cumplimiento de requisitos de procedibilidad o relegada a la responsabilidad civil derivada del delito.

## CONSIDERACIONES GENERALES

En este trabajo, se pretendió abordar la evolución y el análisis de la teoría de la pena desde los albores de la civilización hasta los criterios de la doctrina jurídico-penal contemporánea, haciendo hincapié en las corrientes iluministas y positivistas, por la gran influencia que han tenido en el pensamiento jurídico-penal, y deteniéndonos también en el marxismo, en franca crítica al Derecho Penal burgués. La dispersión que se observa en el pensamiento jurídico-penal de la burguesía puede dirigir la atención de los investigadores sobre cuestiones secundarias, sustrayéndolos de los aspectos medulares que tienen que ver con una visión global y clasista del Derecho burgués que, al fin y al cabo, cualquiera que sea su orientación doctrinal, responde a los intereses de su clase; pero, a su vez, demuestra las diferencias, originadas por intereses políticos, existentes dentro de esa clase social, pues la teoría penal burguesa no ha sido, ni será, únicamente obra de los juristas; en su construcción, han tenido que ver acontecimientos políticos, sociales, económicos, culturales e históricos, el desarrollo de las demás ciencias y el pensamiento filosófico y social, todo lo cual indiscutiblemente ha nutrido esta ideología jurídica.

Cuando se estudian, a la luz del marxismo-leninismo, los sistemas jurídico-penales burgueses del pasado o los contemporáneos, debe tenerse en cuenta el momento histórico concreto en que estos han tenido lugar y así sopesar lo que tributaron y aún aportan, como aspectos positivos, a la ciencia del Derecho Penal, a la vez que sus limitaciones; a fin de cuentas, son parte del legado que, sobre el conocimiento jurídico-penal, ha sido acumulado por la humanidad en su devenir por este pasar terrenal. Esa herramienta indispensable, ese método dialéctico para valorar los procesos históricos, nos lo ha dado el materialismo histórico.

La lucha global contemporánea expresa el proceso histórico que define nuestros tiempos y los que están por venir, pero tal lucha no se agota solo con dis-

quisiciones teóricas, es preciso la aplicación práctica y dinámica de estas doctrinas, para que incrementen nuestras experiencias, se afiancen como referencia de un modelo que expresa verdaderamente la voluntad social –pues el poder lo detenta la mayoría– y que, al final, conllevan al triunfo a escala universal de la ideología revolucionaria, la única capaz de viabilizar la construcción de un mundo mejor.

## Notas

<sup>1</sup> Roxin, Claus: *Derecho Penal General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera edición. Civitas, 1997, pp. 98 ss.

<sup>2</sup> Roxin, Claus: Ob. Cit., p. 41.

<sup>3</sup> Las tesis de Melossi y Pavarini niegan la idea de que las casas de corrección y trabajo inglesas y holandesas –primeras cárceles del período de la industrialización– sirvieran para la reforma o enmienda del delincuente, considerándolas, en cambio, como instrumento de dominación política, económica e ideológica. Cf.: Melossi, D. y Pavarini, M.: «Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario», 2a. Edición, Ed Siglo XXI, México, 1985, pp. 36 y sig.

<sup>4</sup> Quirós Pérez, Renén: *Revista Jurídica*, No. 8. Ediciones MINJUS, La Habana, 1985, p. 9.

<sup>5</sup> Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. La Habana, 1999, p. 4.

<sup>6</sup> Beccaría, Cesare: *De los delitos y de las penas*. Trad. de Francisco Tomás y Valiente. Ed. Aguilar. Madrid, 1976, p. 72.

<sup>7</sup> Kant, Emmanuel. Cit pos, Quirós Pérez, Renén, *Revista Jurídica*, No. 8. Ediciones MINJUS, La Habana, 1985, p. 22.

<sup>8</sup> Idem, p. 23.

<sup>9</sup> *La Historia de la Filosofía según Hegel 2003-2004*. Academia de Ciencias Luventicus. <http://www.luventicus.org/articulos/03U017/hegel.html>

<sup>10</sup> Romagnosi, Juan Domingo: Cit pos Quirós Pérez Renén. *Revista Jurídica* No. 8. Ediciones MINJUS, La Habana 1985, p. 37.

<sup>11</sup> Nace así un pensamiento racionalista histórico liberado del contractualismo y profundamente conservador, que, en perfecta coherencia con la política restaurativa, iba a dar al Derecho Penal los instrumentos ideológicos para superar los inconvenientes de la teoría de la lesión de un derecho.

<sup>12</sup> A principios del siglo XX, un grupo de filósofos interesados en la evolución de la ciencia moderna rechazó las tradicionales ideas positivistas (consideraban que la base del verdadero conocimiento estaba en la experiencia personal) y resaltó la importancia de la comprobación científica y del empleo de la lógica formal. De las teorías de estos pensadores nació el denominado positivismo lógico, que resultó tener una influencia decisiva en el rechazo de las doctrinas metafísicas por su carencia de sentido, y en la aceptación del empirismo, como una materia de exigencia lógica. En la actualidad, los filósofos positivistas prefieren denominarse a sí mismos empiristas lógicos, para separarse de la importancia que dieron los primeros teóricos del positivismo lógico a la compro-

- bación científica. Sostienen que el principio de verificación en sí mismo es inverificable en el terreno filosófico. Sin embargo, algunos autores han propuesto nuevos sentidos del tradicional principio de verificación neopositivista.
- <sup>13</sup> El positivismo toma en el campo del Derecho Penal dos direcciones metodológicas diferentes, encabezadas por Binding y Von Liszt, respectivamente, a saber, racionalista y naturalista y, aunque enfrentadas, formalmente coinciden en el reconocimiento del derecho de mandar y de exigir obediencia con el cual necesariamente debería contar el Estado positivista.
- <sup>14</sup> Mir Puig, S.: *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 209.
- <sup>15</sup> Quirós Pérez, Renén: Ob. Cit., p. 9.
- <sup>16</sup> Idem.
- <sup>17</sup> En el ámbito de la culpabilidad, existen diversas teorías que intentan justificar el derecho penal de autor, tales como: «La culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada», «la culpabilidad como deber responder por el carácter propio» y «la culpabilidad por el hecho y por la conducción de la vida». A todas estas teorías se les objeta que una conducción «culpable» de la vida no es una realización culpable del tipo, y solo esta es punible.
- <sup>18</sup> Welzel, H.: *Derecho Penal Alemán*, 11a Edición. Trad.. por Juan Ramírez y Sergio Yañez, Ed Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 326.
- <sup>19</sup> G. Tortilla. Cit pos De las Heras, María Patrocinio: Las nuevas formas del Estado de Bienestar desde la perspectiva de género. [http://www.chilehoy.de/opinion\\_ensayo/280202\\_estadobienestar.htm](http://www.chilehoy.de/opinion_ensayo/280202_estadobienestar.htm).
- <sup>20</sup> En realidad, los autoproclamados Estados de Bienestar Social cristalizaron en la época de la guerra fría, como alternativa al Estado Socialista, proclamando una pretendida «paz social» entre las clases, lo cual resulta quimérico por violar una de las leyes fundamentales de la dialéctica: «La ley de unidad y lucha de contrarios» que, bien interpretada, la unidad de los contrarios puede ser relativa, pero la lucha es absoluta. Estos llamados Estados de Bienestar Social hoy se ven afectados por la crisis energética y los nuevos elementos tecnológicos, a lo cual se suma el neoliberalismo.
- <sup>21</sup> Bandrés. Cit pos, De las Heras, María Patrocinio: Ob. cit.
- <sup>22</sup> A consecuencia de la hegemonía de los Estados Unidos de Norteamérica como potencia militar, política y económica mundial, empieza a cobrar importancia el funcionalismo, el cual, a pesar de tener sus raíces en el positivismo, la antropología y el economismo europeo, es asumido en Estados Unidos y pasa a constituirse en la teoría social predominante, como modelo superestructural del orden social.
- <sup>23</sup> Marc Ancel, Cit pos Quirós Pérez Renén: *Revista Jurídica*, No. 8. Ediciones MINJUS, La Habana, 1985, p. 194.
- <sup>24</sup> Engels, Federico: *La situación de la clase obrera en Inglaterra*. Ed. Escencias. Buenos Aires, 1974, p. 59.
- <sup>25</sup> Marx, Carlos: «Pena capital –Folletos del Sr. Cobden– Reglamentos del Banco de Inglaterra», artículo periódico publicado en el *New York Daily Tribune*, el 18 de febrero de 1853, según una traducción directa del inglés que obtuvo el Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
- <sup>26</sup> Hegel. Cit pos Marx, Carlos, idem..
- <sup>27</sup> Idem.
- <sup>28</sup> Kant, Emmanuel: *Introducción a la teoría del Derecho*. Versión del alemán e introducción de Felipe González Vicen. Colección Civitas. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1954.
- <sup>29</sup> Bulté Fernández, Julio: *La pena de muerte en Beccaria y en C. Marx*. La Habana. 1994.
- <sup>30</sup> Idem.
- <sup>31</sup> Hegel, Cit pos Bulté Fernández Julio, Idem.
- <sup>32</sup> Quirós Pérez, Renén. Ob cit. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. La Habana, 1999, p. 4.
- <sup>33</sup> Hegel, Cit pos Bulté Fernández Julio. Ob cit.
- <sup>34</sup> Bulté Fernández, Julio, Idem.
- <sup>35</sup> Idem.
- <sup>36</sup> Marx, Carlos: Ob cit.
- <sup>37</sup> Gruppi Luciano. *El concepto de hegemonía en Gramsci*. [http://www.gramsci.org.ar/12/gruppi\\_heg\\_en\\_gramsci.htm](http://www.gramsci.org.ar/12/gruppi_heg_en_gramsci.htm)
- <sup>38</sup> Gramsci, Antonio: *La cuestión meridional*, Editora Riuniti, 1966, p. 13.
- <sup>39</sup> Kanoussi, Dora: *Un comentario sobre la relevancia de Gramsci*. <http://memoria.com.mx/171/kanoussi.htm>
- <sup>40</sup> Buonicore, Augusto C: *Gramsci, Lenin y la cuestión de la hegemonía*. <http://www.lahaine.org/pensamiento/buonicore.htm>
- <sup>41</sup> Quirós Pérez, Renén: Ob cit, p. 37.
- <sup>42</sup> Los artículos 70 y 75 inciso b) de la Constitución de la República de Cuba, tal y como quedaron modificados por la Ley de Reforma Constitucional, de 12 de julio de 1992, refrendan que: «La Asamblea Nacional del Poder Popular es el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República.» (Artículo 70) «Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: aprobar, modificar o derogar las leyes y someterlas previamente a la consulta popular cuando lo estime procedente en atención a la índole de la legislación de que se trate.» (Artículo 75.b)
- <sup>43</sup> Quirós Pérez, Renén: Ob cit, p. 38.
- <sup>44</sup> El Artículo 39 del Código Civil cubano establece que «Las personas jurídicas son entidades que, poseyendo patrimonio propio, tienen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones.»
- <sup>45</sup> Artículos 163 y 167 del Código Penal cubano.
- <sup>46</sup> Quirós Pérez, Renén: Ob cit, p. 39.
- <sup>47</sup> El Artículo 8.1 del Código Penal cubano prevé que «Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley y bajo conminación de una sanción penal.»
- <sup>48</sup> Quirós Pérez, Renén: Ob cit, pp. 125 ss.
- <sup>49</sup> Roxin, Claus: Ob cit, p. 42.
- <sup>50</sup> El ejemplo más común es el del asesino que obró bajo un estado de enajenación mental. No será sancionado penalmente, pero sí asegurado con una medida de seguridad para proteger de él a la sociedad.
- <sup>51</sup> Jiménez de Asúa. Cit pos, Ruiz Funes, Mariano: *La Peligrosidad y sus experiencias legales*. La Habana. 1948. p. 462.

- <sup>52</sup> Idem.
- <sup>53</sup> Platón, Cit pos Roxin, Claus: Ob cit, p. 85.
- <sup>54</sup> Roxin, Claus; Ob, cit, p. 87.
- <sup>55</sup> Idem, p. 88.
- <sup>56</sup> Roxin, Claus: Ob cit, p. 90.
- <sup>57</sup> Idem, p. 91.
- <sup>58</sup> Existen múltiples ejemplos de esto en la vida cotidiana, uno de ellos lo constituyen los crímenes pasionales donde el autor tiene buena conducta social y, después de cometido el hecho, que por demás es aislado en su vida, este no representa un peligro real para la sociedad y desarrollaría una vida tranquila, acatando plenamente las normas jurídicas. Desde el punto de vista preventivo especial, sería innecesaria la pena; pero, con la perspectiva preventivo-general, la pena debe imponerse, de cara al precedente que se establecería para las demás personas, si se optara por la impunidad.
- <sup>59</sup> Roxin, Claus Ob cit, pp. 91 ss.
- <sup>60</sup> Idem, pp. 95 ss.
- <sup>61</sup> Idem, p. 97.
- <sup>62</sup> Idem, pp. 99 ss.
- <sup>63</sup> Ejemplo: Artículo 261 del Código Penal: «El que mate a otro, incurrir en sanción de privación de libertad de siete a quince años.»
- <sup>64</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl. Transcripción del registro original de audio durante el Encuentro Internacional «La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: Aportes y Experiencias», celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993, en Ciudad de México, bajo la coordinación de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Departamento del Distrito Federal y la II Asamblea de Representantes del Distrito Federal.
- <sup>65</sup> Marx, Carlos: «Pena capital –Folletos del Sr. Cobden– Reglamentos del Banco de Inglaterra», artículo periodístico publicado en el *New York Daily Tribune*, el 18 de febrero de 1853, según una traducción directa del inglés que obtuvo el Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
- <sup>66</sup> *Justicia restaurativa en Colombia*. <http://www.restorative-justice-colombia.org/justicia.htm>
- <sup>67</sup> Roxin, Claus: Ob cit, p. 109.
- <sup>68</sup> Idem.

## BIBLIOGRAFÍA

### Textos

- Bacigalupo, E.: *Delito y punibilidad*. Civitas, Madrid, 1983.
- Beccaría, Cesare: *De los delitos y de las penas*. Trad. de Francisco Tomás y Valiente. Ed. Aguilar. Madrid, 1976.
- Bulté Fernández, Julio: *La pena de muerte en Beccaría y en C. Marx*. La Habana. 1994.
- Engels, Federico: *La situación de la clase obrera en Inglaterra*. Buenos Aires. Ed. Escencias, 1974.
- Gramsci, Antonio: *La cuestión meridional*. Editora Riuniti, 1966.
- Kant, Emmanuel: *Introducción a la teoría del Derecho*. Versión del alemán e Introducción de Felipe González Vicen. Colección Civitas. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1954.

- Marx, Carlos: *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*. Moscú. Eds. en Lenguas Extranjeras, 1941.
- Melossi, D. y Pavarini, M.: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, 2a. Edición, Ed Siglo XXI, México, 1985.
- Mir, Puig, S.: *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1976.
- Mir, Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General*. 5ta Edición, Barcelona, 1998.
- Muñoz Conde, F.: *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*. Revista Doctrina Penal. 1979.
- Rosental, M. y Iudín, P.: *Diccionario Filosófico Abreviado*. Editora Política. La Habana. 1964.
- Quirós Pérez, Renén, Revista Jurídica No. 8. Ediciones MINJUS, La Habana 1985.
- Quirós Pérez, Renén. *Manual de Derecho Penal*. T. I. La Habana, 1999.
- Roxin, Claus: *Derecho Penal General*. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera edición. Civitas, 1997.
- Ruiz Funes, Mariano: *La Peligrosidad y sus experiencias legales*. La Habana. 1948.
- Scapucio Minvielle, Beatriz y Fernández Lembo, Lina: *La pena y sus fines*. Welzel, H.: *Derecho Penal Alemán*, 11a Edición. Trad. por Juan Ramírez y Sergio Yañez, Ed Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

### Leyes

- Constitución de la República de Cuba.
- Ley de Reforma Constitucional.
- Código Penal cubano.
- Código Civil cubano.

### Documentos consultados en internet

- Buonicore, Augusto C.: *Gramsci, Lenin y la cuestión de la hegemonía*. <http://www.lahaine.org/pensamiento/buonicore.htm>.
- De las Heras, María Patrocinio: *Las nuevas formas del Estado de Bienestar desde la perspectiva de género*. [http://www.chilehoy.de/opinion\\_ensayo/280202\\_estadobienestar.htm](http://www.chilehoy.de/opinion_ensayo/280202_estadobienestar.htm).
- Gruppi, Luciano: *El concepto de hegemonía en Gramsci*. [http://www.gramsci.org.ar/12/gruppi\\_heg\\_en\\_gramsci.htm](http://www.gramsci.org.ar/12/gruppi_heg_en_gramsci.htm).
- Justicia restaurativa en Colombia*. <http://www.restorative-justice-colombia.org/justicia.htm>.
- Kanoussi, Dora: *Un comentario sobre la relevancia de Gramsci*. <http://memoria.com.mx/171/kanoussi.htm>.
- La Historia de la Filosofía según Hegel 2003-2004*. Academia de Ciencias Luventicus. <http://www.luventicus.org/articulos/03U017/hegel.html>.

### Artículos de prensa

- Marx, Carlos: «Pena capital –Folletos del Sr. Cobden– Reglamentos del Banco de Inglaterra», en *New York Daily Tribune*, 18 de febrero de 1853, según una traducción directa del inglés que obtuvo el Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

---

*Dra. Mayda Goite Pierre, Doctora en Ciencias Jurídicas  
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana*

## **I. GENERALIDADES**

La palabra *malversación* procede del latín *male versare*: dirigir mal o mal utilizar algo; y significa, en general, invertir ilícitamente los bienes ajenos que una persona tiene a su cargo en usos distintos de aquellos para los que están destinados.

Dogmáticamente,<sup>1</sup> significa el delito contra la propiedad pública cometido por los que tienen caudales públicos bajo su custodia, aunque en el caso específico de nuestro país el delito adquiere una dimensión mayor hasta extender su protección a bienes colectivos de organizaciones sociales y de masas y bienes de particulares al cuidado de una entidad económica,<sup>2</sup> y una reciente modificación introdujo una figura autónoma destinada a proteger los hechos que se cometen en una entidad privada, a los cuales haremos mención en el momento de analizar esa subfigura.

### **a) Bien jurídico**

El bien jurídico protegido por el delito alcanza una dimensión particular en nuestro contexto lo que ha dado lugar a varias polémicas respecto a su ubicación bajo este título, pues se considera que este pudiera integrar la familia de los delitos contra la economía nacional, dada su especial protección en la conformación del tipo, y teniendo además en cuenta que en ese título se protegen figuras delictivas como las de los artículos 224 y 225, que también son una desviación en la protección de bienes determinados confiados a un sujeto especial; sin embargo, otra parte considera que se deben mantener en el título de los derechos patrimoniales, aduciendo que los bienes patrimoniales se colocan en efecto en un lugar importante y que estos pueden ser igualmente de índole colectiva o personal, aunque todo ello está en franca contradicción con la sistemática casi unánime que sigue el derecho comparado,<sup>3</sup> donde la protección se establece generalmente en los títulos destinados a dar tratamiento a la administración pública o a la función pública.

Para una parte de la doctrina penal,<sup>4</sup> el bien jurídico protege tanto bienes ajenos como el valor del deber

personal de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la administración de los bienes del Estado y el carácter patrimonial que subyace en él es de relevancia secundaria dada la importancia principal de protección de la lealtad en las funciones.

En definitivas, aunque en esta figura delictiva se ponen en juego varios bienes jurídicos como la propiedad, la lealtad con la administración, la confianza depositada en los funcionarios y con ello el normal desenvolvimiento de la administración, y hasta la honestidad de determinados sujetos en el desempeño de sus funciones, por lo que algunos autores consideran que nos encontramos ante un clásico delito de corrupción, estamos en presencia de un delito pluriofensivo. Por lo tanto, considero que la ubicación más adecuada en el caso concreto de Cuba, por razones prácticas es en el título de la economía nacional; no obstante, técnicamente considero que de realizarse una modificación legislativa, bien pudiera considerarse la posibilidad de identificar un título relacionado con la función pública y dentro de él encuadrar esta figura, opinión esta que no dudo tenga opositores, pero si tomamos en cuenta que en la actualidad existe un decidido esfuerzo de la comunidad internacional en el combate contra los actos de corrupción ese título pudiera englobar todas las figuras relacionadas con tal fenómeno, dándoles un tratamiento particular por razones dogmáticas y de política criminal.

### **b) Sujetos del delito**

La primera dificultad que enfrenta la delimitación del sujeto activo del delito de malversación, atraviesa por la consideración genérica que da inicio a su formulación como el que, frase que entre nosotros ha sido asumida como correspondiente a un sujeto de carácter general, pero realmente esta es una concepción alejada de la doctrina penal y, en ello, sostengo una posición diferente a la del profesor Grillo Longoria,<sup>5</sup> quien en su texto señala que el sujeto activo puede ser cualquiera que tenga a su cuidado los bienes a que se refiere el precepto definidor. Seguir esta postura sería con-

---

siderar un concepto demasiado amplio del sujeto y pudiera extenderse hasta quienes no ostentan tal cualidad, como aquel que tenga solo el cuidado de un bien o la protección del mismo, lo que desnaturalizaría el tipo penal. No es administrador dice Carlos Creus,<sup>6</sup> quien solo tiene la facultad de imputar los bienes a un destino sin poder disponer de ellos, ni los simples custodios de los bienes.

Todo el problema parte, en mi opinión, de la situación creada, al no definir que ese sujeto tiene que ser un funcionario o una autoridad tal como deben ser definidas por los órganos administrativos correspondientes, pues no es posible en la actualidad buscar alguna disposición administrativa capaz de determinar con certeza el sujeto especial que delimita el tipo de malversación; de ahí, los disímiles problemas que se crean al respecto. Nótese además que la modificación realizada por el Decreto-Ley 175, de 1997, referente a la figura del Artículo 336.5 introduce como sujeto del mismo al funcionario; no cabe duda, entonces, de que en el delito de malversación nos encontramos ante un delito funcional.

Por otra parte, como mismo señala el precepto, el sujeto viene obligado por su condición de tener «en razón del cargo» determinadas obligaciones, lo cual significa una competencia específica que posibilite tener bienes bajo su disposición o custodia de posible manejo por su actividad. Por lo tanto, no puede cometer el delito quien no tenga una relación directa con el bien dado, por las condiciones antes señaladas y que deben haber sido establecidas por alguna disposición administrativa, por lo que es imposible que un sujeto, aun reuniendo los elementos que establece el tipo penal, pueda malversar bienes que otro administra. Por ello, es imprescindible una estrecha relación entre funciones y bienes protegidos.

### **c) Problemas de participación**

No cabe dudas que la Malversación se incluye en la categoría de delitos especiales que recoge la doctrina penal; pero, dada la trascendencia del problema referido a la participación en estos delitos, nos detendremos en su análisis, toda vez que es justamente este aspecto uno de los que presenta mayores dificultades en su aplicación práctica.

Los delitos especiales son aquellos cuya autoría se encuentra restringida a determinados sujetos, los que deben reunir determinadas características o condiciones exigidas en el tipo penal, asociadas en lo fundamental a un deber que el sujeto está obligado a cumplir, dado los atributos que posee por mandato o por

otras circunstancias debidamente definidas; se integran así los tipos penales que obligan a que el sujeto activo ostente una determinada cualidad o condición (el médico, el abogado, el funcionario, el que tenga la administración, etc).

A su vez, estos delitos se subdividen en especiales propios e impropios. A los primeros, corresponden todas aquellas figuras que en su conformación no es posible buscar ninguna correspondencia en un delito común,<sup>7</sup> porque la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico,<sup>8</sup> de modo que los demás que la ejecuten no pueden ser autores ni de este ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta.<sup>9</sup>

A los *impropios* corresponden aquellas figuras delictivas donde también se encuentra presente un sujeto activo limitado por sus condiciones o características, pero tiene su correspondencia en un delito común, lo que significa que existe otro tipo penal que puede ser cometido por cualquier persona y que contienen semejantes elementos de tipicidad; pero si el comisario tiene determinadas características, se convierte en otro tipo cualificado que incluso no tiene que conformar una figura agravada del mismo tipo penal, sino que generalmente es otra figura.<sup>10</sup>

Presentada esta distinción necesaria para el análisis de la participación en esta figura delictiva, es imprescindible señalar que, como es conocido existen disímiles teorías aplicables a la participación, que no serán objeto de este análisis, pero la necesidad de enfrentar la discusión práctica que se presenta en la actualidad en Cuba, nos obliga a detenernos en algunas consideraciones de índole teórica y el punto de partida es, en mi opinión, la distinción de los delitos especiales propios e impropios, lo cual tiene una enorme trascendencia para los problemas de participación.

En una moderna concepción, la tesis desarrollada por Roxin,<sup>11</sup> que introdujo la explicación de los delitos de infracción de deber,<sup>12</sup> sustentada en los denominados delitos funcionariales donde el carácter del sujeto se utiliza como criterio predominante en la explicación teórica de la autoría y entendiéndose que lo único decisivo es la infracción del deber típico por parte del obligado por el mismo, que siempre sería autor con independencia de si realiza o no por sí mismo los actos descritos en el tipo. Esta posición, vista de manera tan radical, también es criticable, pero es necesario pensar en lo positivo de la infracción del deber si el concepto sirve para precisar la voluntad del legislador, pues no podemos perder de vista que los tipos penales

han sido conformados obedeciendo a una voluntad determinada por razones de política criminal y, en el caso específico de los delitos especiales por el sujeto, lo que se pretende es dar un tratamiento diferenciado a los mismos, teniendo en cuenta que su condición es diferente a la del ciudadano común dadas las especiales condiciones que lo acompañan; ello también significa un respeto al principio de igualdad que rige en el Derecho penal.

En definitivas, los delitos de infracción del deber son tipos en los que el autor solo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho penal y se muestra a través del tipo; por ello, el sujeto se encuentra limitado a una posición de deber determinada.<sup>13</sup> Otro punto de vista<sup>14</sup> se sustenta en que son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la *pertenencia*, exclusiva o compartida del delito.<sup>15</sup>

La cuestión pasa también por otra línea de pensamiento,<sup>16</sup> en la que se considera que el problema se plantea, en el hecho de que, si la imputación de responsabilidad debe ser, para aquellos que tienen las cualidades requeridas en el delito especial, para el mismo y para aquellos que carecen de ellas la del delito común, sin tener para nada en cuenta la contribución material de cada uno de ellos, considerando que ello es un supuesto típico de delitos por infracción de un deber, pero a la vez se argumenta que nada impediría igualmente aplicar las reglas generales que se prevén en la teoría de la participación y de esa forma si el autor objetivo es el sujeto cualificado entonces todos los demás responderán por el delito especial, si el autor no tiene la cualidad exigida por el tipo entonces serán todos autores del delito común sin importar cual es la condición personal de uno de ellos, desde luego esta concepción presenta serios cuestionamientos en su aplicación.

Para acercarnos aun más al problema en el delito de malversación que nos ocupa, diremos que se trata de una figura de delito especial impropio, que puede tener como subyacentes varios delitos comunes, como pueden ser: apropiación indebida, hurto, etc. La polémica surge cuando se dan en mi opinión dos supuestos determinados: primero, cuando un sujeto especial realiza una acción típica de delito especial y en la misma participa también un sujeto común; y segundo, la acción típica de un delito especial es realizada por un sujeto común y con él participa el sujeto especial.

En el primer supuesto no existe dificultad alguna para considerar autor al sujeto especial, pues él ha cumplido con todos los actos típicos necesarios infringiendo

su deber y además tenía el dominio del hecho, digamos entre nosotros el administrador de la bodega que se apropia de bienes que se encuentran en la misma, pero resulta que para realizar el acto el dependiente aduletró los modelos contables a fin de que no se descubriera la apropiación obteniendo también beneficios económicos devenidos de dichos bienes, no hay dudas que en el dependiente no concurren las condiciones especiales que exige el tipo penal, por lo tanto habrá que definir si el mismo es también autor del delito de malversación, o cómplice del delito mismo o autor de un delito común.

Aquí se presentan al menos dos posibles soluciones:

- El sujeto especial responde por el delito especial y el sujeto común por el delito común correspondiente, esto en los casos de delitos especiales impropios. Ello da lugar a la ruptura del denominado título de imputación<sup>17</sup> y a la aparición de dos delitos: uno especial, y otro común. Esta es la fórmula seguida en varios lugares de tradición jurídica como la nuestra, como es el caso de España.
- El sujeto común responde como cómplice o partícipe (en otras legislaciones) del delito especial considerando que el mismo realizó actos que llevaban implícito un delito específico especial y en función al respecto al principio de especialidad este debe prevalecer, además de la consideración dogmática de que no puede ser coautor quien no puede ser autor idóneo del tipo delictivo. Esta es a la postura que me afilio considerando que en estos delitos al igual que en los delitos comunes, la tipicidad de las conductas de los cómplices viene dada por la tipicidad de la conducta del autor principal, es decir el sujeto cualificado en cuyos delitos aquellos participan.

La diferencia está en que en los delitos especiales se hace preciso que la acción típica la ejecute aquel de los sujetos que reúne las condiciones que requiere el tipo especial, mientras que los partícipes no podrán ser autores propios de ese delito. Pero en sentido general se mantienen las reglas y fundamentos de la punición de los partícipes en los delitos que establece la teoría general de la participación, tales como: contribución causal al cumplimiento del tipo y consentimiento o dolo de participar en el hecho ilícito penal. De esa manera, la antijuridicidad del comportamiento se mantiene ya que se contribuye a la lesión del bien jurídico tutelado por el tipo penal.

Finalmente, una vez sentada mi posición, quiero hacer mención a algunos planteamientos que en ocasiones se esgrimen en la jurisprudencia cubana, para dar solución a este asunto y que están relacionados con la

---

posibilidad de considerar autor del tipo especial a quienes no ostentan las condiciones exigidas en el tipo, argumentándose para ello que es posible utilizar algunas de las fórmulas previstas en el Artículo 18.2, fundamentalmente la del cooperador necesario, pues se señala que el Código al definir a los autores lo hace bajo la denominación de «se consideran», lo que no quiere decir que realmente lo sean. Considero que esa postura sostiene una débil fundamentación teórico-dogmática, pues no está a tono con las concepciones y doctrinas de la teoría de la participación, y concebir de una manera tan simple la frase antes señalada sería vaciar de contenido la institución de la autoría colocando en su lugar argumentos puramente utilitarios; nótese que en ninguno de mis planteamientos está la posibilidad de admitir esta postura, porque ello desnaturaliza en principio la propia esencia de los delitos especiales y su inclusión por la dogmática penal.

#### **d) Conducta típica**

La conducta típica se establece mediante la acción de apropiarse de bienes de propiedad estatal, o de propiedad de las organizaciones políticas, de masas o sociales, o de propiedad personal al cuidado de una entidad económica estatal o consentir que otro se apropie, por lo que nos encontramos en presencia de un tipo penal de dos modalidades comitivas: una enmarcada en la apropiación, cuya significación nos lleva a decir que el sujeto ya se encuentra en posesión, tenencia o vínculo real con el bien y lo tomará definitivamente. Es entonces imprescindible detenernos en los términos de administración, cuidado y disponibilidad que recoge el tipo.

El carácter de administrador tiene que darse cuando el sujeto, en función del cargo que ostenta está facultado administrativamente para disponer de los bienes, significando ello que el sujeto tiene como atribución legal poder dar destinos correspondientes a los bienes, utilizar y distribuir estos según las normas que le han sido establecidas legalmente para su adecuada administración. Nótese que no estoy haciendo alusión a la simple aplicación diferente<sup>18</sup> del bien que le llaman otros códigos penales a otras formas de la malversación y que entre nosotros pudieran dar lugar a las modalidades de los artículos 224 (Uso indebido de recursos financieros o materiales) ó 225 (Abuso en ejercicio de cargo o empleo en entidad económica).

Por custodia debemos entender la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes, que lleva consigo su tenencia y se realiza como función administrativa, no es en modo alguno la mera actividad administrativa de vi-

gilancia que realiza cualquier persona, digamos porque su puesto de trabajo tenga que ver con ello. La administración, la disponibilidad y la custodia deben haber sido confiadas al agente en razón del cargo que desempeña, determinadas por disposiciones administrativas otorgando competencia para realizar las mismas.

Retomando las formas de comisión previstas en el tipo: la primera apropiarse es la acción, mientras que la segunda se corporifica cuando el sujeto especial consiente que un tercero se apropie, convirtiéndose en un delito de comisión por omisión, toda vez que se le imputa al sujeto la responsabilidad por un resultado que él no produjo directamente, sino que permitió su producción cuando él podía o debía evitarlo. La omisión tiene la finalidad de que un tercero se apropie por lo que tiene que estar de acuerdo con la apropiación.

Polaino Navarrate,<sup>19</sup> al comentar el Artículo 432 del Código Penal de España, se refiere al tercer participante en el delito y ello nos motivó a la consideración que tampoco el código cubano recoge nada respecto a que si este debe ser o no un sujeto cualificado, lo que parece ser intrascendente para la evaluación de la conducta, trayendo consigo en determinados supuestos las consideraciones expuestas sobre la participación delictiva, por supuesto que este consentimiento siempre deberá ser doloso para que se integre este tipo penal.

#### **e) Elemento subjetivo**

Llama la atención que el tipo penal descrito en el Artículo 336 no establece como elemento subjetivo el ánimo de lucro en la conducta de apoderamiento del bien, pero es evidente que la conducta persigue la obtención de un beneficio o un enriquecimiento económico para el autor o un tercero pues el verbo rector lleva consigo el ánimo de lucro. La conducta es de dolo, ello es importante precisarlo por la forma comisiva de consentir esta tiene que ser la voluntad manifiesta del sujeto especial, que deja de realizar de manera consciente algunos de los deberes que le vienen impuesto por su función, para así permitir la apropiación por un tercero, en mi opinión si el dejar de hacer algo implica una negligencia en su desempeño o función nos encontraríamos en presencia de otro tipo penal.

#### **f) Penalidad**

La penalidad del tipo establece una sanción de tres a ocho años de privación de libertad, por lo que se encuentra en el rango de una sanción media que posibilita incluso la aplicación en los casos correspondientes de una sanción sustitutiva que no conlleve el internamiento.

Esta sanción debe ser aplicada a los hechos que no alcancen la cuantía de 10 000 pesos.

### **g) Tipo cualificado**

El tipo cualificado viene dado por la cuantía de los bienes apropiados, elevando la penalidad a una sanción de privación de libertad de ocho a veinte años, cuando los bienes son de considerable valor cuya cuantía es superior a los 10 000 pesos, la polémica aquí radica en el cumplimiento del principio de racionalidad de las penas, toda vez que, cuando la cuantía pudiera aumentar solo en un peso, cambiaría la calificación del mismo elevando el marco penal en su límite mínimo a una pena excesiva.

### **h) Tipo privilegiado**

Se caracteriza por la disminución en el valor de los bienes apropiados por debajo del tipo básico, y se delimita por la utilización del término «limitado valor», en cuantía inferior a los mil pesos. Aquí se introduce una fórmula de aplicación de responsabilidad administrativa derivada la responsabilidad material que se utiliza en ese ámbito, lo que no está exento de problemas, dada la dispersión de esas normas y la diversidad de disposiciones aplicables en diferentes ámbitos.

Las sanciones aplicables incluyen la posibilidad de imponer una sanción privativa de libertad o una multa o acumulativas, es decir una y otra.

### **i) Figuras autónomas**

La conducta prevista en el Artículo 336.4 es una figura autónoma caracterizada por un sujeto general, pues aquí no se exige que se realice la acción en función de ninguna relación directa por razón del cargo que se ostenta, aunque es obvia la consideración que dicha función corresponderá a quien la administración haya designado para ello, pues de lo contrario carecería igualmente de fundamento, el verbo rector de la conducta es autorizar u ordenar, el pago de salarios, dietas u otros emolumentos, que no corresponda abonar, con dos variantes: por no haberse prestado el servicio o abonarlo en cantidades superiores a lo establecido. El tipo es de dolo, pero puede admitir formas imprudentes

La modalidad del Artículo 336, inciso 5, se introduce con el Decreto-Ley 175, de 1997, pero en mi opinión desnaturaliza el delito de malversación;<sup>20</sup> a diferencia de la figura básica, se precisan como sujetos a los funcionarios o empleados de una entidad privada,

que cometan las conductas descritas en las modalidades anteriores y se les aplicarán las sanciones correspondientes según el tipo. Se exige de un requisito procesal de perseguibilidad, porque solo se puede proceder si media denuncia del perjudicado o del representante legal de la entidad.

También se recoge una forma de adecuación facultativa mediante la cual el tribunal puede rebajar el límite mínimo de la sanción, si antes de la celebración del juicio el culpable reintegra los bienes apropiados o se logra el reintegro de estos.

En definitivas, el delito de malversación es de una gran complejidad no solo por sus elementos de tipicidad, sino también por la posibilidad de considerarlo un delito pluriofensivo, donde se pueden presentar serios problemas con la participación delictiva y las diversas interpretaciones que se realizan en un momento determinado, atendiendo a las diferentes teorías o concepciones a las que se afilie quien deba hacer uso de la norma penal.

## **Notas**

<sup>1</sup> Landecho Velasco, C. y Molina Blázquez, C. ob cit, págs. 431 y ss.

<sup>2</sup> Véase el concepto de entidad económica recogida en los delitos contra la economía nacional.

<sup>3</sup> Algunos Códigos Penales de Iberoamérica dan un tratamiento diferente a la protección de este bien jurídico al colocar el mismo en títulos relacionados con la Administración Pública o la Función Pública ver a modo de ejemplo Código Penal de Argentina Título XI Delitos contra la Administración Pública distingue el delito de Malversación Art. 260 del de Peculado Art. 261 el primero tiene como elemento básico el dar una aplicación diferente a los caudales públicos de aquella a la que estaba destinada; Código Penal de Bolivia de 1999, Título II Delitos contra la Función Pública: Malversación Art. 144, Peculado Art. 142, similar configuración de tipicidad a la anterior; Código Penal de la República de Chile de 1874 sometido a múltiples modificaciones Título V De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados en el desempeño de sus cargos, Malversación de caudales públicos artículos del 233 al 238, República de Colombia Decreto Ley 100 de 1980 Título III Delitos contra la Administración Pública, delito de Peculado del artículo 133 consistente en la apropiación de caudales públicos, Código Penal de la República de Costa Rica Ley 4573 de 1970 Título XV Delitos contra los Deberes de la Función Pública distingue entre Peculado del artículo 354 y Malversación con la misma concepción antes señalada, Código Penal de España de 1995 Delitos contra la Administración Pública Artículos 432 y ss bajo el nombre de Malversación. Códigos penales de Iberoamérica. Edición electrónica de ILANUD, 2000.

<sup>4</sup> Lanchedo Velascos y Molina Blázquez Concepción, Derecho Penal Español. Parte Especial. Redactado conforme al nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995. Segunda Edición. Editorial Ténos. S.A. Madrid. 1996. pág. 437; Vives Antón. T. S y otros, ob cit, pág. 707; Muñoz Conde, Francisco. ob cit, 1996, págs. 871 y ss.

<sup>5</sup> Grillo Longoria, José, Derecho Penal. Parte Especial, t. IV. México. DF. 1997, págs. 349 y ss.

- <sup>6</sup> Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial, t. I, sexta edición actualizada y ampliada, segunda reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1999, págs. 285 y ss.
- <sup>7</sup> Quintero Olivares: Los delitos especiales y la teoría de la participación, Madrid, 1974 pág. 11 .
- <sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 31.
- <sup>9</sup> La doctrina para referirse a esta forma utiliza como ejemplo el delito de prevaricación del juez que dicta sentencia injusta, ver Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Sexta edición. Editorial Reppertor. Barcelona. 2002, págs. 225 y ss, Quintero Olivares, ob cit, pág. 11. Muñoz Conde, Francisco y García Arán Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 3ra Edición. Tirant lo blanch. Valencia. 1998, págs. 499 y ss.
- <sup>10</sup> Los ejemplos más característicos son la malversación como delito especial impropio y la apropiación indebida o el hurto como figuras autónomas diferentes y comunes cuando el sujeto no ostente ninguna cualidad especial, en otras figuras pueden ser tipo agravado como la falsificación cometida por un funcionario ejemplo la Falsificación de documento público del artículo 250 inciso 3 del Código penal cubano.
- <sup>11</sup> López Barja de Quiroga, Jacobo. Autoría y Participación. Ediciones Akal. S.A. Madrid. España. 1996 cfr Roxin considerando la existencia de varias posiciones en Alemania y la forma en la que se ha solucionado esta problemática, que por demás no favorece la sistemática cubana por basarse en puntos de vistas diferentes en la propia concepción de la autoría y participación, sin embargo la tesis de Roxin en cuanto a los delitos de infracción de deber tiene una sólida base doctrinal, que hoy sigue una buena parte de la dogmática penal. (NA)
- <sup>12</sup> Roxin, Claus. Sobre la autoría y participación en Derecho Penal, en Problemas actuales de las Ciencias penales. Libro en Homenaje a Jiménez de Asúa, 1970, págs. 55 y ss.
- <sup>13</sup> López Barja de Quiroga. ob cit. Pág. 173.
- <sup>14</sup> Mir, Puig, ob cit, págs. 365 y ss con el propósito desde mi punto de vista de afianzar esta posición introduce el término de pertenencia, al considerar que el delito pertenecerá como autor a aquel o aquellos que reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo, (delitos especiales) aparezcan como protagonistas del mismo.
- <sup>15</sup> *Ibidem*.
- <sup>16</sup> Muñoz Conde y García Aran. ob cit. Págs. 498 y ss consideran además que en la actualidad las legislaciones resuelven este problema incorporando figuras delictivas dentro del delito especial con elementos de tipicidad aplicables a un sujeto común, ejemplo el cohecho activo donde el particular soborna al funcionario.
- <sup>17</sup> Muñoz Conde. ob cit. Pág. 873.
- <sup>18</sup> Creus, Carlos, ob cit, pág. 287, señala que es la modalidad del Peculado, el que sustrae los bienes de la tenencia administrativa en las que han sido colocados, dándoles un uso diferente, que puede ser de carácter temporal
- <sup>19</sup> Cobo del Rosal, Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte Especial. II, en el artículo de Polaino Navarrete Miguel, sobre los delitos contra la Administración pública. Ediciones Jurídicas Marcial Pons. Madrid. 1997, págs. 405 y ss, considera que en la legislación española al igual que en la cubana no existe distinción acerca de la cualidad del tercero. (NA)
- <sup>20</sup> *Vid supra* bien jurídico protegido por la malversación.

## BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

- Cobo del Rosal, Manuel y otros. Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1996.
- Código Penal. Ley No. 62 de 1987. Actualizado. Colección Jurídica. Ministerio de Justicia. La Habana 1999.
- Código Penal Español. Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre. (BOE No. 281, de 24 de noviembre de 1995) Editorial QUILES 1996.
- Constitución de la República de Cuba actualizada con al Reforma de 1992.
- Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 2. 6ta edición actualizada y ampliada. 2da reimpresión. Editorial Astrea. 1999. Diccionario Jurídico Mexicano Edición de 1996
- Fernández Rodríguez, María Dolores. Los límites al *ius puniendi*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVII. Fascículo III. Septiembre-diciembre. Madrid. 1994.
- González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Parte General y Especial. Quinta Edición. Editorial Porrúa. 1999. México DF.
- Grillo Longoria, José Antonio. Derecho Penal. Parte Especial. Instituto Politécnico Nacional. México. D.F. 1998
- Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Universidad de Extremadura. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. 1995.
- Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción, Derecho Penal Español. Parte Especial. Redactado conforme al nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995. Segunda Edición. Editorial Técnos. S.A. Madrid. 1996.
- López Borja de Quiroga, Jacobo. Autoría y Participación. Ediciones Akal. Madrid Mir Puig Santiago. Derecho Penal. Parte General. 6ta Edición. Editorial Reppertor. 2002. Barcelona.
- Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal parte Especial. Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Tiran lo blanch. Valencia. 1990.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 3ra Edición. Tirant lo blanch. Valencia. 1998.
- Núñez, Ricardo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Córdova Lerner. Buenos Aires. 1976
- Quintero Olivares. Los delitos especiales y la Teoría de la Participación. Madrid. 1974
- Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal I. Editorial Félix Varela. Ciencias Jurídicas. La Habana. 1999.
- Roxin, Claus. Política Criminal y sistema de Derecho penal, traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona. 1972.
- \_\_\_\_\_ Sobre la autoría y la participación en Derecho Penal, en Problemas actuales de las Ciencias penales. Libro en Homenaje a Jiménez de Asúa, 1970.
- Soler, Sebastián. Derecho Penal argentino. Editorial Tea. 3ra edición. Buenos Aires. 1970.
- Vega Vega, Juan. Los Delitos. Editorial del Instituto del libro. La Habana. 1968.
- Vives Antón, Tomás S. y otros. Derecho Penal Parte Especial. 2da edición revisada y actualizada conforme al Código penal de 1995. Tirant lo blanch. Valencia. 1996.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. Segunda edición. Editorial Ediar. 2002. Buenos Aires.

# INTERVENCIÓN DEL *EXTRANEUS* EN DELITOS DE SUJETO ESPECIAL

Dr. 1er Tte. Yan Vera Toste  
Juez profesional suplente no permanente,  
Tribunal Militar Territorial Occidental

«La problemática de la participación en los delitos especiales, que ha provocado un laberinto de soluciones doctrinales y jurisprudenciales.»<sup>1</sup>

Cobo del Rosal/Vives Antón

## INTRODUCCIÓN

La codelinquencia, coparticipación o participación delictiva sigue constituyendo, aun en nuestros días, uno de los problemas más acuciantes de resolver por la dogmática penal. En la actualidad, subsisten varias teorías y posiciones que intentan argumentar, partiendo de la ciencia penal, cuándo estamos ante un autor y cuándo ante un partícipe.

Dentro del laberinto de problemas que presenta la codelinquencia, uno de los más controvertidos y candentes es el de la intervención de los sujetos no cualificados (*extranei*) en los delitos de sujeto especial. Estos tipos de delitos restringen el ámbito de los posibles autores por lo que, en la solución a la intervención de varios sujetos, cuando algunos no reúnen la condición personal exigida por la figura de delito, se confronta el problema.

¿Responderá el extraño por el mismo ilícito en el que intervino? ¿Por qué grado y tipo de participación se le exigirá responsabilidad penal? Estas interrogantes han tenido disímiles respuestas teóricas y jurisprudenciales.

El Código Penal cubano es profuso en cuanto a tales tipos de delitos, tanto propios como impropios. Si a ello se le añade que, al seguir el *tracto* de la solución de dicho fenómeno, por parte de nuestros tribunales, estas no han sido uniformes y los criterios de argumentación que el máximo órgano jurisdiccional cubano brinda en sus sentencias de casación son contradictorios y encuentran sus fundamentos en elementos ajenos a la *Teoría de la autoría y la participación*;<sup>2</sup> nos percatamos de que es necesario hallar y argumentar científicamente una solución que conjugue los principios y fundamentos de la ciencia penal, con una concepción global político-criminal que permita, en el orden práctico,

resolver acertadamente el problema y proteger tanto a la sociedad como a los intereses individuales de los ciudadanos.

A lo anterior, cabe añadir que, en el contexto jurídico nacional, no se conocen trabajos que aborden esta temática con profundidad; por lo que, nos estimuló a tomarla como tema de nuestra tesis doctoral.

En este artículo, dada sus características, solo expondremos los resultados más relevantes que sirvan como hilo conductor a la solución fundamentada en nuestra realidad jurídico-social.<sup>3</sup>

## DESARROLLO

Para abordar este tema de una manera más sintética y coherente, se elaboraron varias interrogantes que sirvieran de guía en la exposición de la variante de solución aquí sustentada.

### 1. ¿Debe exigírsele responsabilidad al *extraneus* por su intervención en un delito de sujeto especial?

Esta respuesta se desprende de la propia argumentación de la punición de los partícipes. En la doctrina, se reconocen cuatro teorías que tratan de fundamentar la responsabilidad del partícipe por su intervención en un hecho delictivo: *teoría de la causación pura*, *teoría de la corrupción o de la culpabilidad*, *teoría de la participación en el injusto* y la *tesis de la causación modificada*.

La teoría de más amplio dominio en la doctrina y la asumida por el autor de este artículo es la de la *causación modificada o del favorecimiento*, para la cual el desvalor de la participación radica en que el partícipe causa o favorece la lesión no justificada a un determinado bien jurídico por parte del autor, no importa si este obró culpablemente o no.

Tal tesis ha recibido algunas modificaciones, como que la participación se dirige a la misma lesión del autor en *forma mediata*, explicando de esa manera satisfactoriamente la participación en los delitos especiales. De ella se infiere que la participación siempre tiene que ser accesoria a un injusto, y que también el partícipe no necesita tener las características del autor, porque no lo es del hecho en forma directa, sino que actúa típicamente cuando lo hace por la vía del hecho del autor.<sup>4</sup>

La participación en el plano objetivo y subjetivo es contribución al injusto del autor. El que realiza el tipo legal es el autor, el partícipe solo aporta a ese efecto principal, lesiona de forma mediata el bien jurídico protegido, por lo que no tiene que poseer todos los requisitos que exige el tipo penal, y su penalidad depende del tipo penal ejecutado por el autor (*principio de accesoriedad*). El partícipe contribuye con su aporte objetivo y subjetivo a que el autor de un delito lo realice. Bajo estas premisas, debe argumentarse la punición de los partícipes.

Lo expuesto se cumple, también, para el caso de la participación en los delitos de sujeto especial. En estos tipos de delitos, nada impide que al partícipe *extraneus* se le exija responsabilidad por el delito especial en ese concreto grado de intervención. La única diferencia real en estos supuestos es que el partícipe no cualificado nunca hubiera podido ser autor principal, lo que no ocurre en los delitos comunes, pero por eso no varía el fundamento de su castigo.<sup>5</sup>

De lo anterior, se desprende la respuesta a la primera interrogante formulada: *Debe exigírsele responsabilidad al extraneus que interviene en un delito de sujeto especial, ya que este contribuye con su aporte objetivo y subjetivo a que el autor intraneus realice el injusto especial.*<sup>6</sup>

## **2. ¿Responderá el *extraneus* por el delito especial al cual aportó o se romperá la unidad del título de imputación y se le exigirá responsabilidad, en el caso de los delitos especiales impropios, por el delito común que subyace?**

El *principio de unidad del título de imputación* constituye, al igual que los otros, un principio fundamental y se deriva del de *accesoriedad*. Esta derivación ha sido puesta en duda al sostenerse que «(...) no se participa en el delito en sí (hecho ya valorado), sino en el hecho.»<sup>7</sup> De esto se colige que no se debe hablar de unidad de delito, sino de unidad de hecho.

Se considera que esta posición no es acertada, si se analiza *estricto sensu* el *principio de accesoriedad*

en su aspecto cualitativo. Para que a un partícipe pueda exigírsele responsabilidad, el hecho ha de ser típico y antijurídico, por lo que no se hace referencia solo al hecho *lato sensu* como elemento ontológico, sino a un hecho que tiene relevancia, trascendencia para el Derecho Penal y el cual es realizado por el autor o sujeto activo.

El autor de este artículo se afilia a la definición que del principio nos ofrece Quirós: «La obra de varios sujetos, para que pueda ser atribuida a todos ellos, tiene que consistir en algo jurídicamente unitario. Todas las diversas acciones si se les considera objetivamente, deben tener un sentido de convergencia jurídica hacia la misma figura delictiva.»<sup>8</sup> En virtud de este principio: *todos los partícipes o codelincuentes en el mismo delito, deben responder por ese delito y no otro.*

Este principio tendrá una excepción y es en lo referente al juicio de culpabilidad. Si el partícipe actúa sin culpabilidad, por ejemplo, por actuar bajo error invencible en alguno de los elementos del tipo penal, en virtud de la aplicación del Artículo 9 del Código Penal cubano, no se le imputaría ese delito. Claro que no siempre traería implicaciones prácticas. Verbigracia, el partícipe *extraneus* que desconoce la relación de parentesco del autor (*intraneus*) con la víctima no respondería del delito de asesinato del Artículo 264 (paricidio), pero sí por asesinato del Artículo 263; de lo contrario, de no darse las circunstancias exigidas por el tipo penal, respondería por homicidio.

En el supuesto en que, de una determinada figura de delito se desprendan varias figuras subordinadas atenuadas o agravadas, en virtud de una característica que gradúa el injusto y la culpabilidad, no se afectaría aquí el principio analizado porque en esencia el hecho es el mismo: a unos se les exigiría responsabilidad penal por la figura básica; y a otros, por circunstancias accidentales que agravan o atenúan la responsabilidad, atendiendo al grado de culpabilidad, y dependiendo, en esencia, de los elementos expuestos en la figura básica.

En virtud del principio expuesto, habrá que exigirle responsabilidad al *extraneus* que intervenga en un delito de sujeto especial por el delito especial y no por otro. Romper el título de imputación atenta contra los principios fundamentales de la participación, el fundamento de la punición de los partícipes y la propia esencia de la función que desempeñan estos principios y fundamentos en el *sistema de interpretación restrictivo*, y que, por demás, es el que mejor se adecua a un derecho democrático y garantista.<sup>9</sup> «En resumen, no hay ninguna regla que impida lo que es lógico, que los

*partícipes en los delitos especiales propios o impropios respondan penalmente de acuerdo con el tipo realizado por el autor principal, sea cual sea ese tipo».*<sup>10</sup>

Puede concluirse que: *la responsabilidad es atribuible al sujeto no cualificado por el delito en concreto al cual aportó, sea este propio o impropio. No se participa en un hecho libre de valoración, sino que se interviene en un hecho con relevancia para el Derecho penal y la aportación del partícipe, en unión de las restantes, contribuye objetivamente a la realización de un mismo tipo penal, por lo que debe mantenerse la unidad del título de imputación.*<sup>11</sup>

### **3. ¿Por qué grado y tipo de participación responderá el *extraneus* por su intervención en un delito de sujeto especial?**

Entre los diversos tipos penales que recogen las diferentes legislaciones en su parte especial (normas jurídico-penales completas) y los preceptos establecidos en la parte general (normas jurídico-penales incompletas: amplían la esfera dispositiva de las normas jurídico-penales completas)<sup>12</sup> se establece una relación de subordinación, donde las últimas se subordinan a las primeras, por ejemplo la regulación de la participación, como norma jurídico-penal incompleta, se subordina al tipo penal de homicidio, cuestión esta que no impide que ambas interactúen entre sí.<sup>13</sup>

Esta relación se evidencia claramente en los elementos específicos que Jakobs<sup>14</sup> recoge para que exista autoría en determinados delitos. Como bien indica, en todo autor deben concurrir siempre, además de los elementos generales de la autoría (regulados en la *parte general*), los elementos que caracterizan el delito y dentro de estos se encuentran los *elementos de la autoría de los delitos especiales*. Constituye un error esencial analizar la coautoría de *extraneus* e *intraneus* en los delitos de sujeto especial, ya sean propios o impropios. Al sujeto no cualificado le falta un elemento para poder ser autor: la condición personal exigida por el tipo penal, por lo que jamás podrá analizarse su intervención como coautoría. *De lo anterior, se colige que en los delitos de sujeto especial, ya sean propios o impropios, solo podrán responder los autores estrictos o reales.*

Lo antes expuesto no impide que el sujeto no cualificado pueda responder por su intervención en un delito de sujeto especial, lo que solo podrá ser como partícipe, nunca cual autor, como se expuso *supra*. Ya Mezger, desde el año 1933, planteaba: «(...) a los no cualificados les falta, en tanto en cuanto venga en cues-

tión su autoría, la antijuricidad típica, y, por lo tanto, no es posible su castigo como autores; pero esto no excluye el que pueda ser procedente una de las posibilidades de punibilidad restringida (instigación y complicidad)».<sup>15</sup>

La respuesta a la interrogante número tres quedaría de la siguiente forma: *En virtud del principio de especialidad, el sujeto no cualificado jamás podrá responder como autor estricto, real o doctrinal, sea cual fuese su real intervención objetiva en el delito especial, ya que le falta uno de los elementos que caracterizan a esos tipos de delitos, que es el personal, lo que no impide que los partícipes no cualificados puedan responder por su concreta intervención en estos.*

### **4. ¿Cuáles son los tipos de partícipes recogidos en la legislación penal sustantiva cubana, en virtud de los cuales puede exigirse responsabilidad al *extraneus*?**

Desde el punto de vista de la ciencia penal, y en específico de la *teoría de la autoría y la participación*, se manejan dos categorías esenciales que son las de *autor* y *partícipe*. Estas no siempre coinciden con los conceptos legales plasmados en las diversas legislaciones, como ocurre en el caso de la legislación penal sustantiva cubana: «(...) es tarea de la teoría y de la práctica judicial determinar quiénes son realmente autores, entre los mencionados en los cinco incisos del artículo 18.2 del Código Penal».<sup>16</sup>

La distinción entre autoría y participación se ha intentado realizar desde diversos puntos de vista metodológicos y científicos, dando al traste con las diversas teorías sobre la participación. Las teorías que distinguen entre autor y partícipe coinciden en reconocer tres tipos de autoría, denominados autores en sentido estricto, reales u ontológicos, que son: el *inmediato*, el *mediato* y el *coautor*. Así es recogido en varias legislaciones, como por ejemplo, el Código Penal alemán -StGB-, parágrafo 25; el español, artículos 27 y 28; el colombiano, Artículo 29; el Artículo 38 del Código Penal costarricense, entre otros; donde se vinculan con estos tipos de autoría la realización de los tipos penales y la posibilidad de que se le pueda imputar el hecho al sujeto.

*A contrario sensu*, encontramos lo que la doctrina ha denominado *autores legales*, es decir, partícipes que, a los efectos de la pena, son considerados autores por el legislador, aunque en realidad no lo son.

Un elemento importante que permite diferenciar un tipo de autoría de uno de participación o de autoría legal es el *principio de accesoriedad de la participa-*

ción. Quienes están sometidos a él, respecto al hecho del autor, son partícipes y no autores: el autor es a quien se le puede imputar de manera directa el hecho, es punible autónomamente; el partícipe sólo es punible si existe un hecho antijurídico ejecutado por el autor, el hecho se le imputa de manera indirecta o accesorio.

La participación, como ya se ha hecho referencia, es intervención voluntaria en un delito ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto al autor, ya sea por las características objetivas de su aporte o porque le falta algún requisito de la autoría específico del delito,<sup>17</sup> es por ello que la participación se considera un concepto de referencia sometido a la dependencia del comportamiento del autor y al delito que se comete. El *principio de accesoriedad*, en los sistemas que siguen el *concepto restrictivo de autor*, como el cubano, se desprende de la propia naturaleza de la participación (accesoria) y los fundamentos de la punición de los partícipes expuestos *supra*. Dentro de los tipos de partícipes, se puede señalar el *inductor*, el *cooperador necesario*, también denominado *cómplice primario* y los *cómplices*.

En el caso de la legislación cubana, se encuentra otro tipo de partícipe: el *organizador*, el cual es considerado por algunos<sup>18</sup> como un tipo de autoría. El organizador es un tipo de partícipe y no de autor, ya que, en última instancia, el autor organizador dependerá del hecho realizado por los ejecutores (coautores) para que pueda ser punible su conducta (*principio de accesoriedad*), su intervención no es principal, sino accesorio, aunque relevante y peligrosa y, por lo tanto, no tendrá por qué cumplir con todos los elementos exigidos en el tipo penal.

Con la utilización del término *se consideran autores*, aunque no lo suficientemente claro, el legislador está dando a entender que no todas las formas de intervención reguladas en el apartado 2 del Artículo 18 son tipos de autoría y que existen tipos de participación o autores legales dentro de ese propio apartado (el inductor, cooperador necesario y el organizador).

La afirmación anterior no está sustentada únicamente en la utilización del término *se consideran autores*, argumento poco sólido y científico, sino también -y especialmente- en el *principio de accesoriedad* y en toda la herencia acumulada por la doctrina penal, en lo tocante a la diferenciación entre las categorías de autor y partícipe, expuesta *supra*; y en la valoración del desarrollo histórico de la regulación de la codelincuencia y las influencias teóricas en la que esta se ha inspirado. Lo antes expuesto no quita que la regulación de la

codelincuencia en el Código Penal cubano no sea la más feliz y que esta contraviene principios que hoy constituyen pilares en el Derecho Penal moderno, como el de *individualización*, el de *culpabilidad*, el de *proporcionalidad*, al atentar contra un juicio adecuado de culpabilidad, en lo que respecta a los partícipes (inductor, cooperador necesario y organizador).

De *lege ferenda*, al autor de este artículo le parece necesario realizar una correcta determinación, en la ley penal sustantiva cubana, de los reales tipos de autoría y los de participación, aun cuando al hacer un análisis valorativo que parta del presupuesto de que determinados tipos de participación presenten la misma gravedad que los tipos de autoría, como es el caso del inductor, cooperador necesario y el organizador, se castiguen con la misma pena.

La distinción que realiza el Código Penal español es acertada, ya que recoge de forma expresa cuáles son los verdaderos tipos de autoría y quiénes serán considerados autores a los efectos de la pena (autores legales).

Se puede concluir: *los verdaderos tipos de autoría y de participación no siempre coinciden con los conceptos legales plasmados en las diversas legislaciones, como ocurre en el caso de la legislación penal sustantiva cubana. El principio de accesoriedad de la participación constituye el baremo fundamental que permite, en estos casos, realizar una correcta diferenciación entre ambos; por lo que serán verdaderos tipos de partícipes, dentro de las diferentes formas de intervención que el legislador consideró autores en el apartado 2, en relación con el 1 del Artículo 18 del Código Penal cubano: el cooperador necesario, el inductor y el organizador. De lo anterior, se colige que podrá responder el sujeto no cualificado por su intervención en un delito de sujeto especial, no solo como cómplice, sino también como los tipos de participación que se señalaron, siempre que cumpla con los requisitos que exige la ley para el caso concreto de cada una de esas formas de participación.*<sup>19</sup>

**5. Que se haya demostrado la posibilidad real de que el *extraneus* responda por un delito especial como cooperador necesario, inductor, organizador o cómplice, ¿afectaría la realización de un adecuado juicio de culpabilidad?**

Es mayoritaria la opinión en la doctrina de que, ante la ausencia en el *extraneus* de los elementos exigidos por la figura de delito, es menor su contenido de lo injusto y de culpabilidad, por lo que en los casos de

intervención de estos en los delitos de sujeto especial, estaría indicada la atenuación de la pena. En el Código Penal alemán, esa atenuación está recogida en el párrafo 28 numeral 1.<sup>20</sup> En España, se han propuesto disímiles soluciones para resolver este punto en concreto. Gimbernat apuntaba: «(...) el hecho de no estar vinculado por un deber especial podría considerarse una circunstancia atenuante en los delitos de funcionarios».<sup>21</sup> Otra solución propuesta por Pérez Alonso viene dada en aplicar analógicamente a favor del reo las reglas de la disminución de la pena previstas para la tentativa del delito,<sup>22</sup> o la aplicación del Artículo 65 del Código Penal español. «En resumen, frente a la diferente concepción técnico-jurídica de los delitos especiales propios e impropios, se mantiene en ambos supuestos una postura coherente, la legítima aspiración a individualizar las responsabilidades de los diferentes sujetos, según que concurren o no en ellos las cualidades personales, si bien se produzca esto por caminos diferentes (...)».<sup>23</sup>

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, y que el ataque que le provocan al bien jurídico no es directo sino indirecto, por faltarle el aspecto de vulneración del deber que corresponde al *intraneus*, de *lege data* el tribunal debería tener presente estos elementos para adecuar la sanción y establecer el *quantum* de la pena, a pesar de que no venga previsto expresamente en el Código Penal cubano. No obstante, de una interpretación adecuada del apartado 1 del Artículo 47 del propio texto legal<sup>24</sup> (adecuación judicial de la pena), podría desprenderse esta conclusión. Aquí resulta insoslayable acotar que se debe tener presente que el elemento personal no es el único indicador para valorar el grado de injusto y de culpabilidad.

De *lege ferenda*, no basta con que se deje expresada claramente, como se expuso *supra*, la distinción entre autores y partícipes, sino que también es necesario regular en forma expresa la *atenuación facultativa de la sanción*, siguiendo las mismas reglas que para la complicidad establece el apartado 2 del Artículo 19 del Código Penal cubano,<sup>25</sup> de los autores legales, cuando no reúnan las características exigidas para el sujeto activo, en la figura de delito especial.

Respondiendo la interrogante sexta: *Hay que realizar un adecuado juicio de culpabilidad y se debe partir como presupuesto de que, en el caso de los sujetos no cualificados, aun cuando la ley prevea, partiendo de los casos concretos del cooperador necesario, el inductor y el organizador, la misma pena que para los autores reales o estrictos, no concurre en ellos el elemento personal exigido por*

*el tipo penal y, por tanto, es menor su contenido de injusto y de culpabilidad, estando indicada la atenuación de la pena.*

Con las soluciones aquí propuestas coincide gran parte de la doctrina moderna y más influyente en nuestra familia de sistema jurídico. Por ejemplo, Jescheck expone: «(...) quien como inductor o como cómplice apoya a un autor cualificado, también es castigado por ello (naturalmente de modo atenuado) aún cuando carezca de los presupuestos para ser autor».<sup>26</sup> Roxin nos dice que «(...) no se alude a aquel deber surgido de la norma penal en cuya vulneración descansa la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito. Sobre todo, se extiende a los inductores y cómplices no cualificados, pues si los partícipes no estuvieran comprendidos, como destinatarios de la norma penal, por el efecto de obligación, no cabría fundamentar su punibilidad hasta hoy indiscutida».<sup>27</sup> Mir Puig plantea que «los sujetos que no tengan la condición personal requerida no podrán ser autores de tales delitos, pero sí partícipes en ellos, como inductores o cooperadores necesarios, o como cómplices».<sup>28</sup>

## CONCLUSIONES

En apretada síntesis, se han expuesto los resultados más importantes de mi tesis doctoral, los cuales fueron debidamente validados con la utilización del método de expertos.

Los elementos tratados permiten conformar toda una propuesta a la clarificación del problema de la intervención de extraños en los delitos de sujeto especial, basada en nuestra realidad jurídico-social y en lo más avanzado de la dogmática penal en esta materia.

Pueden coexistir criterios diversos sobre lo aquí abordado. Esto constituye requisito científico *sine qua non* para perfeccionar y desarrollar nuestra ciencia del Derecho penal.

## Notas

<sup>1</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia 1999, p. 685.

<sup>2</sup> Vid. Sentencias 76 de 1962, 137 de 1966, 846 y 4203 de 1982, 3785 y 6610 de 1983, 1768 y 2803 de 1995, 1261 y 3909 de 1998, 2207 y 4266 de 1999.

<sup>3</sup> Vid. VERA TOSTE, Yan: *La participación en los delitos de sujeto especial*. Tesis presentada para optar por el Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad de La Habana, 2005.

<sup>4</sup> Vid. ZAFFARONI, E. R.: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Comercial industrial y financiera, Buenos Aires, 2002, p. 794.

<sup>5</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Aranzandi, Navarra, 2002, p. 641.

- <sup>6</sup> En lo que respecta a esta posición, ha existido unidad de criterio en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, a lo largo de los años, y reflejada en las sentencias citadas. Vid. n. 1.
- <sup>7</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Comentarios al Código Penal*, t. I, ed Ariel, Barcelona, 1972, p. 866.
- <sup>8</sup> QUIRÓS PÍREZ, Renén: *Manual de Derecho Penal*, t. III, ed. Ciencias Jurídicas, La Habana, 2002, p. 77.
- <sup>9</sup> Como afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: «El concepto de autor (aceptado el mero carácter indiciario de las 'realidades' prejurídicas) sólo puede derivarse de la interpretación extensiva o restrictiva de los tipos de la parte especial o, aun siendo más lógica y natural como sabemos la interpretación restrictiva, lo determinante para optar por una u otra es la adecuación de cada una de ellas a los presupuestos y fines del Derecho penal (más concretamente del Derecho penal de un Estado de Derecho). De ello venimos deduciendo hasta ahora la consecuencia de la interpretación restrictiva y el principio de accesoriadad». *La autoría en Derecho Penal*, ed. PPU, Barcelona, 1991, p. 149.
- <sup>10</sup> QUINTERO OLIVARES: Ob. cit., p. 642, el subrayado es del autor.
- <sup>11</sup> Esta posición también ha sido coherente en nuestra práctica jurídica.
- <sup>12</sup> Sobre la clasificación de las normas jurídico-penales, vid. QUIRÓS: *Introducción a la teoría del Derecho Penal*, ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1987, pp. 57 ss.
- <sup>13</sup> Concordando con lo expuesto, vid. JESCHECK/WEIGEN: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., tr. Olmedo Cardenete, ed. Comares, Granada, 2002, p. 264.
- <sup>14</sup> 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, pp. 723-724.
- <sup>15</sup> MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 3ª ed., tr. José A. Rodríguez Muñoz y Antonio Quintano Ripollés, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 350.
- <sup>16</sup> QUIRÓS: *Manual...*, ob. cit., t. III, p. 59.
- <sup>17</sup> Vid. Ídem, pp. 71 ss.
- <sup>18</sup> Cfr. QUIRÓS: *Manual...*, ob. cit., t. III, pp. 69 ss., BAQUERO VERNIER, Ulises: *Derecho Penal General*, t. II, ed. ENPES, Santiago de Cuba, 1985, p. 15, GONZÁLEZ ALCANTUL, David: *Manual de Derecho Penal General*, t. II, ed. Imprenta Central de las FAR, La Habana, 1986, p. 10.
- <sup>19</sup> En este punto, sí ha existido disparidad de criterios por parte de nuestro máximo órgano juzgador.
- <sup>20</sup> *Especiales elementos personales*. (1) *Si en el partícipe (inductor o cómplice) no concurren especiales elementos personales que fundamenten la punibilidad del autor, la pena de aquellos se atenuará según el parágrafo 49.1.*
- <sup>21</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, ed. Universidad de Madrid, 1966, p. 292.
- <sup>22</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: *Las circunstancias agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Tesis doctoral inédita, Granada, 1992, pp. 346, 347, 387, 388 y 959. Según este autor, «(...) si la tentativa consiste, por definición, en la falta de alguno de los elementos del tipo objetivo que impide la plena consumación del mismo, parece evidente que en estos casos se da una situación análoga a la tentativa de delito».
- <sup>23</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel A.: *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, ed. CIVITAS, S. A., Madrid, 1995, p. 255.
- <sup>24</sup> Artículo 47. 1: *El tribunal fija la medida de la sanción, dentro de los límites establecidos por la ley, guiándose por la conciencia jurídica socialista y teniendo en cuenta, especialmente, el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en el mismo, tanto atenuantes como agravantes, y los móviles del inculpaado, así como sus antecedentes, sus características individuales, su comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y sus posibilidades de enmienda.*
- <sup>25</sup> Artículo 19. 2: *La sanción imponible al cómplice es la correspondiente al delito, rebajada en un tercio en sus límites mínimo y máximo.*
- <sup>26</sup> JESCHECK/WEIGEN: Ob. cit., p. 707.
- <sup>27</sup> ROXIN: *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, pp. 387 y 397.
- <sup>28</sup> MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., Reppetor, Barcelona, 2002, p. 393. Con iguales resultados que los aquí propuestos. Vid. ORTS BERENGUER, E.: «Capítulo XXXII: Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en VIVES ANTÓN, T. S. (coordinador) y otros: *Derecho Penal, Parte Especial*, v. I, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1987, pp. 442 ss. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, 14ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 268 y 981. MORALES PRATS, Fermín y María J. RODRÍGUEZ PUERTA: «Delitos contra la administración pública» en QUINTERO OLIVARES (Director) y otros: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª ed., ARANADI, Navarra, 2002, pp. 1614-1615, 1752-1779, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Julio DÍAZ-MOROTO y VILLAREJO: *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, t. III, 3ª ed., Centro de estudios Ramón Areces, s.a., Madrid, 1995, p. 2, QUINTERO OLIVARES: *Los delitos...*, ob. cit., pp. 69 ss., GIMBERNAT ORDEIG; Ob. cit., pp. 292 ss. En lo que respecta a la exigencia de responsabilidad al *extraneus* como inductor, cooperador necesario o cómplice, no siendo así en lo concerniente a la coautoría, en donde admite ésta tanto para *intraeus* como para *extraneus*. Con criterios similares QUIRÓS: Ob. cit., pp. 134-135, TEJERA GARCÍA: Ob. cit., t. V, pp. 224-225, 328-332, CARRASCO ESPINACH: Ob. cit., pp. 9 ss., PÉREZ PARENTE, Juan A.: «Comunicación. Abuso de Autoridad y formas de participación» en Colectivo de autores: *La Jurisdicción Militar*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 556-571, CREUS, Carlos: *Derecho penal, Parte especial*, t. 2, 6ª ed., 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 275 y 289.



«Mucho hemos de hacer nosotros los hombres para merecer a estas mujeres; mucho han de hacer ellas para complacer a la patria que les contempla.»

José Martí

---

# NATURALEZA JURÍDICA DE LA REVISIÓN CIVIL

*MsC. Orlando González García  
Juez profesional, Sala de lo Civil y de lo Administrativo  
Tribunal Supremo Popular*

## I. GENERALIDADES

Al igual que sucede con la mayoría, por no ser absolutos, de las instituciones del derecho procesal, los criterios y posturas acerca de la naturaleza jurídica de la revisión en materia civil contenciosa han estado divididos y su definición ha motivado largas polémicas entre los tratadistas.

En sus inicios, primaba la concepción, errónea a nuestro criterio, de considerarla un recurso y tratarla en la parte de los estudios procesales destinada a los medios de impugnación de las resoluciones judiciales; y, partiendo de la distinción entre recursos ordinarios –aquellos que permiten al juzgador *ad quem* un conocimiento integral, de hecho y de derecho, del proceso sujeto a impugnación– y extraordinarios –donde solo es posible un examen de derecho, salvando la inatacabilidad del hecho declarado probado–, la ubicaban como un recurso extraordinario contra sentencias firmes.

Este criterio, evidentemente equivocado, pudiera haber tenido su génesis en los propios ordenamientos procesales, pues algunas leyes de procedimiento, con una sistemática inadecuada, regulaban la revisión en esa forma, asimilándola a los denominados recursos extraordinarios.

### 1.1. Como recurso extraordinario

Muchos destacados procesalistas de la primera mitad del siglo XX sustentaron en sus obras el criterio de identificación de la revisión con un recurso extraordinario, y así tenemos como ejemplo a Manuel de la Plaza, quien afirmaba que «La revisión constituye en el derecho español un verdadero recurso que, como el de casación, tiene carácter extraordinario.»<sup>1</sup>

Este propio tratadista español reiteró ese criterio en otra de sus obras, cuando al abordar el estudio de la revisión expresaba: «La revisión es un remedio rescis-

sorio que permite revisar los errores de hecho, cuando la sentencia ha ganado firmeza.»<sup>2</sup>

Similar criterio fue sustentado por el procesalista italiano Ugo Rocco, quien afirmaba: «La revocación es un medio extraordinario de impugnación. Es una facultad comprendida en el derecho de acción y se admite en pocos casos, limitativamente determinados por la ley.»<sup>3</sup>

En términos bastante similares se pronunció el tratadista Rafael de Pina, quien en dos de sus obras ratificó su posición en este sentido al postular que: «El de revisión es un recurso extraordinario, que tiene por objeto la rescisión de una sentencia dictada con error de hecho para hacer posible la resolución justa en un nuevo juicio de la cuestión a que el fallo anulado se refiere.»<sup>4</sup> Esta obra fue publicada en 1936 y, diez años después, mantuvo esa posición expresando: «La revisión ha sido considerada tradicionalmente como un recurso extraordinario.»<sup>5</sup>

A partir del hecho cierto de que la revisión, al igual que la casación, está supeditada a un régimen de causales, algunos tratadistas, como Luis Mattiolo, sustentaban el criterio de la inclusión de aquella en la categoría de recurso extraordinario. En su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil* escribía sobre la revisión en los siguientes términos: «Los recursos extraordinarios para impugnar las sentencias son calificados así porque, por regla general, se pueden sólo ejercitar contra las sentencias que no son susceptibles de recursos ordinarios y en los únicos casos determinados por la ley.»<sup>6</sup>

### 1.2. Como remedio procesal

Otros autores en su momento calificaron la revisión en la categoría de remedio procesal, postura también errónea, pues semejante concepción está reservada para los casos de recurso donde se produce la identidad

entre el juzgador *a quo* y el *ad quem*, como sucede en la súplica que regula nuestra legislación y en algunos recursos de reforma contra resoluciones interlocutorias o de mero trámite presentes en legislaciones de Iberoamérica.

En tal sentido, es dable citar al argentino Ramiro Podetti, quien afirmaba que «el recurso de revisión es el remedio procesal extraordinario encaminado a examinar de nuevo una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se ha llegado a ella por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del vencido, prescindiendo o incorporando nuevos elementos de prueba en el nuevo juicio».<sup>7</sup>

También adoptó igual posición el tratadista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, cuando postulaba que «la Ley vigente lo agrupa con el de casación, como extraordinario; pero en realidad, aquél, como el de audiencia, es un remedio excepcional frente a sentencias inimpugnables por los medios normales, o sea apelación y casación».<sup>8</sup>

Otros estudiosos del tema de la revisión, como Paolo D' Onofrio, adoptaron posiciones eclécticas, pues veían en ella características propias de diversas instituciones y, tratando de encontrar un criterio abarcador, recurrían a la deficiente concepción del remedio procesal. Al respecto, dicho autor afirmaba: «El remedio de la revocación tiene una estructura tal que es preciso asimilarlo, por una parte al juicio de apelación y a la oposición del rebelde y, por otra, al de casación.»<sup>9</sup>

El destacado procesalista Leonardo Prieto Castro aborda el análisis de la revisión también desde la óptica de remedio procesal, aunque ofrece mayores elementos para un correcto acercamiento a la naturaleza jurídica de esta, cuando afirmaba: «El llamado en la LEC recurso de revisión, no entra propiamente en la categoría de los recursos, puesto que la posibilidad de acudir a éstos implica que el juicio está aún pendiente por no haber adquirido la sentencia el carácter de firme. Hay, pues, que considerarlo un remedio especial que la ley concede para atacar la fuerza de cosa juzgada de una resolución, o el pronunciamiento de las resoluciones firmes, cuando por la calidad de los materiales en que se base o por la forma como se han obtenido, sean injustas.»<sup>10</sup>

### 1.3. Otras consideraciones excepcionales

Algunos tratadistas, como Jaime Guasp, con criterios más avanzados de la segunda mitad del siglo XX,

comprendieron que la revisión era algo que no debía asimilarse a la vieja polémica de su ubicación como recurso ordinario o extraordinario, concepción que, a fin de cuentas, la mantenía dentro del campo de los recursos, e intentaron independizarla dándole una categoría especial. En este sentido Guasp, afirmaba: «En vez de negar a la revisión el carácter de recurso y hacerlo una acción impugnativa autónoma, lo que desconocería el significado del recurso como ataque directo a una resolución judicial, es mejor entender que la revisión tiene índole singularísima y que, por ello, no es recurso ordinario ni extraordinario, sino *excepcional*, es decir, una impugnación cuya eventualidad no impide que goce de firmeza la sentencia impugnada, porque se dirige precisamente contra sentencias firmes, esto es, inatacables por vía ordinaria y extraordinaria.»<sup>11</sup>

Otros tratadistas, entre ellos Gómez Orbaneja, propugnaban por denominarla demanda de revisión, con lo cual daban muestras de no estar mal encaminados sobre su carácter autónomo, pero adolecía esta concepción de ser demasiado restrictiva, pues la demanda es el acto procesal de parte iniciador del proceso, pero no puede agotarlo en su totalidad. Este autor postulaba lo siguiente: «El llamado en la ley *recurso de revisión* no entra en el concepto formal de recurso que la propia LEC utiliza. Aquellos inciden en una relación jurídica procesal aún abierta, y eventualmente la prolongan. Esta presupone una relación procesal ya cerrada. Por ello puede hablarse, más que de recurso, de *demanda de revisión*.»<sup>12</sup>

### 1.4. Criterios en la doctrina alemana

La cuestión referente a la naturaleza jurídica de la revisión en materia civil fue también abordada por los procesalistas de la escuela alemana. En tal sentido, Schönke la asimiló a la concepción del remedio procesal, mientras que Kisch prefirió optar por la ubicación como demanda independiente, ambos con las limitaciones que ya hemos expresado respecto a estas alternativas.

En su obra *Derecho Procesal Civil*, afirma Schönke: «Estas acciones son remedios extraordinarios, que se parecen por su naturaleza a los recursos. Se asemejan a éstos, en cuanto que no llevan un nuevo juicio, sino a un examen nuevo del anterior.»<sup>13</sup>

Kisch, en su obra *Elementos de Derecho Procesal Civil* escribía: «Sólo excepcionalmente y por motivos especialísimos es posible valerse de un medio para anular la sentencia que ha adquirido la fuerza de cosa juzgada. Cuando esto ocurre la ley habla de revisión

---

del procedimiento. Tiene ésta lugar, no por medio de la interposición de un recurso, sino de la presentación de una demanda independiente.»<sup>14</sup>

### **1.5. Tratamiento en la doctrina española**

En otros sistemas procesales, como el español vigente en la actualidad, la revisión es un proceso que se desarrolla en dos procedimientos: uno ante el máximo órgano judicial que tiene a su cargo emitir el juicio rescindente, revocando la sentencia en examen; y el otro, ante el tribunal que la dictara, al que se le devuelven los autos y ante quien las partes tienen la opción de instar de nuevo la solución del conflicto. En relación con ese doble juzgamiento, la moderna doctrina española afirma lo siguiente: «Comprende la revisión un doble enjuiciamiento: iudicium rescindens y iudicium rescisorium, encomendados a distintos órganos jurisdiccionales. En el juicio rescindente, el tribunal de revisión decide acerca de la existencia del vicio producido por el hecho nuevo con carácter puramente negativo: dejando sin efectos la sentencia firme. El juicio rescisorio es contingente del anterior y a él pueden acudir las partes para que se dicte una nueva sentencia, por cuanto el objeto litigioso resulta en ese momento carente de decisión, aunque el juez desde luego se encuentra vinculado por las declaraciones del fallo de revisión.»<sup>15</sup>

La concepción de asimilar la revisión a los recursos aún tiene sus manifestaciones concretas, como por ejemplo en esta sentencia española: «Sentencia de 23 de febrero de 1996 (Sala Tercera Sección Primera, Recurso número 7115/1992, Ar. 4023) Tribunal Supremo de Justicia. España. El recurso de revisión que venía previsto en el antiguo artículo 102 de la Ley de esta jurisdicción, es un claro ejemplo de *recurso extraordinario*, en cuanto se promueve contra sentencias firmes, y viene constituido por una auténtica demanda o pretensión rescisoria que, atendiendo a su especial naturaleza, debe ser objeto de una aplicación e interpretación estricta, ciñéndose en cuanto a su fundamentación a los casos o motivos taxativamente señalados por la Ley, sin que en ningún caso pueda admitirse que la pretensión revisora se convierta en una tercera instancia, en la que se diluciden las cuestiones ya planteadas y resueltas en la primera instancia o en la apelación.»<sup>16</sup>

En la moderna doctrina española, hay ya claridad acerca de la naturaleza jurídica de la revisión como proceso autónomo y al respecto aparecen definiciones

como la que sigue: «La revisión de sentencias firmes, como se denomina en la LEC, no es en realidad un medio de impugnación, ni ordinario ni extraordinario, esencialmente porque se promueve cuando un proceso ya ha finalizado y no durante la pendencia del mismo.

«Mientras que con la interposición de cualquier recurso el litigante pretende evitar la firmeza de una resolución desfavorable y que se dicte otra acorde con lo postulado por él, con la revisión se persigue rescindir una sentencia firme, dejando imprejuzgada con ello la cuestión litigiosa.

«La revisión, que es según la opinión mayoritaria una acción impugnativa autónoma, parte precisamente de esta validez intrínseca (o convalidación) de la sentencia firme, de su regularidad conforme a los autos, pues en ningún caso se consiente volver a examinar las actuaciones procesales para resolver si la tramitación del procedimiento se ajustó o no a las normas prevenidas, o si la sentencia incurrió en vulneración del derecho aplicado, ya que tales infracciones se debieron denunciar pendiente el proceso, a través de los recursos ordinarios o extraordinarios concedidos contra las resoluciones dictadas, o en último término, mediante el incidente de nulidad. A la revisión se accede por existir hechos ajenos al proceso y ocurridos fuera de él que provocan la lesión o el gravamen, porque aparezca que el material del pleito fue incompleto o indebidamente aportado.»<sup>17</sup>

### **1.6. Nuestras consideraciones**

La polémica acerca de la naturaleza jurídica de la revisión ha ido evolucionando hacia la concepción moderna de que no se trata de un recurso y, por tanto, resulta inútil tratar de ubicarla entre los ordinarios o extraordinarios, pues los recursos como medios de impugnación de las resoluciones judiciales están destinados para combatir aquellas, cuando aún no han alcanzado firmeza, lo que precisamente se pretende evitar con su interposición; el asunto se encuentra aún sometido al conocimiento del juzgador, mientras que con la revisión se ataca una sentencia o resolución definitiva firme, con fuerza de cosa juzgada.

En consecuencia, no cabe dudas que nos encontramos ante un nuevo proceso, y de tal forma lo califica e independiza el Libro Séptimo de la Primera Parte de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, cuyo Artículo 641 expresamente utiliza el término de «proceso»; que siempre se va a desarrollar en un solo procedimiento, habida cuenta que en nuestro ordena-

miento procesal es el mismo órgano quien debe emitir el juicio rescindente y el rescisorio, en virtud de que el Artículo 649 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral conmina a la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular a dictar en el acto segunda sentencia, en sustitución de la revocada por la sentencia de revisión; ello, teniendo por válida la distinción entre proceso y procedimiento expresada por el profesor Rafael Grillo Longoria, cuando afirmaba: «El proceso está integrado por el conjunto de todos los actos necesarios para resolver una litis o un asunto. Es la totalidad de esos actos que se suceden, vistos en conjunto, formando con esos actos una unidad total en interés de conseguir la cosa juzgada o resolución firme, que es lo que da unidad a ese complejo de actos. En cambio, el procedimiento es el orden de proceder, la tramitación, el aspecto externo o formal. Puede que un proceso se efectúe a través de un solo procedimiento o de varios procedimientos: procedimiento de cognición en primera instancia, procedimiento de apelación y procedimiento de casación.»<sup>18</sup>

Definido el carácter de proceso, queda establecer su relación con aquel en el que se dictara la sentencia o resolución firme que lo motiva y, al respecto, consideramos clara su autonomía y no-independencia, pues necesariamente habrá de existir un nexo entre ambos, el tribunal de revisión no puede desentenderse totalmente de aquel; y al efecto el Artículo 646 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral establece que, admitida la demanda de revisión, se reclamarán las actuaciones originales y solo después de recibidas se dará traslado de la demanda de revisión a quienes deben comparecer como demandados, que fueron quienes figuraron como partes, además del actor de la revisión en aquel asunto.

Al respecto, apunta el profesor Grillo Longoria: «En la revisión se rompe la unidad del proceso, característico del recurso, pues en la revisión no hay nuevo estadio sino nuevo proceso, sin que esto signifique que sea indiferente al proceso de que se trata, pues existe relación entre ambos (no-conexión íntima como entre las instancias primera y segunda y la casación). En síntesis, la revisión no es un recurso, no puede calificarse recurso ordinario ni extraordinario, sino un proceso autónomo, independiente, si bien no aislado o desligado del proceso sobre el que recae.»<sup>19</sup>

Sobre esa autonomía, también abunda el tratadista Alcalá-Zamora, cuando afirma: «Concebido en esa forma, la revisión origina un proceso autónomo, que

puede abrirse varios años después de emitida la sentencia firme que dé lugar a ella, y por ende su nombre actual de ‘recurso’ habrá de ser cambiado por el de ‘juicio’ o ‘proceso’ (o también por los de ‘acción’ o ‘demanda’, según el enfoque), que iría a parar junto a los demás procedimientos especiales.»<sup>20</sup>

En resumen, entendemos que *la revisión es un nuevo proceso autónomo en relación con aquel en el cual se dictara la resolución definitiva firme que pretende ser revocada, y que en Cuba se desarrolla mediante un solo procedimiento ante el máximo órgano judicial, que tiene a su cargo la emisión del juicio rescindente, dejando sin efectos la resolución mencionada y la emisión de un nuevo juicio rescisorio como solución de fondo a la litis planteada.*

## **2. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN REVISORA**

El carácter subsidiario de la acción encaminada a obtener la revisión de una sentencia o resolución definitiva firme deriva de su propia naturaleza jurídica ya estudiada, pues únicamente procede contra las que han alcanzado firmeza, y no contra aquellas que todavía son impugnables mediante los recursos que la ley franquea; aunque, teniendo en cuenta que la revisión se autoriza a partir de la concurrencia de nuevas circunstancias reguladas expresamente en la ley como causales, no es exigible a su promovente haber agotado todos los recursos contra las resoluciones dictadas a lo largo del proceso principal.

En relación con este particular en la moderna doctrina española, se afirma lo siguiente: «La revisión procede, pues, justamente contra sentencias que han ganado firmeza, es decir, aquellas contra las que no cabe recurso alguno, ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes. *De aquí aparece el carácter subsidiario de la revisión: sólo cuando el proceso se ha cerrado definitivamente, sin posibilidades de ulteriores recursos, cabe promover la revisión de una sentencia cuya validez no puede ya discutirse.*»<sup>21</sup>

Por tanto, analizando el tema desde otro punto de vista, podemos afirmar que, mientras una resolución definitiva sea impugnabile mediante los recursos que la ley franquea para ello, no es posible establecer la revisión, aun cuando se dieran las circunstancias de hecho establecidas por la ley como causales para su interposición. La distingue esa especial cualidad de la resolución con-

tra la cual va encaminada, que debe tener fuerza de cosa juzgada.

Por supuesto, no todas las resoluciones firmes dictadas en un proceso son susceptibles de revisión, sino solamente aquellas definitivas que ponen fin a la litis con la solución de fondo y haciendo imposible la continuación del proceso. Por tanto, se excluyen las resoluciones intermedias firmes y las definitivas fundadas en cuestiones de forma sin pronunciarse sobre el fondo del litigio y que permiten nueva promoción del asunto careciendo de fuerza de cosa juzgada material.

En tal sentido, el carácter subsidiario de esta institución procesal aparece expresamente refrendado en el Artículo 641 de la ley de trámites civiles, en tanto exige el requisito de firmeza de la sentencia cuya revisión se pretenda; en correspondencia con la definición de sentencia firme que ofrece el Artículo 155 del propio texto legal, es decir aquellas contra las que no es procedente recurso alguno o, siéndolo, no ha sido oportunamente interpuesto por las partes.

### 3. CONCEPTO DE LA REVISIÓN

Tarea difícil es conceptuar, pues se corre el riesgo de ser demasiado restrictivo dejando fuera del concepto elementos indispensables del asunto sujeto a examen o, por el contrario, incluir otros superfluos que no resultan esenciales para tener una exacta visión del fenómeno.

Es por ello, quizás, que los tratadistas del derecho procesal civil, al igual que ocurre con otros temas, han evadido el concepto de la revisión y centrado su atención y debate sobre cuestiones referentes a su naturaleza jurídica, mientras contienden acerca de si es recurso, remedio, demanda o proceso, más que emitir un concepto al respecto.

Habiendo dejado claro que la revisión, por su naturaleza jurídica, es un nuevo y verdadero proceso que se desarrolla en Cuba a través de un procedimiento, pero que puede serlo en más de uno, como sucede en España, donde se desenvuelve en dos, podemos conceptuarlo como aquel *proceso en el que se ventila una acción de naturaleza revocatoria respecto a una sentencia o resolución definitiva firme, con fuerza de cosa juzgada; acción materializada mediante el ejercicio de una pretensión contenida en una nueva demanda; proceso de carácter autónomo, aunque estrechamente vinculado con aquel en que se dictara dicha sentencia o resolución definitiva, que tiene como objetivo lograr un nuevo juzgamiento de lo ya decidido, a partir de la concurrencia de nuevas circunstancias que la ley expresamente regula como*

*causales de interposición y sujeto a los términos de caducidad preestablecidos legalmente.*

Consideramos que este concepto de la revisión en materia civil contiene todos los ingredientes y elementos esenciales que permiten distinguir e individualizar esta figura procesal de cualquier otra y, partiendo de él, estamos en condiciones de asumir la necesidad y posibilidad del perfeccionamiento de su regulación en el ordenamiento jurídico.

### Notas

- <sup>1</sup> De la Plaza, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. Volumen II. Tercera edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España, p. 853.
- <sup>2</sup> De la Plaza, Manuel. Obra citada. Volumen I. Tercera edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España, p. 624.
- <sup>3</sup> Rocco, Ugo. Derecho Procesal Civil. Ediciones Porrúa. México. 1939, p. 189.
- <sup>4</sup> De Pina, Rafael. Manual de Derecho Procesal Civil. Primera edición. Editorial Reus SA. Madrid. 1936, p. 288.
- <sup>5</sup> De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial América. México. 1946, p. 311.
- <sup>6</sup> Mattirollo, Luis. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial La España Moderna. Madrid, p. 55.
- <sup>7</sup> Podetti, J. Ramiro. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tomo V. Tratado de los Recursos. Editores Ediar SA. Buenos Aires, p. 457.
- <sup>8</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, SA, Buenos Aires, 1944, p. 118.
- <sup>9</sup> D'Onofrio, Paolo. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Parte General. Editorial Jus. México. 1945, p. 284.
- <sup>10</sup> Prieto Castro, Leonardo. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Librería General. Zaragoza. 1946.
- <sup>11</sup> Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1956, p. 1616.
- <sup>12</sup> Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Madrid. 1951, p. 594.
- <sup>13</sup> Schönke, Adolfo. Derecho Procesal Civil. Casa Editorial Bosch. Barcelona. 1950, p. 328.
- <sup>14</sup> Kisch, W. Elementos de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, p. 308.
- <sup>15</sup> Cortés Domínguez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor. Derecho Procesal Civil. Parte General. Editorial COLEX. España. 2001, p. 432.
- <sup>16</sup> Martí del Moral, Antonio. El Recurso de Casación Contencioso-Administrativo. Estudio Jurisprudencial de los motivos de Casación. Editorial McGraw-Hill. Madrid. España. 1997, p. 207.
- <sup>17</sup> Cortés Domínguez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor. Obra citada, p. 432.
- <sup>18</sup> Grillo Longoria, Rafael. Derecho Procesal Civil I. Parte General. Ediciones del Ministerio de Educación Superior. La Habana. 1979, pp. 60-61.
- <sup>19</sup> Grillo Longoria, Rafael; De Vera Sánchez, Guillermo y Grillo González, Carlos Rafael. Derecho Procesal Civil. Tomo III. Los medios de impugnación y procesos especiales. Editorial Pueblo y Educación. La Habana. 1985, pp. 55-56.
- <sup>20</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Obra citada, p. 118.
- <sup>21</sup> Cortés Domínguez, V.; Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V. Obra citada, p. 431.

---

---

# EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

*MsC. Rafael Dujarric Hart*

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

## INTRODUCCIÓN

Quizás, uno de los procesos que en el ámbito jurisdiccional tenga mayor dificultad en su práctica sea el de las sentencias, las que tienen además una importancia singular.

En el presente trabajo, tratamos de abordar los aspectos doctrinales y prácticos de esta institución, a partir de la estructura de los órganos jurisdiccionales en nuestro país, para dar una idea cabal de la situación que enfrentan, habida cuenta que son ellos los llamados a realizarla.

El contenido y las formas de la ejecución constituyen la esencia de nuestra tesis. También abordamos la ejecución de las sentencias de condena al Estado cubano y las que pronuncian tribunales extranjeros.

Por último, hacemos una pequeña incursión en la ejecución de las resoluciones emanadas de los órganos gubernativos y revisadas por los jurisdiccionales, así como de las que corresponden a las salas de lo Económico, de reciente creación en nuestro sistema jurisdiccional.

La bibliografía consultada es muy diversa y sin su examen sería muy difícil mantener nuestra posición ideológica, que es conocer el proceso de ejecución de las sentencias y las dificultades que entraña.

## 1. LA EJECUCIÓN

La función jurisdiccional del Estado asegura la realización del orden jurídico por medio de la aplicación del derecho objetivo, lo cual se traduce en tutela y seguridad (como valores instrumentales) de los derechos de los particulares del propio Estado.

Según algunos autores, tal actividad o función tiene una doble connotación: la realización del juicio o del proceso, cuya culminación es la sentencia; y la ejecución del fallo judicial que voluntariamente no se haya cumplido por quien estuviera obligado a ello.<sup>1</sup>

De lo anterior se colige que la ejecución de las resoluciones judiciales puede ser cumplida de dos for-

mas: la voluntaria, cuando el precisado a ello la hace efectiva; y la involuntaria, «que constituye la llamada ejecución procesal»,<sup>2</sup> con distintos procedimientos que tienen por finalidad la realización de acciones materiales por parte de los tribunales para que se acate lo dispuesto, en primerísimo lugar la fuerza, «socialmente organizada e institucionalizada (el poder)».<sup>3</sup>

Muchos estudiosos, de una manera u otra, han tratado el tema de la ejecución. A modo de ejemplo, señalamos que Alcalá-Zamora y Castillo, en su obra *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*, sostiene que debe entenderse como «(...) la materialización de lo ordenado por el Tribunal a efecto de que tenga cumplimiento en la realidad (en lo fáctico), lo establecido en la sentencia».<sup>4</sup>

Por su parte, el distinguido maestro Cipriano Gómez Lara, quien fuera alumno de Alcalá-Zamora, la define diametralmente opuesta al mismo, como algo metaprocesal, que está más allá del proceso, habida cuenta que constituye una consecuencia de este.<sup>5</sup>

Al margen de no concordar con Gómez Lara, somos del criterio que el acto de ejecución sí contiene revestimiento procesal, por cuanto los tribunales, en la ejecución de sus resoluciones, deben adoptar determinadas reglas de orden público que, de incumplirlas, quebrantarían la legalidad imperante, lo que está prohibido.

Eduardo Couture, refiriéndose a este mismo aspecto, afirma que «la actividad ejecutiva es actividad jurisdiccional. Los órganos de la jurisdicción no pierden en ningún momento, dentro de ella la actividad cognoscitiva (...); pues en el orden del derecho, ejecución sin conocimiento es arbitrariedad; conocimiento sin posibilidad de ejecutar la decisión significa hacer ilusorios los fines de la función jurisdiccional»;<sup>6</sup> y José Ovalle Favela, señala que «(...) la ejecución forzada o procesal, es pues, el conjunto de actos procesales que tienen por objeto la realización coactiva de la sentencia de condena, cuando la parte vencida no la haya cumplido voluntariamente».<sup>7</sup>

Este último autor excluye del cumplimiento forzoso de una sentencia las declarativas y constitutivas, y ello es así, porque en estos actos generalmente se trata de que las mismas deben ser cumplidas por órganos administrativos y a efectos fundamentalmente registrales, no obstante lo discutible de tal apreciación, pues no hay que dudar que, estando obligado el Tribunal a compeler a determinado órgano administrativo –como se verá más adelante– a efectuar determinado acto, se está en el cumplimiento no voluntario, ya por imperativo de la ley, ya por negativa del funcionario amparada en criterio distinto de la ejecución de una resolución dictada por ellos.

Creemos oportuno que la ejecución de una sentencia es el conjunto de actos que, de manera voluntaria, realiza determinada persona (natural o jurídica) con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto por un órgano jurisdiccional; y, en caso de negativa del obligado a cumplirla, el conjunto de actos procesales que realiza el tribunal a instancia de parte, a fin de compelerla al cumplimiento por medio «del uso de la fuerza pública»,<sup>8</sup> en caso de ser necesario.

Del concepto expuesto, se observa que la ejecución de una sentencia puede efectuarse de dos maneras, voluntaria o involuntariamente, llevando implícita esta última el uso de la fuerza como expresión del poder «(...) que es más general y más basto que la fuerza, que contiene mucho más y no es tan dinámico y que incluso refleja una cierta medida de paciencia (...)»,<sup>9</sup> sin pasar por alto que antiguamente, según el *Diccionario de Derecho Privado*, ejecución, que proviene del latín *executus*, de *exequi*, significa consumir, cumplir que, traducido al lenguaje forense, lo constituye la sentencia que alcanzó la firmeza de cosa juzgada, tal y como hicimos alusión anteriormente, o el despacho, trasunto o comprobante de ella; es decir, a lo que comúnmente se llama ejecutoria tanto de la sentencia firme como del documento que la contiene, que es por el que se guiarán tanto los que de manera voluntaria la ejecutarán, como el propio tribunal que a su cargo tenga la misma por interés de la parte que a su favor se pronunció la resolución que puso fin al pleito.<sup>10</sup>

## **2. PROCEDIMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CIVILES EN CUBA**

### **2.1. Requisitos**

Según el Artículo 473 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, «la sentencia firme y la

transacción aprobada judicialmente, se ejecutarán en el mismo proceso en que se hayan dictado o aprobado»; luego entonces, se deduce que el primer presupuesto para la ejecución es que la sentencia goce de la calidad de firme.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por sentencia firme? Según la propia norma invocada, es firme aquella sentencia contra la que no cabe recurso alguno o sobre la que, aun procediendo, no ha sido establecido por las partes, es decir, la resolución que goza de la autoridad de cosa juzgada.

El segundo aspecto que reviste la categoría de requisito, en esta oportunidad de procedibilidad para la ejecución, es el que trata de la obligación del interesado en ella para solicitarlo al tribunal y, según el derecho positivo vigente, recibe el nombre de ejecución de sentencia promovida a instancia de parte, determinando así, que esta no puede disponerse de oficio.

El tercer requisito es aquel que tiene que ver con el órgano competente para ello, es decir el tribunal que conoció del asunto en primera instancia y que, en nuestra opinión, dejó de ser imparcial, pues en su sentencia se pronunció a favor de una de las partes por la aplicación del derecho objetivo, lo que obliga a pensar que el fin del proceso para este no será exclusivamente la tutela del derecho subjetivo de la parte que hubo de interesar la declaración de una sentencia a su favor, si no, además y como se ha expuesto, la materialización del derecho objetivo que se administra en nombre del pueblo de Cuba, de conformidad con lo que preceptúa el Artículo 474 del texto legal citado en relación con la Constitución de la República.

### **2.2. Formas de ejecución**

Muchas y variadas pueden ser las formas de ejecución en relación con la declaración de condena que contenga la resolución y que, cuando se trata de una voluntaria, se cumplirá estrictamente en los términos dispuestos.

En lo que a la involuntaria respecta, el órgano jurisdiccional en su fallo se atenderá a la pretensión oportunamente deducida por la parte interesada y, de conformidad con las pruebas practicadas y las normas jurídicas, pronunciará su sentencia. Desde luego, la resolución que dicte puede ser de muy diversas maneras, de ahí la necesidad de que la ejecución se adecue al pronunciamiento realizado.

En consonancia con lo anterior, la tantas veces mencionada ley procesal, en el título I de su Libro Tercero,

---

reseña las variadas formas que puede adoptar la ejecución de las sentencias –de manera voluntaria y de carácter civil– que guardan una relación estrecha con el tipo de ejecución que habrá de efectuar.

### **2.2.1. La que obliga al pago de una cantidad líquida**

Teniendo en cuenta el subtítulo que acabamos de enunciar, es preciso en primer término definir qué ha de entenderse por *cantidad líquida*, y encontramos que *líquido*, entre otras acepciones, significa disponible: dinero líquido. Que no tiene ningún gravamen,<sup>11</sup> por lo que desde el punto de vista estrictamente técnico, hemos de atribuirle como significado la declaración que contenga una sentencia que obligue a determinada persona al pago de cierta cantidad en metálico.

Se trata de una obligación de dar, «(...) y en ese sentido siempre es posible obtener la ejecución forzada en naturaleza (...)»,<sup>12</sup> cuestión distinta a la que se produciría cuando la obligación de dar consistiese en la entrega de un determinado bien, a la que nos referiremos más adelante, y que sería la llamada ejecución en especie.

Ya entrando propiamente en las sentencias que obliguen al condenado a una condena en naturaleza, encontramos como caso más típico el que reseña el Artículo 475 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, que textualmente expresa: “La ejecución de la sentencia que obligue al pago de una cantidad líquida, se iniciará requiriendo al condenado para que lo efectúe en el acto; y de no realizarlo, se procederá a hacerla efectiva por la vía de apremio conforme a las disposiciones que seguidamente se establecen.”

Entonces, es el requerimiento una de las cuestiones que en la práctica encuentra mayor dificultad; pero, como el análisis de una ley no puede hacerse aisladamente, sino que requiere comprensión, que sea apreciada de manera conjunta con otros preceptos, tanto de la propia norma como de otros cuerpos legales diferentes, el artículo que se analiza necesita, para saber cuál es su alcance, complementario con el Artículo 165 de la propia ley procesal que, implícitamente, remite al 164, de manera general, encontramos que el requerimiento es la diligencia que se lleva a cabo por parte del órgano jurisdiccional a la persona contra la que se haya dispuesto el cumplimiento de la obligación consistente en la entrega de una cantidad líquida, a fin de que cumpla en el acto con la misma, y se consignará, en su caso, la contestación que diere al respecto.

Esta contestación es de mucha trascendencia para el ulterior desenvolvimiento de la ejecución pues si, en el acto de requerimiento, se paga, la obligación se extingue, pues como se sabe, es el pago la forma natural de extinción de las obligaciones y, en caso contrario, el interesado podrá hacer uso de lo que previene el Artículo 476 de la ley, que dispone la procedencia del embargo de bienes que el acreedor haya señalado previamente, o que señale en el acto mismo de la diligencia, en proporción que se estime suficiente para garantizar el pago de dicha cantidad y las demás de que estuviere obligado el deudor a responder.

Esta diligencia de embargo, que no es otra cosa que poner traba o impedir la disposición del deudor de sus bienes, resulta en verdad muy delicada, pues significa penetrar en su esfera jurídica y económica, “constituye una medida gravísima y ha de tomarse procurando que perjudique en la cuantía estrictamente indispensable. Por esto, lo primero que se requiere es que (...) se determine con precisión absoluta el alcance de la intromisión en cantidad líquida, de lo que ha de ser pagado”.<sup>13</sup>

En síntesis, la norma procesal para la ejecución de las sentencias que obligue al pago de una cantidad líquida se atempera a la misma doctrina que tenía la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil, que llamaba *embargo* a la primera fase y a la segunda, *de apremio*.

Ahora, hemos de referirnos a la excepción que establece el Artículo 477, que versa sobre las que condenan al pago de alimentos u otras prestaciones periódicas, y dispone que se procederá a darle cumplimiento directamente mediante embargo, en forma que cubra las vencidas y las que vayan venciendo.

Como se advierte, el artículo que ahora analizamos, por tratar de una cuestión tan importante como resulta ser el alimento, soslaya el requerimiento, dando paso directamente al embargo, cuya práctica más representativa recae en los asuntos de índole familiar, sin que sean estos los únicos que adquieran tal categoría, habida cuenta que en procesos civiles, como por ejemplo en la indemnización de daños y perjuicios que se hayan causado a determinada persona en su integridad personal, este precepto resulta de entera aplicación.

### **2.2.2. La que contuviere a entregar algún bien, a hacer o no hacer**

El Artículo 478 de nuestra ley de trámites civiles establece una serie de reglas a seguir en el supuesto de una sentencia que condene al cumplimiento de determinadas obligaciones que, como se sabe, «(...) tiene

su origen etimológico en la palabra latina obligatio, que significa una relación entre personas, sancionada por el derecho objetivo, que somete a una de ellas a la necesidad de observar cierta conducta a favor de la otra, quién está autorizada a exigirla. Así, la persona que tiene la facultad o derecho de exigir se llama acreedor. La que está en la necesidad de cumplir, la obligada, se llama deudor»,<sup>14</sup> siendo el objeto de la obligación, es decir, el contenido de la conducta del obligado, lo que debe dar, hacer o no hacer, que tiene su génesis en el derecho romano, que se apoyaba en los principios «(...) de *do tu das, do tu facio, facio ut des y facio ut facios*, es decir, doy para que des; doy para que hagas; hago para que des y hago para que hagas (...)».<sup>15</sup>

Como corolario de lo anterior, es elemental destacar que la condena que contienen las sentencias a que se refiere el artículo que se examina guardan una estrecha relación con el tema de las obligaciones; por ello, no resulta ocioso el esbozo referido para, de una manera más coherente, poderse ubicar en el temario.

Sin embargo, tanto las obligaciones de hacer como las de no hacer entrañan mayores dificultades para su cumplimiento, dado que en ellas es indispensable el concurso del deudor obligado, quien no puede ser violentado para «(...) que proporcione el hecho o la abstención que debía conceder (...)».<sup>16</sup> En este caso y volviendo al tema del cumplimiento en naturaleza, este resultaría plausible si el hecho pudiese ser cumplimentado por un tercero, lo que indudablemente se realizaría con cargo al deudor o ejecutado, o en el supuesto de que sea necesaria la abstención de este último, cuando la obra material que aquel produjo puede ser destruida por orden o mandato expreso del órgano jurisdiccional.

Y entrando en materia, encontramos que el inciso 1) del artículo comentado, textualmente señala: cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que la obtuvo a su favor, algún bien inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión del mismo, practicando a ese fin las diligencias conducentes que solicite el interesado; y a su vez, el párrafo segundo del propio precepto establece: lo mismo se practicará si el bien fuere mueble o semoviente y pudiere ser habido.

De lo anterior se desprende que, además de la necesidad de que el bien se encuentre (al margen de su calidad de mueble, inmueble o semoviente), es el acreedor el único facultado para solicitar las diligencias que estime indispensables para llevar a efecto la obtención

de su crédito, entre las que, como se abordó inicialmente, está el auxilio de la fuerza pública a los efectos de garantizar la entrega del bien o bienes de que se trate.

El inciso 2) del mencionado Artículo 478 de la propia ley procesal, refiriéndose a las que contienen una obligación de hacer, preceptúa que en estos casos se requerirá al condenado para que, en el plazo que disponga el tribunal, se cumpla lo que se haya dispuesto; y hace la salvedad de que cuando ello deba ser cumplido por un tercero, el propio órgano jurisdiccional determinará quién será, señalando igualmente que esto deberá ser verificado oportunamente a cuenta del condenado.

Se observa que de nuevo la norma jurídica remite en principio al requerimiento, pero con la peculiaridad de que este lleva implícito las condiciones para el cumplimiento de las obligaciones.

Y volviendo idénticamente al requerimiento, el tantas veces citado precepto en su inciso 3) estipula lo relativo a las sentencias de no hacer, con la única diferencia que esta diligencia conlleva una abstención, para que el ejecutado deje de realizar determinada conducta, adoptándose las medidas que procedan a ese objeto o reponiendo los bienes al estado anterior a su costa, sin que ello signifique, tal y como se ha venido exponiendo, la imposibilidad de la utilización de la fuerza cuando sea menester.

No obstante todo lo anterior, el legislador, previendo que en determinadas ocasiones sea imposible el cumplimiento de una sentencia de las descritas precedentemente, destinó dentro del propio título determinadas normas que, dada su trascendencia, nos permitimos comentar en subcapítulo aparte.

### **2.2.3. Imposibilidad de cumplimiento de las sentencias**

Tal y como se anunció, tanto las obligaciones de hacer como las de no hacer son las que presentan mayores dificultades en su cumplimiento, pero no deja de ser una realidad en la práctica judicial de nuestro país que esa dificultad se extiende a las sentencias que obliguen a determinada persona a entregar un bien, cualquiera que sea su naturaleza, en lo que inciden, desde luego, las condiciones materiales por las que atravesamos.

De ahí que la ley procesal, en el inciso 4 del tantas veces comentado Artículo 478, ante la imposibilidad del cumplimiento de las sentencias de la manera explicada, declare para esos supuestos que la condena se

convertirá en la indemnización de daños y perjuicios que se harían efectivos por el procedimiento que regula el Artículo 479, que a la letra dice: Cuando las cantidades a pagar sean ilíquidas o deban abonarse daños y perjuicios no liquidados en la ejecutoria, el que la haya obtenido a su favor presentará, al solicitar la ejecución, liquidación de aquellas o relación valorada de estos.

El propio Artículo, en su párrafo siguiente, reseña que si la parte condenada acepta o no impugna dentro de los seis días siguientes la liquidación presentada, esta se aprobará sin más trámites ni recurso. Si la impugnare dentro del término fijado, se sustanciará por los trámites de los incidentes.

De modo que la imposibilidad de ejecución de una sentencia se traduce en responsabilidad civil, que consiste en la indemnización de daños y perjuicios, debiéndose fijar claramente hasta dónde llega el daño, y cuánto abarca el perjuicio, a los efectos de no irrogar un perjuicio indebido al condenado, habida cuenta que, como se explicó inicialmente, ello significa entrar en su esfera económica.

Por nuestra parte, y sabiendo que el precepto comentado resulta de obligatorio cumplimiento tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional, somos del criterio, y en esta oportunidad nos adherimos a la opinión autorizada de Antonio Díaz Pairó, que lo más deseable sería «(...) que el legislador facultara a los jueces para dictar medidas que estimularan al deudor recalcitrante a cumplir el deber que primeramente le impone el ordenamiento jurídico y luego el fallo judicial dictado en armonía con ese mandato legislativo».<sup>17</sup>

En este sentido, se manifiestan las legislaciones procesales modernas y así vemos cómo, tanto en el derecho inglés como en las leyes procesales austríaca y alemana, se encuentran autorizados los jueces para decretar multas e incluso detención, dentro de límites preestablecidos respecto del deudor contumaz en el incumplimiento de la condena judicial de dar, hacer o no hacer; y, en ese mismo sentido, también reflejado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en los Estados Unidos Mexicanos, en el que se faculta a los jueces a aplicar medidas de apremio a las partes para hacer cumplir sus resoluciones, entre las que están comprendidas la multa, el auxilio de la fuerza pública, la fractura de cerraduras si fuere necesario, el cateo por orden escrita y el arresto hasta por quince días.<sup>18</sup>

#### **2.2.4. Sentencias que condenen al Estado cubano**

El Código Civil cubano, en la Sección IV, al tratar los actos ilícitos, establece la responsabilidad de las personas jurídicas y, en el Artículo 95, señala que las mismas están obligadas a reparar los daños y perjuicios causados a otros por actos ilícitos cometidos por sus dirigentes, funcionarios y demás trabajadores en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del derecho que les asiste de repetir contra el culpable; y el inciso 3) de ese propio precepto determina que también responde por los daños causados por sus dirigentes, funcionarios o demás trabajadores que hayan actuado dentro de sus atribuciones o por obediencia debida, y que por esa circunstancia hayan sido declarados exentos de responsabilidad.

De los preceptos transcritos, se evidencia que el Estado cubano, en tanto persona jurídica, está obligado a responder por los daños y perjuicios que cause, y ello no excluye, tal y como lo hace nuestra actual Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, que, en determinado momento, sea condenado al cumplimiento de determinada obligación por medio de una resolución judicial.

Por tratarse de una persona jurídica, la expresada ley adjetiva establece un procedimiento especial para la ejecución de las sentencias en que resulte condenado, y así vemos que el Artículo 480 con amparo en el requerimiento a que se ha hecho mención, regula la forma de la ejecución, y establece que las sentencias se cumplirán por medio de la diligencia expresada en la que se hará constar la obligación que tiene de que, en un plazo de 30 días, haga efectivo el pago de la condena con cargo a los fondos correspondientes, en el caso de tratarse de cantidades líquidas.

Si la condena fuera de cantidades ilíquidas, el órgano estatal procederá a su liquidación dentro del propio plazo y, en el supuesto de que carezca de fondos para ello, se le conminará para que la incluya en su propuesta presupuestaria; en otras palabras, es un término de gracia que el legislador le otorga al Estado a fin de que pueda cumplir sus obligaciones por medio del pago, como forma natural de extinción de las mismas.

#### **2.2.5. Ejecución de sentencias extranjeras**

Cuando se trata del cumplimiento de una sentencia dictada en país distinto al nuestro, la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral regla-

menta taxativamente determinados sitios para su ejecución, y así encontramos que el primero de ellos, de conformidad con el Artículo 483, es que goce de la calidad de firme, para lo cual se estará en consecuencia con los tratados firmados al respecto que deben contener el alcance de su validez o eficacia de las mismas; y si no existieren estos, se cumplirán en la misma medida que hemos venido exponiendo en relación con las sentencias nacionales, siempre y cuando:

- hayan sido dictadas a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
- no hayan sido dictadas en rebeldía del demandado.
- recaigan sobre obligaciones lícitas conforme a la legislación cubana.
- el documento contentivo de las mismas aparezca expedido con los requisitos exigidos para su autenticidad en el país de donde procedan y se hayan observado los de la legislación cubana para que se haga fe en el territorio nacional.
- la sentencia cuya ejecución se solicite venga acompañada de comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores del país donde fue dictada, haciendo constar que las autoridades de ese país cumplirán en señal de reciprocidad las sentencias pronunciadas en Cuba.
- señale con precisión el domicilio en Cuba de la persona condenada en la sentencia.

Para ello, la ley fija un procedimiento especial que está regulado en los artículos 484 y 485 que, grosso modo, establecen que la ejecución de este tipo de sentencias se solicitará ante la sala correspondiente del Tribunal Supremo Popular, con la excepción de que algún convenio internacional señale que corresponda a la competencia de otro tribunal. En este último sentido, por la variedad de los asuntos que en nuestros tribunales se ventilaron, no es ocioso recordar los convenios de Asistencia Jurídica que en su momento se firmaron con los países del excampo socialista, que convirtieron prácticamente la excepción en regla y, sobre lo cual, nuestro Tribunal Supremo Popular emitió varios acuerdos para la uniformidad en la tramitación por parte de los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía.

Solo resta decir que la resolución que ordena o deniega el cumplimiento de la sentencia dictada por un tribunal extranjero no tiene recurso alguno y la que definitivamente ordene su cumplimiento remitirá la ejecutoria al tribunal competente del lugar en que esté domiciliado el condenado.

### 3. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ADMINISTRATIVAS

En primer orden, el procedimiento administrativo está destinado para reclamar en la vía jurisdiccional contra las decisiones y actos administrativos, de ahí la naturaleza peculiar del mismo, ya que de lo que se trata es de revisar por un órgano distinto al de la administración y que funcione colegiadamente lo dispuesto por esta.

Ese acto administrativo que se pretende revisar, a pesar de carecer de la condición de firmeza, puede ser ejecutado, a no ser que se haya interesado oportunamente su suspensión ante el órgano jurisdiccional y esta se haya acordado siempre mediante el pago de fianza, como medida cautelar a favor del Estado cubano en el supuesto de que se desestime la revisión del acto administrativo en la sentencia que en su día se dicte.

Todo lo expresado acarrea dificultades al tribunal que a su cargo tenga la revisión mencionada, «(...) sobre todo si después de arribar al convencimiento de que se haya en presencia de un acto contrario a la ley y que lesiona derechos preestablecidos del recurrente, acuerda su revocación».<sup>19</sup>

No obstante ese conflicto, el tribunal, ejerciendo su plena jurisdicción, puede ratificar, modificar o revocar el acto administrativo y, además de ello, imponer su decisión, cuya ejecución corresponderá indefectiblemente al órgano del Estado del que haya emanado la respuesta revisada.

Entonces, las resoluciones de orden administrativo se ejecutan por el propio Estado y, dentro de este, por aquel que pertenezca o tenga a su cargo, en atención de su jerarquía, la función ejecutiva, lo que se corrobora con el criterio expuesto por el Dr. Fernando Álvarez Tabío, al sostener que «(...) esta situación peculiar creada por la sentencia, que supone un acto de autoridad frente a otro, ha obligado al legislador a la adopción de un sistema híbrido de ejecución. La sentencia se lleva a efecto a iniciativa del órgano jurisdiccional y bajo su fiscalización inmediata, pero el encargado materialmente de cumplirla es la Administración. El tribunal no puede sustituir al órgano administrativo en su función».<sup>20</sup>

Esta fiscalización a que se refiere el autor citado, en nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral y, concretamente, en su parte administrativa,

recae sobre el fiscal, pues el Artículo 690 le otorga la facultad de ejercer el control de la legalidad socialista sobre la nueva resolución que se dicte en cumplimiento del mandato judicial.

## 4. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ECONÓMICAS

Los conflictos derivados del incumplimiento de los contratos económicos eran resueltos en nuestro país por los extinguidos órganos de Arbitraje Estatal, función que, al entrar en vigor el Decreto-Ley No. 129, de 1991, fue transferida a los Tribunales Populares, creándose, a partir de entonces, las salas de lo Económico, tanto a nivel provincial como en el Tribunal Supremo Popular.

Las referidas salas, para la tramitación de sus asuntos, utilizan las Reglas de Procedimiento del Arbitraje Estatal, contenidas en el Decreto 89, de 21 de mayo de 1981, haciendo abstracción del término *laudo*, como resolución que dictaban, asimilado actualmente al de sentencia.

En virtud de lo anterior, la ejecución de las sentencias dictadas en esta materia se regula según lo establecido en el Capítulo XVIII de las citadas Reglas de Procedimiento, concretamente en sus artículos del 126 al 128.

A diferencia del proceso civil, en la jurisdicción de lo económico las sentencias no son susceptibles de recurso alguno, pudiendo ser impugnadas únicamente por la vía del proceso extraordinario de revisión que tiene sus propias causales establecidas en las aludidas «Reglas de Procedimiento», lo que las hace ejecutivas desde el momento mismo de su notificación a las partes.

### 4.1. En los procesos ordinarios

En el caso del proceso ordinario, al que propiamente se contraen las expresadas Reglas, una vez notificada la sentencia que contenga una condena líquida, la parte obligada por esta debe proceder de inmediato a hacer efectivo el pago a favor de la parte acreedora, o acordar con ésta, en su caso, la forma y oportunidad en que puede proceder a ello si el importe en cuestión es por una cuantía que requiere un escalonamiento en los pagos.

De no tener ello lugar de forma voluntaria, como en ocasiones sucede, la parte acreedora se dirige al tribunal requiriendo que se proceda a la ejecución forzosa el fallo, para lo cual este se dirige mediante oficio de ejecución al banco ordenando a este proceder a hacer efectivo el pago de la suma dispuesta con cargo a los recursos monetarios disponibles en la cuenta de operaciones de la entidad deudora.

En el supuesto de que dichos recursos resulten insuficientes queda trabado el embargo de dicha cuenta hasta tanto se alcance a satisfacer el pago por el monto de la suma adeudada.

### 4.2. En los procesos ejecutivos.

De manera similar se actúa en los casos de procesos ejecutivos, regulado en el ordenamiento civil común, y que en el presente caso resulta de aplicación por las referidas salas de justicia.

A diferencia de los procesos ordinarios, en los que se procede a disponer la ejecución solo a instancia de parte, en los procesos ejecutivos, al dictarse la sentencia de remate por el tribunal actuante, el mismo, de oficio, se dirige mediante oficio al Banco, disponiendo directamente la ejecución de la sentencia, actuación esta última que esta precedida por el embargo de la cuenta bancaria que debió tener lugar al ser requerida de pago la parte ejecutada y despacharse, en su efecto, la ejecución.

Al igual que en el caso anterior, de no existir fondos suficientes en la cuenta bancaria de la entidad ejecutada, se mantiene el embargo de ésta hasta tanto se alcance a satisfacer el pago íntegro de la suma adeudada.

## Notas

- <sup>1</sup> Cfr; Leonardo Prieto Castro; «Cuestiones de Derecho Procesal»; ED. Reus; España; 1947; p. 208 y siguientes.
- <sup>2</sup> Cipriano Gómez Lara; «Derecho Procesal Civil»; Ed. Harla; México; 1991; p. 243.
- <sup>3</sup> Mario I. Álvarez Ledesma; «Introducción al Derecho»; Ed. Mac Graw Hill; México; 1995; p. 12.
- <sup>4</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; «Teoría General del Proceso y Enseñanza del Derecho Procesal»; Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal; México; 1960; p. 24.
- <sup>5</sup> Cfr; Cipriano Gómez Lara; Op. Cit. P. 236 y siguientes.
- <sup>6</sup> Eduardo J. Couture; «Fundamentos del Derecho Procesal Civil»; Ed. de Palma; 1993, México; pp. 443 y 444.
- <sup>7</sup> José Ovalle Favela; «Derecho Procesal Civil»; Ed. Harla; México; 1980; p. 227.
- <sup>8</sup> Cfr; Boletín del Tribunal Supremo Popular; Año 1987, Ac. 82; Dictamen 274 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular; Cuba; 1987; pp. 31 y siguientes.
- <sup>9</sup> Mario Álvarez Ledesma; Ibidem.
- <sup>10</sup> Cfr; «Diccionario de Derecho Privado»; letra A-F; Ed. Labor S.A.; 1950; p. 1728.
- <sup>11</sup> Cfr; Pequeño Larousse Ilustrado; letra L, Ed. Instituto del Libro; Cuba; 1968; p. 631.
- <sup>12</sup> Manuel Bejarano Sánchez; «Obligaciones Civiles»; Tercera Edición; Ed. Harla; México; 1984; p. 338.

- <sup>13</sup> Leonardo Prieto Castro; Op. Cit; p. 214.
- <sup>14</sup> Manuel Bejarano Sánchez; Op. Cit; p. 6
- <sup>15</sup> Rafael Dujarric Hart; «Derecho Procesal Familiar. Concepción teórica, proyección práctica»; Tesis UNAM, México; 1997; p. 19.
- <sup>16</sup> Manuel Bejarano Sánchez; Op. Cit; p. 339.
- <sup>17</sup> Antonio Díaz Pairó; «Teoría General de las Obligaciones»; Ed. Lex; Cuba; 1954; p. 180.
- <sup>18</sup> Cfr; Manuel Bejarano Sánchez; Op. Cit; p. 340.
- <sup>19</sup> Fernando Álvarez Tabío; «El Proceso Contencioso Administrativo»; Ed. Librería Martí; Cuba; 1954; p. 267.
- <sup>20</sup> Fernando Álvarez Tabío; Op. Cit; p. 268.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Ledesma, Mario; "Introducción al Derecho"; Ed. Mac Graw Hill; México; 1995.
- Álvarez Tabío, Fernando; "El Proceso Contencioso Administrativo"; Ed. Librería Martí; Cuba; 1954.
- Bejarano Sánchez, Manuel; "Obligaciones Civiles"; tercera edición; Ed. Harla; México; 1984.
- Couture, Eduardo J; "Fundamentos del Derecho Procesal Civil"; Ed. de Palma; México; 1993.
- Díaz Pairó, Antonio; "Teoría General de las Obligaciones"; Ed. Lex; Cuba; 1954.

- Dujarric Hart, Rafael; "Derecho Procesal Familiar. Concepción teórica y proyección práctica"; Tesis UNAM; México; 1997.
- Gómez Lara, Cipriano; "Derecho Procesal Civil"; Ed. Harla; México; 1991.
- Ovalle Favela, José; "Derecho Procesal Civil"; Ed. Harla; México; 1990.
- Prieto Castro, Leonardo; "Cuestiones de Derecho Procesal"; Ed. Reus; España; 1947.

### Diccionarios y revistas

- "Diccionario de Derecho Privado"; letras A-F; De. Labor S.A.; España; 1950.
- "Pequeño Larousse Ilustrado"; letra L; De. Instituto Cubano del Libro; Cuba; 1968.
- "Boletín del Tribunal Supremo Popular"; Año 1987; De. TSP; Cuba; 1987.
- Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*; "Teoría General del Proceso y Enseñanza del Derecho Procesal"; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; México; 1960.

### Legislación

- Constitución de la República de Cuba; Ed. MINJUS; Cuba; 1993.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral; Ed. MINJUS; Cuba; 1977.
- Decreto-Ley No. 129; Gaceta Oficial de la República; Cuba; 1991.
- Decreto No. 89; Gaceta Oficial de la República; Cuba; 1981.



El Centro Nacional de Documentación  
e Información Judicial

**CENDIJ**

*Le propone canjear*

*El Centro Nacional de Documentación e Información Judicial propone a las instituciones interesadas, tanto nacionales como internacionales, establecer intercambio de información a través del canje.*

*Puede informarse en:*

Telef.: (537) 555088 / 555089  
Nacionales: biblioteca@tsp.cu  
lopetegui@tsp.cu  
Extranjeros: dinfotsp@cenai.inf.cu



---

---

# EL JUEZ NO PROFESIONAL

Dr. Diego Fernando Cañizares Abeledo  
Ministerio de Justicia

## ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO

La institución del juez no profesional o *lego* no es algo extraño en la historia judicial de nuestro país.

Tanto en el derecho histórico español, antecedente de nuestro sistema jurídico pseudorrepblicano, como en el propio Derecho de Indias, elaborado para las tierras descubiertas y conquistadas por España en América a partir del siglo XVI, se encuentran manifestaciones de dicha institución.

En el derecho judicial histórico español se permitía que jueces legos conocieran y resolvieran los juicios verbales y los de poca importancia, así como otros de mayor entidad, pero asesorados por un letrado que se nombraba oficialmente para ello, y que era el único responsable de la actuación del juez, con su asesoría.

La concepción del lego tiene un origen religioso. En efecto, la palabra *lego* significa «profano», que designaba a los que no realizaban servicios de uso sagrado, como los sacerdotes, es decir, eran los no clérigos y, más tarde, en un sentido amplio, los no profesos.

De ese lenguaje medieval pasó, siglos después, al argot de la función judicial, para designar a los miembros de los tribunales que no eran profesionales del Derecho. Tal institución en las sociedades denominadas precapitalistas, solo tuvo como fundamentación la carencia de personal profesional para la función judicial; no pudo haber otra. En las capitalistas, la demagogia o la tradición.

En las primeras civilizaciones conocidas, de carácter teocrático, por razones obvias, carentes de desarrollo jurídico, la función de *hacer justicia* correspondía a autoridades y dignatarios del poder, más como función política que jurídica. La no profesionalidad de los dedicados a tal función resulta lógica en esa etapa.

Ni sacerdotes faraónicos, ni los llamados «jueces» del pueblo hebreo en sus inicios, ni los «doctores de la Ley» del Templo, con los cuales se dice que Cristo discutió cuando tenía solo doce años, tenían capacitación jurídica especial para sus funciones. Eran tan empíricos como los *consejos de ancianos* de las formas de organización social más desarrolladas de la comunidad primitiva (gens y tribus).

Así puede decirse, prehistórica e históricamente, que los primeros jueces fueron legos. No había otra posibilidad. Sin dudas, sabían más por viejos; y, por ello, podían, mejor que nadie, juzgar a los demás.

Solo Grecia y Roma antiguas, con posterioridad a las primeras civilizaciones referidas, pudieron desarrollar la capacitación jurídica especial de los encargados de ejercer funciones judiciales. En la primera, por pequeña; y en Roma, por desarrollada.

En Atenas, floreció una escuela de Derecho con gran actividad jurídica. El areópago y el Tribunal de los Heliasas eran cuerpos especializados en su función.

En Roma, la actividad jurídica, desprendida o separada de la política, es decir, antes en manos del Senado y los cónsules, generó un profesional encargado de la actividad: el pretor, y una actividad intensa del Foro, que exigió especialistas en Derecho, jueces y abogados, floreciendo escuelas de Derecho en Roma y en Constantinopla. Ello no hizo necesaria la institución de jueces no profesionales.

Los juristas de Roma, en realidad por la superlativa importancia de la vida jurídica, llegaron a constituir una capa privilegiada dentro de la clase dominante.

Durante los siglos posteriores a la caída del Imperio Romano de Occidente (siglo V) y hasta el siglo XII, en que se produce la *recepción del Derecho Romano* en las universidades de las ciudades del norte de Italia, la decadencia sufrida en el orden de los estudios jurídicos volvió a hacer necesario el ejercicio de la función judicial por personas no especializadas en Derecho. A ello contribuyó en esos siglos la dispersión del poder político y la hegemonía ideológica centralizada de la Iglesia. Eran solo los sacerdotes cristianos los únicos con cultura en esa época y la idea de la realización de la *justicia divina* por los hombres presidía la filosofía de la función judicial de entonces. La Iglesia se ocupaba fundamentalmente de auxiliar al poder político en la aplicación de castigos por delitos y en el orden de la vida civil, donde no existían controversias particulares por la propia naturaleza económica y social del sistema de producción existente, donde el llamado Derecho Privado no tenía cabida, y los problemas de familia y hereditarios los regulaba la Iglesia mediante el derecho canónico que elaboró a partir del siglo IX.

---

La Iglesia no podía permitir que legos o profanos intervinieran en la solución de tales asuntos.

Los tribunales de la Inquisición, a partir del siglo XIII, integrados por sacerdotes, vinieron a ratificar el criterio religioso de la profesionalidad judicial. Muchos sacerdotes se hicieron juristas. En ese siglo, hubo varios papas juristas y muchos de ellos eminentes, como Inocencio IV, Sinibal Fielshi, creador de la concepción más acotada de la *persona jurídica*.

Debemos, en el curso de esta exposición, resaltar, como observación curiosa, el hecho de que la profesionalización en el ejercicio de la función judicial no ha sido jamás garantía absoluta de una mayor justicia en el ejercicio de aquella, pues las soluciones justas no dependen esencialmente del juzgador, sino de elementos subjetivos en el mismo, conformado por las condiciones materiales de su vida social que influyan positivamente en la toma de sus decisiones como tal.

La capacitación científica y técnica en lo jurídico de una persona es algo ajeno al sentido de la justicia que aquella pueda tener.

Ello explica que en un país capitalista o antes en las monarquías feudales, o mucho antes en Roma, pudieran haber grandes juristas en lo científico y técnico, que justificaran y defendieran el sistema económico y social de explotación imperante. No deben confundirse estas cosas.

Cualquier persona no jurista de mediana cultura y sensatez normal, de cien posibles interrogantes sobre problemas jurídicos que se le plantearan, sería capaz de responder con apreciable acierto el ochenta por ciento de las mismas.

Existe, pues, un sentido de lo justo ante una situación de conflicto planteada, y lo justo, como valor, tiene siempre un componente objetivo indudable que muchos hombres están en condiciones reales de estimar y subjetivamente expresar en su acción y en su criterio, y ello no lo proporciona el conocer a la memoria ni el Digesto Romano ni el Código Francés de 1804.

Tras la conquista de nuestra isla por los españoles, terminada en 1524 la organización político-administrativa de la misma, exigió necesariamente establecer el sistema judicial. Así, gobernadores, intendentes y corregidores, autoridades políticas y administrativas fueron considerados jueces legos, a los cuales el Rey les designaba asesores.

Los alcaldes y jueces ordinarios no letrados designaban ellos mismos sus asesores, de cuyos dictámenes no podrían prescindir al dictar sentencia.

Con el tiempo, se fue prefiriendo a los letrados para asuntos de mayor importancia. En los niveles de conocimiento judicial correspondiente a la primera instancia, se utilizaban magistrados y oidores de audiencias, relegándose los legos a los tribunales municipales. Todo ello hace comprender que en la Isla, durante los siglos XVI, XVII y XVIII, la mayoría de los jueces eran legos, por no decir casi todos.

Con la fundación de la Universidad en 1728 y el Seminario de San Carlos, la creación de la Audiencia de Puerto Príncipe y en otros lugares, la aparición de los colegios de abogados y el establecimiento del régimen de la propiedad privada en 1819, la vida jurídica del país exigió gran cantidad de licenciados en Derecho, pero aun así, la categoría de juzgados municipales

---

por carencia de letrados estaban a cargo de jueces legos auxiliados de escribanos.

La isla de Cuba se convirtió en el siglo XIX en una gran plaza de abogados en América. La judicatura y la magistratura crecieron como sector de la capa intelectual, con gran preeminencia social y política. Los abogados se enriquecieron representando los intereses de los ricos, deslustrando moralmente el ejercicio de la profesión y generando la mala fama de la misma, y de la cual aún no ha podido superarse del todo.

De finales del siglo XVIII a principios del siglo XIX y mediados de este, se graduaron de abogados Varela, Saco, Escovedo, Céspedes, Agramonte, Moralitos, Perucho Figueredo y Zambrana, cuyas ideas jurídicas vincularon a aspiraciones políticas y revolucionarias.

Cuando se produce el alzamiento del 10 de octubre y se crea la República en Armas de 1869, el Gobierno promulgó leyes de organización administrativa y judicial estableciendo un sistema de administración de justicia con Corte Suprema, jueces criminales y civiles, prefecturas, consejo de guerra y promotores fiscales.

No hay, en ninguna de las leyes dictadas en esta etapa de la guerra grande, disposición alguna que establezca los requisitos para ser juez o fiscal. No hay dudas que todos los cargos judiciales tuvieron que estar ejercidos por no profesionales del Derecho. Los juristas en la manigua eran pocos. Céspedes, Agramonte y Zambrana fueron el presidente y secretarios de la Asamblea Constituyente de Guáimaro. No había licenciados en Derecho para todos los cargos con jurisdicción.

Durante la guerra de 1895, la Ley Procesal de Cuba

en Armas de 1896 estableció el cargo de auditor dentro de la organización judicial de la justicia en lo criminal que, como era lógico, correspondía a la jurisdicción de guerra.

Los auditores ejercían jurisdicción para decretar y hacer cumplir los trámites que dicha ley les encomendaba y, con su audiencia, las autoridades judiciales sancionaban las sentencias que estaban facultadas a dictar.

La ley de organización militar en armas de 1897 estableció el «jurídico militar» en cuya regulación se establecía que para ser auditor se requería ser licenciado en Derecho de cualquier universidad o tener aprobadas todas las asignaturas de la licenciatura, ingresándose en el cargo con los grados de capitán.

A falta de título o certificación de notas, se aceptaba declaración jurada de tres personas que se responsabilizaban con lo jurado. Si no había suficientes profesionales para cubrir cargos señalados, podrían servir los estudiantes de Derecho, procuradores, escribanos y demás personas competentes, a juicio de los llamados a nombrarlos.

Esto nos da una idea de que la inmensa mayoría de los cargos de jueces y fiscales eran ocupados por personal no calificado jurídicamente, es decir, por personal lego.

La ley de organización militar estableció un principio muy curioso que prueba la escasez de personal profesional en los cargos jurídicos de la República en Armas, el cual postula que: «Jamás pueda ejecutarse una sentencia sin el previo dictamen de un auditor.» El auditor general ostentaba el grado de brigadier.

---

El auditor venía a ser como la contrapartida de las autoridades militares, las que, si bien en última instancia decidían, siempre estaban obligadas a consultar con aquel. Se convertía de hecho el auditor en el controlador de procesos, pero los cargos de jueces y fiscales eran ocupados por personal lego en materia jurídica.

La ley orgánica del poder judicial en la seudorrepública mantuvo el cargo de juez municipal de cuarta clase para legos, durante mucho tiempo.

La organización de la seudorrepública sobre los moldes del estado burgués norteamericano exigió, para el desarrollo de las funciones jurídicas, legislar, ejecutar la ley y aplicarla por los tribunales. El auge de los estudios de la carrera de Derecho, esencialmente lucrativa en bufetes, notarías, registros, fiscalías y tribunales, además de su utilización en las luchas políticas, se convirtió, junto con la de Medicina, en la de mayor matrícula de la Universidad (casi 5 000 alumnos cada una). Si un bobo entraba a estudiar Derecho y salía un pícaro, imaginémonos cómo saldría el que entraba siendo pícaro.

Con la intervención norteamericana en 1898, no pudo penetrar la idea del jurado anglosajón en nuestra organización judicial. Culturalmente, fue el jurado una institución repelida por nuestro pueblo, pues no se avenía a nuestra idiosincrasia, ni a nuestras costumbres, ni tampoco a los antecedentes jurídicos españoles. Fue algo tan repudiado como el pasatiempo del toreo. Sin embargo, nos impusieron y quedaron los tribunales correccionales, cortes de *tiro rápido*, de estilo militar, para delitos menores, con sanciones de multas y prisión menor. Era, en realidad, de origen militar *yankee* y quedaron como corte penal, corrupta y antipopular, cuyas sentencias resultaban inapelables, a pesar de poder manchar los antecedentes personales en lo penal.

Los interventores no hicieron esfuerzos por imponer el jurado, comprendieron que aquí no servía. Se dice que el único caso de juicio por jurado fue en Cienfuegos y terminó en una reyerta a machetazos, por lo absurdo del fallo.

El Derecho en Cuba, entonces, no podía ser popular, precisamente por no ser nuestro pueblo libre aún, por no ser dueño de sí, que sería como decir *para sí*. Todavía faltaba poco más de medio siglo para serlo.

Durante la lucha guerrillera en la Sierra Maestra en 1958, el acto mando del Ejército Rebelde aprobó y promulgó un Reglamento Penal para aplicarlo en el territorio liberado a aquellos que cometieran delitos al amparo de la tiranía, una disposición jurídica sobre Reforma Agraria, y otras referidas a la administración de dichos territorios.

Al producirse el triunfo de la Revolución, tribunales penales, creados por la Ley Revolucionaria, comenzaron a aplicar el Reglamento Penal de la Sierra Maestra, aprobado para conocer y sancionar los crímenes de los esbirros batistianos cometidos durante la tiranía, poniéndose en vigor, además, con carácter supletorio, las leyes penal y procesal de Cuba en Armas de 1896 que, precisamente, nunca habían sido derogadas. Fue la Operación Justicia prometida por la Revolución y respaldada por el pueblo.

Tras el cumplimiento de sus objetivos inmediatos, dichos tribunales cesaron en sus funciones, pasándose los casos restantes a los tribunales ordinarios que quedaron al triunfo de la Revolución. Los jueces, en su mayoría, tras el inicio de las acciones contrarrevolucionarias, impedían el castigo de los ejecutores de tales actos sobre las bases de los formalismos legales de la legalidad burguesa. Los abogados desafectos del proceso revolucionario cooperaban a tales fines con sus defensas de los autores de tales hechos, por lo cual hubo que crear nuevamente los Tribunales Revolucionarios con jurisdicción para conocer de esas conductas. Ello permitió a los abogados desafectos al proceso seguir lucrando a expensas de los familiares de los contrarrevolucionarios llevados ante esos tribunales. Se les denominó por ello *cabañeros*, al dedicarse a defender a los que iban a parar a la fortaleza de la Cabaña.

El pueblo, había dicho Fidel en su alegato del Moncada, «tiene un profundo sentido de la justicia» y, ya en el poder, con una conciencia más clara de la misma y de su papel, y organizado para defender a la Revolución, se encontraba dispuesto y en condiciones de poderla ejercer de alguna forma.

El éxodo de jueces y abogados del país, tras la declaración socialista de la revolución, en 1961, la invasión mercenaria y seguidamente la crisis de octubre en 1962, crearon las condiciones para que, en los finales de 1962, el compañero Fidel lanzara en la Universidad la idea de la creación de los Tribunales Populares en las zonas montañosas del país, dando dicha tarea a estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho. Nació así la concepción dentro del proceso revolucionario del Tribunal Popular y del juez popular. Si nuestro pueblo ya era libre y dueño de sí mismo, el derecho tenía que ser popular.

La creación de dichos tribunales constituía un verdadero experimento social de carácter jurídico que, organizado por la Facultad de Derecho, dirigido por el Partido y apoyado por las organizaciones de masas ya nacidas y previo un ensayo de resultados en la región del Mayabeque, en Güines, se extendió a las zonas monta-

---

ñosas de Oriente en el año 1963, por equipos de alumnos de Derecho, al frente de los cuales iba un profesor. El esfuerzo inicial fue sorprendido (no detenido) por el ciclón Flora, reanudándose en enero de 1964 y hasta 1968, en las montañas de Oriente, del Escambray, y de Pinar del Río, y en las zonas rurales de Camagüey, Matanzas y La Habana, pasando con posterioridad y rapidez a todas las áreas urbanas del país.

Tal trabajo conllevó información de los objetivos a campesinos y obreros; elección en asambleas democráticas de los jueces por zonas y barrios, capacitación de los jueces para el ejercicio de sus funciones, mediante materiales docentes elaborados en forma de cartillas, presentación del tribunal a la población, puesta en marcha del tribunal con la celebración de varios juicios, y asignación de un asesor permanente para garantizar el trabajo de aquel.

El funcionamiento en los Tribunales Populares, por su jurisdicción y competencia de hecho, desplazó a los tribunales correccionales de la pasada sociedad.

Inspecciones, controles y capacitación sistemática se realizaron con posterioridad a los Tribunales Populares constituidos y en funcionamiento. Aquel experimento triunfó, Fidel estaba en lo cierto: el pueblo tiene un profundo sentido de la justicia y lo demostró. Surgió así el juez popular, que adquirió prestigio rápidamente, que conocía de conductas negativas atentatorias contra las normas de convivencia en las zonas campesinas y urbanas, que aplicaba sanciones nuevas, junto a las de multa y privación de libertad, sanciones de fuerza moral y educativa, y que demolió la imagen del juzgador correccional al que vino naturalmente a desplazar, dando el fundamento para su liquidación definitiva de nuestra organización judicial.

Para la unificación de las jurisdicciones que llegaron a existir en 1970: ordinaria (civil, penal y administrativa), laboral, militar y Tribunales Revolucionarios, con la concepción popular de nuestra justicia, y en un mismo cuerpo legal, se requería la justa presencia de jueces no profesionales en nuestros tribunales, no por falta de graduados en Derecho, sino por suficientes representantes del pueblo, no especializados en materia jurídica, pero portadores del sentido social de la justicia que aquellos deben garantizar. El pueblo, titular del poder, también se había ganado ese derecho.

Ninguna compañía de tan elevada sanidad moral para nuestros jueces profesionales, en estrados y en las oficinas de despacho, como la de hombres y mujeres del pueblo, elegidos en los centros de trabajo, y de manera directa y voluntaria, para tan honrosa función priorizada, de complementar, con su buen sentido y

experiencia, honestidad y comprensión humana, la misión profesional, técnica y revolucionaria del juez profesional en el logro de la convicción necesaria para decidir, con imparcialidad y equidad, en los conflictos de intereses entre los ciudadanos, o adoptar las medidas sancionadoras adecuadas a las conductas antisociales y peligrosas que los hombres cometan.

Nuestros jueces no profesionales (que es menor que decir legos) representan, con su presencia en las oficinas de despacho del tribunal, un antídoto frente a las conductas de personas que acuden a este con el propósito de introducir, de varias maneras, prácticas de corrupción directas o embozadas a favor de sus particulares intereses. Contribuyen nuestros jueces no profesionales a desterrar de los locales del tribunal el desarrollo de la idea del elitismo profesional del jurista (abogados, jueces y fiscales), a evitar la imagen exclusivista y excluyente del juez, el abogado y el fiscal como personas diferentes a los demás presentes en la sala en calidad de público, lo que en nada puede dañar el respeto, consideración y justa valoración de los profesionales del Derecho que ellos deben también saber ganarse, con su conducta y profesionalidad.

Resulta saludable la imagen del juez no profesional, que recoge y mantiene la tradición de juez popular de las montañas primero y de las ciudades después; del Tribunal Popular creado por la Revolución, como inicio del proceso revolucionario de transformación de la organización judicial hacia los Tribunales Populares, como sistema portador del profundo sentido que de la justicia tiene nuestro pueblo por encima de teóricos y profesores especializados.

La existencia del juez no profesional es un medio paulatino de educación jurídica popular, de formación de la conciencia jurídica individual y social del juez, una eficiente ayuda al juez profesional en la reflexión y deliberación sobre el caso a fallar.

Nuestro juez no profesional no es el producto ni de un compromiso social histórico entre clases, ni un instrumento demagógico para introducir apariencias democráticas en el sistema de castas que representan jueces y magistrados en muchas sociedades actuales. Es la expresión noble y pura del resultado histórico de una concepción revolucionaria de la justicia en su dimensión social alcanzada en la lucha insurreccional y en la construcción del socialismo.

## **PRESENCIA EN EL DERECHO COMPARADO**

El juez no profesional en Cuba es una de las formas de expresión de la democracia participativa en nues-

---

tro Estado. Son elegidos directamente por los trabajadores, de entre ellos, que es ser seleccionado democráticamente por el pueblo, para intervenir de manera activa e importante en una función del poder único del Estado como lo es la jurisdiccional, participación de rango constitucional y priorizada.

En *Las tareas inmediatas del poder soviético*, decía Lenin al respecto: «Todavía no se comprende, en grado suficiente, que el Tribunal está llamado a atraer a los obreros en su totalidad al gobierno del Estado (ya que la actividad judicial es una de las formas de gobierno del Estado), de que el tribunal es un órgano del poder proletario y los campesinos pobres, de que el Tribunal es un instrumento para inculcar la disciplina.»

Si el pueblo, titular del poder soberano del Estado, tiene sus representantes elegidos y activos en el máximo órgano de poder supremo de aquel, es decir en nuestra Asamblea Nacional, de función legislativo-ejecutiva, debe tenerlos también en el sistema de órganos de ese poder encargado de interpretar, para aplicarlas, las leyes y demás disposiciones legales.

Tales representantes directos lo son nuestros jueces no profesionales del Derecho, denominados *legos*.

No debe olvidarse, por dudosos, descreídos o escépticos sistemáticos, ¡y a veces se olvida!, que el poder en nuestro Estado pertenece a la masa trabajadora, que representa la aplastante mayoría en cualquier país del mundo, por ser la creadora de las riquezas sociales y la clase más revolucionaria de la historia, que no tiene necesidad por ello de explotar a clase alguna y constituye lo que llamamos *el pueblo*.

Los tribunales como órganos del poder de esa clase están obligados a interpretar y aplicar la ley con el sentido de justicia de esa clase, en función de los intereses sociales de esa clase en el poder, como intereses de toda la sociedad, y para defender la organización económica y política de la misma, transitoriamente representante de todo el pueblo, hasta el logro de una forma superior de organización social, ajena a la organización coactiva del poder social, ya solo público y no político.

Por ello, los jueces no profesionales responden ante los órganos representativos de ese poder que los eligieron.

En vista de ello, en el seno de nuestros tribunales, en su composición, debe estar la representación física, histórica y moral de esa fuerza social clasista y dirigente, en su papel no profesional que, precisamente, contribuya a desprofesionalizarlos y de carácter esencialmente popular al órgano que debe realizar la justicia de dicha clase, y que a través del cual, juez profesional y

lego, ambos representantes de los mismos intereses y unidos en los mismos propósitos, actúen de consuno, en cumplimiento de tan elevada y honrosa función, complementándose mutuamente en la misma.

Una versión general del Derecho Comparado, en lo que a la institución de juez no profesional respecta, nos ayudará a comprender el carácter distintivo de nuestros jueces no profesionales, de otros que han existido o existen en diferentes sistemas judiciales.

En efecto, otros países no han sido ajenos a este tipo de juez dentro de su organización judicial. Desde luego, la intervención de ellos en los tribunales en estos países, como «representación» del pueblo, resulta más aparente que real. Es más bien la necesidad de cumplir un requisito de exigencia, ante el pretendido carácter *democrático* de un sistema social que no lo es.

La institución del jurado, propio de los países anglosajones (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y otros) se ha tomado tradicionalmente por los juristas burgueses como ejemplo de la forma democrática de participación popular en los tribunales de justicia, cuando en realidad, como con razón observó Merino Brito, por sus orígenes y función, representa lo más alejado de la verdadera democracia, ni aun de la que en esos países se tiene por tal.

El origen del jurado aún es impreciso y no ha podido ser esclarecido por los más tenaces investigadores al respecto. Su origen parece no ser anglosajón, sino normando, introducido en las islas británicas por ese pueblo al conquistar aquellas.

Es sintomático que ya existiera esta institución en Europa (Francia), de donde procedían precisamente los normandos conquistadores. Existía ya esta institución, establecida desde tiempos de los francos, denominada *inquisito* o *recognito*, después en inglés *Inquest*.

El jurado consistía en una reunión de las más destacadas personalidades de una localidad, quienes, bajo juramento, daban información a los funcionarios públicos en asuntos administrativos y de imposición de impuestos. Así comenzaron. Ahora bien, no se sabe cómo ese cuerpo, realmente de *testigos*, se convirtió, después, en cuerpo de jueces. Lo cierto es que, ya en el siglo XVI, participaba el jurado en juicios criminales y debía dar su veredicto fundado en las pruebas presentadas y no ya por lo que ellos supieran o se les hubiese informado.

En el Bill of Right Inglés de 1668 (Carta Magna Inglesa), aparece el juicio por jurado como prerrogativa de los hombres *libres* ingleses que solo podían ser juzgados por sus *pares* (iguales). Ello dio lugar a la concepción errónea de que el jurado era una institu-

---

ción inmemorial. Lo cierto es que nació como justicia de clase. Nada más falso, pues, lo de su carácter democrático. Primero fue un grupo de hombres-testigos, después un grupo de nobles para juzgar a sus *iguales* y, por último, un conjunto de ciudadanos extraídos de las listas de contribuyentes, de importancia, al Fisco.

En los períodos coloniales de estos países en desarrollo capitalista, solo podían constituirlos los que poseían bienes.

Hoy se permite que lo integren individuos de distintos niveles económicos, sociales y de composición racial adecuada a los asuntos sobre los que deban dar veredicto.

En los Estados Unidos, la corruptela en esta institución resulta escandalosa. Las listas de *elegibles* (veniremen) para ser jurado se hacen arbitrariamente y al azar de listas de contribuyentes, por «sugerencias» de personas interesadas o de los mismos jurados (jurados profesionales) que viven de esa profesión, por las indemnizaciones que reciben y del producto de los sobornos que se les hacen y aceptan. Los seleccionadores de jurados escogen, como es lógico, personas de su amistad y conveniencia.

Hay estados del sur de la Unión Norteamericana donde los negros no pueden ser jurados, a pesar de la Ley de 1875 al respecto, que prohíbe tal discriminación. El problema racial se maneja según el acusado sea negro o blanco. El famoso caso de SCOTTS-boro, en los años 30 en Alabama, facilitó al fiscal poder obtener la condena a los negros acusados en tres juicios que el jurado fuera formado solo por blancos.

El jurado, pues, es una institución de clase y, al serlo de clase dominante y explotadora, resulta antipopular y, por ello, antidemocrática, además de corrompida.

Nada tiene que ver un jurado de los países anglosajones con nuestros jueces no profesionales, expresión genuina del carácter realmente popular de nuestra justicia.

En Alemania, existió la institución del jurado junto a la del escabinado, hasta la reforma judicial de 1924, cuando desaparecieron. Solo subsistió el Gran Tribunal de Escabinos, integrado por seis jueces profesionales y seis legos. Hitler suprimió el escabinado, sustituyéndolo por jueces de primera instancia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Estado de Baviera restableció el Jurado para declarar la culpabilidad del acusado y, junto con los jueces, su responsabilidad.

En la RFA, se restablecieron los tribunales de escabinos, con el objetivo de expresar la intervención directa del pueblo en la realización de la justicia.

El escabino no es elegido por sus compañeros de trabajo, profesión u oficio, sino por una comisión local integrada por el juez de primera instancia, un funcionario administrativo y siete personas *de confianza*, influyendo en ello la política partidista. Esto adultera el objetivo del escabinado y resulta lógico en una sociedad de explotación y de desigualdades. No pasa de ser el escabinado un elemento de carácter demagógico en lo que respecta a la representación del pueblo en la función judicial.

En Venezuela, existe la institución del escabino por elección, como representante popular no profesional de los tribunales de justicia no superiores.

En Suecia, los jueces no profesionales intervienen en los tribunales. Son designados por autoridades locales para integrar, como jueces profesionales, los tribunales inferiores. Son jueces auxiliares que colectivamente poseen un voto.

Los consejos de jueces no juristas tienen un mínimo de siete y un máximo de nueve. En las provincias, pueden ser reducidos a tres para asuntos menores.

La opinión de los jueces no profesionales, en un tribunal deliberante, solo puede prevalecer sobre la de los profesionales cuando el voto colectivo de ellos sea por unanimidad; es decir, tienen todos los jueces no profesionales que coincidir en su decisión.

En Japón, se ha abandonado el sistema de juicios por jurado que practicaban como el del Common Law inglés, pero la legislación constitucional ha establecido la posibilidad de que cinco miembros de los quince del tribunal supremo sean no juristas, siempre que tengan gran experiencia en asuntos públicos. Ello representa una mínima formalidad vergonzante de dar algún viso popular a la función judicial, residuo de una institución injusta por la ocupación militar.

En Francia, la organización judicial moderna la estableció Napoleón I y sirvió de típico modelo en los países de Europa occidental y, en cierta medida, los demás países continentales, así como la gran mayoría de los países latinoamericanos la adoptaron también. Es radicalmente distinta al sistema inglés seguido en las colonias británicas o en los países hoy *libres* que lo fueron, como Estados Unidos, India, Australia, etc. Francia es el país de mayor rechazo al juez no profesional.

Napoleón prefirió concederles a los jueces alta consideración social (aristocracia de la toga) y no darles alta remuneración. Con tal política, afluyeron a los cargos judiciales los hijos de las familias ricas y ello creó condiciones subjetivas muy fuertes, que justifican tal rechazo.

La institución del jurado solo interviene en la jurisdicción penal y limitada a los casos graves. Así, el jurado francés es inferior al inglés. Son sentimentales e impresionables, no actúan en los tribunales correccionales (inferiores). Sin duda, Francia mantuvo el jurado limitado y por tradición europea. Las bases romanas del derecho francés no han tenido fuerza para eliminarla.

Solo los jueces de paz en la jurisdicción criminal, uno para cada cantón, son no profesionales, designados por el Ministro de Justicia. No pertenecen a la carrera judicial y tienen competencia para resolver asuntos civiles menores y, en lo penal, contravenciones o faltas en juicio sumario y sin jurado y hacen actos de conciliación.

En los tribunales de Comercio, participan comerciantes prominentes elegidos por los comerciantes con licencia de más de cinco años.

En los distritos industriales franceses más importantes funcionan los consejos de presidentes para conflictos laborales y se integran por patronos y obreros, de forma paritaria, y elegidos por sus respectivos sectores.

El caso francés tiene una explicación. Durante los siglos de monarquía absoluta (del XV al XVIII), proliferó el desarrollo de la profesionalización jurídica. El surgimiento del derecho internacional público contribuyó a ello. Los abogados constituyeron una casta aristocrática y sobre todo el sector de los magistrados y jueces, parte de la nobleza.

Al triunfar la revolución francesa, esta desconfió de los jueces. Los consideró contrarrevolucionarios *por naturaleza* ¡y no les faltaba razón!; pero la mitad del famoso *estado llano* o *tercer estado*, es decir la burguesía, estaba constituida por abogados. No hubo así necesidad, para cubrir los cargos judiciales, de recurrir a representantes populares que no hubieran convenido a la burguesía en el poder, a los fines de la explotación inmediata de campesinos, artesanos y obreros que ya comenzaban a crecer. El funcionamiento del complejo estado burgués tripartito exigía al letrado aliado de la clase dominante garantía de la defensa de sus intereses. La democratización no podía llegar al llamado Poder Judicial en Francia. La igualdad proclamada no podía pasar más allá de ser solo ante la ley para los ciudadanos y solo formalmente. Todo elemento popular era por principio enemigo de la burguesía en el poder y no era concebible que representación alguna del elemento popular pudiera compartir con los jueces, garantes de los intereses dominantes, la función judicial.

En China, los jueces no profesionales se denominan asesores populares y su participación en la realización

de la justicia guarda similitud con la organización de tal institución en la desaparecida Unión Soviética.

En los distritos, los tribunales se integran por un juez y dos asesores populares con iguales derechos. En el nivel medio, están los tribunales regionales, integrados por jueces y asesores populares. Cuando funcionan como Tribunal de Apelación de las sentencias de los tribunales distritales, no intervienen en ellos asesores populares, sino solo tres jueces.

Los tribunales superiores (de cada provincia) se integran y funcionan como los regionales. El Tribunal Superior Supremo se compone también de jueces y asesores populares.

El pueblo interviene en la elección de los jueces. La elección de los asesores populares se realiza en asambleas generales de trabajadores en sus respectivos lugares de labor. Los electos desempeñarán sus cargos por tiempo determinado y seguirán recibiendo su remuneración como trabajador por su centro laboral. Estas características, unidas al tiempo de servicio en el cargo, determinan la diferencia entre el juez y el asesor popular, pues para ser juez no es requisito ser licenciado en Derecho, es decir, la profesionalidad del juez en su dedicación al cargo de juez para el cual se elige.



«En los andes  
puede estar  
el pedestal  
de nuestra libertad,  
pero el corazón  
de nuestra libertad  
está en nuestras  
mujeres.»  
José Martí



# CENTENARIO DE ALEJANDRO GARCÍA CATURLA



*El 7 de marzo se inició la Jornada por el Centenario del natalicio de Alejandro García Caturla, con un acto organizado por el Centro Nacional de Documentación e Información Judicial (CENDIJ) del Tribunal Supremo Popular y el Grupo de Remedios Ausentes, la que se efectuó en la sede del Centro.*

*El objetivo de esta primera actividad fue destacar el quehacer judicial del Dr. García Caturla, quien nació el 7 de marzo de 1906, en Remedios, antigua provincia de Las Villas.*

*La Jornada se extenderá hasta el 12 de noviembre, fecha en que fallece Caturla, en 1940.*

Ya a los 14 años manifestaba su vocación por la carrera de «(...) Derecho, porque me gusta la igualdad ante todo (...)». Con ese noble sentimiento por la equidad, matricula la carrera de Derecho Civil en la Universidad de La Habana en octubre de 1922, y recibe el título el 22 de enero de 1927.

Comenzó a ejercer y desempeñó en sus inicios como juez en el Juzgado de Placetas y Remedios, por designación de la Sala de Gobierno de la Unión, hasta que, por Decreto Presidencial, fue nombrado Juez Municipal Primer Suplente de Caibarién, el 6 de febrero de 1929, cargo para el cual toma posesión el 18 de febrero del propio año y funge como tal hasta el 11 de septiembre de 1930.

El 2 de septiembre de 1931, es nombrado Juez Municipal Segundo Suplente de Remedios; el 8 de febrero de 1937, es designado para ejercer como juez en el Juzgado de Quemado de Güines; el primero de agosto de 1938, se le designa juez de Instrucción del Juzgado de Instrucción del Partido Judicial de Remedios, función para la cual tomó posesión el 8 del propio mes y año.

*(Fragmentos tomados de «Integridad, imparcialidad, independencia y ética judicial observada desde la obra del doctor Alejandro García Caturla», de Oscar García Lora, Humberto Álvarez Luis y Edel González Jiménez, del Tribunal Provincial Popular de Villa Clara.)*

«(...) No tomó su profesión de abogado como un simple *modus vivendi*. Su preocupación por la justicia lo llevó a realizar importantes trabajos, entre los que se destacan su intervención en las reformas del Código Electoral y un notable *Ensayo sobre la delincuencia juvenil*. (...)»

*(Tomado del Diccionario de la música cubana; biográfico y técnico, de Helio Orovio, La Habana, Editorial Letras Cubanas, 1981, pp. 193-194.)*



---

---

# Toman posesión jueces legos del Tribunal Supremo Popular

Trescientos dos jueces legos del Tribunal Supremo Popular tomaron posesión de sus cargos, en ocasión de conmemorarse el aniversario 153 del natalicio del Héroe Nacional de Cuba, José Martí, el 28 de enero de 2006, en ceremonia efectuada en el Museo de la Revolución.

En el acto, encabezado por Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular; Roberto Díaz Sotolongo, ministro de Justicia; el Consejo de Gobierno del TSP, y representantes de la Asamblea Nacional del Poder Popular y de las organizaciones de masas, fueron entregados diplomas de reconocimiento a jueces legos que cumplieron esa función durante el anterior mandato.

Luego del juramento, tomado por el presidente del TSP, usó de la palabra Jorge Luis Delgado

Gómez, presidente del Consejo de Jueces Legos, quien, tras asegurar que en Cuba la justicia es popular porque la ejercen representantes del pueblo y no se imparte por simpatía, sino con equidad y racionalidad, expresó, en nombre de sus compañeros, que «nos sentimos depositarios de la confianza de nuestro pueblo y cumpliremos inspirados en el ejemplo de los Cinco Héroes injustamente encarcelados en Estados Unidos por luchar contra el terrorismo».

Las conclusiones estuvieron a cargo de Emilia González, vicepresidenta del TSP, quien dio a conocer que el 70 % de estos jueces legos han sido ratificados para un nuevo mandato, el correspondiente al período 2006-2010; y que, de los 302, el 66 % son trabajadores; el 22, jubilados; el 10, dirigentes; y el 40,7, mujeres. De ellos, además, el 48,1 % posee nivel medio; el 32,6, medio básico; y el 19,3, universitario.





# Las mujeres constituyen mayoría

El 68 % de los jueces profesionales que integran el Sistema de Tribunales Populares en la República de Cuba son mujeres.

**13 en el Tribunal Supremo Popular (TSP)**

\* 13 de los 30 jueces profesionales titulares son mujeres (43,0 %).

\* 1 de los 3 vicepresidentes es mujer (33,3 %).

**242 en los Tribunales Provinciales Populares (TPP)**

\* 10 de los 15 presidentes de los TPP son mujeres (66,7 %).

\* 9 de los 15 vicepresidentes de los TPP son mujeres (60 %).

\* 42 de los 91 presidentes de sala de los TPP son mujeres (46,2 %).

\* 136 de los 268 jueces titulares de los TPP son mujeres (64,8 %).

\* 45 de los 118 jueces permanentes de los TPP son mujeres (62,5 %).

**350 en los Tribunales Municipales Populares (TMP)**

\* 99 de los 170 presidentes de los TMP son mujeres (65,6 %).

\* 251 de los 308 jueces titulares de los TMP son mujeres (81,5 %).

*"Las campañas de los pueblos solo son débiles, cuando en ellas no se alista el corazón de la mujer; pero cuando se estremece y ayuda, cuando la mujer, tímida y quieta de su natural, anima y aplaude, cuando la mujer culta y virtuosa unge la obra con la miel de su cariño la obra es invencible."*

*José Martí*



# CONVOCATORIA

## III ENCUENTRO INTERNACIONAL “JUSTICIA Y DERECHO 2006”

**Palacio de las Convenciones,  
Ciudad de la Habana, Cuba.  
Del 24 al 26 de Mayo del 2006**

EL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR DE LA REPÚBLICA DE CUBA convoca al III Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2006 a celebrarse en el Palacio de las Convenciones de la Ciudad de La Habana, Cuba durante los días 24, 25 y 26 de Mayo del año 2006.

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

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

**Para cualquier información dirigirse a:**

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

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

María Esther Pérez Reytez  
Agencia de Viajes Cubanacan.  
Ave. 17 No. 73 entre 174 y 190, Playa.  
Ciudad de la Habana, Cuba.  
Teléfono: (537) 2044867 y 2044879  
Fax: (537) 2044791  
E-mail: [com.eventos4@ovc.cyt.cu](mailto:com.eventos4@ovc.cyt.cu)