
SUMARIO

3	• Editorial <i>En torno al Acuerdo No. 172 del Consejo de Gobierno del TSP</i> Dr. Mario Ugido Rivero
10	• <i>La integración del Derecho ante las lagunas de la ley</i> Dra. Majela Ferrari Yaunner
34	• <i>Hacia una justicia reparadora y de prevención especial</i> M.Sc. Marily Fuentes Águila y Esp. Frank Quiala Artímez
39	• <i>La nulidad instrumental desde la perspectiva del TSP</i> Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo
60	• <i>El juez ponente en el proceso civil cubano</i> Esp. Marta Acosta Ricart
74	• <i>La prohibición de la reformatio in peius en el proceso laboral cubano</i> M.Sc. Gustavo Méndez González
83	• <i>Retos para la justicia de hoy</i> M. Sc. Luisa Elena Box Naranjo
88	• <i>Carácter profundamente popular de la justicia en Cuba</i> Lic. Alberto Martínez Álvarez
94	• <i>La insolvencia patrimonial en la jurisdicción económica cubana</i> Lic. Yamisell Góngora García
105	• <i>Principio de congruencia en el procedimiento sumario</i> Esp. Aymée Fernández Toledo
116	• <i>Ámbito procesal del Derecho penal económico en Cuba</i> Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez
136	• <i>Comentario sobre una polémica sentencia</i> Esp. Plácido Batista Veranes
138	• <i>Mis primeras impresiones acerca del estilo jurídico</i> Lic. Gisela de la C. Docampo Alba
145	• <i>Actualidad judicial</i> Lic. Celaida Rivero Mederos
147	• <i>Evitemos incorrecciones (II)</i> Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Justicia y Derecho
revista del Tribunal Supremo Popular
de la República de Cuba

Director

Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez

Consejo editorial

Presidenta

Dra. cor. Lourdes M. Carrasco Espinach

Demás miembros

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro

M.Sc. Narciso A. Cobo Roura

Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Lic. Andrés R. Bolaños Gassó

Esp. María Caridad Bertot Yero

Compilación

Lic. Celaida Rivero Mederos

Diseño

Lic. Ramón Caballero Arbelo

Composición

Lic. Ramón Caballero Arbelo

Edición y corrección

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Lic. Norma Castillo Falcato

Nota: Los trabajos expresan los criterios de los autores.

Redacción

Avenida Independencia, entre Tulipán y Lombillo,

Plaza de la Revolución, La Habana

Teléfono: (537) 8 55 5035, extensión 184

E-mail: celaida@tsp.cu; ravelo@tsp.cu

ISSN 1810-0171

Publicación semestral

Año 8, No. 15, diciembre de 2010

Como resultado del sistemático perfeccionamiento de la actividad judicial en nuestro país, el 26 de noviembre de 1985 el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular aprobó el Acuerdo No. 172, que estableció la obligación de los tribunales de incluir en las sentencias penales una valoración sobre el resultado de las pruebas practicadas en el juicio oral, como necesaria exigencia de los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, y de lo dispuesto en el Artículo 357 de la Ley de Procedimiento Penal.

El cumplimiento de esta disposición ha posibilitado el sostenido incremento de la calidad de las decisiones judiciales en materia penal, al lograrse mayor transparencia en la actuación no solo de nuestros jueces, sino también de los fiscales y abogados en la proposición, práctica y valoración de las pruebas aportadas a los procesos penales. Sin embargo, en ocasiones, no se cumplen adecuadamente sus postulados y, por ello, resulta indispensable seguir profundizando en la formación y capacitación de nuestros profesionales para consolidar las habilidades y el dominio de la argumentación jurídica.

Con este propósito, y en homenaje a los compañeros que aprobaron esta disposición, reproducimos el artículo "En torno al Acuerdo No. 172 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular", del Dr. Mario Ugido Rivero, destacado profesor de generaciones de la judicatura cubana y, entonces, juez de la Sala de lo Penal del máximo órgano de justicia.

EN TORNO AL ACUERDO No. 172 DEL CONSEJO DE GOBIERNO DEL TSP

Dr. Mario Ugido Rivero

EL ACUERDO No. 172 de 1985, del Consejo de Gobierno del TSP forma parte de la serie de medidas que viene adoptando este órgano para perfeccionar la justicia penal. En virtud de sus disposiciones, habrá de llevarse al acta del juicio oral, en lo adelante, el resultado de las pruebas practicadas en esa oportunidad, que son las que, según la ley (Artículo 357 de la Ley de Procedimiento Penal), han de servir de base para declarar, en la sentencia, los hechos que se consideran probados, de modo que sea posible comprobar en todo momento la correspondencia entre estos y aquellas. Por otra parte, el Acuerdo hace preceptivo para el tribunal ofrecer, en la sentencia, las razones que tuvo para valorar las pruebas en un sentido u otro, o sea, los fundamentos de su convicción. Desaparece así un sistema que permitía que ninguna constancia escrita quedara de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y también la sentencia inmotivada.

La nueva regulación implica sustanciales cambios en la práctica judicial; y sin un método de trabajo acorde con las nuevas orientaciones, la tarea que se impone a los tribunales puede hacerse más difícil de lo que es inherente a ella y hasta resultar parcial o totalmente frustrada.

Las siguientes líneas se proponen contribuir con algunas ideas a la elaboración del referido método, el cual habría de partir de las siguientes proposiciones:

- a) conocimiento integral, por parte del tribunal, previo al juicio oral, de las diligencias de la fase preparatoria;
- b) dirección correcta, por el presidente, de los debates durante el juicio oral;
- c) consignación en el acta del juicio oral de lo verdaderamente esencial de las declaraciones;
- d) análisis crítico, en la sentencia, de las pruebas practicadas en el juicio oral, como fundamento de la convicción del tribunal.

A. Conocimiento integral, por parte del tribunal, previo al juicio oral, de las diligencias de la fase preparatoria

La celebración del juicio oral no es concebible, técnicamente, sin que los miembros del tribunal tengan un conocimiento completo de las diligencias de la fase preparatoria. Este conocimiento debe ser reciente, pues las situaciones procesales son siempre cambiantes y no basta, por tanto, el que hubiesen adquirido en la oportunidad de iniciarse el plenario.

Este es un deber de todos los jueces, pero con respecto al presidente, es un presunto indispensable para el ejercicio de sus funciones.

El estudio del expediente de la fase preparatoria lo realizan los jueces juntos o separadamente; pero, al término de este, debe hallarse el presidente en posesión de una estrategia a seguir en el juicio, ya que desde entonces le será dable distinguir cuáles pruebas tienen importancia y cuáles no y la interrelación que puede existir entre ellas.

De este estudio surgirá una primera impresión o hipótesis provisional, un juicio de valor puramente elemental y transitorio, que se perfilará y robustecerá o, por el contrario, se modificará y rectificará a medida en que se avanza en la reconstrucción de los hechos en el acto del juicio oral. La hipótesis debe tener la suficiente flexibilidad para permitir que se adapte a los nuevos datos que vayan surgiendo.

No existe peligro de que este conocimiento o hipótesis provisional pueda convertirse en prejuicio, en peligro de parcialidad del juez, pues este sabe, por su experiencia, que no es raro que un asunto cambie en el curso de las audiencias. La primera impresión se encuentra contrarrestada, además, hasta cierto punto, por la desconfianza crítica que es característica de todo juez profesional.

Tampoco existe el riesgo de prevención adversa al acusado por la circunstancia de que la fase preparatoria, en general, sea desfavorable para él. En primer término, es natural que esto ocurra, pues de otro modo no se habría ejercitado la acción penal contra él y, por otra parte, los jueces tienen conciencia, adquirida en la práctica, de las imperfecciones de la fase preparatoria, que no son mayores en nuestro país que en cualquier otro.

Esta etapa requiere, por último, que el presidente consulte los textos legales aplicables en el caso para tenerlos frescos en la memoria. Este conocimiento es indispensable, primeramente, porque la calificación es condición necesaria del proceso (un acto no es perseguible a menos que revista los caracteres de un delito) y, además, porque el delito se descompone en elementos constitutivos que orientan la investigación, ya que cada uno ha de ser comprobado individualmente. Un acto de apropiación constituirá el delito de robo, hurto o estafa, según se prueben unos u otros de sus elementos constitutivos. Un ataque sexual integrará el delito de violación o el de abusos lascivos, o las modalidades atenuadas o agravadas de estos delitos, según se prueben unos y otros de sus elementos constitutivos. La actividad del juicio oral se referirá continuamente y, a la vez, al hecho y al derecho, y para ello deberá estar preparado el presidente.

Por último, es recomendable que el presidente tome notas extractadas de las declaraciones contenidas en el expediente para poder irlas confrontando con las que ofrecen los propios declarantes en el acto del juicio oral.

B. Dirección correcta, por el presidente, de los debates del juicio oral

El presidente dirige el debate, conforme establece el Artículo 307 de la Ley de Procedimiento Penal, debe impedir, en el ejercicio de sus funciones

—según previene el propio precepto— las discusiones impertinentes que no contribuyen al esclarecimiento de la verdad, y hacer prevalecer en todo momento la autoridad de que está investido por la ley, sin excederse nunca.

El presidente llega al juicio oral, como antes se ha dicho, con un conocimiento integral de las diligencias de la fase preparatoria y en posesión de una estrategia a seguir para comprobar la verdad.

Lo principal de esta estrategia consiste en lograr que la atención se concrete en los puntos importantes o centrales del hecho (pertinente) y evitar, a toda costa, que se introduzcan cuestiones extrañas al debate, que solo persigan desviarlo y embrollarlo. Para ello, debe actuar con toda energía, replantear las cuestiones en forma correcta cuantas veces sea necesario y exigir una disciplina rígida al fiscal, los defensores y los declarantes.

El presidente debe permanecer atento al desarrollo del acto, a fin de interrogar a los testigos sobre puntos importantes del hecho cuando las partes —intencionalmente o no— han dejado de hacerlo.

Para evitar que los jueces den la impresión de que pretenden respuestas antagónicas de un mismo testigo —como a veces ha ocurrido, lamentablemente—, no deben interrogar directamente a los testigos, sino por medio del presidente, el cual formulará la pregunta, de estimarla pertinente, en forma compatible con su estrategia.

De este modo, no se restringe —solo se encauza— el ejercicio del derecho de los jueces a interrogar a los testigos que establece el Artículo 320 de la Ley de Procedimiento Penal, además de hacer posible extender, también, en este caso, el control sobre el interrogatorio que, según el Artículo 322 de la propia ley, debe mantener el presidente.

La actitud militante del presidente en la dirección del debate le permitirá, sin merma de su deber de imparcialidad, insistir frente al acusado sobre los cargos evidentes que pesan sobre él, cuando sistemáticamente se niega a reconocerlos, y recordarle sus primeras confesiones, de las que se ha retractado posteriormente, así como los indicios y otras pruebas ya desaparecidos, y también pedirle explicaciones al testigo que cambia la declaración que ha prestado en la fase preparatoria. Lo reprochable sería, en cambio, detenerse en la búsqueda de la verdad una vez que se ha formado una convicción, la que puede ser prematura, con todos los peligros que esta acarrea.

Para poder llevar al acta lo esencial de las declaraciones prestadas en el juicio oral, como dispone el Acuerdo No. 172, se requiere que ningún punto de ellas haya quedado ambiguo u oscuro, por lo que el interrogatorio no debe terminar sin haberse alcanzado esta meta.

Es claro que el esfuerzo mayor se realizará en relación con los testigos más importantes, o sea, los más próximos al hecho y, también, con respecto a aquellos que, por sus condiciones personales, son de mayor confiabilidad.

No puede ignorarse que el desarrollo normal del juicio oral requiere que también el fiscal y el defensor acudan a este acto con conocimiento de

las diligencias de la fase preparatoria y de lo que puede aportar cada testigo al esclarecimiento de los hechos. Esta condición, al igual que la correlativa del tribunal, no siempre se cumple, y son frecuentes los casos en que se dirigen a un declarante un sinnúmero de preguntas solo para averiguar quién es él y qué relación tiene con los hechos. La práctica demuestra que, de haber conocido el interrogador las diligencias de la fase preparatoria, unas pocas preguntas hubiesen bastado o aun, tal vez, se habría abstenido de interrogar. La multiplicidad de preguntas a un testigo, aparte del desconcierto que provoca en este, es indicio siempre del desconcierto por parte del interrogador de las diligencias de la fase preparatoria.

C. Consignación en el acta, en forma extractada, de lo esencial de las declaraciones

En el Acuerdo No. 172, se establece que al acta se llevará, en extracto, lo esencial de las declaraciones prestadas en el juicio oral, dictadas por el presidente al secretario, según se produzcan. En primer término, debe advertirse que lo que se dispone no es consignar en el acta las declaraciones prestadas en el juicio, sino lo esencial de ellas. Esto es así porque el interés no es dejar constancia de todos los pormenores de las declaraciones, sino de aquellos puntos de estas que permitan una apreciación jurídica de la situación, sin una acumulación de elementos inútiles, que harían dispersar la atención en todas las direcciones. Lo esencial es lo contrario de lo accesorio o accidental y, en principio, puede considerarse como tal todo elemento capaz de influir en la decisión en un sentido u otro. Determinar qué es lo esencial de cada declaración es potestativo del presidente, que hace uso de este derecho al dictar el extracto.

El presidente dicta al secretario el extracto de cada declaración, una vez terminada esta, y las partes pueden sugerir en ese momento las adiciones, supresiones o modificaciones que crean oportunas; pero la decisión que adopte el presidente al respecto no está sujeta a forma alguna, es verbal, y no es susceptible tampoco a protesta. En principio, no son necesarios los extractos relativos o características individuales del acusado, pues estas deben ser materia de los “informes complementarios” de la fase preparatoria, si bien sustituyendo la superficial información que ahora aportan por datos serios relativos a aquel, incluyendo los antropológicos, psíquicos y psicológicos. (Este cambio lo puede lograr el tribunal mediante un uso sistemático y consecuente de las atribuciones que le confiere el Artículo 263 de la Ley de Procedimiento Penal.)

Es posible que la tarea de dictar los extractos de las declaraciones que impone al presidente el Acuerdo 172 constituya, al principio, una pesada carga para él; pero, a medida que gane en destreza, el trabajo se le facilitará y los extractos serán cada vez más perfectos y breves, no siendo aventu-

rado pronosticar que, pasado algún tiempo, serán contados los casos de extractos de más de seis renglones.

Para poder cumplir esta tarea en las mejores condiciones, el presidente debe ir tomando nota manuscrita en un cuaderno (al que en el futuro podría dársele carácter oficial) de lo esencial de las declaraciones y, al final de estas, solo tendrá que dictar al secretario lo escrito, sin tener que hacer uso de la memoria. Este cuaderno de notas podría ser llevado, también, por los demás miembros del tribunal, que así estarían en condiciones de ayudar al presidente, tanto sugiriéndole la formulación de preguntas como la rectificación de los extractos que dictará, cuando los estimaran deficientes.

Este cuaderno podría servir, además, para comprobar, en cualquier momento posterior al juicio, si en realidad los extractos fueron elaborados y dictados por el presidente y que no se confió esta tarea a otro funcionario no autorizado, en franca violación de esta fundamental disposición del acuerdo.

Los extractos tienen que ser dictados, necesariamente, por el presidente. Confiar su redacción al propio secretario desnaturalizaría por completo el sistema y constituiría una grave falta, más reprochable todavía si se da la impresión de haber sido realizada por el presidente.

Por último, debe insistir en la conveniencia de que el acta se confeccione a máquina, pues en esta época no abundan los calígrafos entre el personal judicial.

Ch. Análisis crítico en la sentencia de las pruebas practicadas en el juicio oral como fundamento de la convicción del tribunal

En el Derecho antiguo, el grado exacto de autoridad de cada prueba estaba fijado en la ley. “La Carolina”, las leyes de Partida y el Derecho procesal criminal común, hasta fines del siglo XVIII, solo admitían la condenada criminal si el reo confesaba, de grado o arrancada, la confesión por el tormento —ratificada después, en este último caso— o declaraban en contra suya dos testigos contestes, o sea, que fueran presenciales, concordantes con la persona, hecho o caso, tiempo y lugar, y sin tacha legal alguna.

En el Derecho moderno, la libre apreciación de la prueba por parte del tribunal ha sustituido enteramente en lo penal, y parcialmente en lo civil, el sistema de la prueba legal o tasada. Pero la libre apreciación de la prueba no quiere decir apreciación arbitraria, pues de otro modo se habría sustituido la arbitrariedad de la ley por la del juez. A falta de reglas legales rígidas, el tribunal aplica reglas superiores, más flexibles, de lógica y de psicología, enriquecidas por su propia experiencia. En la actualidad, en todos los países, se trabaja seriamente en una teoría de las pruebas sobre la base de datos científicos y experimentales.

Hasta la vigencia del Acuerdo No. 172, el tribunal no estaba obligado a analizar la prueba en la sentencia, aunque esto no significa que esta omisión se tradujera necesariamente en defecto de examen y de discusión.

El Acuerdo 172 obliga al tribunal a evaluar analíticamente en la sentencia los hechos y la prueba. Debe el tribunal exponer por cuáles razones acoge unas pruebas y rechaza otras, introduciendo así en nuestra práctica judicial la sentencia motivada. De conformidad con esta concepción, la convicción del tribunal debe ser el resultado de un examen analítico de los hechos sometidos a prueba y de una apreciación crítica de todas las circunstancias en pro y en contra consignadas en la sentencia.

La gran utilidad de la sentencia motivada es lo que contribuye a la precisión de las ideas y al control del propio tribunal, que pueden llevar, incluso, a un cambio de posición. De este modo, la convicción del tribunal deja de ser únicamente la expresión subjetiva de este, y permite que los hechos y las pruebas sometidas a juicio produzcan la misma seguridad en el ánimo de cualquier otro ciudadano sensato e imparcial al juicio al cual fuere sometido.

El acuerdo no indica en qué lugar de la sentencia debe consignarse el resultado del análisis de las pruebas. En realidad, se trata de una cuestión intrascendente, que debe quedar a criterio del tribunal. En la práctica, muchos tribunales hacen la evaluación en el propio primer resultando, después de fijar el hecho, y ninguna objeción suscita este método.

El sistema establecido por el Acuerdo 172, para ser verdaderamente eficaz, requeriría diversas medidas complementarias, la principal de las cuales sería, sin duda, la implantación del acta de acusación motivada, esto es la indicación en las conclusiones del fiscal de las pruebas en que funda cada extremo de la acusación analíticamente expuesta.

LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO ANTE LAS LAGUNAS DE LA LEY

*Dra. Majela Ferrari Yaunner,
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana*

LAS LAGUNAS DE la ley constituyen un problema de especial trascendencia para cualquier ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista teórico, ha sido uno de los más polémicos desde la teoría, la Filosofía del Derecho y el Derecho civil. Los debates doctrinales que se han suscitado en torno a ellas van, desde su ubicación en la ley o en el Derecho hasta sus efectos, pasando por sus causas, clasificaciones e incluso los elementos imprescindibles para su conceptualización.

Aunque estas reflexiones no tienen como objetivo exponer el problema de esos vacíos, sino cavilar acerca de su solución, se impone establecer nuestro concepto como punto de partida. En tal sentido, consideramos que las lagunas de la ley deben definirse como situaciones merecedoras de tutela jurídica para las que no se ha previsto regulación alguna, o normas que por ser defectuosas de alguna forma se vuelven inaplicables, dejando en la práctica determinados supuestos sin regulación legal específica ante los cuales el ordenamiento jurídico debe dar alguna respuesta.

Las lagunas de la ley, desde la perspectiva práctica, conducen inexorablemente a la problemática referente a su detección y posible solución. Pensar en ellas, como primer razonamiento de “llenado del vacío”, es un reto a los órganos legislativos, ya sean originarios o delegados. Los responsables de su solución definitiva son, precisamente, aquellos con facultades de crear las normas faltantes o corregir los errores de las existentes que generan en estas la presencia de lagunas. Sin embargo, este proceso tiende a ser dilatado, dependiendo de circunstancias, prioridades legislativas e institucionales, entre otras causas.

Corresponde entonces a los operadores jurídicos, mientras no se extirpe definitivamente el problema del ordenamiento, la responsabilidad de salvar la situación en los casos concretos. La actividad integradora adquiere especial trascendencia en el despliegue de la función judicial, si se tiene en cuenta que el principio de *non liquet* impone a los jueces la obligación de solucionar todos los casos que ante ellos se presenten.¹ Por otra parte, son

1 Veamos algunos ejemplos: El *Code Civil*, denominado posteriormente *Code Napoléon*, establecía en el Artículo 4: “El juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia” (en: www.lexinter.net/ESPANOL/codigo_civil.htm [consulta: 4 de abril de 2010]). El Artículo 1.7 del Código civil español (publicado por Real Decreto de 24 de julio de

los jueces quienes tienen el mayor protagonismo al respecto, por ser la vía judicial una de las principales cuando de dirimir conflictos legales se trata.²

El rol de los jueces con respecto al problema de las lagunas se ha debatido doctrinalmente entre aquellos que les reconocen discrecionalidad ilimitada, estableciendo paralelismos entre su función de juzgar y la función legislativa, mientras que para otros se deben limitar sus facultades a la letra de la ley.³

1889) plantea: "Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver: en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido". El Código civil de Argentina plantea en el Artículo 15: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". De igual forma el Código civil de Paraguay (Ley No. 1183/85), en el Artículo 6, sigue literalmente la regulación argentina antes referida. El Código civil de Ecuador (Codificación No. 000.RO/Sup. 104, de 20 de noviembre de 1970), por su parte, dispone en el Artículo 18: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley (...)". El Código civil de Perú plantea en el Artículo VIII: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley". En cuanto a Cuba, la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico establece en el Artículo 3: "La jurisdicción de los tribunales cubanos es indeclinable (...) (Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley No. 7, dictada el 19 de agosto de 1977 y publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* el 20 del propio mes, en *Código Civil y Leyes Civiles Cubanas*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, modificada por el Decreto Ley No. 241, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria, no. 33, de 27 de septiembre de 2006, entrando en vigor a los treinta días posteriores a la fecha de su publicación).

- 2 Casasus plantea que entre las funciones de la denominada jurisprudencia judicial se encuentran la interpretativa y la supletoria, esta última precisamente se refiere a que como el Estado no puede dejar de ejercer la función jurisdiccional en ningún caso, los tribunales deberán suplir las lagunas de la ley. (Juan J. E. Casasus: "Dos palabras sobre la interpretación de la ley", en *Repertorio Judicial*, año XXIX, no. 8, La Habana, 1953, pp. 162 y 163).
- 3 En cuanto a la concepción acerca de la creación normativa de los jueces, De Otto plantea: "(...) la decisión judicial no está totalmente predeterminada en todos sus extremos y, en consecuencia, en la aplicación de la norma hay un mayor o menor margen de libertad, una cierta actividad de creación de la premisa mayor en la cual se subsume el supuesto de hecho" (Ignacio de Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.^a ed., 4.^a reimp., Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1995, p. 288). Siguiendo la misma idea, pero desde otra visión, puede analizarse la posición de Oscar Correas, quien, a partir de la concepción de que la aplicación del Derecho es, sin duda, un acto de ejercicio del poder, considera que el juez, en especial en el caso de las lagunas, crea Derecho dos veces: en un primer momento, tiene que decir que usará cierta norma, que se supone, no existe en el sistema. En un segundo momento, tiene que producir la norma que estará contenida en la sentencia. El problema es justificar el primer momento (Oscar Correas: *Metodología Jurídica II. Los saberes y las prácticas de los abogados*, Ediciones Coyocán, México, 2006, pp. 279-308). Sin embargo: "Entre los abogados alemanes y suizos no se recibió con entusiasmo el libre albedrío de los jueces, alegando la incertidumbre jurídica que se crea y el peligro que se produzca el absolutismo judicial más perjudicial que el absolutismo de la ley" (Máximo Martínez Vélez: "Argumentación", en *Legalidad y Justicia*, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, vol. CL, Jesús Montero Editor, La Habana, 1952, p. 95).

No sería loable afirmar que los jueces son solo autómatas aplicadores de la ley, pues su actividad ante las lagunas es ardua y compleja, contentiva de una cuota de discrecionalidad indiscutible, pero discrecionalidad con límites, con los límites que impone el ordenamiento y la preservación de la legalidad.⁴

Compartimos entonces la expresión de Álvarez Tabío: “Digamos al juez, parafraseando una célebre fórmula filosófica: no hagas como el alquimista que hacía oro de la nada, haz como el minero, extrae la norma que ha de medir tu conducta arrancándola de lo bueno y de lo justo que se esconde en las entrañas de la ley, y así el Derecho positivo dejará de ser un cuerpo sin alma para adquirir el valor de fuerza estructurante de la vida futura”.⁵

Los jueces construyen ante el caso específico, particularizan a través de la abstracción, razonan ante una gama de posibilidades, argumentan y ponderan. Esta actividad contribuye al enriquecimiento doctrinal, al afianzamiento y la salvaguarda de valores y principios que sirven como base a su solución, enriquecen el Derecho en un sentido amplio de este. Como exponía atinadamente Waldo Bacallao: “Hacer justicia, aplicar el Derecho, dar soluciones justas donde, como y cuando quieran las colisiones y conflictos de la vida pudieran reclamar la intervención de la autoridad social, es la misión de los tribunales de justicia y han de cumplirla sin excusa ni pretexto alguno, aun contando con el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley”.⁶

LA INTEGRACIÓN COMO PROCESO COMPLEJO

Ante la detección de una laguna de la ley, el juez deberá acudir, inevitablemente, a la integración jurídica como único camino para hallar una solución concreta al caso lagunoso.⁷

Integrar significa analizar el Derecho como un todo, verlo en su totalidad para buscar una solución ante la ausencia o insuficiencia de regulación para un supuesto específico. La aspiración de plenitud no puede entender-

4 “El juez penetra y fija el sentido de la norma, y hasta en situaciones excepcionales —en una remota colaboración con el legislador— se sale de la ley, aunque no más allá de sus aguas jurisdiccionales, con imperio de obediencia” (Manuel H. Hernández: *Los nuevos rumbos del Derecho*, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, vol. CLXVIII, Jesús Montero Editor, La Habana, 1954, p. 131).

5 Fernando Álvarez Tabío: “Tesis”, en *Legalidad y Justicia*, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, vol. CL, Jesús Montero Editor, La Habana, 1952, p. 53.

6 Waldo Bacallao Amill: *La interpretación de la ley*, Editorial Lex, La Habana, 1952, p. 11.

7 “El vacío judicial no puede existir pues está sobre la cabeza del juzgador la espada de Damocles que representa la responsabilidad que le traerá aparejada su negativa de fallar” (Fernando D. Cañizares Abeledo: *Teoría del Derecho*, 1.ª reimp., Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979, p. 220).

se desde la perspectiva de la inexistencia de lagunas en la ley, sino como un presupuesto de que el Derecho, aunque no es completo, es integrable, abriendo la posibilidad de aplicar determinados métodos que permitan solucionar las lagunas.

En cuanto a los llamados métodos de integración, esta denominación no ha sido doctrinalmente uniforme, algunos autores abogan por ella,⁸ para otros deben ser entendidos como argumentos.⁹ Consideramos que realmente en esta diversidad no se encierra una contradicción. Los métodos se utilizan como argumentos para justificar y fundamentar la solución que mediante integración jurídica se dé a una laguna determinada, estos se convierten en herramientas de la argumentación, la que resulta de vital importancia ante la integración de lagunas.

El profesor Prieto Sanchís¹⁰ introduce un análisis interesante en el sentido de concebir los métodos de integración del Derecho en dos grupos de argumentos, los restrictivos y los extensivos.

Los argumentos restrictivos son aquellos que se basan en la conocida como regla general excluyente, al aplicar de forma absoluta el principio que plantea *que aquello que no está expresamente permitido se presume prohibido, y viceversa*. Esta posición la consideramos desatinada de cara a la preservación de los valores jurídicos.¹¹

Los argumentos extensivos, por su parte, son los que contemplan, como posibilidades de integración, la analogía y los llamados principios generales del Derecho. De tal forma, dicho autor considera dentro de este último tipo de argumentos los mecanismos de autointegración, y nada se opone a incluir además los de heterointegración.¹²

8 Entre otros, Norberto Bobbio: *Teoría General del Derecho*, 5.ª reimp., Editorial Debate, Madrid, 1998, p. 242; y Lucía María Aseff: *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*, Editorial Juris, Buenos Aires, 2004, p. 68.

9 Luis Prieto Sanchís: *Apuntes de Teoría del Derecho*, 2.ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 127.

10 *Ibid.*, pp. 127-128.

11 "Frente a las lagunas de la ley, pueden darse dos soluciones: que el juez esté autorizado a no pronunciarse o que, por el contrario, esté obligado a tomar una decisión. La primera solución raramente es admitida en los ordenamientos jurídicos; en la mayoría de los casos estos contienen prescripciones que obligan al juez a tomar una decisión" (Victoria Iturralde Sesma: *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, 1.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 181).

12 Esta clasificación la toman de Carnelutti varios autores que a ella se refieren. Entre otros: Iturralde Sesma: *Op. cit.*, p. 182; Bobbio: *Op. cit.*, p. 242; Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y el Derecho*, Segunda Parte, 2.ª reimp., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 222. No obstante, "según determinadas posiciones jurídico-filosóficas, cabe integrar el ordenamiento mediante el recurso a factores de naturaleza no estrictamente jurídica, como pueden ser los sentimientos y los valores, las intuiciones, o los criterios generales de justicia, sistema este preconizado por la Escuela del llama-

La integración se presenta entonces como un proceso complejo, alrededor del cual giran importantes exigencias axiológicas que deberán condicionar sus resultados. Sería erróneo y reduccionista analizar la integración como la simple aplicación de alguno de los métodos concebidos a tal efecto. Debe subyacer en el proceso, primeramente, la intención de la salvaguarda de supremos principios y valores como la legalidad, la justicia y la seguridad jurídica, los que deben preservarse y garantizarse de cara a la solución que finalmente brinde el operador jurídico.

Si se entiende la legalidad desde su punto de partida, concerniente a la previsión legal de las conductas y situaciones y la exigencia de su respeto, pierde protagonismo ante las lagunas en tanto no hay regulación alguna para el caso. Sin embargo, su preservación debe partir de un entendimiento más global de este principio, de modo que las soluciones que se brinden se encuentren amparadas, al menos indirectamente, en el conglomerado normativo, ya sea en normas análogas o en principios más o menos implícitos. Por otra parte, debe aparecer en el Derecho el asidero que legitime al juez para decidir en todo caso y para determinar cómo hacerlo.

La seguridad jurídica también se afecta con la sola existencia de las lagunas normativas, el ciudadano aspira a una sensación de certeza y seguridad de justicia que le inspira el Derecho, del que espera amparo ante cualquier situación que considere antijurídica. Sin embargo, en el restablecimiento de este estado de seguridad puede incidir la utilización de los mecanismos de integración para la tutela jurídica del ciudadano, aun cuando la solución no aparezca expresamente en una norma específica.

Por otra parte, no basta con que se solucione el caso. Es preciso que dicho resultado sea justo, equitativo, basado en la defensa de la igualdad y la buena fe. Lo que el ciudadano busca no es cualquier seguridad, sino seguridad en la justicia, no cualquier solución, sino la más justa y equitativa. Si el resultado es otro, a mediano o largo plazo perderá credibilidad el Derecho y los resultados de cara al respeto a la legalidad serán negativos, propiciándose el irrespeto a la ley y el descrédito del Derecho ante los ojos de la sociedad.

La actividad de integración ante las lagunas de la ley comprende no solo la preservación de valores y principios trascendentales, sino además, desde el punto de vista técnico-jurídico, debe tener fundamento científico partiendo de la operación de seleccionar el método más adecuado para integrar en cada caso concreto, teniendo en cuenta sus fines y requerimientos.

do Derecho Libre y la libre interpretación del Derecho, según la cual a falta de norma el intérprete debe colocarse en el papel del legislador" (Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, 9.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 183). Este criterio fue refrendado en el Código civil suizo, que regula en el Artículo 1: "El Juez en ese caso decidirá según la regla que hubiera establecido como legislador" (Casasus: *Op. cit.*, p.163).

AUTOINTEGRACIÓN Y HETEROINTEGRACIÓN ANTE LAS LAGUNAS

Existe autointegración cuando los métodos de integración se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico, es decir, el ordenamiento se autointegra, utiliza sus normas o principios para solucionar las lagunas.¹³ En estos casos el sistema acude a sus propias soluciones y límites. Precisamente es en su concepto donde radica la razón de la afirmación de que debe considerarse el primer reservorio de soluciones.

Esta idea se sustenta en el hecho de que el ordenamiento propio cuenta con elementos ideológicos, morales, políticos, axiológicos e incluso culturales que permiten al intérprete realizar una abstracción que le indique de qué forma, bajo la égida de su sistema jurídico, el legislador hubiera regulado el caso, de haber previsto la situación que hoy se presenta como lagunosa.

La autointegración se realiza a través de distintos métodos asumidos por la doctrina y las legislaciones. Los más importantes por su utilidad y utilización casi generalizada son la analogía y los principios generales del Derecho. También se reconocen otros como la equidad o la remisión de algunas legislaciones a las fuentes formales del Derecho, entre otros.¹⁴

Por otra parte, se denomina heterointegración a la utilización de los mecanismos de integración, pero buscando la solución a la laguna fuera del ordenamiento jurídico. Este tipo de integración, aunque manifieste Carnelutti que es a su juicio “más sencillo”,¹⁵ suscita una polémica más amplia desde el punto de vista teórico. La coincidencia de criterios con respecto a la autointegración no se produce con igual plenitud en el caso de la heterointegración, donde urgen valoraciones que deben partir inexcusablemente de los propios límites del ordenamiento.¹⁶

13 “La autointegración consiste en solucionar las lagunas que se reconocen sin salir del propio ordenamiento (...)” (Aseff: *Op. cit.*, p. 69). Bobbio plantea que “consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a fuentes diferentes de las dominantes” (Bobbio: *Op. cit.*, p. 242).

14 Aseff, por ejemplo, incluye como métodos la interpretación sistemática y el argumento a *fortiori*. (*Op. cit.*, p. 69).

15 Francesco Carnelutti: *Teoría General del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 123.

16 “El proceso de autointegración del ordenamiento jurídico encuentra límites insuperables en la misma ley lógica de coherencia que ha de observar. Pero la exigencia de una decisión, según justicia, puede ser advertida por el mismo orden jurídico más allá de tales límites, lo que se presenta como una exigencia de heterointegración que, partiendo del orden jurídico como *ius conditum*, lleva al intérprete a acudir a otras fuentes diversas de las oficiales, situadas al margen del *ius conditum*, y por ello que, desde este aspecto, pueden calificarse como extrañas al mismo” (Emilio Betti: *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, tr. y pról. por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 140).

Bobbio¹⁷ manifiesta que la heterointegración puede llevarse a cabo por dos vías: recurriendo a ordenamientos diversos o a fuentes diferentes de la dominante. En el primer caso, por ejemplo, recurriendo a las normas del Derecho natural o del Derecho comparado. En este último supuesto puede hacerse referencia al reenvío a ordenamientos precedentes en el tiempo, como es el ejemplo del Derecho romano, o a ordenamientos jurídicos contemporáneos vigentes. En el segundo, a otras fuentes distintas a la ley, las que pueden tener menor jerarquía como son la costumbre, la doctrina o la jurisprudencia.

El criterio anterior merece un comentario, en el sentido de que consideramos auténtica heterointegración el supuesto en el que, para solucionar la laguna, se acuda a otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, no es correcto incluir dentro de esta a aquellos casos en que se acude a otras fuentes distintas a las dominantes. Si la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina que se utilizan como fundamentos de la solución integradora son nacionales, no debería entonces considerarse como heterointegración, a pesar de que en el caso de las dos primeras, no sean fuentes formalmente reconocidas en el ordenamiento.

“La línea divisoria entre auto y heterointegración debería situarse más en la relación entre ordenamientos que en la relación entre fuentes diversas de un mismo ordenamiento. Desde esa perspectiva, el recurso a la costumbre no puede considerarse estrictamente como un procedimiento heterointegrador y no es desde una posición estatalista que reduce el concepto de ordenamiento a las fuentes estatales y fundamentalmente a la ley. Por otro lado, la autointegración no debe ser entendida desde una reducción lógico-formal del ordenamiento, sino desde un planteamiento que integre también los necesarios referentes axiológicos”.¹⁸

Carnelutti distingue, en el caso de la jerarquía de las fuentes, entre la heterointegración ascendente y descendente.¹⁹ Se refiere a la primera figura cuando la integración recurre a una fuente superior, teniendo en cuenta la supletoriedad de determinadas disposiciones normativas.²⁰

Esta posición muestra una acepción de la heterointegración que resulta contradictoria, ya que ubica el mecanismo utilizado dentro de la autoin-

17 Bobbio: *Op. cit.*, pp. 242-245. Ver, también: Aseff: *Op. cit.*, pp. 68-69, e Iturralde Sesma: *Op. cit.*, p. 182.

18 Francisco Balaguer Callejón: *Fuentes del Derecho. Ordenamiento Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, p. 109.

19 Carnelutti: *Op. cit.*, pp. 123 y ss.

20 “(...) el sistema de heterointegración se utiliza no respecto del ordenamiento jurídico considerado como unidad total, sino para alguna de sus partes por la relación que guardan entre sí. Así, por ejemplo, el Código Civil es supletorio a otros cuerpos legales. Considerando, sin embargo, el ordenamiento como unidad total, la heterointegración hoy en día no se admite y se entiende que el sistema debe autointegrarse” (Díez-Picazo y Gullón: *Op. cit.*, p. 183).

tegración, por lo que, como el propio autor indica, debe ser desestimada, pues lo que pretende ser pleno es el ordenamiento, no cada disposición normativa. Analizar la aplicación supletoria de determinadas legislaciones respecto a otra, bajo ningún concepto, a nuestro juicio, puede considerarse heterointegración.

En el caso de la heterointegración descendente, esta se produce según el autor, cuando por ejemplo se suple una laguna de la ley mercantil mediante los usos. En este caso igualmente se trata de recurrir a una fuente que aunque no es la dominante, se encuentra dentro del ordenamiento.

La heterointegración debe ser considerada un mecanismo de última *ratio*, ya que el propio presupuesto de plenitud del ordenamiento jurídico, el respeto a una voluntad común intrínseca en la normativa, el principio de unidad, entre otros fundamentos, incitan a desecharla.

Hoy día, la doctrina coincide en que la heterointegración es un mecanismo que se encuentra rechazado, ya que el ordenamiento jurídico es una unidad total y cerrada. Se evidencia que este es un procedimiento propio de sistemas jurídicos poco desarrollados, que presupone otro mejor y más perfecto al que recurrir. El intérprete debe acudir, ante la necesidad de integrar, a mecanismos que le permitan utilizar normas, principios y fuentes propias, lo que ha motivado que en un análisis de prelación se acuda a la autointegración, y la heterointegración quede como una técnica doctrinal prácticamente en desuso.

La analogía

Conforme con la opinión de Manuel Salguero, puede decirse que la analogía es uno de los métodos principales con que cuenta el sistema jurídico para su integridad y autorreproducción continua.²¹ De los métodos de autointegración es el más fiel a su denominación. Mediante su utilización, el ordenamiento encuentra solución a las lagunas de la ley en sus propias normas preexistentes.

La analogía es el método²² que permite aplicar una norma jurídica a una situación para la cual no aparece regulación jurídica específica, pero

21 Manuel Salguero: *Argumentación jurídica por analogía*, Editorial Pons, Madrid, 2002, p. 12.

22 Para algunos autores es considerado un método argumentativo: Manuel Atienza Rodríguez: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 20; VV.AA: *Derecho Civil. Parte General*, 2.ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 198; Ricardo Guastini: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, tr. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 3.ª ed., Editorial Porrúa, México D. F., 2001, p. 93; Rodolfo Vázquez (compil.): *Interpretación Jurídica y decisión judicial*, 3.ª ed., Editorial Porrúa, México D. F., 2002, p. 162, y Prieto Sanchís: *Op. cit.*, p. 267.

que guarda semejanza con lo descrito en la hipótesis jurídica de la norma existente.²³ Es decir, se aplica la norma a un caso análogo al que esta regula, cuando media la misma razón para resolverlo de igual forma.²⁴

Para que sea viable este método, es imprescindible que exista una norma que regule casos que guarden semejanza con la situación lagunosa que se analiza, y que por tanto pueda ser solucionada de forma similar aplicándosele dicha norma. Aparentemente se toma solo como presupuesto la similitud entre la hipótesis de la norma preexistente que se concibe análoga y el caso concreto que no encuentra regulación específica; sin embargo, debe exigirse algo más que una analogía entre ambos. Debe exigirse un cierto juicio de valor sobre la conveniencia de tal aplicación, un juicio de valor sobre el hecho de que la solución que el caso debe recibir, o es justo que reciba, es la misma estatuida en la norma análoga.²⁵

La aplicación de este método integrador no es una simple operación matemática, sobre el juez recae una importante responsabilidad valorativa que estará siempre permeada de criterios personales.²⁶ El operador jurídico puede estar ante varias soluciones posibles que deberá ponderar teniendo

23 “El descubrimiento del Derecho en virtud de la analogía existe en dos grados. En primer lugar, cuando una relación jurídica nueva, y hasta entonces desconocida, aparece, para la cual, por consiguiente, no existe una institución jurídica como modelo en el Derecho positivo en su forma actual. (...) En segundo lugar, y con mucha más frecuencia cuando, dentro de una institución jurídica ya conocida, surge de nuevo un problema jurídico particular” (Savigny: “Los fundamentos de la Ciencia Jurídica”, en Colectivo de autores: *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1989, p. 148).

24 “La justificación de la analogía reside en la convicción de que toda norma jurídica responde a unos principios o criterios que pueden regir no solo el criterio específicamente contemplado por ella, sino todos aquellos que muestren semejanza con él” (Ricardo de Ángel Yagüez: *Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*, 6.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 203). Ver, también: Carlos Lasarte Álvarez: *Principios del Derecho Civil*, t. 1, 5.ª ed., Editorial Trivium, Madrid, 1996, p. 104; Betti: *Op. cit.*, p. 157; Prieto Sanchís: *Op. cit.*, p. 267; e Iturralde Sesma: *Op. cit.*, p. 185.

25 Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, p. 381. “El derecho no proporciona al juez ninguna pauta para determinar cuándo dos casos son semejantes o gozan de igual razón, de tal modo que se le permite apreciarlo de forma completamente libre. Ello trae consigo que sea aquí donde se concentre el nudo fundamental de los problemas derivados del argumento analógico, ya que el nexo que justifica la extensión de la regulación de un supuesto a otro distinto queda sin justificarse, o en el mejor de los casos, se justifica exclusivamente a partir de los valores propios del juez”. Rodolfo Vázquez: (compil.): *Interpretación Jurídica y decisión judicial*, 3.ª ed., Editorial Porrúa, México D. F., 2002, p. 166. Ver, también, Karl Larenz: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.ª ed., Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 374; e Iturralde Sesma: *Op. cit.*, p. 185.

26 “Este procedimiento no se aplica mecánicamente y, cuando se lo aplica, deja al juez un amplio margen de arbitrio, ya que todo caso imaginable se parecerá a otro en algún aspecto y se diferenciará de él en otros muchos” (Carlos Santiago Nino: *Introducción al análisis del Derecho*, 8.ª ed., Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1997, p. 285). Ver, también, Aseff: *Op. cit.*, p. 86.

en cuenta los intereses conflictuales y la valoración de justicia de la solución que podrá obtener aplicando la norma análoga que le brinde la solución más adecuada. La necesidad de ponderación, en estos casos, obliga al juez no solo a buscar el mayor grado de similitud entre las hipótesis jurídicas de las normas similares. Es preciso que se ponderen las consecuencias que se derivan de la aplicación de una u otra, de cara a los valores y principios que deben resultar salvaguardados.

“La similitud entre dos casos es el síntoma de que puede existir analogía. Pero, para que la haya, es esencial una similitud de ratio que sea común a ambos supuestos normativos. Esa ratio, sin dudas, debe ser jurídica, es decir, debe ser una razón de justicia”.²⁷

En concordancia con esta idea, Legaz Lacambra plantea que la analogía lógica es la verdad de una igualdad, mientras la analogía jurídica es la justicia de la igualdad. La analogía jurídica establece que es justo tratar igualmente dos casos iguales. La analogía puede consagrar una injusticia si el término de comparación es injusto, pues entonces sería más justa una solución no analógica que librase a lo igual de la injusticia contenida en el primer caso.²⁸ Y dice más al respecto Alberto Serrano en su estudio sobre el pensamiento de Cossio, afirmando que la analogía debe ser fundamentalmente axiológica de cara a la justicia.²⁹

Al aplicar la analogía no solo estará en juego la justicia, sino además el resto de los valores jurídicos, entre ellos la seguridad jurídica que deberá preservarse con la analogía en tanto el destinatario de la solución encuentre amparo justo a pesar de la laguna.³⁰

Bobbio sostiene la importancia de que la utilización de la analogía preserve el *presupposto fondamentale su cui si regge tutto l'ordinamento delle leggi, il principio della certezza*, es decir, el autor resalta la importancia que tiene la preservación de la certeza que los ciudadanos esperan encontrar en el Derecho.

Al mismo tiempo, será la analogía la vía que mejor preserve la legalidad, al utilizarse como norma análoga una perteneciente al ordenamiento, de forma que se salvaguarden la supremacía y el respeto a la ley. Esta idea es ratificada por el profesor Cañizares, al considerar que la analogía es

27 Juan B. Vallet de Goitisolo: *Manual de Metodología Jurídica*, t. 3, 1.^a ed., Editorial Fundación Cultural del Notario, España, 2004, p. 174.

28 Luis Legaz Lacambra: *Filosofía del Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 1953, p. 406.

29 Alberto Serrano: *Una introducción a la teoría egológica del Derecho*, Editorial Universitaria de la Universidad de Zulia, Maracaibo, 1972, p. 164. Para Larenz, se basa en “la exigencia de la justicia de tratar igualmente lo igual” (Larenz: *Op. cit.*, p. 374). Este criterio es también defendido por Pedro Fernando Entenza Escobar: *La norma jurídica civil*, Editorial J. Cebrián, La Habana, 1957, p. 178.

30 Bobbio: *L'Analogia Nella Logica del Diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2006, pp. 129-138 y ss. Ver, también: Betti: *Op. cit.*, p. 157.

perfectamente aplicable para la resolución de conflictos judiciales y no pugna con el principio de legalidad.³¹

Es por ello que debe buscarse un punto medio en aras de la preservación de la seguridad jurídica y la legalidad sin que el juez penetre en el campo de las facultades legislativas.

“La analogía no puede sobrepasar su propio fundamento ni llegar allí donde su aplicación implicase la creación de una norma sustancialmente nueva y distinta”.³²

El intérprete al aplicar la analogía en la resolución de casos semejantes debe tomar como referencia el argumento de la *ratio legis*.³³ El procedimiento analógico es adecuado a la naturaleza racional de la ley. El juez, de esta forma, presupone que si determinado supuesto se encuentra regulado de una manera X, de haberse previsto el supuesto similar, se habría solucionado del mismo modo.

La forma de analogía antes descrita se conoce como analogía *legis*; lo que se aplica al caso análogo es precisamente otra norma contenida en el ordenamiento, como explica el profesor Díez-Picazo: “(...) supone que se toma como premisa mayor, únicamente, una norma jurídica concreta”.³⁴

También se refiere la doctrina a otro tipo de analogía, la conocida como analogía *iuris*, la que toma como punto de partida una serie de normas, de las cuales induce un principio general.³⁵ El caso que se va a decidir no es igual a ninguno regulado, sino al supuesto de hecho del principio general

31 Cañizares Abeledo: *Ob. cit.*, p. 221.

32 Legaz Lacambra: *Op. cit.*, p. 403. “L’analogia non è creazione”; Bobbio: *Op. cit.*, pp. 164 y ss. Entre los clásicos cubanos de comienzos del siglo XX se encuentran criterios que sostienen que la analogía sí es creación de Derecho nuevo. Ver: Entenza Escobar: *Op. cit.*, p. 179; y Antonio Sánchez de Bustamante y Montoso: *Teoría General del Derecho*, Editorial Cultural, La Habana, 1953, p. 76.

33 Sobre este particular hacen especial referencia Larenz (*Op. cit.*, pp. 375 y ss.); Francisco Gèny: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Editorial Comares, S.L., Granada, 2000, p. 236; M. Salguero: *Op. cit.*, p. 85; Sánchez de Bustamante y Montoso: *Op. cit.*, p. 75. En oposición a este criterio casi generalizado en la doctrina, Carnelutti enfatiza que en la analogía se persigue, por el contrario, la *ratio legislatoris*. (Carnelutti: *Op. cit.*, p. 117).

34 Díez-Picazo: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1993, p. 281. “Desenvuelve su idea fundamental purificándola mediante la eliminación de todos los factores no esenciales y aplica la idea depurada de esta suerte a los casos que encajan en ella y que solo se distinguen de los resueltos en la ley en puntos secundarios que no afectan intrínsecamente a la esencia de la regla” (Legaz Lacambra: *Op. cit.*, pp. 403 y 404).

35 En cuanto a la analogía *iuris*, Carnelutti diferencia oportunamente entre analogía “compleja” y “sistemática”. La primera es la más utilizada deduciendo un principio de un conjunto similar de soluciones; en el caso de la sistemática, la deducción del principio parte de todo el sistema en su conjunto (Carnelutti: *Op. cit.*, p. 120). Esta idea es defendida, también, por Salguero: *Op. cit.*, pp. 168 y 169.

inducido de un conjunto de normas. Este tipo de analogía debe suponer no solo que exista una laguna, sino que además aunque no exista una norma lo suficientemente semejante como para hacer extensiva su solución al caso carente de regulación, pueda inferirse de un conjunto de soluciones semejantes en casos de igual naturaleza una norma-principio que pueda solucionar el caso lagunoso.³⁶

Muchos autores coinciden en que la analogía *iuris* es un mecanismo de extracción de principios generales del Derecho,³⁷ no supone la aplicación de un Derecho nuevo, sino un procedimiento que encuentra su justificación en la aplicación de los principios del Derecho, reconocidos frecuentemente como fuente formal del Derecho o como mecanismo integrador. En todo caso, la distinción fundamental entre ambos tipos de analogía radica en el grado de generalización que se obtiene en uno y otro.

La lógica de la previsión de las fuentes del Derecho como casi siempre aparece, con un determinado orden de prelación donde generalmente se admite primero la ley, al menos en nuestro sistema romano francés y luego los principios generales del Derecho, implica entonces que debe acudir primero a la analogía *legis* y de ser imposible aplicarla por no encontrarse una norma claramente análoga, entonces se acudiría a la analogía *iuris*.³⁸

El procedimiento o método analógico encuentra también limitaciones impuestas por el propio ordenamiento, en casos en que en aras de la salvaguarda de la seguridad jurídica se exige la observancia estricta de la legalidad. Este criterio es sostenido por la mayoría de los autores que recrean el tema de la analogía.³⁹

36 “Procede desde lo particular a una abstracción (lo general) y luego aplica lo general obtenido a lo particular” (Díez-Picazo y Gullón: *Op. cit.*, p. 178).

37 “Se basa la analogía en entender que de una norma legal o del conjunto de ella pueden extraerse principios que son aplicables a casos que no están previstos en la ley, ni siquiera en forma implícita, pero que por presentar una semejanza sustancial con los contemplados en los textos legales deben tener las mismas soluciones” (Ángel Latorre: *Introducción al Derecho*, 7.^a ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1991, p. 83). Ver, también: Casasus: *Op. cit.*, p. 169; Bobbio: *Op. cit.*, p. 248; Larenz: *Op. cit.*, pp. 376-377; Vallet de Goitisolo: *Op. cit.*, p. 174; Carnelutti: *Op. cit.*, p. 120; Lazarte Álvarez: *Op. cit.*, p. 103; Sierra Gil de la Cuesta: *Op. cit.*, p. 381; Balaguer Callejón: *Op. cit.* p. 111; Betti: *Op. cit.*, p. 153; Prieto Sanchís: *Op. cit.*, p. 267; Iturralde Sesma: *Op. cit.*, p. 184; Salguero: *Op. cit.*, p. 168; y Fernández Bulté: *Op. cit.*, p. 224.

38 “La diferencia que existe entre la analogía *legis* y la analogía *iuris* desde el punto de vista operativo es grande: la *iuris* es técnica de aplicación de principios generales del Derecho, que solamente se aplican en defecto de ley o costumbre; la *legis* es una técnica de aplicación de la ley, que es la fuente del derecho primaria con carácter general en nuestro ordenamiento. Por eso, la analogía *legis* produce como resultado la extensión de la aplicación de las leyes, antes de acudir a las fuentes subsidiarias del Derecho” (Lasarte Álvarez: *Op. cit.*, p. 103).

39 1. Las leyes prohibitivas y las leyes sancionadoras no admiten por lo general la analogía y deben ser entendidas de manera restrictiva (*odiosa sunt restringenda, indubio pro reo, indubio pro libertate*). 2. Las normas limitativas de la capacidad de la persona o de

Un ejemplo de esta prohibición es la imposibilidad de aplicación de la analogía a las normas excepcionales debido a la voluntad específica del legislador, quien ha querido limitar su alcance a los supuestos por él previstos prohibiendo su extensión a otros.⁴⁰ Esta situación alcanza también a las normas de ámbito temporal⁴¹ y a aquellas limitativas de la capacidad del individuo o de determinados derechos subjetivos.

El caso de las normas penales es similar por la propia naturaleza prohibitiva y sancionadora de estas e incluso por la gravedad de las consecuencias jurídicas que establecen para el incumplimiento de alguno de sus preceptos. Las legislaciones establecen generalmente una prohibición expresa de la aplicación de analogía en esta rama del Derecho.⁴² De tal suerte, como asevera Guastini, para estas excepciones rige el principio de la norma general exclusiva (o negativa) según la cual todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido.⁴³ Y diría más, de cara a la argumentación jurídica sería este un clásico ejemplo de argumento *a contrario*.

En Cuba, expresamente manifiesta el profesor Quirós Pérez: “El Derecho penal cubano prohíbe la analogía, en virtud de la estricta adopción del

los derechos subjetivos deben considerarse también como disposiciones odiosas y por consiguiente ser entendidas de modo restrictivo y no ampliarlas por analogía. 3. Las normas del llamado *ius singulare* o de derecho excepcional, por su mismo carácter, es decir, por estar establecido *contra tenores rationis* tampoco deben ser analógicamente extendidas (*non sunt producendum ad consequentias*). Ver: Díez-Picazo: *Op. cit.*, p. 283; Lasarte Álvarez: *Op. cit.*, p. 104; Atienza Rodríguez: *Op. cit.*, pp. 26 y 27; Guastini: *Op. cit.*, p. 100; Betti: *Op. cit.*, pp. 157 y ss.; Carnelutti: *Op. cit.*, pp. 120-121; Prieto Sanchís: *Op. cit.*, pp. 267 y 268; Sierra Gil de la Cuesta: *Op. cit.*, pp. 382-383; Sánchez de Bustamante y Montoso: *Op. cit.*, p. 76; Entenza Escobar: *Op. cit.*, p. 180; Cañizares Abeledo: *Op. cit.*, p. 221; y Fernández Bulté: *Op. cit.*, pp. 223-224.

40 En este caso, tal excepción tiene que ver con que dichas normas se caracterizan por ir en contra de los criterios generales sostenidos por el ordenamiento para la normalidad de los supuestos (Lasarte Álvarez: *Op. cit.*, p. 104). Ver, también: Bobbio: *Op. cit.*, pp. 193 y ss.; y Guastini: *Op. cit.*, pp. 100 y 103-104.

41 “En este caso el problema que se resuelve es de vigencia de la norma, pues parece claro que si una norma se dicta para que afecte a los sucesos acaecidos en un período concreto de tiempo, pasado tal período la norma deja de mantener su vigencia, por lo que no resulta lógicamente aplicable” (Lasarte Álvarez: *Op. cit.*, p. 104).

42 Desde el punto de vista teórico, la prohibición de la analogía en las normas penales es analizada por varios autores. Ver Luis Jiménez de Azúa: *La ley penal y su interpretación*, Editorial Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, vol. CXXXVII, La Habana, 1949, p. 249; Lasarte Álvarez: *Op. cit.*, p. 104, plantea, haciendo referencia al ordenamiento jurídico español, que a tenor de lo que plantea la Constitución española en el Artículo 25.1 debe extenderse esta prohibición al Derecho punitivo en general, ampliándose a las normas que imponen sanciones administrativas. Ver, también: Bobbio: *Op. cit.*, pp. 205 y ss.; Nino: *Op. cit.*, p. 285; Guastini: *Op. cit.*, p. 100; y Manuel H. Hernández: “La ley y el Derecho”, en *Repertorio Judicial*, año XXXI, no. 10, La Habana, 1955, p. 219.

43 Guastini: *Op. cit.*, pp. 100 y 101-103.

principio de la legalidad de los delitos y las penas, instituido no solo en el artículo dos del Código Penal, sino también en el artículo cincuenta y nueve, párrafo primero, de la Constitución (...) Cuando no existe norma aplicable de modo exacto y directo al caso sometido a la decisión judicial, este debe quedar exonerado de toda consecuencia jurídico-penal".⁴⁴

Un aspecto que debe ser abordado por la reiteración de su tratamiento doctrinal es el referido a la distinción entre analogía e interpretación extensiva. Para algunos autores no existen límites completamente nítidos entre ambas, sin embargo, para la mayoría la distinción es clara.

"(...) el ámbito de aplicación de una norma jurídica contempla una doble delimitación. Hay, en primer lugar, una delimitación genérica, que se produce a través de lo que podríamos llamar el marco institucional dentro del cual la norma actúa y, en segundo lugar, una delimitación específica que resulta de la configuración de su propio supuesto de hecho. De esta suerte actuamos por vía analógica cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro, mientras que operamos por vía de interpretación extensiva si mantenemos la norma dentro de su marco institucional, pero entendemos incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra".⁴⁵

No obstante, como se ha mencionado, existen igualmente otros métodos a estos efectos. Se impone por tanto el análisis de los principios generales del Derecho como uno de los más utilizados.

Los principios generales del Derecho

Estos son previstos generalmente de forma expresa entre las soluciones para casos de lagunas de la ley, ya sean entendidos como fuentes formales del Derecho o como un método más de integración.

44 Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho Penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 26.

45 Díez-Picazo: *Op. cit.*, p. 280; Atienza Rodríguez (*Op. cit.*, p. 25), claramente manifiesta que "(...) la interpretación extensiva no tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley, mientras que, por el contrario, en el método opuesto suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente lo que nos proponemos suplir en virtud de la unidad orgánica del Derecho". Guastini (*Op. cit.*, pp. 104-106) plantea que aunque algunos autores no ven la delimitación entre ambas, esta sería solo una justificación para utilizar la interpretación extensiva en aquellas materias sobre las que existe prohibición de analogía. Ver, también: Jiménez de Azúa: *Ob. cit.*, p. 233; Ramón Soriano: *Compendio de Teoría General del Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1986, p. 163; Legaz Lacambra: *Op. cit.*, pp. 404-405; Bobbio: *Op. cit.*, pp. 171 y ss.; Savigny: *Op. cit.*, p. 149; Joaquín Dualde: *Una revolución en la lógica del Derecho*, Editorial. Librería Bosch, Barcelona, 1933, pp. 90 y ss.; Prieto Sanchís: *Op. cit.*, p. 268; Iturralde Sesma: *Op. cit.*, p. 188; Salguero: *Op. cit.*, pp. 219 y ss.; y Entenza Escobar: *Op. cit.*, p. 178.

El concepto “principio” proviene del latín *principium*, que significa: comienzo, fuente, fundamento, patrón, esencia.⁴⁶ Su enunciación ha sido diversa dependiendo de épocas y corrientes jusfilosóficas predominantes.⁴⁷ Han sido identificados tanto en relación con los principios del Derecho natural, principios o criterios de justicia que se hallan fuera del Derecho positivo; o como criterios que se desprenden de la legislación que compone el ordenamiento jurídico,⁴⁸ aunque ambas concepciones no deben considerarse excluyentes.

Es cierto que existen principios regulados expresamente en el ordenamiento jurídico o que pueden deducirse de su conjunto, en tanto otros son principios clásicos del Derecho, quizás emanados del Derecho natural,⁴⁹ pero que ciertamente no deben quedar excluidos en tanto no contradigan la esencia misma del sistema jurídico en el que se apliquen.

Exigir su positivización como requisito *sine qua non* para su alusión, sería asumir una posición en extremo positivista. Como explica Zagrebelsky,

46 L. Jawitsch: *Teoría general del Derecho*, 1.^a ed., Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 124. “La idea de *principio* implica las de fundamento, elemento, origen, comienzo, razón, condición y causa”. Minerva Marrero Xenos y Leonardo B. Pérez Gallardo: “El Derecho de Sucesiones. Delimitación conceptual. Principios que le informan”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.): *Derecho de Sucesiones*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 42.

47 Se les ha denominado “principios del Derecho natural” (Código civil austríaco de 1811), “principios generales del Derecho” (Código civil albertino de 1838 y Código civil italiano de 1865), “principios generales del ordenamiento jurídico” (Código civil italiano de 1942). Una ley procesal soviética remitía, como fuente subsidiaria del Derecho a los “principios generales de la legislación soviética y de la política general del gobierno de obreros y campesinos” (Yagüez: *Op. cit.*, p. 276). Ver, también: Hernández: *Op. cit.*, p. 33; E. Fernández Camus: *Código Civil Explicado*, t. 1, Editorial Cultural, La Habana, 1941, p. 35; y Andry Matilla Correa: “Comentarios sobre las fuentes del derecho administrativo cubano (excepto el reglamento)”, en *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 187 y ss.

48 Ver: Yagüez: *Op. cit.*, p. 275. El primer criterio es recreado también por Giorgio del Vecchio y Luis Recasens Fiches: *Filosofía del Derecho*, tr. de la 4.^a ed. italiana, Editorial UTEHA, México, 1946, p. 302; Dualde: *Op. cit.*, p. 122; Carnelutti: *Op. cit.*, p. 119; Legaz Lacambra: *Op. cit.*, p. 431; Pablo Desvernine y Galdós: *Estudios fundamentales de Derecho*, Editorial Librería Atenea, La Habana, 1928, p. 265; y Julio Garcerán de Vall: *El Juez*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1957, p. 306. El segundo criterio es también sustentado por Jawitsch (*Op. cit.*, p. 134). Ambos criterios son analizados por Díez-Picazo (*Op. cit.*, p. 216), Iturralde Sesma (*Op. cit.*, pp. 195 y ss.), Salguero (*Op. cit.*, p. 173), Eduardo García de Enterría (*Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1.^a ed., Editorial Civitas, Madrid, 1984, pp. 63 y ss.), Sánchez de Bustamante y Montoso (*Op. cit.*, p. 80), Entenza Escobar (*Op. cit.*, p. 173), Cañizares Abeledo (*Op. cit.*, p. 222) y Fernández Bulté (*Op. cit.*, p. 233).

49 “(...) aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural, tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen un intento de positivizar lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural” (Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, 6.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 114). Ver, también, Latorre (*Op. cit.*, p. 65).

“esto deriva del persistente prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios son un plus, algo que solo es necesario como «válvula de seguridad» del ordenamiento. Una vez más, el positivismo se revela como una ideología distorsionadora en el campo del Derecho”.⁵⁰

En cuanto a su conceptualización, Latorre considera que son “(...) los enunciados generales a los que se subordina un conjunto de soluciones particulares. Son, en consecuencia, los fundamentos mismos del sistema jurídico a partir de los cuales se despliega todo el aparato de las normas”.⁵¹

Para Fernández Bulté serían “ciertas reglas, postulados, fundamentos y apoyaturas esenciales de un sistema jurídico determinado, los cuales son también condicionados históricamente, cambiantes y en pleno y constante desarrollo”.⁵²

De esta definición debe destacarse la posición marxista que adopta al plantear el condicionamiento histórico de los principios, debiendo puntualizarse además su fundamento social⁵³ y moral,⁵⁴ y la incidencia que sobre ellos ejercen los intereses políticos predominantes en el momento de su desarrollo.⁵⁵ Sin embargo, no deben ser considerados como reglas, en caso de que se utilice este término como sinónimo de norma.⁵⁶ Al respecto, más que un silogismo estricto, se impone una diferenciación.⁵⁷

50 Zagrebelsky: *Op. cit.*, p. 117.

51 Latorre: *Op. cit.*, p. 65.

52 Fernández Bulté: *Op. cit.*, p. 234.

53 “El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte” (Zagrebelsky: *Op. cit.*, p. 124). Ver, también, Cañizares Abeledo (*Op. cit.*, p. 222). “La validez de tales principios no puede tomarse como universal en sentido absoluto; estos conforman una figura que, por su condición jurídica básica, entran en una estrecha relación con los sistemas jurídicos específicos de cada Nación y con sus condicionantes socio-históricas particulares; lo que no quiere decir que no puedan manifestarse de forma similar en varios de los sistemas positivos existentes y lleguen a adquirir entonces un carácter universal” (Matilla Correa: *Op. cit.*, p. 187).

54 “La temática de los principios ha sido enfocada también en la teoría del Derecho como elemento revelador de la relación existente entre Derecho y Moral” (Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa: *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, 1.ª ed., Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 218 y ss.).

55 “La tradición de un país, o la ideología política que lo domina pueden dar origen a principios del Derecho” (Díez-Picazo: *Op. cit.*, p. 217). Ver, también, García de Enterría (*Op. cit.*, p. 63).

56 Son denominados “normas fundamentales generalísimas del sistema” por Bobbio (*Teoría General...*, p. 251). También para Díez-Picazo (*Op. cit.*, p. 217), los principios son normas de Derecho positivo, así como para Sánchez de Bustamante y Montoro (*Op. cit.*, p. 79). Carnelutti los denomina reglas, pero en el sentido siguiente: “Los principios del derecho son, pues, las reglas no expresadas de que derivan, a través de su aplicación a los casos previstos, los preceptos formulados con carácter general o particular” (Carnelutti: *Op. cit.*, p. 118).

57 Gascón Abellán y García Figueroa: *Op. cit.*, pp. 228 y ss. Ver, también, Hernández (*Op. cit.*, p. 34), Jawitsch (*Op. cit.*, p. 132) y Zagrebelsky (*Op. cit.*, pp. 106 y ss.).

Según el criterio de Zagrebelsky, “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”.⁵⁸

Aunque este criterio ofrece un análisis interesante que sustenta el carácter informador de la Constitución con respecto a todo el ordenamiento, lo que se logra muchas veces por la cantidad de principios que en esta se enuncian, nos parece demasiado extremo el criterio del autor, ya que no es solo en la Constitución donde aparecen enunciados importantes principios.

A tales efectos es oportuno abordar la distinción que propone Prieto Sanchís⁵⁹ entre los principios explícitos y los implícitos. Los primeros serían aquellos que se encuentran positivados expresamente en las normas jurídicas, generalmente con rango constitucional. Los implícitos, por su parte, al no aparecer expresamente regulados, se deducen del conjunto del ordenamiento.

En el caso de los principios explícitos, se produciría una coincidencia solo formal entre principios y reglas. Las reglas que contienen principios, que constituirían principios expresamente regulados, aunque tendrían la misma validez de cualquier otra norma simple, poseerían, sin embargo, mayor alcance. En estos casos, el contenido de la regla, como soporte formal, sería un principio, superando a las reglas simples en una dimensión de mayor peso. Incluso, cuando existen contradicciones entre reglas simples, estas darían lugar a antinomias generalmente solucionables por los criterios ya mencionados; sin embargo, cuando existen contradicciones entre principios, con respecto a un determinado caso de laguna, aunque estos estén regulados, lo que se produciría entre ellos son *tensiones*.⁶⁰

Por otra parte, la solución a estas tensiones entre principios no excluye la validez de alguno de ellos, como sí sucede cuando se solucionan antinomias. Ante los conflictos entre principios, deberá ponderarse, operación que se realiza válidamente solo para cada caso concreto y que será analizada más adelante.

58 Zagrebelsky: *Op. cit.*, pp. 109 y 110.

59 Prieto Sanchís: *Op. cit.*, pp. 205-207. Ver, también, Iturralde Sesma (*Op. cit.*, p. 197). Los llamados principios explícitos son denominados “principios en forma de norma jurídica” por Larenz (*Op. cit.*, p. 471). Gascón Abellán y García Figueroa (*Op. cit.*, p. 230), Salguero (*Op. cit.*, p. 174) y Francisco Javier Ezquiaga (*Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3.ª ed., S/E, México D. F., 2002, p. 173) agregan a los principios explícitos e implícitos, los extrasistemáticos (esta última clasificación fue realizada originalmente por Wróblewski), definición que no compartimos por circunscribirse a una concepción meramente positivista del Derecho.

60 Gascón Abellán y García Figueroa: *Op. cit.*, p. 242.

Esta diferencia entre reglas y principios puede igualmente abordarse desde otros argumentos: “Las reglas se caracterizan por presentar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica ambas cerradas. Los principios presentan un supuesto de hecho abierto y una consecuencia jurídica cerrada”.⁶¹

Es decir, no presentan una hipótesis específicamente definida, en ellos se podrían subsumir un *numerus apertus* de casos.

Para comprenderlos en su pluralidad es necesario acotar que “no se trata de un *numerus clausus* que imponga un cierre en un punto determinado, sino de una tarea abierta asignada por el devenir de la historia”.⁶²

De tal suerte que no se encontrará en un lugar específico del ordenamiento el glosario de todos los principios vigentes en este, tampoco necesariamente deben aparecer denominados como tal, ni siquiera todos los principios son de carácter general. Algunos ciertamente pueden encontrarse en la Constitución, informando a todo el ordenamiento o dirigidos a pautar una rama específica de este. Pueden aparecer también en disposiciones normativas ramales, las que incluso pueden ser supletorias de otras materias. Con independencia de que sean algunos de carácter general y otros específicos, también puede ocurrir que determinados principios no aparezcan expresamente formulados, como es el caso de los principios implícitos.

Su denominación, además, puede pretender diferenciaciones entre los principios generales del Derecho y los principios generales del Derecho positivo,⁶³ en un intento por exponer entre estos una relación de género a especie, diferenciando aquellos que son dictados superiores inherentes al Derecho mismo, criterio que denota un iusnaturalismo subyacente, de los principios aceptados por cada ordenamiento. Dicha posición no sería del todo deseable en tanto muestra una perspectiva deontológica de los principios.

De cara a su utilidad y aclarando que no es esta una pretensión de adhesión al positivismo, puede brindar mayor seguridad jurídica y un reforzamiento de la legalidad el hecho de que, al menos los más importantes, aparezcan expresamente enunciados en la Constitución o en disposiciones jurídicas generales, informando todo el ordenamiento o una materia específica de este, brindándoles unidad y uniformidad. Si se acude a principios ideales no expresamente formulados, estos no podrían contraponerse

61 Por ejemplo, el principio de la no discriminación (*Ibíd.*, p. 255). Este criterio es elaborado, también, aunque con matices propios por: Zagrebelsky (*Op. cit.*, pp. 110-111), Larenz (*Op. cit.*, p. 465) y Latorre (*Op. cit.*, p. 65).

62 Aseff: *Op. cit.*, p. 87.

63 Salguero: *Op. cit.*, p. 178. Al respecto, Hernández (*Op. cit.*, p. 34) los diferenciaba en fundamentales o fundamentados, clasificación que en su esencia es muy similar a la de Manuel Salguero.

a normas del Derecho positivo, pues esta situación laceraría grandemente la certeza y la seguridad jurídica esencial del Derecho.⁶⁴

Por otra parte, la propia interpretación que se haga de los principios puede sufrir un constante redireccionamiento en dependencia de factores sociales, morales, históricos y políticos. En definitiva, no se trata ni de una lista cerrada y totalmente explícita, ni de un tratamiento uniforme de estos a través de la historia de las legislaciones y su interpretación. Esta incluso puede variar de un caso a otro, la realidad social sigue siendo más amplia, y los principios un reservorio de criterios y fundamentos axiológicos que dejan a los juristas un amplio margen de discrecionalidad, la que será mayor en el caso de la extracción, por parte del intérprete, de principios implícitos.⁶⁵

Según Fernández Bulté,⁶⁶ desde el punto de vista de su utilización práctica, estos pueden desempeñar tres papeles fundamentales. En primer lugar, con un sentido de orientación y guía para la mejor interpretación de las normas jurídicas,⁶⁷ para acompañar la racionalidad de ese proceso de aplicación-interpretación. Además, desde una amplia dimensión axiológica, como criterios valorativos de gran absolutez, apoyaturas de los grandes fines del Derecho, que de ese modo permiten una orientación ética de sus normativas variables.⁶⁸ Y, por último, interesando más a esta investigación, para salvar lagunas legislativas.⁶⁹

El tratamiento que han dado las legislaciones, en lo referente al orden en que se acude a los principios generales del Derecho en el caso de la integración ante las lagunas de la ley, puede ser diverso, teniendo en cuenta que pueden brindarse como un recurso directo o incluido entre las fuen-

64 Esta idea puede encontrarse en: Vecchio y Recasens Fiches (*Op. cit.*, pp. 302-604) y Fernández Camus (*Op. cit.*, p. 36).

65 En cuanto a este tipo de principios aparecen tres posiciones fundamentales, una primera que los considera elementos inherentes al ordenamiento jurídico que los órganos jurisdiccionales se limitan a descubrir. Para otros su extracción implica un rol normativo de las jurisdicciones y, por último, una posición intermedia que sostiene que estos se elaboran a partir de ciertos datos, pero el juez interviene de manera constructiva (Iturralde Sesma: *Op. cit.*, p. 199).

66 Fernández Bulté: *Op. cit.*, pp. 234-235. Este criterio es compartido igualmente por Matilla Correa (*Op. cit.*, pp. 191 y 192).

67 Ver, en cuanto a esta posición: Latorre (*Op. cit.*, p. 65), Aseff (*Op. cit.*, p. 102), Iturralde Sesma (*Op. cit.*, p. 195), García de Enterría (*Op. cit.*, p. 24), Ezquiaga (*Op. cit.*, p. 174) y Larenz (*Op. cit.*, p. 418).

68 Este criterio es seguido, también, por Jawitsch (*Op. cit.*, p. 132) e Iturralde Sesma (*Op. cit.*, p. 195).

69 “El recurso a los principios generales del Derecho tiene como explicación ese horror al vacío que es característico del Derecho moderno” (Yagüez: *Op. cit.*, p. 276). Ver, también, Desvermine y Galdós (*Op. cit.*, p. 217), Hernández (*Op. cit.*, p. 35), Zagrebelsky (*Op. cit.*, p. 117), Latorre (*Op. cit.*, p. 65), Aseff (*Op. cit.*, p. 102), Iturralde Sesma (*Op. cit.*, p. 195), Ezquiaga (*Op. cit.*, p. 174), Legaz Lacambra (*Op. cit.*, p. 427), Larenz (*Op. cit.*, pp. 400 y ss.) y Cañizares Abeledo (*Op. cit.*, p. 222).

tes formales en aquellos casos en que se puede acudir a estas para la solución al problema de las lagunas. Es preciso detenerse en este particular en tanto generalmente se establece *prima facie* que el intérprete acuda a la analogía y luego a los principios. Sin embargo, aunque a estos se dé en determinados casos el tratamiento de una técnica o un argumento independiente, no es menos cierto que subyace también su utilización cuando se acude a la analogía.⁷⁰ En este sentido el profesor Matilla Correa sistematiza que según la doctrina existen dos métodos para la aplicación de los principios generales del Derecho: el analógico y el que se realiza a partir de una generalización ascendente y abstracta de las normas particulares hasta llegar a la norma generalísima que alcance el supuesto no regulado por las primeras.⁷¹

Este fenómeno resulta más palpable en la analogía *iuris*,⁷² cuando lo que se realiza es la extracción de un principio implícito para su aplicación, sin embargo, si todas las normas se sustentan en principios, en el caso de la analogía *legis*, inconsciente e indirectamente se estaría aplicando también un principio del Derecho, el que fundamenta la norma que se considera análoga.⁷³ Lo que sucede es que ciertamente, cuanto mayor sea el número de normas que puedan citarse como expresivas, directa o indirectamente, de determinado principio, existirá mayor garantía de la pertenencia de este al ordenamiento.

En aras de la salvaguarda de la legalidad, las legislaciones prefieren que se acuda a la analogía primeramente, pero esta no es sino un recurso técnico. Si se trata de un principio establecido en una norma, como principio explícito, el intérprete, recurriendo a la analogía, estaría a la vez aplicando el principio subyacente.

Las relaciones entre los principios y sus respectivas normas expresas no pueden reducirse a un esquema único, por ejemplo, del tipo general-

70 "Precisamente una disposición regula casos semejantes al caso no regulado, cuando es el producto de un principio en que el caso no regulado esté comprendido" (Carnelutti: *Op. cit.*, p. 119). "La analogía viene, en el fondo, a descansar en un principio general del Derecho según el cual donde una misma es la razón, una misma es la ley" (Desvernine y Galdós: *Op. cit.*, p. 53).

71 Matilla Correa: *Op. cit.*, pp. 192 y 193.

72 "La distinción entre la *analogía iuris* y los principios generales del Derecho es la naturaleza procesal de la primera y la naturaleza material de los principios. Esto significa que la analogía es el procedimiento discursivo y los principios son un material necesario para dicho procedimiento" (Salguero: *Op. cit.*, p. 178).

73 "La obtención de los principios implícitos tiene bastante que ver con la analogía, pues el uso de la analogía implica siempre la generalización a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone el reconocimiento de un principio general. Tal vez la diferencia consiste en una menor tendencia a la generalización en el caso de la analogía *legis* que en el caso de la analogía *iuris*" (Prieto Sanchís: *Op. cit.*, p. 210). Ver, también, Carnelutti (*Op. cit.*, pp. 119-120).

particular; a veces, los principios son los fines que persiguen las normas, o los intereses que tutelan, o los valores en que se inspiran, o, en fin, sus consecuencias lógicas.⁷⁴

Cuando no se encuentre una norma claramente análoga, el intérprete podrá acudir directamente a los principios del Derecho como fundamento integrador, a aquellos que se enuncian como principios y se interpretarán de forma tal que permitan al operador jurídico brindar una solución al caso lagunoso.⁷⁵ Su enunciación, prelación y utilidad dependerán también del concepto que se tenga de ellos y de la analogía, pero debe quedar claro que los límites entre ambos no son nítidos, ni siquiera excluyentes o contradictorios. Los principios son siempre fundamento, subyacen, ya sea en la analogía,⁷⁶ en la costumbre, o en cualquiera de los métodos o fuentes a las que se acuda para integrar.

Con estas reflexiones se pretende afirmar que los principios del Derecho están presentes en toda acción de integración. Incluso, cuando se soluciona con el argumento *a contrario*, este también estaría sustentado en aquel principio que establece que “todo lo que no esté expresamente prohibido, se presume permitido”. La propia esencia de la necesidad de integrar se sostiene, desde el punto de vista procesal, en el principio del *non liquet*, y desde el punto de vista sustantivo en el principio de seguridad jurídica que imprime en el ciudadano la certeza de no quedar desprotegido a pesar de las lagunas, de lo que se deriva el presupuesto de la plenitud.

Por otra parte, es interesante el análisis que puede ofrecerse en relación con su pertenencia o no al ordenamiento estableciendo un “límite” entre la autointegración y la heterointegración. Si esos principios se inspiran en la misma urdimbre del sistema de Derecho de que se trate, se estaría ante una integración de las calificadas de autointegración; pero ¿si esos principios generales del Derecho se asumen como dictados axiológicos o

74 Prieto Sanchís (*Op. cit.*, p. 210).

75 Vecchio y Recasens Siches, analizando la formulación que al respecto hace el Código civil italiano, refieren que cuando a través del procedimiento analógico no pueda encontrarse la solución a la laguna (aunque este sea un método de aplicación de principios más o menos directo) el legislador ha querido que “el juez determine por su cuenta y mediante un juicio de valoración, el principio que él estime como idealmente válido y no incompatible con los principios formulados del ordenamiento vigente (...) Y así el juez reconoce a esos principios una vigencia positiva dentro del ordenamiento” (Vecchio y Recasens Siches (*Op. cit.*, p. 302). De esta forma, tácitamente se afilian a los principios extrasistemáticos con un sentido, a nuestro juicio, iusnaturalista, que justifica la alusión separada de los recursos a la analogía y a los principios generales del Derecho.

76 “Argumentar por analogía en el ámbito jurídico y argumentar a partir de los principios es sustancialmente similar y no puede establecerse una línea definida de demarcación entre ambas (...) La analogía no se identifica con los principios generales del Derecho sino, que es el recurso a los principios generales del Derecho” (Salguero: *Op. cit.*, pp. 175-178).

deontológicos de una esfera iusnatural o de un ordenamiento ajeno al sistema orgánico de Derecho establecido, se estaría en presencia de heterointegración?

Siguiendo el criterio defendido anteriormente, que ubica el límite entre ambas en el propio ordenamiento jurídico, resulta que todos los principios aceptados por este pueden ser subsumidos en la autointegración; en cambio, aquellos ajenos o exteriores al ordenamiento implicarían un recurso a la heterointegración. De este modo se desecha también la veracidad del criterio de Carnelutti y Betti,⁷⁷ quienes consideran todo recurso a los principios como heterointegración, fundamentándolo en el hecho de que no constituyen estos la fuente formal principal del sistema, sino una supletoria, colocando como límite la fuente principal y no el ordenamiento. No obstante, incluso la posición defendida en esta tesis suscita dudas en el sentido de que no todos los principios se encuentran explicitados o pueden deducirse implícitos del conglomerado normativo, algunos pueden comenzar a utilizarse en un momento histórico determinado por primera vez, incluso tomándose de su demostrada utilidad en otro ordenamiento, o pueden igualmente extraerse del Derecho romano por ejemplo. Sin embargo, no quedaría claro que este supuesto constituya heterointegración, solo significaría la aceptación de un nuevo principio cuyo uso puede reafirmarse con su utilización sistemática en lo adelante.⁷⁸

La argumentación recurriendo a los principios del Derecho, a nuestro juicio, puede ser expresa o tácita. En el primer caso, el propio intérprete declara que ha acudido a un principio para resolver el caso, o la analogía *iuris*, de la que se extrae también un principio, su actividad en este sentido queda conscientemente declarada por él. Nos referimos, sin embargo, a la utilización tácita del argumento de los principios cuando se acude a la analogía *legis*, de modo que también sería una forma de aplicación de un principio; pero sin que sea reconocida necesariamente por el juez que integra el Derecho ante la laguna en cuestión.

La complejidad del uso de este fundamento argumentativo radica, en primer lugar, en que el intérprete, para integrar utilizando los principios, debe argumentar con especial amplitud y profundidad, no solo con respecto a la elección de la aplicabilidad de aquel que elija a tales efectos, sino además para que quede suficientemente fundamentada la solución propuesta, principalmente cuando recurre desde el punto de vista técnico a la analogía *iuris*, donde el operador jurídico devela la lógica intrínseca de la regulación extrayendo un principio para colmar la laguna.⁷⁹

77 Betti (*Op. cit.*, p. 140) y Carnelutti (*Op. cit.*, p. 123).

78 Larenz se refiere a este hecho como “«descubrimiento jurídico», que no es otra cosa que la formulación, por primera vez, de un tal principio, mediante el cual se hizo apto para convertirse en parte integrante del Derecho actual” (Larenz: *Op. cit.*, p. 419).

79 Ezquiaga: *Op. cit.*, p. 175.

Este particular se deriva, además, de que, a diferencia de las normas y reglas comunes, los principios no presentan una hipótesis precisa, son presupuestos informadores que pautan y guían la legislación y el actuar jurídico, de esta forma su aplicación a cada caso concreto precisará una argumentación pormenorizada.

En segundo lugar, se complejiza el asunto cuando pueden ser utilizados más de uno para la solución, la que puede variar en dependencia de la elección del intérprete. Los principios no excluyen la validez simultánea de otros principios en conflicto. Teniendo en cuenta que no existe una jerarquización de los principios, en estos casos no hay otro camino que acudir a la ponderación teniendo que resolverse las *tensiones* entre principios.⁸⁰ Este ejercicio de ponderar principios se verá permeado no solo de los criterios axiológicos y deontológicos más arraigados en la sociedad, sino que además reflejarán los criterios propios del intérprete y su idea de la mejor forma de salvaguardar la justicia, la equidad, la seguridad jurídica y la legalidad.

Es por eso que la actividad de integrar según principios contrapuestos, implica para aquel que debe resolver el problema, un especial poder de discrecionalidad, ya que debe escoger de entre todos los posibles a aplicar cuál es el que más se ajusta para la obtención de una solución más justa y equitativa en el caso concreto.

El óptimo que se persigue consiste en el resultado de una ponderación racional de los principios en conflicto o, mejor, de los valores en conflicto tras los principios.⁸¹

Esto quiere decir que lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta definitiva para todo supuesto de conflicto, sino que se logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso de conflicto entre los mismos principios. Aunque no pierde validez el principio no seleccionado en la ponderación con respecto a otros supuestos, la argumentación cuidadosa en estos casos debe acreditar “(...) que no existe otra medida que, obteniendo en

80 “La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación” (Zagrebelsky: *Op. cit.*, p. 125). Ver, también, Larenz (*Op. cit.*, p. 400).

81 Gascón Abellán y García Figueroa: *Op. cit.*, pp. 251, 299 y ss. Ver, también, Larenz (*Op. cit.*, pp. 400 y ss.). Prieto Sanchís, siguiendo a Guastini, califica dicho fenómeno como la “jerarquía móvil” (Prieto Sanchís: *Op. cit.* p. 146). Juan Bautista Moré, en relación con los valores vinculados a la actividad judicial, análisis que puede ser aplicado al tema de la ponderación en este sentido, reflexiona acertadamente: “Es el Magistrado o Juez, cuyo verdadero sentido de actividad vital y útil consiste en ejercer habitualmente la función psicológica de calificar valores” (Juan Bautista Moré: “El Juez como sujeto calificador de valores, objetivos de la psicología judicial”, en *Repertorio Judicial*, La Habana, 1939, p. 133).

términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva”.⁸²

No solo será necesario argumentar la elección en el sentido de demostrar que el principio seleccionado fue el correcto, sino que además debe justificarse la no prudencia de aquel que no ha sido elegido, y demostrarse que la solución final resultante es la más justa en el caso concreto. Interviene, entonces, la llamada ley de ponderación propugnada por Alexy: “(...) cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”.⁸³

De esta forma, se trata de determinar la trascendencia definitiva que para el caso tienen ambos principios.

A pesar de la falta de uniformidad conceptual en torno al tema de los principios generales del Derecho y de la amplia polémica doctrinal en cuanto a su naturaleza y esencia, existe una coincidencia acerca de su utilidad en lo que a integración de lagunas se refiere. Su análisis teórico, como punto de partida, y su diferenciación con el resto de las normas, desnudan también la gran complejidad que implica su interpretación y aplicación con fines integradores. No obstante, la necesidad de especial argumentación que impone su alusión, la discrecionalidad que ponen en manos de los operadores jurídicos y la necesidad de ponderación que puede generar la coincidencia de varios de ellos para casos específicos, es indudable su protagonismo integrador.

Como fundamentos de todo el ordenamiento pautan la creación, la interpretación y la integración de sus normas. Los principios están presentes en cualquier actividad de solución de lagunas en la ley, cualquiera que sean los métodos técnicos o argumentativos utilizados a tal efecto, subyacen como esencia axiológica, social, moral y política en el devenir histórico del Derecho de cada nación. Su aplicación práctica ante las lagunas no puede concebirse como una actividad mecánica, sino como un ejercicio complejo que debe mirar hacia la justicia y la seguridad jurídica. Los principios no pueden olvidar, bajo ningún concepto, los valores que los fundan.

82 Prieto Sanchís: *Op. cit.*, p. 148. Ver, también, Larenz (*Op. cit.*, p. 402).

83 Robert Alexy: *El concepto y la validez del Derecho*, 2.^a ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 203 y ss.

HACIA UNA JUSTICIA REPARADORA Y DE PREVENCIÓN ESPECIAL

*M.Sc. Marily Fuentes Águila y Esp. Frank Quiala Artímez,
jueces profesionales, salas de DCSE, y de lo Militar, TSP*

UNA BUENA PARTE de los conflictos penales puede resolverse a través de un procedimiento de mediación entre los contendientes. Tenemos la certeza de que las víctimas, los victimarios, la sociedad y los órganos jurisdiccionales premiarán prontamente una propuesta diferente para la solución de litigios en materia penal.

Al margen de cualquier controversia acerca de los principios que rigen el Derecho penal cubano, está el hecho cierto de que los sistemas procesales deben seguir los cambios que se producen en la realidad económica, social, política y cultural del mundo y de Cuba. Las tendencias modernas indican un acercamiento a los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Facilitar una justicia penal, pacífica, reparadora, de conciliación entre partes, que viabilice el camino hacia una conciencia de enmienda y un mejor ambiente social, son tan

solo algunas de las razones para la introducción de este comentario.

Si se logra comprender que el delito no es una mera acción o infracción contraria al Estado, ni la norma una simple amenaza, es fácil ver que el verdadero origen del hecho delictivo está en el conflicto;¹ ello posibilita entender que la víctima es protagonista en esa contienda y que en muchos casos es más favorable y justo que el Estado facilite al perjudicado proteger sus propios intereses, y contribuya también a la conciliación y la paz entre las partes.

En la etapa en que vivimos, comunicación y lenguaje pasaron a formar parte primordial de la nueva concepción de lo humano. Comunicación digital, autopista informática, internet, etc., son claros ejemplos. En esta redefinición del hombre, y este reescalafonamiento del lenguaje, el Derecho no debe ni puede estar ausente, y por eso se hace im-

1 El hecho delictivo presupone en sí mismo un conflicto entre personas, entre víctima y victimario, entre el violador y la violada, entre el ladrón y el perjudicado, entre el estafador y el estafado; subyace un litigio, una controversia, una disputa no resuelta por los contendientes. Vivian Sáez Hidalgo, jueza del Tribunal Provincial Popular de Cienfuegos, al introducir este tema en su artículo sobre la mediación como posible respuesta a los conflictos penales, realiza especial referencia al conflicto y textualmente expresa: "El conflicto relativo a la vida de los grupos sociales puede ser definido como una situación en la que unos persiguen metas diferentes de otras, con intereses distintos entre sí o pretenden conseguir competitivamente el mismo objetivo". Sirva este apunte para la reflexión de por qué existe, en su origen, un conflicto.

prescindible discutir acerca de estos temas.²

Por una parte, la víctima necesita cada vez mayor seguridad y confianza en los instrumentos de control social y, por otra, con el castigo del delincuente no desaparece la perturbación social que este ha ocasionado.

Si se ofrece un espacio dinámico a las partes, mediante estrategias comunicacionales y negociadoras, que ayuden a identificar las posiciones, los intereses y las necesidades para posibilitar la adopción de un acuerdo, y se asegura la primacía de la víctima a través de la restitución de su conflicto y la reparación de su daño, puede afirmarse que se estará trabajando en función de sensibilizar al infractor en admitir como justa la reparación, de manera que le permita ver el acuerdo como una prestación socialmente constructiva, lo que constituye un importante acto de prevención especial.

Si se identificaran las necesidades de las partes a partir del conflicto, y se encaminaran ambas a un verdadero contacto, sería, en la mayoría de los casos, una contribución a la pacificación de la sociedad. Todo ello, sin contar que se lograría que los esfuerzos del sistema judicial se concentraran en el juzgamiento eficaz de los delitos más graves para la sociedad, y se evitaría la conges-

tión de los centros penitenciarios por delitos de poco impacto social y los efectos negativos de las penas cortas de privación de libertad.

Con la mediación, la víctima tendría la oportunidad de confrontar al autor con el verdadero impacto humano de la ofensa; podría ser oída, atendida en su petición y decidir al momento en que haya que resolver su conflicto, con la asistencia de un tercero imparcial que le garantiza seguridad, confidencialidad y equilibraría el poder frente a su victimario.

La mediación ofrece la posibilidad de lograr una reparación, entendida esta no solo como un resarcimiento económico, que también puede darse, sino como algo más integral, que puede incluir la búsqueda de su satisfacción moral, el pedido de disculpas de su ofensor o el compromiso de este de cumplir con algo que le resulte satisfactorio (por ejemplo, de no reiterar ciertas conductas, incorporarse a estudios, planes sociales, etc.) también la víctima encuentra mayor probabilidad de que la indemnización se pague efectivamente.

Al beneficiado se le ofrece la posibilidad de negociar un acuerdo de restitución factible de cumplir, la oportunidad de enmendarse y rectificar significativamente el mal infligido, en vez de resultar meramente castigado.

2 *La mediación penal. Experiencias en el Departamento Judicial de San Martín.* Son abundantes las experiencias en la reparación, conciliación y acuerdo entre litigantes. En esta cita se utiliza un término poco común para los cubanos, no obstante entiéndase por reescalafonamiento las dimensiones o lugar cimero que alcanza el lenguaje en la etapa actual.

Al rectificar el agravio al perjudicado(a), el infractor puede evitar la persecución penal, el encarcelamiento, los antecedentes penales, alcanzar una remisión de la condena u otros beneficios de la ley.

Por otra parte, el impacto de la delincuencia disminuye cuando se han reparado las pérdidas, los transgresores se encuentran en mejor situación para comprender el daño que han provocado a la comunidad y en sentido general se allana el camino para mantener o lograr la paz entre víctima y victimario, que pueden reencontrarse con posterioridad a la ejecución del delito.

Cuando se traslada la justicia hacia un encuentro humano entre víctima, victimario y comunidad, las características del fenómeno delictivo se resuelven con mayor objetividad, se evita un período de juzgamiento innecesario y se incrementa el sentido de pertenencia de la comunidad respecto a su sistema de justicia penal, como resultado del compromiso y participación directa de los afectados.

Es cierto que la mediación no es apta para todas las víctimas y todos los infractores, ni está destinada a solucionar masivamente la reincidencia, mas el adecuado entrenamiento de los mediadores actuando con clara conciencia de las consideraciones éticas y legales que en ella se implican conduce a pensar en la factibilidad de mediar los hechos punibles que no lleven aparejadas penas graves de privación de libertad, o en aquellos en que los imputados han satisfecho previamente la responsabilidad civil, o cuando hayan

sido afectados directa y gravemente por las consecuencias de su propio delito y la pena resulte inapropiada (grave daño a su salud o integridad física; pérdida de un familiar allegado como consecuencia de cualquier actuar imprudente, daño psicológico con notorio sufrimiento y angustia) o cuando se trate de ilícitos penales que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés social.

También pueden evaluarse, en los procesos en que el imputado sea mayor de sesenta años, en jóvenes cuyas edades oscilen entre 16 y 21 años de edad, o en aquellos delitos en los que se requiere la denuncia del perjudicado, de la persona agraviada, en los que es posible el desistimiento o el archivo de las actuaciones.

ESPACIOS LEGALES PARA SU IMPLEMENTACIÓN

La Constitución de República de Cuba, la Ley de Procedimiento Penal, el procedimiento abreviado, el procedimiento de jurisdicción sin acción para conocer delitos sancionables de tres meses a un año de privación de libertad en los tribunales municipales populares; el procedimiento por delitos de poca peligrosidad social previsto en la Ley Procesal Penal Militar, la posibilidad de sustituir la responsabilidad penal por la disciplinaria o por la actuación de un tribunal de honor militar, establecida en la Ley de los Delitos Militares; el desistimiento, el sobreseimiento libre, los criterios de oportunidad re-

glada, de los delitos perseguibles a instancia de parte como la calumnia y la injuria, para los que se requiere denuncia de la persona agraviada, violación, abusos lascivos, estupro, daños, difamación, bigamia, daños con ocasión del tránsito, constituyen tan solo ejemplos de las posibilidades múltiples que ofrecen las normas jurídicas vigentes.

CONDICIONES OBJETIVAS PARA LA MEDIACIÓN PENAL

Cuba se encuentra preparada socialmente para enfrentar la aplicación de este método. Contamos con un pueblo culto, abogados, psicólogos, pedagogos, sociólogos, criminólogos que pueden intervenir en la redefinición de los conflictos.

Existe una Escuela de Formación Judicial que desarrolla programas de capacitación con personal de formación pedagógica y un grupo de juristas categorizados como docentes. Teniendo en cuenta la necesidad de instruir y entrenar conciliadores, podría convertirse en una escuela de mediadores.

Lo más importante sería crear la conciencia de que es posible su implementación en nuestro sistema judicial, si se llegara a considerar de utilidad.

¿Cuál sería el procedimiento o modelo de mediación penal?

La elección del modelo de mediación conlleva necesariamente el análisis acerca de los principios que regirán dicho proceso; los tipos de delitos que se incorporarán al régimen de transacción o reparación; las

instituciones que participarán, la forma y términos en que se llevará a cabo; la especialización del mediador y la forma de control y seguimiento del acuerdo.

Criterios como el de voluntariedad de las partes, confidencialidad, neutralidad e imparcialidad de los mediadores, celeridad y dinámica en el proceso deberán ser estudiados.

Tal vez pueda conseguirse a través de un esquema procesal simple que incluya citación a las partes, reuniones privadas, acta de acuerdo, y el seguimiento y control del convenio.

Confiamos en que el propósito pueda lograrse con nuestra voluntad, apoyo y participación; si los órganos de gobierno y poder del Estado aprueban una propuesta de mediación como forma de resolución de conflictos penales en Cuba.

A MODO DE CONCLUSIONES

- La mediación genera mayores beneficios que los perjuicios que hoy causa la imposición y la ejecución de la penas, esencialmente las de privación de libertad.
- Al menos en la actualidad, no sería aplicable a todos los delitos, ni a todos los infractores.
- Puede contribuir a la paz social.
- Nuestra posición es de proclama a la mediación penal en Cuba, y aun cuando estimamos que no se encuentran expuestas teóricamente todas las razones que justifican su posible instrumentación, estamos seguros de que todos los problemas prácticos que puedan presentarse tienen solución en nuestro sistema judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Armenta Deu, Teresa: "El proceso penal: Nuevas tendencias, nuevos problemas" (ponencia contenida en CD-ROM *Cuadernos de Derecho Judicial 1992-1996*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid).
- : "La reforma del proceso penal. Principios irrenunciables y opciones de política criminal" (ponencia contenida en CD-ROM *Cuadernos de Derecho Judicial 1992-1996*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid).
- Calella Sanz, Miguel G.: *Derecho del trabajo en la República de Cuba*, La Habana, 1946.
- Colectivo de autores: *Temas para el Estudio del Derecho Procesal Penal. Primera parte*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Candia Ferrera, José: "Problemas actuales del proceso penal en Cuba", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 13, La Habana, enero-junio de 1999.
- González Álvarez, Daniel: "El Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal" (resumen), Universidad de Costa Rica, San José, abril de 1992.
- Hassemer, Winfried: "La persecución penal: Legalidad y oportunidad" (ponencia en Symposium Internacional sobre la transformación de la justicia penal en Argentina, Buenos Aires, 1989, t. 1, pp. 29-38).
- Manzanares Samaniego, José Luis: "Oportunidad y conformidad. Los principios del proceso penal" (ponencia contenida en CD-ROM *Cuadernos de Derecho Judicial 1992-1996*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid).
- Mendoza Díaz, Juan: "Principios del Proceso Penal" (CD-ROM, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2002).
- Prieto Morales, Aldo: *Derecho Procesal Penal. Primera parte*, t. 1 y 2, Editorial Orbe, La Habana, 1976.
- Roxin, Claus: *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- Sáez Hidalgo, Vivian: "La mediación, posible respuesta a conflictos penales", en *Justicia y Derecho*, año 4, no. 7, diciembre de 2006, La Habana, 2006, pp. 10-12.
- Salas Beteta, Cristian: "Principio de oportunidad en el Perú moderno. Mecanismo de simplificación procesal penal" (CD-ROM de conferencias de la Unión de Juristas en Pinar del Río).
- Sánchez-Fierro, Julio: "Potenciación de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales" (ponencia), La Habana, marzo de 2002 (inédita).

LA NULIDAD INSTRUMENTAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL TSP

Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo,
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

POCOS AUTORES COMO González Palomino han sabido dilucidar la distinción entre nulidad sustantiva y nulidad formal como patologías padecidas por dos planos diferentes, pero que no obstante se superponen en el instrumento público. Según este autor, “si el elemento *impuro* es el negocio, la Jurisprudencia suele decir que el instrumento es nulo, cosa que nos molesta no poco a los Notarios, y que, además, no es verdad. La nulidad del negocio no implica la nulidad de la escritura «documento del Notario», que incluso puede producir efectos *históricos* en cuanto al *ser* y al *tiempo*, sino la nulidad del negocio (documento de los comparecientes). Implicará solo que la escritura perfecta y válida se habrá quedado vacía: no servirá para mucho.

”Si el *impuro* es el *documento*, hay que distinguir según la intensidad de la impureza. En los negocios rigurosamente formales la nulidad del documento lleva consigo la nulidad de la declaración, que no es sin la forma. En los menos rigurosos, cabe la *convertibilidad* del documento, si la impureza no es muy grande y afecta sólo a la parte de instrumento público dejando limpia la parte de documento privado, y hasta cabe la

convertibilidad del negocio en otro menos formal, o de otra forma que esté allí”.¹

En el documento público notarial confluyen los dos planos: el del continente y el del contenido, del primero resulta principal artífice el notario, en su labor de orfebrería, como elaborador del instrumento público, incumbe a la faena de redacción del documento; el otro es atribuible a las partes, principales protagonistas del negocio, ello, si de escritura pública se trata. El documento público notarial no es la suma o yuxtaposición de planos, sí la confluencia de ellos, tras formar una amalgama perfecta, de todo lo cual el notario es el más genuino creador.

Esto fuerza a decir a Núñez Lagos, citado en la doctrina argentina por Gattari que en el estudio del concepto de escritura pública, como subespecie paradigmática del instrumento público, “surge una diferenciación entre dos planos, mentalmente separables, pero que en el mundo óntico y ontológico constituyen una estructura que se exhibe unificada; el plano del *negotium*, que pertenece al derecho material o sustantivo, civil, comercial y el plano del *instrumentum*, propio del derecho notarial, que es un derecho formal. Es decir

1 González Palomino, *apud* Enrique Giménez Arnau: *Derecho Notarial*, p. 462.

negocio e instrumento están recíprocamente interferidos”.²

La nulidad en sus dimensiones sustantiva y formal supone la existencia de disímiles patologías, ya en el plano del *actum*, ya en el del *instrumentum*, respectivamente. Empero, la doctrina notarialista ha seguido en este orden un trayecto sinuoso, al intentar volcar, con vanos resultados, a mi juicio, las categorías elaboradas por la dogmática civilista, sobre la inexistencia, invalidez e ineficacia de los negocios y actos jurídicos, a los documentos públicos notariales.³

Mientras la nulidad sustantiva en su vertiente de nulidad absoluta tiene su sede en los artículos 67 y 68 del Código Civil, con valor supletorio para actos de disímil naturaleza, al amparo de lo preceptuado en el Artículo 8 que positiviza el principio de supletoriedad de este importante cuerpo legal, la de índole formal o adjetiva tiene su expresión legal en el Artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales⁴ que reconoce los supuestos de nulidad de los documentos públicos notariales, ya escrituras, actas u otros

de los previstos en el inciso c) del Artículo 13 de la mencionada Ley, en relación con el Artículo 121 de su Reglamento.

A este sentir ineluctable se refiere la más reciente orientación jurisprudencial de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular (TSP) la cual ha venido reiterando la necesaria distinción entre los planos del instrumento público, como presupuesto *sine qua non* para el correcto encauzamiento de las pretensiones impugnatorias del continente o del contenido documental.

Con este parecer, la Sala ha intentado corregir la insistida confusión en que suelen incurrir los operadores del Derecho, al pretender impugnar el acto documentado a través de escritura pública, bajo la indebida pretensión de nulidad del instrumento, cuando lo cierto es que lo impuro, como dice González Palomino, es el negocio, mas no el instrumento que lo contiene, que solo es el recipiente, distinto al contenido volcado en él.

Como ha sostenido la Dirección de los Registros y del Notariado de

2 Núñez Lagos *apud* Carlos Nicolás Gattari: *Manual de Derecho Notarial*, p. 74.

3 En este sentido, ver por todos, Carlos Emérito González: *Teoría general del instrumento público*, pp. 339-375. Este autor incluye bajo la rúbrica de teoría de las anormalidades instrumentales los actos nulos, anulables, con nulidad absoluta, relativa, completa y parcial. Y dentro del cuadro propiamente dicho de las anormalidades instrumentales, como les llama, la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad. También utiliza la categoría de instrumentos observables para aquellas escrituras en que no se cumplió algún requisito secundario, sin que tal circunstancia pueda perjudicar en lo más mínimo el instrumento y mucho menos su contenido, si bien sí conlleva una sanción disciplinaria para el notario que las autorizó.

4 Precepto que trae causa del Artículo 115 del Código Notarial de 1929. Para más abundar en comentarios a través de notas a pie de página, ver Francisco Llaca y Argudín: *Legislación notarial de Cuba*, pp. 100-105.

España en Resolución de 26 de abril de 1913, “la declaración de validez o nulidad de los títulos y documentos públicos es atribución que la ley deja íntegra a la competencia de los Tribunales, y en cada caso concreto estos decidirán acerca del valor de los mismos y de los actos en aquellos contenidos” y, en igual sentido, el inciso ch) y el segundo párrafo del Artículo 16 de la vigente Ley de las Notarías Estatales. Este último párrafo distingue entre nulidad e invalidez de los documentos públicos notariales. Distinción que por cierto, no ha sido desarrollada ni por la doctrina científica, ni en los criterios jurisprudenciales del TSP.

De esta manera, en la Sentencia No. 71, de 18 de febrero de 2003, único considerando, bajo la ponencia de Acosta Ricart, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, se hace eco de esta posición, al advertirle al recurrente, pretensor en el proceso ordinario de la nulidad de una escritura pública que (...) *en puridad la demanda devenía improcedente por resultar desacertada la causa de pedir, pues la pretensión del actor estuvo encaminada a que por parte de la Sala se decretara la nulidad de la escritura pública, desconociendo que en todo caso la misma es solo el documento público redactado y autorizado por notario, cuyo contenido es un acto o negocio jurídico o manifestación de voluntad capaz de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos de los interesados en el mismo de lo que debe inferirse que la escritura es la forma, mientras que el acto es el contenido,*

y por tanto la nulidad de esos documentos públicos solo resulta viable por la existencia de alguna de las causales expresamente consignadas en el artículo dieciséis de la Ley cincuenta, Ley de las Notarías Estatales (...).

Posición que confirma la propia ponente en su Sentencia No. 219, de 29 de marzo de 2004, segundo considerando, en que nuevamente distingue entre nulidad sustantiva y nulidad formal o instrumental, recabando la necesidad de que cuando se invoque la segunda, se haga al amparo del Artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales, y no del 67 del Código Civil, precepto que cubre los supuestos de nulidad absoluta o radical de los actos jurídicos. A tal fin dice expresamente la Sentencia que (...) *en todo caso estando encaminada (la) demanda a la nulidad de los instrumentos señalados, estaba obligada a demostrar que el instrumento adolecía de alguna de las infracciones contenidas en el artículo dieciséis de la Ley de las Notarías Estatales, no estando presente en el instrumento ninguna de las que recoge el precepto, y por supuesto este habría de ser el sustento legal de la demanda; desde otro orden debe entender que si por el contrario su pretensión hubiere estado encaminada a la nulidad del acto contenido en ambas Escrituras entonces el fundamento legal si hubiera sido el artículo sesenta y siete del Código Civil, en el acápite que hubiere correspondido (...).*

Extremos que nuevamente confirma la propia ponente en su Sen-

tencia No. 685, de 30 de septiembre de 2004, en su tercer considerando al enunciar: (...) *el instrumento es solo la forma, y su nulidad solo procede por alguna de las causales que expresamente aparecen consignadas en el artículo dieciséis de la Ley cincuenta, Ley de las Notarías Estatales, mientras que otra cosa es su contenido, o sea el acto jurídico en el mismo contenido (...).*

En la Sentencia No. 20, de 28 de enero de 2005, en su primer considerando en que aduce apreciar (...) *que la demanda adolece de serios defectos en el orden técnico por cuanto, en definitiva se involucran situaciones que tienen que ver con la eficacia del acto, mientras que a su vez se acusan infracciones que se refieren a la eficacia y validez del instrumento, cuando en definitiva la pretensión concreta que se deduce resulta ser la consecuencia lógica de la narración de los hechos y de la fundamentación jurídica que se ha expuesto en la demanda; la misma debe ser clara y precisa y en el caso no aconteció de tal forma, pues de inicio la pretensión se relaciona con la validez del acto y no del instrumento (...); y en la Sentencia No. 89, de 17 de febrero de 2005, único considerando, a cuyo tenor (...) no existe una relación lógica entre la pretensión que se deduce en la demanda y los fundamentos legales en los que la misma se sustentó, pues se pretende la nulidad de la escritura, lo cual en todo caso sólo es posible por concurrir situaciones que invaliden el instrumento de conformidad con el artículo dieciséis de la Ley de Nota-*

rías, aspectos a los que no se refiere en la promoción, sin embargo aun y cuando pudiera estimarse que en realidad lo interesado es la nulidad del acto jurídico en la misma contenido, en tal caso resultaba obligado hacer mención dentro de los fundamentos legales al artículo sesenta y siete del Código Civil (...).

Recientemente (Sentencia No. 534, de 29 de julio de 2005, único considerando), la misma ponente, por cierto, la que con más énfasis ha estudiado el tema y así lo ha expresado en sus sentencias, refleja que (...) *las causas de nulidad referidas al plano del instrumento como tal, o dimensión formal las recoge el artículo dieciséis de la Ley cincuenta del noventa y cuatro (sic), Ley de las Notarías Estatales, mientras que las causas de nulidad referidas al plano o dimensión del negocio, están previstas en el artículo sesenta y siete del Código Civil (...)* mientras que *el instrumento es sólo la forma, el negocio es su contenido, por lo que habiendo pretendido concretamente la nulidad del instrumento en todo caso ha de estarse a lo establecido en el artículo dieciséis de la Ley de Notarías, precepto que deja expresamente establecidas las causas por las que ello puede declararse relacionado con un instrumento público autorizado por el notario, y en tal virtud debe señalarse que resulta desacertada la consideración de la recurrente, al estimar que la supuesta existencia de relación matrimonial no formalizada entre la persona beneficiada con el testamento y uno de los testigos, resulta causa de la prohibi-*

ción a que se contrae el artículo treinta de la mencionada Ley de las Notarías, pues en las actuaciones no consta prueba idónea que demuestre que la relación a que se refiere la demanda hubiere sido reconocida judicialmente por Tribunal competente, razón por la que no puede estimarse el grado de parentesco entre heredera y testigo, mientras que en otro orden debe señalarse de errada la fundamentación legal formulada por dicha inconforme en su demanda en cuanto evidentemente señala preceptos del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales, el que fuera expresamente derogado por la resolución setenta de mil novecientos noventa y dos, por lo que no existe correspondencia alguna entre los preceptos mencionados, por los que imprudentemente se está imputando al margen de toda ética, una conducta impropia al Notario actuante (...) el reglamento vigente en su artículo treinta y cinco deja establecido tanto el deber del notario de dar lectura al documento notarial, como el derecho de los comparecientes y testigos de leer por sí el instrumento, de donde aun cuando fueren ciertas las alegaciones del otro recurrente, de haber firmado el instrumento sin que se le leyera o se le diera a leer, resulta de su entera responsabilidad haberlo hecho (...).

Criterio que también ha reiterado la Sala en sentencias de otros po-

nentes como la No. 185, de 15 de marzo de 2005, tercer considerando (de González García), quien al declarar *sin lugar* el recurso de casación interpuesto, reprocha al recurrente que al alegar (...) *infringido el artículo dieciséis de la Ley de las Notarías Estatales, tampoco puede tener el éxito (...), pues con deficiente técnica la parte recurrente confunde el elemento formal constituido por la escritura en sí misma, como instrumento público, la que no presenta en el caso deficiencias que la invaliden; con el acto jurídico en ella contenido, viciado de nulidad absoluta como con acierto declaró la sentencia interpelada; y con independencia de que por lo resuelto la escritura es en definitiva ineficaz al quedar carente de contenido (...), dejándose claro que con ello (...) se salva (...) la responsabilidad del notario actuante, por cierto indebidamente demandado en el proceso en atención a lo anteriormente expuesto (...).*

Particular que merece especial atención, pues tratándose de supuestos en los que se invoca la nulidad del acto jurídico contenido en escritura pública no tiene por qué siempre ser demandado el notario autorizante para que quede constituida la relación jurídica procesal, so pena de que se acuse una falta de estado en el proceso del ex Artículo 233.6 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.⁵ Por lo que com-

5 Y obsérvese que expreso que la presencia del notario no tiene siempre, o en todo caso, que ser indispensable para que quede válidamente constituida la relación jurídica procesal. Cabe, de igual manera, que aun cuando se pretenda la impugnación del negocio o acto, no obstante sea indispensable que se demande al notario, v. gr. al intentarse una

parto el criterio que el propio ponente reitera luego en la Sentencia No. 475, de 13 de julio de 2005, segundo considerando, a manera de *obiter dicta*: (...) *la litis versa sobre la ineficacia de acto jurídico contenido en escritura pública, pero no respecto al instrumento público en sí mismo, lo que hace innecesaria la concurrencia al proceso del notario que la autorizó ni de los Registros Centrales como pretende la inconforme, al efecto de ventilar cuestiones administrativas que no trascienden al asunto.*

En efecto, en sede de nulidades, no siempre resulta indispensable demandar al notario a los fines de que la relación jurídica procesal quede válidamente establecida. En los casos de nulidades formales o adjetivas, siéndole imputable al notario el plano del continente, es lógico que para que prospere la impugnación establecida bajo la cobija de alguno de los supuestos contemplados por el Artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales, intervenga en el proceso contencioso incoado, el notario, a diferencia de los casos en los que se denuncia una nulidad negocial, en los que habrá que aten-

der a la causa invocada, para entonces proceder a juzgar como *sine qua non* o no, la presencia del notario autorizante. No se trata de fórmulas preestablecidas, sino de un hecho puramente circunstancial, pues no siempre el notario puede brindar luz para esclarecer lo que aún no le queda suficientemente despejado.

Respecto de la intervención del notario en el proceso impugnatorio de un documento público notarial, resulta ambivalente la doctrina. Hay quienes le atribuyen una intervención adhesiva y simple, en tanto no tiene facultades plenas de parte, resultando su intervención meramente accesorio.⁶ En tanto autores argentinos como Pelosi defienden una posición contraria, siguiendo a Rodríguez Adrados quien sostiene que tal situación compromete sus posibilidades de defensa. Tesis que igualmente defendió González Palomino, sustentado en razones de equidad y de buena fe, a los fines de evitar la indefensión del notario.⁷

Asimismo el III Congreso Internacional del Notariado Latino emitió dictamen en el sentido de "(...) que sea adoptado el principio de que ninguna acción por responsabilidad po-

nulidad absoluta bajo los supuestos previstos en los incisos ch) y d) del Código Civil, en los que resulta atinente la intervención del notario actuante en su propia defensa y en la del documento elaborado, pues el cumplimiento de los requisitos establecidos con carácter esencial, o la vulneración de alguna norma prohibitiva pudiera resultarle imputable al notario por quebrantamiento de su actuar, dado que la propia Ley de las Notarías Estatales en el Artículo 10 ch) le impone la calificación de la legalidad del acto jurídico, así como de los hechos o actos o circunstancias, para lo cual ha de velar que estos cumplan o se ajusten a los requerimientos exigidos para su autorización.

6 Yáñez Álvarez *apud* C. A. Pelosi: *El documento...*, p. 346.

7 Al decir de Pelosi, *El documento...*, p. 349.

drá ser ejercida contra un notario como consecuencia de oposición a un acto que haya otorgado, sin llamárselo a intervenir en el juicio a fin de permitir salvaguardar eficientemente sus derechos y legítimos intereses, evitándole así, en consecuencia, que se le oponga la autoridad de cosa juzgada como resultado de un juicio al cual no sólo ha permanecido extraño, sino que inclusive ha podido ignorar”.⁸

De este arsenal jurisprudencial, no obstante, cabe reseñar que la Sala no siempre ha mantenido la misma línea interpretativa en torno a la distinción entre nulidad sustantiva y nulidad instrumental o formal, si bien ha sido cuasi uniforme en este sentido. Significo la Sentencia No. 532, de 30 de julio de 2004, cuya ponente fue Carrasco Casí, que en el único considerando de la primera sentencia defiende una posición totalmente contraria a la que hasta ese momento viene sosteniendo la Sala, incluso la que por fortuna, sigue sustentando. Se trata de una sentencia que navega como un *iceberg* por el Océano Ártico, pero en todo caso, está ahí. Dijo la ponente a los fines de declarar *con lugar* el recurso de casación interpuesto que (...) *le asiste razón al recurrente cuando en esencia plantea que el Tribunal a quo dejó de tener en cuenta la organicidad existente entre forma y contenido en los instrumentos públicos en cuestión, cuando anula los negocios que contienen y mantiene las formalidades indispensables para su validez,*

haciéndose abstracción por su parte de la importancia que el principio de la prueba preconstituida tienen (sic) dichos documentos para la propia seguridad jurídica, que aunque no constituye un requisito del negocio, sino algo que es sumado a él, debido a la necesidad humana de dejar constancia de sus relaciones jurídicas o de transmisión de derechos específicos sobre objetos reales o de obligaciones personales que afecten el patrimonio personal, a fin de poder acreditar en tiempo y espacio su veracidad y alcance de ahí que, resulte desacertado el referido criterio en el sentido de que la ineficacia de los actos no alcanza a los documentos públicos que lo contienen, por el fundamento errado de que sólo procede la referida declaración cuando existan vicios que afecten su validez y eficacia, y cuál mayor que la inexistencia del negocio que dio lugar a su otorgamiento, tal y como con acierto expresa el quejoso, cuando manifiesta que resulta francamente contradictorio que se declare la nulidad del contenido de las Escrituras Públicas objeto de litis y se mantengan eficaces y válidas éstas, supuesto que a nuestro juicio procede su declaración en sentido contrario en virtud del inciso ch) del artículo dieciséis de la Ley de Notarías Estatales de fecha veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y cinco (...).

En fin, que impugnados varios actos jurídicos contenidos en distintos instrumentos públicos (escrituras

8 Según expresa Pelosi.

públicas) dentro de ellos una permuta, una donación, una segregación o división de inmueble, todo debido a la utilización de un título expedido por el Banco Popular de Ahorro de compraventa de vivienda, que ya estaba cancelado, por haberse dividido previamente el inmueble que luego pretende permutarse *in integrum*, decretadas las nulidades de los actos, la Sala es del criterio que nulo el acto, nulo también el documento, o sea, que la patología negocial padecida por los actos instrumentados, contagia, cuan un poderoso virus contaminante, el plano instrumental, y sustenta su razonamiento en el principio de prueba preconstituida, pilar insoslayable de la teoría general del instrumento público. Si el acto es nulo al decir de la Sala, nulo debe ser el instrumento que le sirve de reservorio, porque en aras del principio de seguridad jurídica, el mantener con vida las escrituras que le contienen, pudiera suponer permitirle el paso a “agentes contaminantes” del tráfico jurídico. A mi juicio, obvia la Sentencia el acertado criterio que en este orden tiene sedimentado la Sala, y la propia utilidad de las notas marginales a que hace referencia el Artículo 47 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales en el que

el notario autorizante de los instrumentos que se anulan está en el deber jurídico, en el trámite de ejecución de sentencia, de consignarlo en la matriz que obra en su protocolo, y así expresarlo en cualquier copia que al efecto pudiera interesarse, extremo suficiente *per se*, para que todo operador del Derecho se abstenga de autorizar cualquier documento que pueda traer causa de un instrumento público en que se ha anulado el negocio o acto contenido en él. Es cierto que se trataría de un documento viciado, pero no por ello dejaría de ser documento público porque el vicio padecido afecta al contenido, no al continente.

Y es que el criterio contrario al desenvuelto en esta última sentencia suele ser el compartido no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia foránea. Egea Ibáñez en uno de los últimos y diría también, sin temor a equivocarme, pocos artículos publicados sobre el tema en España, parte de la distinción entre acto y documento. Defiende la tesis de la incomunicabilidad de las patologías entre ambos estratos, a menos que estemos frente a documentos constitutivos del acto, para lo cual ejemplifica la escritura pública de donación de bien inmueble.⁹ Esta posición

9 Ricardo Egea Ibáñez: “Nulidad del instrumento público...”, pp. 97-110. Con el mismo parecer, Ricardo A. Doldán Aristizábal en el dictamen publicado bajo el título “Nulidad de escritura que carece de la firma de alguna de las partes. Su subsanación”. Igualmente la XXVI Jornada Notarial argentina celebrada en Córdoba, del 3 al 5 de octubre de 2002, en el tema I, dedicado a las “Nulidades instrumentales. Su tratamiento a la luz del acto jurídico. Medios de subsanación” arribó en este orden a dos importantes conclusiones: “5. La nulidad de la escritura pública no ocasiona la nulidad del acto, ni la nulidad del acto ocasiona la nulidad de aquella, salvo cuando el requisito de forma sea esencial para la validez del negocio (forma de ser). 6. Cuando la escritura solo es exigi-

ha sido defendida también por la jurisprudencia guatemalteca que ha dejado bien delimitada la distinción entre la nulidad sustantiva y la formal.¹⁰

INVOCACIÓN DE FUNDAMENTOS DE DERECHO...

En estrecha vinculación con lo ya expuesto, la Sala ha venido reiterando la necesidad de que los impugnantes citen los preceptos legales pertinentes, sobre todo cuando se pretende interesar la nulidad del instrumento, en que han de invocarse en los fundamentos de Derecho de la demanda los artículos sustentadores de la *causa petendi*. Así, en el Segundo Considerando de la Sentencia No. 219, de 29 de marzo de 2004, de la ponencia de Acosta Ricart se aduce (...) *en todo caso estando encaminada (la) demanda a la nulidad de los instrumentos señalados, estaba obligada a demostrar que el instrumento adolecía de alguna de las infracciones contenidas en*

el artículo dieciséis de la Ley de las Notarías Estatales, no estando presente en el instrumento ninguna de las que recoge el precepto, y por supuesto este habría de ser el sustento legal de la demanda; desde otro orden debe entender que si por el contrario su pretensión hubiere estado encaminada a la nulidad del acto contenido en ambas Escrituras entonces el fundamento legal sí hubiera sido el artículo sesenta y siete del Código Civil, en el acápite que hubiere correspondido (...).

Pronunciamientos que se reiteran en el primer considerando de la Sentencia No. 20, de 28 de enero de 2005, de la misma ponente, al expresarse: (...) *se aprecia que la demanda adolece de serios defectos en el orden técnico por cuanto, en definitiva se involucran situaciones que tienen que ver con la eficacia del acto, mientras que a su vez se acusan infracciones que se refieren a la eficacia y validez del instrumento, cuando en definitiva la pretensión concreta que se deduce resulta ser la consecuencia lógica de la narración de los hechos y de la fundamen-*

da para producir sus efectos plenos (forma de valer), su nulidad no ocasiona la nulidad del negocio, pudiendo aplicarse en estos casos los arts. 987 y 1185 del C.C.", en <http://www.uinl.org/vercongrjor.php4?id=25> [consulta: 8 de mayo de 2004].

- 10 El profesor Nery Roberto Muñoz ha recogido en su libro *Introducción al estudio del Derecho Notarial*, pp. 120-124, los resultados de investigación de otros autores y del repertorio de jurisprudencia que incluye sentencias de la Corte Suprema como la de 7 de octubre de 1961 expresiva de que "(...) *Son aspectos completamente diferentes; en cuanto que el primero (se refiere al contrato) se forma por el acuerdo de voluntades para aceptar y contraer obligaciones; la segunda (se refiere a la escritura) es el instrumento público que le da validez legal al convenio previo. Como corolario la nulidad de una no implica forzosamente la nulidad de la otra o viceversa (...)* La nulidad del contrato radica en las partes; en tanto que la nulidad de la escritura depende del notario". La cursiva es nuestra.

tación jurídica que se ha expuesto en la demanda; la misma debe ser clara y precisa y en el caso no aconteció de tal forma, pues de inicio la pretensión se relaciona con la validez del acto y no del instrumento (...).

Si bien ello no colisiona con la posible aplicación del principio *iura novit curia*, en los casos en que fuere menester su aplicación, a pesar de que a él no se refieren explícitamente las sentencias en comento que hacen más un reproche por la indebida formulación de los fundamentos legales, en razón de la *causa petendi* invocada, que una corrección de estos bajo el manto del inveterado principio a cuyo tenor se autoriza al juez

de lo civil a aplicar las normas jurídicas que estime procedentes, y a modificar el fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes, y en consecuencia, a no quedar obligado a ajustarse a los razonamientos jurídicos empleados por las partes.¹¹

NULIDAD DE LAS ACTAS NOTARIALES

La Sentencia No. 906, de 31 de diciembre de 2004, bajo la ponencia de Díaz Tenreiro, en su único considerando, deja sentada una tesis de vital importancia en la teoría de las

11 En este sentido la jurisprudencia española ha reiterado que: "(...) los Jueces y Tribunales, haciendo uso del aforismo *iura novit curia*, al razonar, sus decisiones, se apoyan en leyes y doctrinas que no han sido alegadas por los litigantes, ya que es notorio que la función de aplicar la norma pertinente al supuesto de hecho debatido, es función privativa del Juzgador, que tiene plenos poderes para rectificar errores o suplir omisiones a este respecto" (Ref. El Derecho 1968/809-TS 1a Sentencia de 29 de noviembre de 1968); "(...) no determina incongruencia la aplicación de preceptos legales no invocados por las partes, puesto que la aplicación del derecho incumbe al Tribunal, según los conocidos principios *iura novit curia* y *da mihi factum, ego dabo tibi ius*" (Ref. El Derecho 1987/ 6842-TS 1a, Sentencia de 30 de septiembre de 1987).

En tanto, la Sala Primera del Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de diciembre de 1985 ha expresado que es "admisible por no afectar a la congruencia, utilizar el principio tradicional del cambio del punto de vista jurídico por el Juez o Tribunal, expresado en los axiomas *iura novit curia* y *narra mihi factum, dabo tibi ius*, que permiten a aquellos, al motivar sus Sentencias, no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes, pudiendo apoyarse en razones de carácter jurídico distintas, pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas, sin que en ningún supuesto pueda admitirse que aplicando el principio de referencia el órgano judicial pueda cambiar la acción ejercitada; por lo que en definitiva cabe admitir el empleo por los Jueces y Magistrados de distinta argumentación jurídica que la utilizada por las partes, para resolver sobre las pretensiones o excepciones ejercitadas en el proceso, pero en absoluto variar el fundamento jurídico en virtud del cual se pide, o sea, la *causa petendi*".

Esta tesis ha sido reiterada insistentemente por dicho Tribunal Constitucional en sentencias de 20 de julio, 13 y 23 de diciembre de 1993; las de 1994, entre las que son de destacar las de 14 de marzo, 11 de abril, 23 de mayo, 20 de junio, 18 de julio, y 3 de octubre; las de 11 de mayo y 18 de diciembre de 1995; y la de 28 de octubre de 1996. En igual sentido, pueden verse las de 3 de junio de 1997, y 13 de enero y 29 de junio de 1998.

nulidades, a saber: la nulidad sustantiva no atañe a las actas notariales. La *ratio decidendi* del fallo judicial se basa en que (...) *no puede prosperar la nulidad del acta de declaratoria interesada a tenor del artículo sesenta y siete inciso ch) del tantas veces citado cuerpo legal, habida cuenta que este precepto posibilita declarar la nulidad de un acto jurídico y la declaratoria de herederos practicada mediante acta notarial no goza de tal consideración, toda vez que el artículo trece inciso b) de la Ley de las Notarías Estatales establece claramente que las actas en las que se hacen constar hechos, actos o circunstancias, no constituyen acto jurídico, en tanto el artículo noventa y tres de dicho cuerpo legal en su inciso j) clasifica la declaratoria de herederos como acta, de todo lo cual se colige que si bien el instrumento notarial cuya nulidad se pretende se realizó contraviniendo lo establecido por la ley al desconocer el Notario que el heredero había renunciado previamente a ser declarado como tal a la herencia, y que su lugar lo debían tomar sus descendientes en representación suya, no resulta legalmente viable acceder a la pretendida nulidad, pues el precepto legal su-puestamente amparador no da vía a ello, siendo susceptible únicamente de modificación ante tribunal competente a tenor de lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo quinientos treinta y siete de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral en relación con el Acuerdo setenta y seis de catorce de junio de mil novecientos ochenta y ocho del*

Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (...).

Si bien discrepo de la posición adoptada, pues en tal caso no necesariamente habría que acudir a la vía judicial, dado que, tratándose técnicamente el acta de declaración de herederos *ab intestato* de un acta de notoriedad, y demostrado que había parientes más propincuos con delación a su favor, era suficiente autorizar un acta de declaración de herederos en la que se llamara a los descendientes del renunciante *ex iure representationis*, dejando sin efecto cualquier declaración de herederos, acreditativa de que, hasta ese momento, era notorio que los parientes con prelación o preferencia para ser llamados a la sucesión lo eran los que habían acreditado el grado parental y así se había dispuesto en el acta, a cuyo tenor habían sido llamados a la sucesión del causante tales herederos putativos. Empero, estoy conteste de que esta fórmula extrajudicial aún no goza de aceptación, sobre todo por el imperio del archinombrado Acuerdo No. 66, de 14 de junio de 1988, del Consejo de Gobierno del TSP, que a mi juicio desconoce la técnica notarial, al resultar improcedente autorizar un acta notarial en la que se declare herederos a los indebidamente excluidos, previa anuencia de los promotores de tal exclusión, lo que resulta desatinado a la luz de la lógica jurídica e inadecuado en un tipo de instrumento público como el acta notarial, en la que no se hacen constar manifestaciones negociales de voluntad, como lo constituiría tal aquiescencia.

Lo cierto es que el alto foro deja sentada la improcedencia del Artículo 67 del Código Civil como precepto amparador de una pretensión nulificante de un acta de declaratoria de herederos *ab intestato*. Coincidió con el razonamiento *ad normam* hecho por la Sala. Es improcedente anular un acta, contentiva únicamente de hechos, actos o circunstancias, narradas por el notario, máxime en una, como la presente, que en esencia no es sino un acta de notoriedad, nula únicamente como instrumento, o sea en su dimensión continental, pero no en el plano del contenido. En todo caso, el hecho narrado por el notario, podrá ser auténtico o inauténtico, pero no nulo, pues no es dable trasladar a la esfera de los hechos las patologías endémicas de los actos jurídicos.

NULIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA...

Resulta muy interesante el caso fallado por la Sala del alto tribunal en que recayó la Sentencia No. 276, de 30 de abril de 2003, de Hernández Pérez, por la que se declaró *con lugar* el recurso de casación interpuesto. Se trató, al parecer, de un caso de suplantación de personalidad, si bien la sentencia no lo deja claro. Uno de los supuestos compa-

recientes en el instrumento público (escritura pública de permuta) abandona el país con carácter definitivo, vía Estados Unidos, en fecha anterior a la firma del instrumento, en el cual alguien se arroja de su personalidad y comparece ante notario,¹² aunque la ponente se ampara en el quebrantamiento del principio de inmediación, para declarar la nulidad del instrumento público en cuestión. A tal fin dice el primer considerando de la segunda sentencia en comentario: (...) *el acto jurídico contenido en la Escritura de Permuta número mil ciento diecinueve de fecha veinte de julio del dos mil es nulo, por haberse realizado en contra de una prohibición legal, en este caso la contenida en el artículo veinticinco de la Ley número cincuenta de la Ley de las Notarías Estatales, que establece que los comparecientes son los sujetos del documento notarial y su presencia por sí o por representación es obligatoria en el acto de autorización (...).*

No puede soslayarse, primero que se pasa por alto el hecho de que nos encontramos frente a un supuesto de suplantación de personalidad, con las implicaciones que para el Derecho penal ello conlleva, para quien pretendió defraudar la dación de fe pública notarial y, segundo, que en la sentencia no se alude el fundamento legal amparador de la nulidad, si bien se invoca un supuesto de nulidad negocial por haberse realizado

12 No puede obviarse que la parte actora del proceso ordinario que en su día se estableció, aludió desde un inicio al quebrantamiento de una prohibición legal, a partir de demostrar la improcedencia de que concurriera ante notario público cubano por sí, alguien que desde hacía más de un mes estaba en Estados Unidos.

el acto en contra de una prohibición legal, la que implícita o virtualmente estaría contenida, *a contrario sensu* de su literal interpretación, en el Artículo 25 de la Ley de las Notarías Estatales, por no existir presencia física de quien se aduce por el notario intervino en el instrumento. Obsérvese que se trata además del quebrantamiento del juicio o fe de identidad que debió haber hecho el fedatario público al autorizar el instrumento, pues otra cosa no hubiera sido posible, una vez calificados el acto y los documentos habilitantes a tal fin.

A mi entender se trata de un caso de falsedad ideológica imputable a los comparecientes, quienes contribuyeron a distorsionar la realidad de los hechos plasmados en el documento público. El Código Penal español en el Artículo 390.3° incluye como un supuesto de falsedad documental el suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, calificándolo la doctrina científica como un caso de falsedad ideológica. Nuestro Código penal sin tipificar explícitamente la suplantación de personas, sanciona en el artículo 250 inciso b) la conducta punible a cuyo tenor una persona “contribuya a consignar en un documento público, datos, declaraciones o hechos inexactos relativos al acto de que el documento es objeto”, en el caso el hecho inexacto estaría corporificado por la identidad del compareciente en el instrumento, a quien se le imputa el acto documentado, disímil de quien ha concurrido al instrumento público, cuya verdadera identidad permanece oculta”.

En consecuencia, no hay nulidad formal o instrumental porque no se trata de ausencia, sin más, de quien debiera haber concurrido como compareciente, ya por sí, ya por representación, sino de sustitución o suplantación de personalidad, resultando el instrumento no auténtico o carente de veracidad en tal extremo. Hay carencia de autenticidad interna o ideológica, atribuible, eso sí, al compareciente.

IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO PÚBLICO...

Otro de los particulares en los que se ha pronunciado la Sala es el relativo a si la ausencia de fecha de autorización expresada en el instrumento es motivo suficiente *per se* para provocar la declaración judicial de nulidad instrumental. El criterio de la Sala es negativo, así se colige de su Sentencia No. 117, de 28 de febrero de 2005, en su segundo considerando (ponente Carrasco Casí) en la que se expresa que (...) *el artículo dieciséis de la Ley de Notarías Estatales, Ley número cincuenta de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, recoge taxativamente las causas que pueden dar lugar a la nulidad de un documento notarial y en ninguna de ellas puede subsumirse el hecho de que se le haya dejado de consignar en la Escritura Pública objeto de controversia el día en que la misma se suscribió, por ser una omisión material que puede ser sal-*

vada por el funcionario actuante, sin trascendencia legal alguna. Mas no creo que el tema sea tan sencillo.

La fecha en el documento público notarial tiene una gran trascendencia formal y material, en el primer orden, porque los documentos públicos notariales se ordenan conforme a la fecha de su otorgamiento. No se olvide que debe cumplimentarse la regla de foliación ordinal por fecha en los protocolos notariales (ver Artículo 144 del Reglamento) y también por fecha se asientan los asuntos notariales en el Libro Único (ver Artículo 163 inciso b) del Reglamento). Ella trasciende para determinar la competencia del notario autorizante, así un notario con competencia provincial, a quien se le extiende su competencia, atribuyéndosele competencia nacional por el ministro de Justicia, puede a partir de la fecha de notificación de tal resolución, autorizar un instrumento fuera de la provincia en la que hasta ese entonces tenía su sede notarial y este documento público sería plenamente eficaz en razón de la competencia territorial del notario, pero solo a partir de esa marcada fecha. A la vez que la fecha es esencial para evaluar con carácter retrospectivo el estado de sanidad mental de una persona.

En cualquier impugnación del juicio de capacidad dado por el notario sobre un compareciente, desempeña un papel decisivo la precisión de la fecha exacta de autorización de un instrumento. Incluso algunos documentos públicos notariales deben ser

autorizados dentro de un término fijado por las normas jurídicas, requisito legal, cuyo cumplimiento solo puede comprobarse apreciándose la fecha de autorización del documento público *v.gr.* una escritura de permuta no puede ser autorizada, pasados los sesenta días hábiles de notificación de la resolución dictada por el director municipal de la vivienda habilitando el acto de permuta, ni qué decir la importancia que tiene en un testamento o en una fe de vida; en ambos constituye un requisito esencial, como lo podría ser en un requerimiento notarial para el cumplimiento de una obligación pura, en la que la fecha de la diligencia de requerimiento practicada por el notario en el domicilio del deudor, o en el lugar interesado por el acreedor, tiene particulares efectos sustantivos, a los fines de hacer incurrir en mora *ex persona* al deudor (ver Artículo 295.1 del Código civil).

En todos los casos enunciados, queda evidente que la fecha sí trasciende para el documento público notarial autorizado y para el acto instrumentado en él. La noción del tiempo no solo aparece como una categoría filosófica, tiene una indubitada trascendencia en el Derecho, de ahí las figuras de la prescripción y de la caducidad (ver artículos del 112 al 125 del Código civil).

Por esa razón algunas normas jurídicas notariales reconocen su ausencia en el documento público (total o parcial) como causa de nulidad formal, a menos que se pueda reconstruir este dato, a partir de los antecedentes obrantes en el proto-

colo notarial o en otros textos, tal y como podrían ser el libro de radicación de asuntos notariales o el libro indicador.¹³ No es que la ausencia de fecha no pese en estos cuerpos legales, en principio es motivo de nulidad instrumental, pero como esta en todo caso ha de ser excepcional, siempre que pueda ser salvada tal omisión, cabría entonces hacerlo, eso sí, solo cuando las circunstancias lo permitan.

Estos argumentos me llevan a discrepar del razonamiento del TSP, no porque el caso ameritara la nulidad del instrumento, pues coincido con el sustrato material del fallo judicial,¹⁴ sino por la formulación abstracta de su *ratio decidendi*. No considero banal la ausencia de fecha o la omisión parcial de esta, a menos que el notario pueda salvarla, lo cual no quiere decir como dijo la Sala que se trata de "(...) una omisión material que puede ser salvada por el funcionario actuante, sin trascendencia legal alguna". Que puede ser subsanada por el notario, cabe. Pero que no tenga trascendencia legal, discrepo. Sí que la tiene y creo haberlo demostrado con los ejemplos citados. Que en ese caso concreto no la tenía. Conforme. Aducir—como lo hizo el recurrente—, que con la ausencia del día de autoriza-

ción no se podía saber si la resolución autorizante de la permuta, dictada por el director municipal de la vivienda y que funciona para las partes como un supuesto de legitimación receptiva, es un argumento baladí, pues esta se adjunta a la matriz del protocolo y en ella aparece la fecha en que se dictó, además de que en el libro de radicación de asuntos notariales ha de constar la referida escritura, amén de la fecha del depósito bancario por concepto de la prestación de ese servicio notarial. Todo ello sin obviar que la omisión debió haber sido salvada por el notario, antes de expedir la primera copia.

Sin conato de justificación, no debe olvidarse que suele ser práctica notarial reiterada preparar con anticipación el documento público y dejar para el momento de la autorización el consignar la fecha, muchas veces solo el día y el número del documento público notarial, con el riesgo de que suceda lo que realmente aconteció en este caso.

Por ello quiero dejar sentado que para mí, en principio, la ausencia de fecha en un instrumento público es una omisión esencial, pero salvable, cuando las circunstancias así lo permitan. Soy del criterio de que la nulidad instrumental como

13 El libro indicador ha desaparecido en el ordenamiento jurídico notarial cubano. Este se empleaba para radicar los documentos públicos no protocolizables. Hoy día se hace a través del libro único de radicación de asuntos notariales. En este tipo de documento público también se exige consignar la fecha de autorización.

14 Se pretendía impugnar un contrato de permuta de viviendas, entre otras razones, por la ausencia parcial de fecha, pues ciertamente se había expresado en el documento público mes y año, no así el día exacto de su autorización, alegando el abogado representante del recurrente efectos que esa ausencia provocaba que tampoco comparto pues demuestra desconocimiento de nuestra práctica notarial.

patología en sí que es, solo debe proceder por excepción, pero sin obviar que la ausencia de fecha, o aun la omisión parcial de esta como en el caso de autos, sí pudiera ser motivo de nulidad del instrumento. Y aquí nuevamente disiento de la posición del TSP cuando expresa (...) *el artículo dieciséis de la Ley de Notarías Estatales, Ley número cincuenta de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, recoge taxativamente las causas que pueden dar lugar a la nulidad de un documento notarial y en ninguna de ellas puede subsumirse el hecho de que se le haya dejado de consignar en la Escritura Pública objeto de controversia el día en que la misma se suscribió (...).*

Es cierto que en las causales reconocidas en los incisos a), b) y c) no se regula expresamente este motivo como razón de nulidad, pero el inciso ch), tan controvertido, abre el diapasón al juzgador permitiéndole declarar nulos los documentos públicos notariales “en los casos en que se declare judicialmente”, lo cual resulta obvio, y aunque no considero lo más feliz su inclusión entre las causales de nulidad —porque de todos es sabido que la nulidad instrumental tendría que ser declarada por tribunal competente como efectivamente luego regula el segundo pá-

rrafo del Artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales—, deja abierta toda posibilidad de declaración judicial de nulidad en supuestos no estrictamente regulados en los incisos anteriores, cuando a juicio del juzgador el quebrantamiento de las normas legales es esencial para el tráfico jurídico, como lo pudiera ser el permitir la circulación de un documento público notarial a través de la expedición de copias, en que resulta imposible consignar la fecha exacta de su autorización en la matriz.

En estas circunstancias, sí que había que acudir al inciso d) del so-corrido Artículo 16 para declarar la nulidad del instrumento público, agotadas las posibilidades de sanación del vicio, sin que resulte un valladar su no inclusión dentro de las explícitas causales de nulidad que el propio artículo enuncia en los tres primeros incisos, muy distantes en su formulación normativa de los dos últimos, como en otra oportunidad expresé.¹⁵

EL PROMOVENTE NO PUEDE IMPUGNAR, SIN VULNERAR...

Para los que han negado la aplicación de los principios generales del Derecho como fuente del ordenamiento jurídico en Cuba,¹⁶ cabe que

15 Sobre el tema, ver mi artículo “A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales” (en *La Notaría*, no. 6, junio de 1998, pp. 91-110; *Gaceta Jurídica*, t. 80-B, pp. 49-60; y *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, pp. 19-32).

16 El tema es sumamente polémico. Según la doctrina foránea dominante, los principios generales del Derecho constituyen una fuente directa del ordenamiento jurídico. Fernández Bulté no descartó su aplicación como fuente subsidiaria. Posición disímil sostuvo Fernando Cañizares Abeledo, *Teoría del Estado*, pp. 86-87. Este autor no le

analicen y estudien la interesante Sentencia No. 126, de 28 de febrero de 2005, cuya ponente es Arredondo Suárez. En ella se invoca el *venire contra factum proprium*. Se trata de un principio de alcance general no solo en el Derecho civil y que tiene como fundamento el actuar honesto, en aras de la protección de la buena fe objetiva y, con ello, de la seguridad jurídica. La doctrina y la jurisprudencia españolas han sido prolijas en su disección. Se configura como exigencia de congruencia, conforme con la cual, quien afirma o admite algo, no puede luego contradecirlo. Por ello la Sala advierte en el primer considerando de la sentencia: (...) *resulta inatínente que mediante el recurso*

*que se resuelve se cuestione la eficacia jurídica del Acta de Declaratoria de Herederos por la propia persona que instó ante fedatario su autorización conforme a las disposiciones del artículo ciento seis y siguientes de la Resolución número setenta de nueve de junio del dos mil dos del Ministro de Justicia que reglamenta la Ley de las Notarías Es-tatales, siendo evidente que su proceder contraviene el principio general de derecho que preconiza que contra actos propios no hay acción, ya por su propia iniciativa acometió los actos necesarios para materializar lo que ahora enjuicia (...).*¹⁷

En fin, que le resulta impropio a quien promueva por medio

atribuye carácter de fuente del ordenamiento jurídico a los principios generales, sino también rechaza la aplicación de los clásicos principios, creados bajo la impronta romana. Con ello niega el carácter dialéctico de todo proceso revolucionario que no puede despojarse de los valores positivos heredados del pasado. Estos principios, hoy tienen plena vigencia y no por ello hemos abandonado nuestros derroteros. Solo que ha operado una nueva lectura pero sin que estos pierdan su configuración. Además, no cabe confundir principios generales, con axiomas y reglas jurídicas, las que por demás, discrepando del profesor Cañizares cuando las enuncia, no creo que se traten de axiomas o reglas aplicables a un ordenamiento jurídico inspirado en valores distintos al nuestro. La realidad de estos años de Revolución ha demostrado lo contrario. Con ello no puedo negar que en estos años también se han convertido en principios generales de nuestro Derecho aquellos inspirados en los nuevos valores formados y sedimentados. Como arguye Julio Fernández Bulté, en *Teoría del Estado y del Derecho-Teoría del Derecho*, p. 236, el Derecho ha de hacerse reservorio dinámico de esos valores que lentamente han adquirido sentido de absolutez, al punto de que hoy pueden ser erigidos como immanentes.

- 17 Sobre la definición de actos propios en el orden jurisprudencial cubano, ver las sentencias No. 534 (de 30 de julio de 2004, cuarto considerando) y No. 751 (de 25 de noviembre del 2005, en su primer considerando), ambas del TSP, de la ponente Acosta Ricart, a cuyo tenor "(...) actos propios, son aquellos que como expresión de libre y espontánea decisión se realizan con el fin de crear, extinguir o modificar algún derecho, y en tal virtud, así como nadie puede ser perjudicado por actos ajenos, tampoco ninguna persona puede ir válidamente contra sus propios actos, y ello porque si bien toda persona es libre de realizarlo o no, al hacerlo y reconocer algún derecho a favor de tercero, surge una relación jurídica entre ambos que no puede después ser arbitrariamente destruida por actos posteriores (...)"

de abogado, acta de declaración de herederos *ab intestato*, a cuyo tenor se llama a la sucesión a determinado pariente o al cónyuge *supérstite* del causante, luego incoar proceso a cuyo través impugne el llamamiento operado a favor de una de las personas sobre las cuales manifestó, que debía el notario pronunciarse, por ser aquellas a favor de las que se habría de ofrecer la herencia.¹⁸

En este sentido el Tribunal Supremo de España ha ido configurando dogmáticamente este principio. La Sala Primera en la Sentencia de 16 de febrero de 1988 (Ref. El Derecho 1988/1248) dijo que *la doctrina de los actos propios ha sido desarrollada (...) en el sentido de que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejerce, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad eficiente entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido, habiéndose-*

se matizado dicha doctrina por la jurisprudencia en el sentido de que no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo los actos contra los que no es lícito actuar aquellos que, por su carácter trascendente, o por constituir convención, causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, situación jurídica o de hecho que no podrá ser alterada por quien se hallaba obligado a respetarla.

La misma jurisprudencia española ha delineado los requisitos para que se considere el acto como vinculante, a saber:

- a) que el acto tenga “como fin la creación, modificación o extinción de algún derecho” (sentencias de 3 de abril de 1973, Ref. El Derecho 1973/187; de 22 de septiembre de 1988, Ref. El Derecho 1988/7229; de 27 de enero de 1996, Ref. El Derecho 1996/236; y de 20 de diciembre de 1996, Ref. El Derecho 1996/9115);¹⁹
- b) que se trate de “un acto adoptado con plena libertad de criterio” (sentencias de 14 de febrero de 1984,

18 Recordemos que el acta de declaración de herederos *ab intestato* se autoriza a instancia de parte interesada, con representación letrada, y que el abogado aporta al notario los documentos que a su vez su cliente le suministre o le indique para su búsqueda. Para su autorización es suficiente la comparecencia del abogado, quien representa los intereses de su cliente, pero a la postre se obtiene un título sucesorio, por el que se llama a la sucesión no solo al promovente, sino también a todos aquellos en razón de su proximidad parental o conyugal.

19 Luis Díez-Picazo, en *La doctrina de los propios actos*, p. 115, en la nota 56, aclara con toda razón que esta idea no tiene valor absoluto, pues existe un gran número de sentencias del Tribunal Supremo en que hay “actos propios” sin aquel efecto. Incluso —comenta el afamado profesor— que en la mayor parte de las veces, se deja sin determinar si el derecho creado, modificado o extinguido es del autor de los actos o de una tercera persona.

- Ref. El Derecho 1984/7021; y de 20 de diciembre de 1996, Ref. El Derecho 1996/9115), con pleno conocimiento de las consecuencias (sentencia de 25 de mayo de 1970, Ref. El Derecho 1970/351), “razón por la cual dicho principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la conducta o presión de quien pretende valerse en provecho propio” (sentencia de 14 de febrero de 1984, Ref. El Derecho 1984/7021), ni “que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho” (sentencia de 27 de enero de 1996, Ref. El Derecho 1996/236);
- c) la existencia de “un nexo causal eficiente entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior” (sentencias de 25 de mayo de 1970, Ref. El Derecho 1970/351; de 3 de abril de 1973, Ref. El Derecho 1973/187; y de 20 de diciembre de 1996, Ref. El Derecho 1996/9115);
- d) que se trate de un acto jurídicamente eficaz, concluyente e indubitado, con carácter trascendente (sentencias de 3 de abril de 1973, Ref. El Derecho 1973/187; y de 22 de septiembre de 1988, Ref. El Derecho 1988/7229) o que “por constituir convención causa estado definiendo inalterablemente, la situación jurídica de su autor” (sentencia de 17 de mayo de 1941, citada por la de 25 de mayo de 1970, Ref. El Derecho 1970/351).

Como esgrime Díez-Picazo, “para situar debidamente el alcance de la idea de la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, y comprender su juego y su mecánica, hay que salir del terreno de los conceptos del derecho sustantivo y situarse en la perspectiva realista de un proceso (...). Por eso cuando a un litigante se le dice que no puede «ir contra sus propios actos», lo que se le dice es que no puede sostener, en el proceso, una afirmación distinta de la que en el mundo sostuvo con su conducta, porque (...) esta conducta, anterior de la persona, que impide la contradicción, no se toma en su alcance jurídico sustantivo (...) sino en lo que ha tenido de afirmación, de un definirse de la persona respecto de la situación jurídica.

”Esto explica también que la regla de la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, consuma su propia eficacia en enervar, detener o impedir la afirmación procesal contraria a la conducta prelitigiosa, siendo un medio de defensa, una excepción o, en sentido amplio, una objeción”.²⁰

NO COMPETE A LOS TRIBUNALES...

Al decir de Rodríguez Adrados, las actas de subsanación de error u omisión se incluyen dentro de las actas de calificación jurídica, al contener un juicio del notario, a partir de las pruebas aportadas, subsanatorio del error o de la omisión formal que

20 *Ibíd.*, p. 109.

padece la matriz de un documento notarial, autorizado por él o por quien le sustituye o por cualquier otro notario. Se trata de un juicio notarial acerca de la subsanación que ha quedado realizada.²¹

Procede únicamente cuando el error o la omisión padecidos en el instrumento no son constitutivos de un supuesto de nulidad formal *ex artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales*, de tal manera que se logran sanear los vicios formales del documento desde la propia sede notarial, sin necesidad de desencadenar todo el mecanismo judicial. Por ello, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo en la Sentencia No. 743, de 21 de noviembre de 2003, en su segundo considerando (ponencia de Acosta Ricart) se pronuncia en el sentido de que (...) *no le es dable al Tribunal aclarar un instrumento notarial (...) la Ley de Notarías Estatales (...) no contiene la subsanación de errores en un instrumento público, lo que en todo caso aparece contenido en su Reglamento (...) limitándose la subsanación a verdaderos errores u omisiones del instrumento mediante actas, mientras que los mismos no sean causa de nulidad o afecten derechos de terceros (...) la Ley de las Notarías Estatales,*

no contiene la pedida aclaración de Escritura (...).

De ello se colige que:

- a) la subsanación solo procede por la vía notarial, a través de un acta en que se contiene el juicio subsanatorio notarial;
- b) no le es dable al tribunal subsanar o enmendar documentos públicos notariales, si bien al amparo del Artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales, sí puede declarar su nulidad formal;
- c) el hecho de que el vicio o la omisión sea constitutivo de una causal de nulidad o perjudique derechos de terceros, constituya *per se* un límite para la autorización del acta subsanatoria;
- d) el acta de subsanación de errores u omisiones tiene amparo reglamentario (ver artículos 85 inciso g), y 105); y
- e) están legitimados para interesarla los propios comparecientes del instrumento que se subsana, sus representantes o causahabientes, a menos que lo que se subsane sea del interés de uno solo de los comparecientes, y siempre que no cause perjuicio a los demás interesados (ver Artículo 105 del Reglamento).

21 Antonio Rodríguez Adrados: *Cuestiones de técnica notarial en materias de actas*, pp. 224-225. La XXVI Jornada Notarial argentina celebrada en Córdoba, del 3 al 5 de octubre de 2002 en el Tema I dedicado a las "Nulidades instrumentales. Su tratamiento a la luz del acto jurídico. Medios de subsanación", se aprobó como octavo despacho la admisión de "los documentos notariales para rectificar, aclarar, o complementar constancias notariales, errores materiales u omisiones que puedan traer aparejada la observabilidad de la escritura, en la medida que no alteren el negocio. Estos documentos, como medios de subsanación, podrán formalizarse sin compareciente en virtud de la rogación previa. En este último supuesto deberá documentarse por el mismo escribano o su subrogante legal", en www.uinl.org/vercongrjor.php?id=25 [consulta: 8 de mayo de 2004].

BIBLIOGRAFÍA

- Cañizares Abeledo, Fernando: *Teoría del Estado*, Editora Universitaria, La Habana, [s. f.].
- Egea Ibáñez, Ricardo: "Nulidad del instrumento público. Sus clases. Valor del documento notarial nulo por defecto de forma. Subsanción de errores. Falsedad del instrumento público", en *La Notaría*, no. 3, Colegio de Notarios de Cataluña, marzo de 1998.
- Díez-Picazo, Luis: *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1962.
- Doldán Aristizábal, Ricardo A.: "Nulidad de escritura que carece de la firma de alguna de las partes. Su subsanción", en *Revista del Notariado*, año CIII, octubre-diciembre de 2000, Buenos Aires, pp. 190-111.
- Emérito González, Carlos: *Teoría general del instrumento público*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1953.
- Fernández Bulté, Julio: *Teoría del Estado y del Derecho-Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Gattari, Carlos Nicolás: *Manual de Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Giménez Arnau, Enrique: *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- Llaca y Argudín, Francisco: *Legislación Notarial de Cuba*, 2.^a ed., Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., La Habana, 1931.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: "A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales", en *La Notaría*, no. 6, junio de 1998, Cataluña, pp. 91-110; *Gaceta Jurídica*, t. 80-B, julio de 2000, Lima, pp. 49-60; y *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, enero de 2000, La Habana, pp. 19-32.
- Roberto Muñoz, Nery: *Introducción al estudio del Derecho Notarial*, [s.n.], Guatemala, 1994.
- Rodríguez Agradós, Antonio: *Cuestiones de técnica notarial en materias de actas*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.

Legislación

- Código Civil de la República de Cuba*, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.
- Ley de las Notarías Estatales*, Ley No. 50/1984 de 28 de diciembre, Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su *Reglamento*, contenido en la Resolución 70/1992, de 9 de junio, del ministro de Justicia.
- Ley Orgánica del Notariado español*, Ley de 28 de mayo de 1862, en *Gaceta de Madrid*, 29 de mayo; y su *Reglamento*, Decreto de 2 de junio de 1944 en base de datos *El Derecho*, Editores, Legislación 1, Actualización 2-2004.

EL JUEZ PONENTE EN EL PROCESO CIVIL CUBANO

*Esp. Marta Acosta Ricart,
jueza profesional, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP*

PARA LA MAYORÍA de los profesionales del Derecho, el procedimiento civil resulta complejo atendiendo a ser muy amplio y dotado de un significativo número de trámites procesales; por ello y comoquiera que al juez designado como ponente de un asunto, por la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, le viene impuesto un grupo de obligaciones —que incluye el seguimiento del proceso desde su interposición hasta su culminación ante el tribunal de que se trate—, nos ha motivado esta figura para el desarrollo del presente trabajo, con el que pretendemos hacer un llamado en especial a quienes se inician en nuestros órganos de justicia, fundamentalmente provenientes de las aulas universitarias, en cuanto a la importancia de velar con extremo celo por el cumplimiento estricto del procedimiento legalmente establecido para cada tipo de proceso, en cuanto ello trasciende no solo en relación con la efectividad del tribunal, sino además específicamente en cuanto a la profesionalidad del ponente.

“Si juzgar es función de alta soberanía, natural es que el Juez sea independiente de carácter y por temperamento. Letra muerta serían los

preceptos que otorgan al juez la independencia legal más absoluta, con las garantías adecuadas, si no reúne las condiciones de carácter mínimas indispensables para el desempeño del cargo”.¹

El proceso civil es la actuación regulada por las normas del Derecho procesal respecto al conocimiento y resolución de los asuntos de esta naturaleza, de manera que se garantice el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones procesales por parte de los interesados. En él mismo pueden realizarse los actos contemplados por las normas procesales, por lo que representa un sistema de actos y relaciones jurídicas.

La particularidad de las relaciones que se materializan en el marco judicial consiste en que solo pueden realizarse en el orden y la forma estipuladas previamente por el Derecho procesal civil. La norma procesal otorga determinados derechos a la vez que impone obligaciones a los que intervienen en el proceso, igualmente determina todo su desarrollo y fija para cada sujeto que en ello participa, la medida de conducta debida y posible, o sea, tienen por objeto su regulación jurídica en los procesos que se ventilan.

1 Julio Garcerán de Vall: *El Juez*, p. 496.

El valor del Derecho procesal civil se determina por el papel que debe cumplir la justicia en el afianzamiento de la legalidad, la garantía de la defensa del régimen social, el sistema económico, la protección de las libertades y derechos socioeconómicos, políticos e individuales de los ciudadanos, garantizados por la Constitución de la República de Cuba. El grado de desarrollo y perfección de las normas del Derecho procesal civil, siempre que se observen estrictamente en el proceso, predeterminan el cumplimiento de las tareas de la justicia por los tribunales.

El tribunal como sujeto del proceso asume su dirección, orienta y controla la actuación procesal de quienes participan en este y los ayuda a la vez que garantiza ejercer sus derechos y obligaciones procesales. En el Artículo 38 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE) queda refrendada la responsabilidad del tribunal en la dirección e impulso del proceso; así al investirlo del derecho a exigir una determinada conducta a los que participan en el proceso fija asimismo la del propio órgano.

Las obligaciones del tribunal dimanarían de sus funciones como órgano público, encargado de ejercer justicia, función que Couture estimaba como un poder-deber, ya que junto a la facultad de juzgar se encuentra el deber de hacerlo, y además hacerlo bien, pues no le es dable negarse a fallar o a cumplir, y aplicar las leyes vigentes con cualquier pre-

texto, según el Artículo 3 de la citada ley procesal, el 120 de la Constitución de la República de Cuba, y el 4 de la Ley 82 de 1997.

“No es posible la justicia en el desorden. El fin del Derecho radica en garantizar que por la Justicia, el orden y la seguridad se creen y establezcan las condiciones que permitan a los miembros del grupo a realizar el bien común. El Estado promulga el Derecho a través de sus órganos, pero no arbitrariamente, sino con vistas a lograr un resultado determinado”.²

No obstante esa función de dirección e impulso del proceso por el tribunal se concreta específicamente en la conocida figura del juez ponente, quien a diferencia de lo que pudiera estimarse por la etimología de la palabra no solo tiene la responsabilidad de la redacción de la ponencia de la sentencia, que contendría el fallo que en su día se acordara por ese tribunal, sino también la de velar por el cumplimiento de las normas del procedimiento establecido para el asunto de que se trate. En los artículos 122 y 123 de la citada ley procesal se establece la designación de juez ponente en los procesos civiles para todos los tribunales de nuestro sistema judicial, asimismo en el Artículo 124 aparecen relacionadas de forma detallada sus responsabilidades en el proceso civil.

Resulta en extremo fundamental la participación cercana y activa del juez ponente durante toda la

2 *Ibíd.*, p. 323.

sustanciación del asunto para el que se le ha designado, intervención que no puede limitarse en modo alguno a la redacción de una buena sentencia; su función ha de ser más que eso y comprende desde el comienzo mismo del proceso, como bien lo refrenda el citado precepto. De nada valdría que al final se dictara una sentencia adecuada, si en el orden del proceder se trata de un proceso imperfecto, colmado de imprecisiones procesales y desaciertos; no puede olvidarse que al igual que la sentencia, el proceso todo, o sea, las actuaciones, constituyen un documento público del que se trasluce tanto lo correcto como lo desacertado, por lo que un proceder inadecuado en el orden procesal necesariamente descalifica en primer orden al tribunal con especial incidencia en la figura de quien tiene la responsabilidad en la conducción del proceso, entiéndase el ponente.

FASE DE ALEGACIONES

Admisión de la demanda

La demanda es un medio procesal de defensa del derecho subjetivo, que resulta ser en definitiva la reclamación jurídica material de una persona, natural o jurídica, a otra, dimanante de una relación jurídica material controversial, basada en específicos hechos y presentada al conocimiento y resolución del tribunal mediante un determinado procedimiento. Es en el acto procesal de parte, por el cual se ejercita la acción,

donde queda formulada la futura relación jurídico-procesal. Para que una demanda cumpla su cometido debe ser presentada al tribunal.

La presentación de la demanda origina determinados efectos jurídicos, entre los que cabe distinguir los materiales y los de índole procesal. El más importante efecto jurídico-procesal de la presentación de la demanda y de su admisión por el tribunal consiste en el nacimiento del correspondiente proceso civil, de lo que se deriva la sujeción al cumplimiento durante el proceso de ciertos derechos y obligaciones procesales de quienes intervienen en él, entiéndanse el tribunal y las partes litigantes. El primero ejerce una función jerárquicamente subordinante y las partes quedan sometidas a su dirección.

Con la admisión de la demanda, se inicia el proceso civil; este, contrario a lo que pudiera estimarse, es un acto procesal del tribunal de vital importancia, pues constituye el pilar sobre el que se estructurará todo el complejo andamiaje implícito en cualquier proceso; por ello, el análisis deductivo del juez encargado de la admisión ha de ser oportuno y eficiente, pues en tal caso, de su acertada valoración depende que se aproveche, en beneficio del proceso, la oportunidad de solución de determinadas anomalías, que de no detectarse y enmendarse antes de la admisión se arrastrarían durante toda su sustanciación con las nocivas consecuencias que para la buena consecución de ello pudieran derivarse.

El Artículo 225 de la LPCALE establece las reglas que se han de

seguir a los efectos de la admisión de la demanda, mas comoquiera que se trata del ordinario, que resulta ser el proceso tipo o modelo, con aplicación supletoria para el resto del ordenamiento, basaremos nuestro análisis en dicho artículo, estableciéndose que el tribunal apreciará de oficio si se está en alguno de los casos de los apartados 1, 2 y 3 del Artículo 233 del citado cuerpo legal. Los dos primeros conciernen a situaciones de competencia y de falta de personalidad de las partes respectivamente; sin embargo, en el caso del tercero, está referido específicamente a los requisitos de la demanda previstos en el Artículo 224 de la propia ley.

Respecto a este último aspecto, pretendemos desarrollar determinadas consideraciones, pues sin dudas en la práctica profesional y, sobre todo, de la experiencia devenida de sucesivas inspecciones realizadas a otros tribunales, se aprecia que es el aspecto en el que no se hace todo el énfasis necesario, o en ocasiones no se detectan totalmente todas las deficiencias de la promoción.

La inobservancia de cualquiera de los requisitos de la demanda no es motivo obligado de rechazo de esta, pues en el párrafo final del precepto citado con anterioridad se ofrece la posibilidad de que cualquier deficiencia advertida por el tribunal en el proceso lógico deductivo y de detallado análisis, del que debe resultar siempre la admisión de la demanda, pueda ser subsanada por la parte que promueve, ante reparo que debe formularse; mas de la calidad de esa valoración inicial depende que en ese

reparo se consignen todas las insuficiencias de que pudiera adolecer la promoción, pues, de no realizarse dicho análisis con todo el rigor necesario, pudiera darse, como de hecho en ocasiones lamentablemente se advierte, que el órgano jurisdiccional pone reparo y condiciona la admisión de la demanda a la subsanación de cualquier deficiencia; sin embargo, puede darse el caso que no sea la única, por lo que ante el cumplimiento de la exigencia señalada se admite una demanda que aún contiene defectos subsanables, solo que el tribunal no se percató oportunamente: se desaprovecha así, por ligereza, la oportunidad procesal de mejoramiento total de esa demanda, con vulneración del principio de concentración, y da así inicio a un proceso, arrastrando un problema que luego, en el mejor de los casos, si es advertido durante su sustanciación, en ocasiones pretende resolverse de manera imprevista e inadecuada desde el punto de vista procesal.

A modo de ejemplificar nuestras anteriores valoraciones, en cuanto a la importancia de la decisión del ponente con relación a la admisión de la demanda, hacemos mención a uno de los *considerando* de la Sentencia No. 193 de 2008, dictada en el rollo de casación de la materia civil radicado en el No. 206 de 2008.

CONSIDERANDO: Que analizado el proceso se advierte que la demanda presenta serias insuficiencias, en tanto no existe la absoluta correspondencia entre los hechos, los fundamentos de derecho y la pretensión deducida, conforme a los

más elementales requerimientos del derecho procesal; pues se aprecia en primer orden que en la relación de los hechos se involucran dos situaciones distintas que habrían de conllevar a consecuencias jurídicas también diferentes, ya que una cosa es lo relacionado con la exclusión en el acta de declaratoria de herederos de quienes debieron serlo, lo cual tendría repercusión en la eficacia del acto de adjudicación contenido en el instrumento, público, cuyo sustento legal lo sería el inciso ch) del artículo sesenta y siete del Código Civil; mientras que cosa distinta sería las supuestas anomalías en la formalización del instrumento por parte del fedatario, relacionadas con la forma en que se convalidó la firma de uno de los concurrentes impedido físicamente de hacerlo, lo cual habría de conllevar a la nulidad del instrumento cuyas causas aparecen consignadas en el artículo dieciséis de la Ley de las Notarías Estatales; por lo que en primer lugar, de forma desacertada se formuló la pretensión, la cual se refiere a que se declare anulado el instrumento, lo que equivale a pedir anulabilidad de la escritura, lo cual resulta improcedente, cuando en todo caso se debió interesar la declaración de nulidad de la misma, pretensión que sólo estaría constreñida al problema de la formalidad del instrumento, lo cual en definitiva no fue probado en el proceso, de tal suerte, y comoquiera que lo que sí se acreditó es lo relacionado con haberse llevado a efecto la adjudicación sin la intervención de todos los que debieron, entonces ello

conllevaría a la nulidad del acto de adjudicación, lo cual se alegó, se relacionó dentro de los fundamentos legales el precepto que lo refrenda, sin embargo no se incluyó dentro de la pretensión, pues con el mayor o menor acierto que de ello pudiera resultar, ni siquiera se argumentó pretensión de carácter subsidiario; señalado a lo anterior no cabe dudar que el resultado adverso del proceso obedece en primer orden a la desacertada formulación de la demanda; no obstante de su estudio este Tribunal ha apreciado lo escabroso que le ha resultado a los interesados acceder a una determinación en el asunto, en tanto una vez excluidos del acta de declaratoria de herederos de su causante hubieron de promover un primer proceso de modificación de la misma, para luego, sin éxito, y por causa no imputable a esos justiciables promovieron sin éxito este proceso, con el cual aún no queda concluido el trayecto legal hasta la culminación definitiva de la liquidación y partición del caudal de su causante, razón por la cual se ha estimado, que en aras de la racionalidad a la que estamos convocados, y en cumplimiento del principio de economía procesal se ha de resolver como se dirá, pues en otro orden no puede desconocerse que el tribunal al admitir la demanda debió advertir los defectos que presentaba y realizando el reparo previo a la admisión que hubiere correspondido, con el apercibimiento que en tal caso correspondía.

Sirva el anterior considerando como ejemplo de cuán importante es

para el desarrollo perfecto de un proceso civil el momento de admisión de la demanda. En el caso se señala expresamente al tribunal que la presentada por quien accionó contenía significativas insuficiencias, pues concretamente se relacionaban dos situaciones de hechos diferentes, una imputable a la actuación del notario actuante en el acto jurídico de adjudicación de herencia cuya nulidad se venía interesando, mientras que la otra estaba relacionada específicamente con el hecho de haberse omitido en el acta de Declaratoria de herederos del causante de que se trataba, a personas con derecho a figurar dentro de su sucesión, quienes tras haber obtenido éxito en el correspondiente proceso civil de modificación de Declaratoria de herederos ya habían sido incluidas dentro de los herederos de la persona cuya herencia se había adjudicado por el acto jurídico señalado; esa deficiencia en la demanda debió necesariamente ser advertida por el ponente al examinarla para su admisión, y consecuentemente haber requerido a quien promovió a los efectos de que rectificara, según correspondía, los visibles errores que la presentada contenía en cuanto a la pretensión deducida, al no existir la lógica y necesaria correspondencia entre los hechos relatados, las pretensiones deducidas, y los fundamentos de Derecho relacionados en la promoción.

Estas situaciones, en ocasiones, como en el citado asunto, no son salvadas en la instancia y ocurre que el tribunal superior al conocer del

recurso queda colocado ante una disyuntiva: atenerse a estricto Derecho o hacer justicia, solución a la que generalmente se recurre, pues se entiende que en todo caso lo concerniente a mantener y reforzar la legalidad socialista que el apartado a) del Artículo 4 de la Ley No. 82 de 1997, como objetivo principal le asigna a la actividad de los tribunales, inequívocamente comprende la de actuar con racionalidad, garantizando a los ciudadanos una justicia efectiva, por lo que excepcionalmente, cuando no queda otra opción, nos tomamos la atribución de priorizar, lo cual en modo alguno puede convertirse en regla, pues ello sería una justificación para convalidar el incumplimiento, por parte de nuestros tribunales, del celo y dedicación con que han de desarrollar su trabajo, con apego a las normas tanto de procedimiento como de derecho sustantivo.

Como otro ejemplo a mencionar, ello se da en procesos civiles ordinarios en los que lo que se relaciona es una situación de hecho subsumible en el Artículo 67 del Código Civil; sin embargo, en lugar de interesarse por la parte que promueve la nulidad del acto jurídico como en Derecho corresponde, lo que concretamente se pretende es la nulidad de la escritura de que se trata; pero, pese a que ha sido una cuestión reiteradamente esclarecida en sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, aún se detectan casos en que el tribunal actuante, y en especial el ponente, en lugar de presentar reparo a los fines de que la parte actora atempere su pretensión

a los hechos de la demanda, con lo que lógicamente también habría de contribuir a la preparación de los abogados que llevan esos asuntos, a la vez que garantizar la excelencia que debe caracterizar al proceso civil, sencillamente admite, tramita y luego al fallar se pronuncian en la sentencia de forma correcta, o sea, disponiendo la nulidad del acto jurídico, con lo cual se alejan de lo que constituyó en el proceso la pretensión de la parte actora, incluso generalmente sin hacer mención a esa anomalía en su sentencia.

Esta situación, con mucha lógica, ha motivado inquietud en algunos profesionales, en cuanto ello en puridad se estaría en una situación de incongruencia, al resolverse por el tribunal cosa distinta a lo pretendido en la demanda, y por tanto constituiría causal de casación al amparo del apartado 2 del Artículo 630 de la ley de trámites, lo cual es cierto; sin embargo, aun cuando se trata de no afectar el interés de la parte, por una deficiencia que en todo caso no le es imputable, no deja por ello de ser una cuestión que atenta contra la imagen de perfección que debe caracterizar al proceso civil, y resulta en todo caso responsabilidad máxima del juez ponente que dispuso la admisión de la demanda, el no advertir todas las deficiencias que en el orden técnico-jurídico esta pudiera presentar, para así darle la solución oportuna siempre antes de la admisión, con lo que se evitan las infracciones señaladas.

La función del ponente continúa, y tiene, luego del establecimien-

to de la relación jurídico-procesal una importancia decisiva, pues al haber tomado como referencia para nuestras valoraciones un proceso ordinario, entonces no cabe dudar que en la fase de alegaciones se evidencia la mayor complejidad de índole procesal por la diversidad de actos de partes que en un orden lógico han de disponerse, respecto a lo cual el ponente decide en cada momento en cuanto le corresponde el impulso del proceso, mediante la resolución judicial correspondiente en lo que concierne al próximo paso del proceso, de donde de hacerse uso por las partes de todas las oportunidades que la ley ofrece, se produce una suerte de entretejido de trámites que se deben cumplimentar, que de no dilucidarse correctamente pueden originar desaciertos en el orden procesal, y conllevar incluso futuras nulidades.

Ante situaciones de esta índole y en aquellos procesos que llegan a alcanzar complejidad máxima se precisa, sobre todo cuando no se tiene la experiencia suficiente, un actuar muy cuidadoso para evitar innecesarios errores, y resulta preferible detenerse, analizar e incluso de ser posible consultar e informarse antes de disponer el trámite subsiguiente, pues ello resulta preferible a que, por actuar con ligereza, se origine una infracción que luego solo puede ser subsanada mediante nulidad de actuaciones, situación que a nuestro entender solo debía tener en los procesos civiles una incidencia excepcional, y en la realidad apreciamos que no es así. En lo sucesivo nos

referiremos a la nulidad de actuaciones como remedio procesal ante determinadas infracciones, pues comúnmente es en esta fase de alegaciones del proceso donde más suelen darse.

Nulidad de actuaciones

El Artículo 178 de la LPCALE ofrece la posibilidad de anular actuaciones, bien en los casos previstos en la ley o en cualquier otro que por incumplimiento de las formalidades legales pudiera producirse indefensión o perjuicio irreparable a cualquiera de las partes; como podrá entenderse de la clara letra del precepto, su aplicación está necesariamente sometida a determinadas condiciones. Para Couture, “el acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación; pero la gravedad de su defecto impide que sobre él se eleve un acto válido [...] La fórmula sería, pues, la de que la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada”.³

Por parte de algunos tribunales se hace un excesivo uso del citado precepto, lo cual resulta impropio desde el punto de vista del Derecho procesal; pues el precepto solo contiene un remedio ante determinadas situaciones que pudieran darse, pero no puede verse como un asidero al que recurrir para solucionar insuficiencias motivadas por un mal pro-

ceder, y resulta determinante la actuación del ponente en cuanto a la propuesta de decisiones acertadas en el orden procesal.

El proceso civil tiene sus particularidades y sin dudas lo distinguen la medida, la minuciosidad y la perfección, por ello, aun por justificada que sea, siempre la nulidad empaña esa imagen. La calidad del desarrollo del proceso identifica a quien lo dirige y conduce desde el orden profesional, de ahí que ha de tenerse especial cuidado porque, salvo contadas excepciones, la nulidad en un proceso no prestigia profesionalmente al juez, al contrario, los errores que en el orden de proceder se hubieren suscitado por decisiones inadecuadas, y más cuando estas resultan reiteradas en varios procesos, dentro de un mismo tribunal e incluso dentro de un propio proceso, pudieran demeritarlo. En puridad, no deja de ser una mácula, pudiendo estimarse los riesgos nocivos de la nulidad en dos órdenes: primero, en cuanto a la mencionada imagen que del juez emerge ante los restantes sujetos del proceso, o sea, las partes; y segundo, porque en todo caso la nulidad significa una retroacción y, por tanto, su existencia atenta contra el principio de celeridad que debe primar en su tramitación, incidiendo de forma adversa directamente en los intereses particulares de los justiciables al retardarse la solución de su problema.

3 Eduardo J. Couture: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 226.

El ponente y la prueba

La fase probatoria comprendida precisamente desde la disposición de apertura a pruebas hasta que estas constan practicadas y unidas a las actuaciones, resulta ser primordial en cuanto a la responsabilidad del ponente del proceso, pues dispuesta la apertura en el momento que corresponde, compete al ponente la admisión de las pruebas que hubieren sido interesadas por las partes; en tal sentido, es preciso señalar cómo en el Artículo 244 de la LPCALE queda establecida la carga de la prueba y su distribución en el proceso, mientras que por su parte en el Artículo 260, se deja relacionado las que no serán admisibles en el proceso; en este caso, debe resultar activa la posición del ponente a fin de actuar con cautela para no incurrir en la torpeza de proponer admitir las que se refieren a hechos admitidos en los escritos polémicos, o ya sean inútiles o tendentes a dilatar innecesariamente el proceso; de igual forma deberá procurar que se declaren inadmisibles pruebas que en definitiva al final pudieran resultar necesarias para la decisión del asunto.

“La tarea del juez en el proceso civil es aplicar el derecho material al caso concreto que se le somete a su consideración, es ajustar el supuesto abstracto de hechos de la ley al resultado específico que se le aporta y eso se logra exclusivamente si se prueba la certeza de lo alegado”.⁴

Inmediación en la prueba

Adquiere connotación especial la función del juez ponente en la práctica de aquellas pruebas previamente admitidas, la fase del proceso en la que con mayor grado puede apreciarse el principio de la inmediación, determinado esencialmente en cuanto a la relación entre el tribunal y el material fáctico del proceso; así, podría entenderse que por el principio de inmediación sería aconsejable que el ponente que forma parte del tribunal que pronuncia la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de donde extrae su convencimiento, y aun más radicalmente, que haya oído a las partes en sus alegaciones y deducciones, que haya entrado en relación directa con las partes, los testigos, peritos y los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar por sí mismo las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas relativas al litigio, fundándose en la impresión inmediata y no en referencias ajenas.

“La inmediación o mediación entre el juez y las circunstancias del proceso se produce sustancialmente en los dos aspectos de este en lo relativo a los hechos y en lo relativo al Derecho”.⁵

La virtualidad del procedimiento exige la inmediación del juez; en la práctica judicial, se aprecia el principio de la inmediatez muy relacionado con el principio de la oralidad, al extremo de que algunos los consi-

4 Juan Mendoza Díaz: *La Prueba en el Proceso Civil*, p. 38.

5 Eduardo J. Couture: *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, p. 73.

deran no como dos principios autónomos, sino como dos aspectos de una misma realidad, también podría estimarse a la inmediatez una causa directa de la oralidad, aunque ambos conceptos no se identifican absolutamente en tanto doctrinalmente cada uno constituye un principio independiente.

Significa este principio que el proceso en sí, y la práctica de prueba han de transcurrir en la presencia directa del órgano jurisdiccional competente, del que forma parte el juez ponente, que en último caso en pleno decidirá y dictará la sentencia que en Derecho hubiere lugar; tan solo quien ha presenciado la totalidad del procedimiento, oídas las alegaciones de las partes y quien ha asistido a la práctica de las pruebas está en condiciones de pronunciar la sentencia.

Como es natural suponer, en cuanto más directa e inmediata sea la relación del juez con la prueba del proceso, más eficaces resultarán; y, por el contrario, mientras más intermediarios existan entre el juez y los hechos, más lejanas a la realidad serán las versiones mediatas que reciba.

Al igual que para la determinación entre un proceso oral o escrito, para la calificación de un procedimiento como inmediato o mediato, lo decisivo es su fase probatoria; así un proceso está presidido por el principio de la inmediación cuando el juez que deba conocer de los autos y tomar la decisión final, presencia la práctica de la prueba, sin delegar di-

cha facultad en persona alguna. Pero la inmediación de la prueba no ha de estar exclusivamente limitada a su ejecución sino también es necesaria la inmediación de la valoración de la prueba.

“Si un órgano decidiera con arreglo al resultado de las actas el procedimiento sería inmediato pero escrito, contrariamente, una prueba testifical realizada por un juez comisionado o mediante la vía del auxilio judicial es mediatamente oral”.⁶

La prueba se puede definir, pues, como aquella actividad de las partes, encaminada a conseguir la percepción y persuasión del juez, respecto a aquellos hechos alegados oportunamente en el proceso; de conformidad con la doctrina, su apreciación por el tribunal puede constreñirse a dos reglas: la valoración legal, cuando la propia norma establece reglas, y la valoración libre de la prueba, la que no supone que el juez pueda seguir su capricho o apoyarse en simples conjeturas o impresiones subjetivas, sino que habrá de hacerse sobre la base de un proceso lógico, racional y deductivo, del que se extraen conclusiones convincentes, se hace frecuente que los jueces, para llegar a la convicción respecto a los hechos aducidos, usen la apreciación conjunta de la prueba; no obstante, debe entenderse como la valoración de una prueba en función o en relación con todas las demás, no como una mezcla indeterminada, por lo que resurge, con fuerza, la importancia y trascen-

6 Giuseppe Chiovenda: *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, p. 163.

dencia que adquiere el principio de inmediación, en cuanto impone la intervención personal y directa del juez en la práctica de las pruebas; este percibe las declaraciones en confesión de las partes, los testimonios de los testigos, y aprecia todos los matices, y situaciones que se producen, de forma que puede hacer destacar la manifestación de un testigo por sus especiales circunstancias, respecto a las de los demás, sin que ello suponga ir contra las reglas de la sana crítica, por lo cual el juez debe dar a este importante trámite procesal la significación que posee, atendiendo a que de su adecuado y oportuno actuar podrá lograr los mejores resultados que, en definitiva, han de resultar en extremo favorables en cuanto al sustento de la decisión definitiva contenida en la sentencia, pues no puede desconocerse que la prueba es la parte más significativa del proceso y que casi en la totalidad de los casos, de ella depende la sentencia.

La sentencia

La fase conclusiva del proceso se origina luego de terminada la fase probatoria, y comprende los trámites de instrucción, vista y sentencia; en este período del proceso resulta determinante la función del juez ponente del asunto —entiéndase que en la vista ya no se producen afirmaciones de hecho o derecho sino apreciación por las partes de los resultados del proceso—, se trata de actos de postulación, en los que la influen-

cia psíquica sobre el juez se realiza de forma oral en la vista, pues al realizarse ante el tribunal, dentro de sus integrantes se encuentra precisamente el ponente, quien tiene la responsabilidad del estudio detallado del proceso, por lo que celebrada la vista y concluso el proceso para dictar sentencia, es la oportunidad procesal idónea para disponer de oficio, y para mejor proveer, la práctica de determinadas pruebas necesarias para la conformación por el tribunal de la convicción sobre el asunto, según la letra del Artículo 248 de la mencionada ley de trámites.

Al ponente ha de corresponderle exponer el caso ante los restantes miembros de ese tribunal colegiado. La calidad de la exposición es determinante, pues aun cuando todos los jueces, profesionales y legos, conozcan el asunto y lo hayan estudiado, sin dudas el ponente es el más relacionado con este y, por tanto, está en posesión de un mayor conocimiento de sus incidencias, estando en la obligación de detallar con la mayor autenticidad todas las situaciones que concurran, tanto de hecho como de derecho, sin silenciar ni modificar situación alguna al momento de la discusión en que deberá adoptarse el fallo.

Luego resta al ponente la máxima responsabilidad en la redacción de la sentencia, que es ante todo un acto del tribunal, pero muy específicamente el ponente, y por añadidura un acto del Estado, pues supone una declaración de voluntad de aquel, constituye un mecanismo de aplicación del Derecho, además un

acto de manifestación de pensamiento que proviene del juez, ya que una cosa es adoptar la decisión por todo el órgano jurisdiccional y otra es llevar esa decisión a un documento público, que constituye el acto final que pone fin al proceso ante un determinado tribunal, que ha de distinguirse no solo por su estructura atemperada a las exigencias contenidas en el Artículo 151 de la LPCALE, sino por su contenido. El espacio o escenario que propicia al juez ponente la materialización y publicación de su labor intelectual lo constituyen las consideraciones de la sentencia, pues aun cuando están encaminadas a respaldar un fallo adoptado en colectivo, resulta incuestionable que el sello de la autoría del ponente lo distingue, de ahí que de la redacción y contenido de estas se responsabiliza más al ponente que al tribunal que las dicta, de donde su calidad tributa en sentido positivo o negativo en cuanto a él. Así pudiera expresarse que si bien concretamente el fallo es del tribunal, la sentencia es del ponente.

“La sentencia judicial como norma individual no es sólo una operación lógica de individualización, sino un acto de creación que implica dentro de ciertos límites un punto de vista sobre la justicia”.⁷ Dado el fin, función y naturaleza del proceso, está determinada por la demanda y la contestación, ya que el juez en sus consideraciones ha de dar respuesta a las pretensiones formuladas por las partes, pues de no ser así se po-

dría incurrir en el vicio de omisión. La congruencia, la precisión y la claridad constituyen características internas esenciales; las dos últimas devienen requisitos formales de cualquier acto de pensamiento. La claridad de la sentencia ha de entenderse en el más amplio sentido, pues no puede soslayarse que dentro de los objetivos que se atribuyen a la actividad judicial en el Artículo 4 de la Ley No. 82 de 1997, está la de reforzar y mantener la legalidad socialista, así como la educación de los ciudadanos; se debe entonces entender que aun cuando todo el proceso es público, la sentencia en específico está dotada de mayor publicidad que el resto de las actuaciones, pues es la que se difunde, por tanto, al dominio no solo de los letrados representantes de las partes del proceso, sino de los propios justiciables a quienes se les hace llegar por aquellos, pero además es susceptible de publicación en revistas y otros materiales especializados; de tal suerte es un medio indispensable para lograr la educación de las partes así como de todos los que puedan acceder a ella; por tal razón, debe ser clara de modo que en lo posible resulte entendible por estos, resultando el marco propicio para, mediante las consideraciones que procedan, sean capaces de entender el porqué de la decisión adoptada, por lo que no es recomendable utilizar un lenguaje rebuscado, con independencia de la indispensable terminología jurídica que proceda.

7 Legaz: *Introducción a la ciencia del Derecho*, p. 382, *apud* Garcerán de Vall, *Op. cit.*, p. 382.

Cuando una sentencia no es clara y precisa, puede originar el efecto contrario a lo que de ella se pretende o se espera por los justiciables, conduciendo a las situaciones de incerteza e inseguridad jurídica, y con ello quedaría vulnerado el derecho a una tutela efectiva, que como principio aparece refrendado en el Artículo 120 de la Constitución de la República de Cuba.

CONCLUSIONES

Sirva el presente trabajo para, en alguna medida, llamar la atención a los operadores del Derecho en la materia civil, en cuanto al determinante papel que en lo que concierne a un desarrollo eficiente del proceso civil tiene el ponente, como encargado máximo de velar por la pureza en la aplicación del procedimiento establecido en la LPCALE.

El procedimiento civil es catalogado de complejo, ello precisa del ponente una atención constante en cuanto a cada disposición que se debe adoptar: un desacierto puede llevar a un retroceso del proceso, cuando para solucionarlo se tenga que recurrir a anular actuaciones, ello tiene un doble efecto negativo; en cuanto al buen curso del proceso, el que en tal caso se verá retardado y afectará a los justiciables inmersos en este, pero además en cuanto constituye una mácula que en gran medida y salvo imponderables, afecta la imagen profesional del juez.

Solo el cuidado, la dedicación y estudio constante del procedimiento

civil puede conducir, sobre todo a quienes salidos de las aulas universitarias se les asigna la misión de desempeñarse como jueces profesionales, fundamentalmente en secciones civiles de tribunales municipales populares, en los que componen tribunal con dos jueces legos, a lograr la conducción adecuada de cada proceso que le sea asignado.

BIBLIOGRAFÍA

- Carrera Cuevas, Delio: *Derecho Romano*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980.
- Chiovenda, Giuseppe: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus, S.A. t. 1 y 2, Madrid, 1925.
- : *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, vols. I-III, Madrid, 1940.
- Cortés Domínguez, Valentín *et al.*: *Derecho Procesal Civil; Parte general*, Editorial Colex, Madrid, 2001.
- Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Talleres Gráficos de Aniceto López, Buenos Aires, 1942.
- : *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Dirección de Anales de la Jurisprudencia y Boletín Judicial, Ciudad de México, 2000.
- Diccionario de Derecho Privado*, Editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo, 1950.
- Garcerán de Vall, Julio: *El Juez*, Editorial Martí, La Habana, 1957.

- Grillo Longoria, Rafael: *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1985.
- Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- Maldonado, Adolfo: *Derecho Procesal Civil*, Antigua Librería Robledo de José Porrúa e hijos, México, 1947.
- Mendoza Díaz, Juan: "La prueba en el proceso civil", en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, diciembre de 2005, La Habana, pp. 38-51.
- Mendoza Díaz, Juan *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Montero Aroca, Juan *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1993.
- Plaza, Manuel de la: *Derecho Procesal Civil Español*, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.
- Prieto de Castro, Leonardo: *Cuestiones de Derecho Procesal*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.
- Rosemberg, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.
- Schonke, Adolfo: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1950.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.
- Ley No. 82 de 1997, Ley de los Tribunales Populares.

LA PROHIBICIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS* EN EL PROCESO LABORAL CUBANO

M.Sc. Gustavo Méndez González,
juez profesional, Sala de lo Laboral, TSP

LA APLICACIÓN DEL principio de la prohibición de la *reformatio in peius* por parte de los tribunales de lo laboral en nuestro país no ha ocupado la debida atención de los profesionales del Derecho. En nuestro caso, al resolver en calidad de ponente la solicitud de procedimiento de revisión presentada por un trabajador, a quien el tribunal de instancia le impuso medida disciplinaria de mayor rigor que la originalmente acordada por la autoridad administrativa, nos permitió, adentrándonos en el estudio del tema, comprender que su aplicación en nuestra especialidad depende de la materia de que se trate: sea en cuestiones de disciplina o derechos laborales, con matices diferentes, incluso de manera limitada en materia de derechos laborales.

CONSIDERACIONES GENERALES

Dentro de los principios generales del proceso, el de la prohibición de la *reformatio in peius*, se enmarca dentro de los relativos a los recursos, de manera que su estudio y

análisis se realiza en el ámbito de los medios de impugnación y concretamente en el de los recursos.

Para Fairén Guillén,¹ la *reformatio in peius* es la posibilidad (si se concede) del tribunal *ad quem*, de dictar, sin iniciativa, ni excitación de parte interesada, *ex officio*, una sentencia que agrave aun más que la recurrida. Consecuentemente estima que la prohibición de la *reformatio in peius* es la prohibición a los tribunales *ad quem* de reformar en perjuicio de los recurrentes y sin su iniciativa las sentencias recurridas (a menos que medie, en ese sentido, petición de la parte contraria), con lo que se facilita al gravado la posibilidad de pedir una nueva sentencia sin correr el riesgo de que en esta se incremente el gravamen que ya soporta por la primera.

Por su parte, el profesor cubano Juan Mendoza Díaz² considera la prohibición de la *reformatio in peius*, conocida también como prohibición de *reforma peyorativa* o *reforma en perjuicio*, como una institución de naturaleza compleja, que está referida a la regla que debe imperar en el proceso, en virtud de la cual resulta imposible que el órgano encarga-

1 Víctor Fairén Guillén: *Teoría General del Derecho Procesal*, p. 511.

2 Juan Mendoza Díaz: *Teoría de los medios de impugnación*, en <http://www.servidorictd/sold/libros/cv03.htm>

do de conocer el asunto en vía de recurso pueda alterar los límites objetivos y subjetivos que han sido trazados por el recurrente y con ello agravar la situación procesal que quedó fijada por la sentencia de instancia, salvo en aquellos casos en que ambas partes hayan recurrido, en cuyo caso el tribunal *ad quem* tendría plena libertad para moverse.

Esta regla está encaminada a lograr que las partes se sientan seguras al momento de interponer el recurso, sabiendo que dicha actuación no implicará en ningún caso un empeoramiento de su situación en el proceso, pues el tribunal *ad quem* no podría, en virtud del imperio de esta prohibición, sobrepasar el límite que ha sido fijado por la resolución combatida, proporcionando lo que gráficamente se ha denominado *tranquilidad para recurrir*.

La prohibición de la *reformatio in peius* es abordada por Danilo Rivero³ al argumentar que por ser el recurso una solicitud que depende de la voluntad del recurrente, el tribunal *ad quem* no podrá examinar ningún aspecto que no haya sido objeto del recurso. Aquí prevalece el interés jurídico de resolver el asunto adecuadamente.

La prohibición de la *reformatio in peius* es el principio relativo a los recursos que impiden al tribunal *ad quem* agravar la situación del que recurre, a menos que medie en tal

petición la parte contraria, también recurrente.

EN LA LPCALE

Nuestra ley de procedimiento adopta de manera expresa la aplicación del principio de la prohibición de la *reformatio in peius* al disponer que ningún recurso podrá resolverse en sentido que agrave la situación del que lo haya interpuesto,⁴ dejando claro que el tribunal *ad quem* no puede reformar de manera más gravosa que lo contenido en la sentencia que se combate. Sin embargo, no señala si los límites antes apuntados a las facultades revisoras del tribunal superior son de aplicación cuando haya más de un recurrente. Al respecto, Mendoza Díaz señala que la ley es omisa en este supuesto, toda vez que su diseño está concebido para que una sola parte sea la recurrente, pero la posibilidad de que sean ambas es totalmente posible.

Todo recurso crea una expectativa de reforma y abre la posibilidad de una nueva resolución sobre lo ya resuelto, pero esto plantea el problema de la extensión o amplitud de esta nueva posibilidad de conocimiento y como su solución la regla de la prohibición de la *reformatio in peius*, que consiste en prohibir que la resolución del recurso empeore la posición que dejó al recurrente la resolución impugnada.

3 Danilo Rivero García: “Los medios de impugnación”, p. 1.

4 Ley No. 7, “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico”, Artículo 604: Ningún recurso podrá resolverse en sentido que agrave la situación del que lo haya interpuesto.

EN EL PROCESO LABORAL

Carácter supletorio de las normas generales del proceso civil

Aun cuando no es el tema de nuestro artículo, debemos hacer mención al carácter supletorio de las normas generales del proceso civil respecto al proceso laboral, que le viene impuesto por el Artículo 696 de la ley de trámites,⁵ que permite aplicarlas cuando no se oponga a lo regulado para el proceso laboral.

Es muy importante tomar en cuenta que esta supletoriedad se lleve a efecto respetando, en primer lugar, los principios del proceso laboral reconocidos en el primer párrafo del citado artículo y que posteriormente se ampliaron con el Sistema de justicia laboral introducido por el Decreto Ley 176, de 15 de agosto de 1997.⁶

Respecto al principio en cuestión de la prohibición de la *reformatio in peius*, en las regulaciones del proceso laboral contenidas en la tercera parte de la LPCALE, no aparece ningún precepto que lo regule, de modo que su aplicación en nuestro proceso laboral sea tomada con ese carácter de supletoriedad.

La prohibición en el proceso laboral cubano

En sentido general, la aplicación del principio de la *reformatio in peius* en el proceso laboral se manifiesta de manera peculiar respecto a otras materias, en las que con mucha claridad se puede ejemplificar, como en el caso penal, que se explica cuando el tribunal *ad quem* no puede incrementar la cualidad, ni cuantía de la pena impuesta por el tribunal inferior, aun cuando nuestra norma procesal es omisa al respecto.

Aun cuando veníamos explicando que la prohibición de la *reformatio in peius* se manifiesta en el ámbito de los recursos, en el proceso laboral se puede aplicar de manera peculiar por los tribunales municipales en los procesos en los que resuelvan demandas de inconformidad contra las resoluciones dictadas por los órganos de justicia laboral de base (OJLB), por ejemplo, al momento de aplicar la medida disciplinaria.

La demanda de inconformidad de las partes con la resolución del OJLB, aunque no forma parte de los medios de impugnación que en la doctrina se reconocen, toda vez que la resolución que se ataca no fue dictada por un órgano judicial, lo que

5 *Ibíd.*, segundo párrafo del Artículo 696: En todo lo que no se oponga a lo establecido en los preceptos de esta Tercera Parte, se aplicarán con carácter supletorio las normas generales del proceso civil.

6 Decreto Ley 176, "Sistema de Justicia Laboral". En el Artículo 2 agrega a los principios ya reconocidos por el Artículo 696 de la LPCALE los de celeridad, sencillez y oralidad del procedimiento e impulso de oficio; los de comparecencia de las partes y publicidad, respeto a la legalidad e inmediatez.

constituye uno de los elementos que distinguen a esta institución procesal, sí opera como instancia de impugnación, que nace con la reclamación ante el OJLB, dentro del Sistema de justicia laboral, un todo ordenado y jerarquizado, con coherencia en sí mismo, que incluye las instancias prejudicial y judicial, en el que se atribuye a los OJLB el carácter de primario y obligado en la solución de los conflictos laborales y consecuentemente exige como requisito previo y obligatorio para acceder a la vía judicial el haber acudido al procedimiento del OJLB.⁷

Esta línea de pensamiento es la que ha seguido el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que dentro de las facultades de impartir instrucciones generales de carácter obligatorio para los tribunales, a los efectos de establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley,⁸ concluyó que la facultad del tribunal de resolver las reclamaciones que se establezcan contra las medidas disciplinarias impuestas por las administraciones, se extiende a mantener, dejar sin efecto, o sustituir la impuesta por otra más benigna, según lo que en derecho corresponda; sin que en ningún caso pueda imponer otra de mayor rigor; cabe el principio que recoge en supuesto similar, en cuanto a los recursos, el Artículo 604 de la LPCALE, conside-

rando el máximo órgano como preceptivo que en ningún caso pueden resolverse en sentido que perjudique la situación del que los haya establecido.

Esta interpretación del máximo órgano judicial comporta un interrogante respecto a si el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* es igualmente aplicable a la materia de disciplina laboral y a la de las reclamaciones de los derechos laborales. Por ello resulta importante analizarlos según sus particularidades.

En materia de disciplina laboral

La imposición de medidas disciplinarias por parte de las administraciones debe ejercerse a partir del cumplimiento por esa autoridad del procedimiento que se establece en las leyes, tanto las de carácter general, como las especiales, en las que se regulan los distintos pasos y en qué términos se deben seguir, y que concluye con la notificación de la resolución sancionadora.

Este procedimiento también conlleva exigencias no solamente de actos y plazos, sino que requiere del cumplimiento de determinadas formalidades. En la Resolución Conjunta No.1, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Tribunal Supremo Popular, de cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y siete⁹ se dispone la obligación de las ad-

7 Artículo 8 del Decreto Ley 176 de 1997 y Artículo 251 del Código de Trabajo.

8 Ley No. 82, "De los Tribunales Populares", Artículo 15.2.

9 Resolución Conjunta No. 1, MTSS-TSP, de 4 de diciembre de 1997. De manera complementaria se regula en esta resolución la constitución, competencia y funcionamiento

ministraciones de hacer constar de forma precisa y clara los hechos que imputan al trabajador, definir la conducta infractora, la valoración sobre la trascendencia, gravedad y consecuencias para la producción y los servicios, valoración de la conducta y comportamiento anterior y posterior a los hechos del trabajador y la medida disciplinaria.

Estos elementos contenidos en el escrito o resolución sancionadora de la administración fijan el objeto del proceso, quedando definidos los hechos y la medida disciplinaria a partir de la cual, tanto el OJLB como los tribunales populares, pueden ratificarla, anularla o modificarla, pero siempre en el sentido de imponer una de menor rigor o reducir el término de duración, para el caso de las correcciones temporales. Significa esto

que la medida inicialmente aplicada por la administración a un trabajador constituye el techo o límite máximo que se debe observar por los órganos que intervienen en la solución de los conflictos laborales originados por la imposición de medidas disciplinarias.

Es a partir de los hechos, las circunstancias y la medida dispuesta por la administración, contenidos en el escrito sancionador, que en lo sucesivo el trabajador se defenderá y formalizará sus reclamaciones ante las instancias que se reconocen por ley, por lo que respetar estos elementos iniciales propician la seguridad jurídica que debe prevalecer en todo proceso y de manera especial en el proceso laboral, en el que a los tribunales se les otorgan facultades tuitivas que propenden garantizar el

de los órganos de justicia laboral de base, así como el procedimiento para la solución de los conflictos laborales en los centros de trabajo y la adecuación del uso de la vía judicial.

Artículo 23. En la resolución o el escrito mediante el que se aplica una medida disciplinaria, la administración viene obligada a hacer constar, con precisión y claridad, lo siguiente:

- a) Los hechos que motivan la imposición de la medida disciplinaria, consignando las fechas de su ocurrencia y la definición de la conducta infractora según el reglamento disciplinario o el Decreto Ley, o ambos;
- b) Las pruebas que haya practicado para conocer y comprobar dichos hechos;
- c) Valoración sobre la trascendencia, gravedad y consecuencia para la producción y los servicios;
- d) Valoración sobre la conducta y comportamiento anterior y posterior a los hechos del trabajador;
- e) La medida disciplinaria que se aplica;
- f) El término que tiene el trabajador para ejercer el derecho de impugnar la medida disciplinaria, y ante quién.
- g) Fecha y lugar de la resolución o escrito; y
- h) Nombres, apellidos, cargo y firma del que aplica la medida.

Debe informar también el término de rehabilitación que le corresponde a la medida aplicada, conforme lo establecido en esta resolución.

equilibrio de partes tan desiguales que en él intervienen: el trabajador y la administración.

Este principio debe ser igualmente observado por parte del OJLB cuando resuelva la reclamación interpuesta por el trabajador en materia de disciplina laboral. Ante el supuesto de que el OJLB no respete este principio, y si fuera el caso, el tribunal municipal competente, aun cuando no se lo alegue el trabajador, viene obligado a disponer la revocación de la resolución que dictó aquel e imponer la medida disciplinaria que procediere.

El principio de la prohibición de la *reformatio in peius* en materia de disciplina laboral puede apreciarse en el supuesto de que sea una sola de las partes la que impugne ante el tribunal municipal, sea el trabajador o la administración, caso para el que el proceder del órgano judicial debe estar regido por las consideraciones que hasta este momento hemos expresado acerca del tema, la de no agravar la situación del que recurre más allá de lo acordado por el órgano al haber modificado la medida originalmente impuesta, o esta si hubiere sido ratificada por el órgano prejudicial. Otra cosa sería cuando sean las dos partes las recurrentes, en las que el tribunal tendría la libertad de adecuar la medida que se va a imponer, siempre respetando la inicialmente impuesta, como expresábamos antes.

Este elemento es importante tomarlo en cuenta, pues a pesar de que es de fácil comprensión, no siempre es respetado por algunos jueces, y

hay situaciones en las que se le ha impuesto, por ejemplo, a un trabajador la medida disciplinaria prevista en el inciso k) del Artículo 14 del Decreto Ley 176, consistente en separación definitiva de la entidad, cuando se venía defendiendo de la de traslado a otra plaza de menor remuneración o calificación, o en condiciones laborales distintas, con pérdida de la que ocupaba el trabajador, que originalmente había impuesto la administración y que había sido ratificada por el OJLB, quebrantamiento que fue restablecido por la sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular en procedimiento de revisión.

En materia de derechos laborales

La materialización de este principio en las reclamaciones de derechos laborales presenta un matiz distinto al que analizamos en el caso de las provenientes de la imposición de medidas disciplinarias.

Las reclamaciones de derechos laborales, como regla y a diferencia de las de contenido disciplinario, no nacen de escrito que emita la administración, sino que se derivan de actuaciones o decisiones administrativas que quebrantan o afectan los derechos laborales de los trabajadores o que estos estimen que les han sido vulnerados, relacionados con su estatus laboral, condiciones de trabajo, salarios, seguridad social a corto y largo plazo, vacaciones, estímulos o decisiones que de manera temporal

o definitiva impliquen el cambio de puesto de trabajo por necesidad de la producción o los servicios, o por reestructuración de la entidad a la que pertenece y otros supuestos.

Los derechos laborales, en correspondencia con el sistema político, económico y social que rige en nuestro país, en el que prevalece el interés de proteger los derechos de los trabajadores, se regulan de manera centralizada y se fijan las cuantías, límites, etc., de los de tipo económico para impedir las desigualdades, abusos o arbitrariedades de los administrativos.

En ese sentido, la aplicación del principio de la *reformatio in peius* en las reclamaciones sobre derechos laborales no puede llevarse al pie de la letra, tal cual su concepción aquí abordada. Para un mejor esclarecimiento, pongamos un ejemplo: un trabajador reclama el pago adicional por cualquiera de las razones que se autorizan por ley, como el pago por maestrías o doctorados, pero en el estudio del proceso el tribunal detecta que a la plaza que ocupa ese trabajador le corresponde un salario de inferior cuantía al que recibe y que erróneamente la administración ha estado retribuyéndole por su trabajo. Ante esta situación, además de resolver lo pertinente en cuanto al pago adicional reclamado, el tribunal

debe pronunciarse respecto a la violación de la legalidad que ha advertido y restituirla como corresponde.

Otro supuesto, del que se conoció también en la sala de la especialidad del Tribunal Supremo Popular, es el del trabajador que de acuerdo con su calificación profesional, entendía que le correspondía un determinado salario, sin embargo, el concedido por el tribunal municipal sobrepasaba los límites de lo que legalmente estaba regulado, lo que constituye igualmente un quebrantamiento de la legalidad que el tribunal estaba obligado a resolver, conforme a lo regulado en el Artículo 714.¹⁰

De modo que, en la materia en cuestión, el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* está limitado por el propio legislador en el Artículo 714 de la LPCALE, precepto que fue interpretado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular¹¹ en el sentido de orientar a los tribunales que en su actuar deben observar con celo suficiente los principios de lealtad e igualdad en el debate, pero que no tienen que ceñirse estrictamente a lo pedido por las partes y que podrán hacerlo de modo diferente si así lo exigiere la legalidad socialista. Esta facultad conlleva que incluso cuando el tribunal detecta violación de la legalidad socialista, aun cuando agrave la si-

10 Ley No. 7, "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico". Último párrafo del Artículo 714. "En su sentencia, el tribunal podrá resolver la controversia conforme a la petición del demandante o del demandado, de ambas partes si se hubiere producido acuerdo o allanamiento del demandado, o de modo diferente si así lo exigiere la legalidad socialista".

11 Acuerdo No. 453, Dictamen 36, de 2 de noviembre de 1978.

tuación del que reclama, puede resolver en el sentido de restablecer la legalidad quebrantada, tal como se sugiere en los ejemplos que expusimos.

Este precepto constituye la autorización de la *reformatio in peius* y va más allá de un simple límite al principio de congruencia, donde prevalece el principio de legalidad.

La legalidad es un principio de la vida sociopolítica, un método de dirección de la sociedad, que se realiza a través del cumplimiento de la ley. La legalidad se quebranta, se erosiona, se fractura cuando el principio es abandonado, es decir, cuando la sociedad empieza a ser regida de forma arbitraria, voluntarista y con criterios o métodos ajenos al imperio absoluto de la ley.¹²

Es la legalidad la que permite, en los casos citados, poder decidir en sentido que agrave la situación del que recurre.

Ahora bien, en las reclamaciones sobre derechos laborales puede darse el caso de que la parte afectada no sea incluso la recurrente, sino el tercero posible de ser afectado por la decisión del tribunal, al que el órgano anterior, dígase OJLB o el tribunal municipal popular, no le afectó su derecho o estatus, digamos en la escala establecida en una entidad a partir de la evaluación de la idoneidad demostrada de sus trabajadores.

CONCLUSIONES

- El principio de la prohibición de la *reformatio in peius* es de aplicación en el proceso laboral.
- En el proceso laboral cubano no se encuentra expresamente regulado el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*.
- La aplicación de la prohibición de la *reformatio in peius* en el proceso laboral cubano es de carácter supletorio del reconocido para el proceso civil en el Artículo 604 de la LPCALE.
- En el Sistema de justicia laboral, dado su carácter coherente y de sistema, es de aplicación el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* por los distintos órganos que intervienen en la solución de los conflictos laborales, lo que constituye una excepción a lo que doctrinalmente se reconoce como propio de los medios de impugnación.
- En las reclamaciones sobre derechos laborales, la aplicación del principio de la *reformatio in peius*, está limitada por el principio de legalidad, que permite entonces la *reformatio in peius*.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, Manuel: *Derecho Procesal del Trabajo*, 12.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2002.

12 Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y del Derecho*, p. 241.

Álvarez de la Rosa, M. et al.: *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, t. 2, Editorial Comares, Granada, 2001.

Barona Vilar, Silvia: "El juicio de revisión" (ponencia), Consejo General del Poder Judicial, España, en <http://www.servidorictd/sold/libros/cv20.htm>.

Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe, S.A.

Fairén Guillén, Víctor: *Teoría General del Derecho Procesal*, Instituto de Investigaciones de la UNAM, México, D. F.

Martín Sánchez, Antonio Raudilio: "Apuntes para una reforma del sistema de justicia laboral cubano", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 23 y 24, enero-diciembre de 2004, pp. 5-6.

Mendoza Díaz, Juan: "Algunas notas doctrinales sobre los recursos en materia civil", en <http://servidorictd/sold/libros/cv03.htm>

———: "Teoría de los medios de Impugnación", en <http://www.servidorictd/sold/libroscv03.htm>

Montero Aroca, Juan: *El Proceso Laboral*, t. 2, Librería Bosch, Barcelona, 1981.

Rivero García, Danilo: "Los medios de impugnación", Universidad de La Habana [s. a.]

Viamontes Guilbeaux, Eulalia: *Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación*, La Habana, 2001.

Legislación

Ley No. 5, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Ley No. 49, Código de Trabajo, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Ley No. 82, De los Tribunales Populares, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, La Habana, 14 de julio de 1997.

Decreto Ley 176, de 15 de agosto de 1997, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Resolución Conjunta No. 1 de 1997, del MTSS y el TSP, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Resoluciones del CG del TSP.

Instrucción No. 8, de 14 de noviembre de 1989.

Instrucción No. 157, de 8 de diciembre de 1997.

Acuerdo No. 453, Dictamen 37, de 2 de noviembre de 1978.

Acuerdo No. 242, Dictamen 97, de 14 de junio de 1980.

RETOS PARA LA JUSTICIA DE HOY

M.Sc. Luisa Elena Box Naranjo, jueza profesional,
Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TPP de Sancti Spiritus

PARA LOS ENTENDIDOS del Derecho, queda claro que ha sido desechada por nosotros la teoría de Montesquieu¹ sobre la división de poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) y se ha estimado el poder de dicha institución como único e indivisible que se manifiesta a través de distintas funciones, distribuidas entre los diversos organismos creados según un orden determinado, y corresponde a los tribunales populares la función de administrar justicia.

Para los cubanos, la justicia se alcanza cuando se ha obtenido una decisión judicial que resuelve un conflicto de cualquier clase entre partes adversarias.

Para muchos, la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde y está en manos de los tribunales tan importante actividad; esta, popularmente, en esencia, es una actuación de los jueces, que implica siempre un servicio: el de la justicia y, visto así, es incuestionable la necesidad social de su existencia, por un lado, porque sirve a los intereses del pueblo y, por otro, porque defiende el sis-

tema social, político y económico que este ha elegido.

Si miramos bien la sociedad cubana, la pudiéramos equiparar a un cuerpo compuesto por diversas partes que dependen unas de otras y se relacionan entre sí. La justicia cubana es una parte de ese cuerpo sin la cual este no funcionaría bien, y, como uno de los elementos indispensables para la constitución de la sociedad, la utilizamos para la superación de los conflictos entre sus integrantes.

El pueblo y los jueces añoramos la justicia, pero a todos nos conviene repasar este concepto. Para la época en que vivimos, las definiciones apuntadas sobre ese término son obsoletas.

¿Será que para que haya justicia siempre tendrá que estar presente la intervención vertical de una autoridad judicial en la solución de un conflicto? ¿Dónde dejamos su superación por medio de la resolución consensual? ¿Por qué siempre hay que esperar a que el tribunal dé lo que toca? ¿Es este un ente puramente adjudicativo de victorias y

1 El escritor francés Charles-Louis de Montesquieu (1689-1755) fue uno de los principales pensadores de la Ilustración. En su obra más famosa, *El espíritu de las leyes* (1748), defendió la idea de que los poderes del Estado deben recaer en instituciones distintas. "Solo así —decía— el ciudadano verá respetados sus derechos y libertades individuales". Hoy en día, la división de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial es un principio político básico en los países capitalistas.

derrotas? ¿No puede propiciarse la comunicación entre las partes para alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable? ¿Acaso estará prohibido a las partes salir a buscar, dentro del marco legal, de forma negociada y civilizada, lo que a cada quien corresponde?

Las respuestas a cada uno de estos interrogantes son hartamente conocidas y la realidad sola se impone, por ello en nuestro pensamiento y actuación debemos abrir las puertas a una justicia de nuevo tipo, que nos permita abrazar novedosos criterios y que esté orientada, más que al conflicto, al modo de solucionarlo. Ahora bien, para la consecución de tan noble y altruista fin se requiere la comprensión de todos los que de una manera u otra intervienen en los actos procesales que conforman un proceso judicial, de tal suerte, que en un plazo prudente contemos con el proyecto de justicia que necesitamos.

En Cuba, el distanciamiento entre la sociedad y el sistema judicial es asunto pasado. No obstante, la relación entre la justicia y la sociedad plantea múltiples desafíos, de los cuales solo consideraremos algunos en este comentario, a saber, el del tiempo del litigio y la ineficacia procesal.

EL TIEMPO DEL LITIGIO

En contraste con sistemas judiciales foráneos, en los cuales un proceso de cualquier materia del Derecho demora años en concluir para resolver un conflicto, en Cuba, en unos tres meses y medio se obtiene un fallo judicial de primera instancia.

Este indicador habla a favor de la celeridad del sistema judicial cubano, lo cual no quiere decir que los operadores jurídicos que, de algún modo, formamos parte de él, hayamos hecho todo cuanto esté a nuestro alcance para imprimirle más prontitud a los procesos tramitados en los tribunales populares.

La lentitud de los procedimientos perjudica en particular el acceso a la justicia. Cuando no damos un derecho al que lo tiene, en el momento que le corresponde, se desacredita la justicia frente al justiciable. La población necesita una respuesta judicial rápida para la solución de un conflicto.

Si tomamos al azar a una persona y le preguntamos su opinión sobre el tiempo que demora la tramitación de su proceso judicial, sin dudas asumiría la realidad de que tarda mucho. Si esa persona está afrontando un problema que considera muy importante, tres meses le parece mucho para esperar una primera respuesta.

Si a esa misma persona se le explica que frecuentemente los plazos concedidos para la evacuación de trámites son largos, lo cual no es un capricho del legislador, sino que obedece en lo fundamental a la complejidad del trámite mismo, y es una garantía para él que su abogado disponga de un plazo amplio para que organice el modo en que asume cada oportunidad procesal.

Sin embargo, esto no justifica todo lo que demora una contienda judicial para que los justiciables perciban la efectividad de la justicia. Inci-

den en esta demora prácticas y hábitos que han llegado a constituir una verdadera normativa real paralela a la legal, lo que depende de sus actores, o sea, de nosotros los jueces.

Dentro de esa normativa real se encuentran diversas reglas de conducta. Algunas de estas contrarían la normativa legal y al hacerse un uso desmedido de ellas, aun si están comprendidas dentro de las legales, se atenta contra la buena marcha de la actividad que realizamos. Cómo justificar frente al justiciable que, una vez instados para la ejecución forzosa de sentencia firme, no adoptemos con presteza las medidas indispensables para su rápido cumplimiento; que en determinados asuntos, como los sumarios de alimentos, practiquemos la comparecencia al mes de interpuesta la demanda, cuando legalmente solo tenemos 10 días para ello; que no somos diligentes para el nombramiento de un perito; que las pruebas a practicar las señalamos para los últimos días del término, cuando el cúmulo de trabajo nos permite hacerlo en momento anterior; que el secretario nos da cuenta al día siguiente de presentar un escrito y proveemos al siguiente. En fin, cómo justificar ante él tantas cosas injustificables y que dan lugar a que la justicia no sea lo rápida que pudiera ser.

¿Tendrá que ver este retardo judicial con el aumento del número de expedientes y con el incremento de la complejidad de los litigios?

La respuesta no se hace esperar. No obedece el retardo ni a una ni a otra cosa. Las estadísticas judiciales así lo demuestran. No es ne-

cesario entonces crear nuevos tribunales, la solución no está en el nombramiento de más jueces, sino en un sistema distinto de organización. Pero el núcleo de esa organización, de cara al incremento de la celeridad judicial, requiere una actitud distinta del juez, al asumir el papel de director del proceso que la ley le impone.

La aspiración a un cambio sustancial y consciente en nuestra actuación implica hacerse cargo de una nueva "cultura procesal", con la evaluación de los componentes negativos que hoy tenemos, y la adopción de las vías adecuadas para su transformación en positivo.

LA INEFICACIA PROCESAL

Quienes desempeñamos la actividad judicial en Cuba no hacemos una "carrera judicial cerrada" porque pertenecemos al pueblo, vivimos dentro de este, conocemos su sentir y sus demandas de justicia.

Las condiciones están creadas para la realización, sin intermediarios, de análisis profundos de temas tan sugerentes y prácticos como los relativos a la institución del matrimonio, los problemas de las relaciones extramatrimoniales, las relaciones paternofiliales, las anotaciones en los diferentes registros públicos, la violencia familiar, la delincuencia en general, etcétera.

Entonces, si estamos bien orientados sobre la realidad social cubana y las aspiraciones e ideales de justicia de los cubanos, cómo entender

que aún seamos superficiales en la admisión de un proceso; que no se haga uso de los modos de efectuar los reparos a las demandas judiciales o realizarlos cuando no corresponde; que rechacemos pruebas necesarias para la solución del litigio y admitamos otras que no lo son; que todavía en las actas de declaraciones de los testigos, a las respuestas de estos al interrogatorio, se consigne solamente: es cierto; que ocasionalmente no se mantenga la compostura en las audiencias judiciales y que en las sentencias no se motiven bien nuestras decisiones.

¿Será acaso que no estamos identificados con el pueblo? ¿Será acaso que no estamos suficientemente preparados para ser jueces? El juez cubano sí está identificado con su pueblo, pero cuando actuamos rutinaria y superficialmente, de manera inconsciente nos alejamos de la gente que nos eligió para defender la legalidad.

El juez no tiene que ser necesariamente el mejor expediente académico de su clase, pero sí el más equilibrado emocionalmente, el de mayor imaginación, el de pensamiento más flexible y el más comprometido con nuestra democracia.

Para superar comportamientos negativos que nos separan de los justiciables, no hay que esperar por nuevos códigos procesales, ni siquiera son necesarias modificaciones a los vigentes. Con los que tenemos, podemos ofrecer una justicia más efectiva, basta mirarnos por dentro, corregir las actuaciones impropias, ser sensibles ante los problemas aje-

nos que al cabo son problemas de la colectividad a la que pertenecemos y demostrar alto sentido de responsabilidad ante la misión que se nos ha encomendado.

Los jueces debemos tener la capacidad necesaria para comprender que el Derecho por sí solo no soluciona mágicamente los problemas de la vida de las personas que acuden a los tribunales, y que para la correcta solución de estos se reclama, además del abordaje interdisciplinario, esa aplicación perspicaz de las amplias facultades y potestades que yacen escritas en las leyes de procedimiento puestas a nuestra disposición, pero que no son hábilmente empleadas.

Nuestro pueblo culto y revolucionario quiere y merece una justicia rápida y efectiva, y a quienes nos corresponde administrarla debemos dispensarla sin permitir que la actuación negligente y desidiosa de otros condicione la nuestra. Así, cumpliendo con el principio de impulso procesal de oficio y fiel al principio de economía, si dentro de un proceso judicial se presentara una situación que genere indefensión, perjuicio a las partes o dilaciones innecesarias tendientes a demorar o negar un fallo en cuanto al fondo del asunto controvertido, deberá el juez sin ambages y fanfarrias adoptar las decisiones que resulten menester, dentro del ámbito de lo legal, para propiciar la justicia.

No se trata en lo absoluto de suplantarse la actividad de los demás sujetos que intervienen en el proceso, pero sí completarla cuando esta ha sido insuficiente, pues si en definiti-

va la solución a la problemática está a nuestro alcance, resolvámosla entonces, porque no hacerlo a quien únicamente perjudica es al pueblo.

Mucho se habla y se escribe sobre el Debido proceso. El nuestro es aquel que está libre de formulismos y esquematismos, sustanciado con apego a la ley, y que, sin llegar a convertirnos en siervos de ella, nos ponga de cara y no de espaldas a la solución de la litis.

La justicia cubana es un elemento de nuestra identidad nacional. Es autóctona, criolla, endémica, produzcámosla aquí dentro, perfeccionémosla, tomemos de la justicia extranjera lo más avanzado, pero ajustémosla a nuestra realidad nacional y defendámosla entonces, que solo así la es-

taremos revolucionando sistemáticamente y sirviendo con ello a la nación.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil cubano, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987.

Código de Familia de Cuba. Ley No. 1289 de 14 de febrero de 1975.

Código de Ética Judicial.

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

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley No. 7 de 1977, modificada por el Decreto Ley 241/06.

CARÁCTER PROFUNDAMENTE POPULAR DE LA JUSTICIA EN CUBA

*Lic. Alberto Martínez Álvarez,
presidente del TMP de Cacocum (Holguín)*

EL CARÁCTER PROFUNDAMENTE popular y democrático de la justicia en Cuba encuentra en la actualidad su expresión formal en la denominación de tribunales populares que establece la Constitución de la República, la Ley 82/97, “Ley de los Tribunales Populares” y su Reglamento al sistema de órganos estatales encargados de administrar justicia conforme a las leyes vigentes. Esta expresión formal refleja un contenido y una esencia que se fundamenta en el conjunto de principios estructurales, organizativos y funcionales que rigen el sistema judicial cubano y que permiten materializar la participación real y efectiva del pueblo en la aplicación de las normas legales en el ámbito judicial.

Los tribunales en Cuba, además de ser populares por su denominación oficial, lo son en su esencia y contenido, tanto en el ámbito social y general —que se materializa en su estructura, integración y funcionamiento como órganos del Estado cubano—, como en su conformación y funcionamiento en la solución de cada uno de los asuntos sometidos al conocimiento de los miembros que los integran.

Los órganos judiciales, como órganos del Estado, solo pueden alcanzar su carácter y dimensión ver-

daderamente democráticos y populares en una sociedad en que los intereses de las grandes mayorías que la integran se encuentran en condiciones objetivas de expresarlos y materializarlos en todas las facetas de la vida social; el pueblo cuenta con los principales medios de producción; desde el poder económico se puede ejercer el poder político y judicial como expresión de un mismo poder estatal; se identifican Estado y pueblo y se logra el verdadero ejercicio del poder popular judicial.

En un estado de Derecho las normas jurídicas establecidas desempeñan un papel esencial y decisivo en la implementación de preceptos legales que permitan la materialización del ejercicio del poder popular en la esfera judicial, mediante la promulgación de actos normativos de obligatorio cumplimiento encaminados a organizar la estructura y funcionamiento de la actividad judicial en general y en el ejercicio particular de las funciones.

En Cuba, los textos constitucionales y leyes complementarias, incluida la llamada Constitución de 1940, de una forma u otra realizaron intentos fallidos, limitados por las condiciones económicas, políticas y sociales del sistema capitalista, en aras de lograr una aparente democratización del sistema judicial. Nin-

guna de las regulaciones traspasaron los límites del documento que las contenía y la esencia excluyente y discriminatoria del sistema no permitió poner en peligro su propia existencia como sistema político imperante.

La triunfante Revolución Cubana de 1959 y el basamento legal que la ha legitimado y fundamentado por medio siglo, ha marcado un hito importante en el proceso de democratización de las instituciones estatales en el país. El proceso revolucionario no ha sido solo democrático y popular por haber tenido sus antecedentes y sus fuerzas motrices en la más auténtica representación del pueblo cubano, que alcanzó su máxima expresión en las organizaciones progresistas que emprendieron y mantuvieron la lucha liberadora hasta el triunfo definitivo, sino también por el reflejo permanente de sus intereses y aspiraciones en todo el proceso de institucionalización desarrollado con posterioridad.

Aquel pueblo definido por Fidel Castro en su alegato de defensa *La Historia me absolverá*, integrado por los hombres, mujeres, niños y ancianos, obreros, campesinos y estudiantes que padecieron la exclusión social del sistema capitalista, arribó al poder y pudo conquistar y plasmar su voluntad de participar en la vida política del país. La función de administrar justicia comenzó a permearse con estas conquistas y aspiraciones en todas las etapas de la construcción de la nueva sociedad.

La Constitución de la República, desde su promulgación el 24 de

febrero de 1976, ha preservado de forma invariable en su articulado el mandato legal que dispone cómo la función de administrar justicia dimana del pueblo y es ejercida en nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye, lo que luego resultó complementado por las diversas leyes de los tribunales populares que fueron dictadas hasta la Ley 82/97 y su respectivo reglamento.

De ese modo el Estado cubano preserva con rango constitucional una de las concepciones político-jurídicas más avanzadas y revolucionarias de la humanidad: la democracia, la que había sido acogida por la mayoría de las sociedades contemporáneas, pero en este caso en condiciones y con la voluntad de convertirla en una realidad palpable, cotidiana y verdaderamente ejercitable en toda su dimensión social, tal y como se preceptúa en el primer artículo de la propia Constitución de la República.

La independencia judicial constituye uno de los principios fundamentales de la administración de justicia en el país, con respaldo constitucional en el Artículo 129 de la Carta magna y solo cede para complementarse ante la profunda vocación democrática del sistema político cubano, consagrando la exclusiva subordinación de los órganos judiciales a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado, máximos órganos del poder del pueblo trabajador. Ambos constituyen órganos electivos y representativos de los verdaderos intereses de los diversos sectores del país.

Lo antes referido se ratifica en el artículo que encabeza la Ley de los

Tribunales Populares y se materializa además al constituir el órgano legislativo el que elige y revoca a los miembros de los tribunales populares y poseer facultades para recibir rendiciones de cuenta sobre aspectos de su interés de la administración de justicia en todos los niveles según la organización político-administrativa existente en el país.

El carácter electivo de los jueces que integran los tribunales populares, establecido en el segundo párrafo del Artículo 120 de la Constitución de la República, y el desarrollo de dichas elecciones en el seno de las asambleas del Poder Popular en sus diversas instancias, así como la posibilidad de revocación en correspondencia con el Artículo 125 del propio cuerpo legal, ambos complementados en las normas jurídicas comprendidas en el capítulo II, del Título III de la Ley 82/97, constituyen una fehaciente expresión de la democracia socialista y la participación del pueblo en la administración de justicia.

El poder popular judicial se garantiza en el sistema judicial cubano no solo en la estructuración y organización de estos desde una perspectiva general y mediante sus relaciones con las asambleas del Poder Popular en su funcionamiento, sino también en las regulaciones establecidas para el ejercicio concreto de la actividad judicial en la solución de asuntos que se someten a su consideración.

El funcionamiento colegiado de los tribunales populares para los actos de impartir justicia y con la participación en ellos, con iguales dere-

chos y deberes, de jueces legos y profesionales, permite que las decisiones judiciales resulten más ciertas, que contengan una interpretación de las leyes a los asuntos judiciales en correspondencia con el espíritu popular que las originó y lleven en su contenido la sabiduría, el quehacer cotidiano y las costumbres que forman parte de la idiosincrasia y la cultura del pueblo. Así resulta en cumplimiento del Artículo 124 de la ley de leyes en el país y reiterado en el Artículo 2.2.f de la Ley orgánica de los tribunales populares.

La integración de los tribunales, a los afectos de impartir justicia y la distribución del número y calidad de los jueces, se encuentra regulada en los artículos 25, 35 y 38 de la Ley de los Tribunales Populares, lo que implementa el principio de colegiabilidad de las decisiones judiciales consagradas constitucionalmente. En la composición de las salas de justicia de los tribunales provinciales y de los tribunales municipales para la impartición de justicia, los jueces legos constituyen mayoría. No sucede de igual forma en la composición de las salas de justicia del Tribunal Supremo Popular para la solución de cualquier asunto que se someta a su consideración, ni en la composición ampliada que se conforma en las salas de los tribunales provinciales populares en virtud de lo regulado en el Artículo 35.2 del reglamento correspondiente, en que dada la complejidad y la naturaleza de los diversos asuntos judiciales que se tramitan, se requiere, sin menoscabo del carácter popular que le impregna el juez

lego, de conocimientos especializados en las ciencias jurídicas para la adecuada solución del asunto.

El proceso de elección de los jueces legos revela con meridiana claridad su esencia popular y garantiza el cumplimiento de sus objetivos para la actividad judicial. En los artículos comprendidos entre el 49 y el 51 de la Ley de los Tribunales Populares se establecen los lineamientos que garantizan lo antes referido, al entregar la convocatoria y la constitución de las comisiones de selección de candidatos y de elaboración de candidaturas a la correspondiente asamblea del Poder Popular, se dispone la obligatoriedad de la constitución de estas por representantes de las organizaciones sociales y de masas del pueblo trabajador en los barrios, centros laborales y estudiantiles, agrupados en la Central de Trabajadores de Cuba, la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, los Comités de Defensa de la Revolución, la Federación de Mujeres Cubanas y la Federación Estudiantil Universitaria, y su presidencia la asume un representante de la agrupación de los trabajadores cubanos.

El Decreto Ley 195/99 constituye el Reglamento para el proceso de selección y elección de jueces legos de los tribunales populares, y en el que se regula de forma específica, además de los aspectos antes referidos del proceso, otros que garantizan la selección de los precandidatos en las estructuras de base de las organizaciones antes mencionadas, hasta la elección finalmente en las respectivas asambleas.

La participación de los jueces no profesionales de la actividad judicial, aunque no tiene sus antecedentes exclusivamente en el proceso revolucionario cubano, ni es una práctica exclusiva de su sistema judicial en la actualidad, en nuestra sociedad alcanza una dimensión distinta. El hecho mismo de su implementación, sin excepción, en todas las instancias judiciales, y en todos los actos de justicia, es una prueba de ello.

Los jueces legos representan los más diversos sectores sociales: el obrero que trabaja directamente en la producción y la prestación de servicios, el campesino que hace producir la tierra, el jubilado que entregó gran parte de su vida a prestar un servicio social mediante su trabajo, el ama de casa, el intelectual, bien sea hombre o mujer, joven o anciano, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en ley.

Así se garantiza que las decisiones que se adopten a lo largo de los procesos judiciales, y las que ponen fin a la controversia, contengan el resultado de un debate popular que se entabla entre los juzgadores del pueblo, en su condición de jueces con conocimientos especializados en las ciencias jurídicas y con las vivencias y experiencias cotidianas del pueblo trabajador. El ejercicio pleno de sus facultades se garantiza, además, al participar de forma activa en la adopción de decisiones con iguales derechos y deberes que los profesionales.

Por otra parte, los requisitos para ser elegidos como juez, lego o profesional, permiten que la integración de

los tribunales preserve su carácter popular. Ni los ingresos económicos, ni el conjunto de bienes materiales que posea el ciudadano, constituyen en lo más mínimo un requisito de hecho o derecho para ostentar y ejercer esta condición y responsabilidad social. El sistema de elección se encuentra completamente ajeno a los mecanismos mercantilistas y propagandísticos que imperan en las sociedades de consumo. El buen concepto público, las buenas condiciones morales, determinada edad según la instancia en la que se desempeñará, la experiencia laboral y buena actitud en las actividades en beneficio de la sociedad, constituyen junto a la profesionalidad en el caso de los jueces profesionales, los requisitos esenciales para la elección de los representantes del pueblo en la actividad judicial.

De ese modo, no solo las asambleas del Poder Popular, en representación de pueblo, eligen a los jueces, sino que deben hacerlo conforme a la voluntad expresa del pueblo en cuanto a requisitos se refiere, plasmada en los artículos del 42 al 44 de la Ley de Tribunales Populares.

El pueblo, además de participar en la administración de justicia con el control social general a través de las rendiciones de cuenta de los tribunales populares ante las asambleas, logra un mayor acercamiento a la actividad judicial y se produce de forma más efectiva, al tener la posibilidad de presenciar la celebración de las vistas de los juicios orales. El principio de publicidad de los actos judiciales, además de referirse de

forma específica para los juicios orales en el Artículo 2.2g de la Ley de los Tribunales Populares, queda consagrado en casi la totalidad de las regulaciones procesales en el país. Los actos judiciales a puertas cerradas o las vistas privadas se efectúan solo al concurrir los requisitos establecidos en los diversos cuerpos jurídicos procesales y por lo general se disponen de forma facultativa en los casos en que la participación de la población pueda conducir a hechos que alteren el orden público, para preservar la moral de las personas o interés social.

En correspondencia con lo antes referido y como expresión más concreta del carácter popular de la administración de justicia, resulta determinante que los procesos judiciales y las decisiones que se adopten, contengan y reflejen los puntos de vista y la perspectiva del pueblo, lo que el Tribunal Supremo Popular ha identificado con el interés social y constituye punto de partida y desarrollo de cualquier decisión judicial en todas las instancias.

La subordinación de los tribunales populares a la Asamblea Nacional del Poder Popular, sus rendiciones de cuenta ante ella y sus instancias inferiores de forma periódica, el carácter electivo y revocable de los jueces, la colegiabilidad de las decisiones judiciales, la representación del pueblo en los jueces legos que participan activamente en la adopción de decisiones y la publicidad de los actos judiciales, todos regulados en las legislaciones vigentes en el país, constituyen la base

necesaria para el desarrollo de la democracia en el ámbito judicial de la sociedad cubana actual.

La implementación de tales principios, su control permanente por el Estado y el pueblo por los mecanismos sociales, políticos y legales y el ejercicio pleno y responsable de los jueces encargados de administrar justicia en función del interés social, debe conllevar al logro supremo de convertir en una realidad cotidiana que los pronunciamientos y fallos judiciales sean verdaderamente en nombre del pueblo de Cuba.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional del Poder Popular:
Constitución de la República de Cuba, La Habana, [s.f.]

Ley de los Tribunales Populares, Ley 82, de 11 de julio de 1997, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, no. 8, 14 de julio de 1997.

Reglamento de los Tribunales Populares, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 7, 2 de febrero de 1998.

Reglamento para el proceso de selección y elección de jueces legos de los tribunales populares, Decreto-Ley 195, de 23 de agosto de 1999, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 52, 27 de agosto de 1999.

Tribunal Supremo Popular: *Importancia del interés social y la racionalidad de las decisiones judiciales*, La Habana, mayo de 2000.

LA INSOLVENCIA PATRIMONIAL EN LA JURISDICCIÓN ECONÓMICA CUBANA

*Lic. Yamisell Góngora García,
jueza suplente no permanente, Sala de lo Económico,
TPP de Ciudad de La Habana*

PARA TRATAR EL tema de la insolvencia patrimonial en el ámbito nacional resulta indispensable, no solo ubicarnos materialmente en la situación actual al respecto, sino realizar un análisis histórico-jurídico de los términos y criterios que han rodeado el tratamiento de esta en nuestro ordenamiento jurídico a través de los años, y llegar a aquellas soluciones que con carácter inmediato se han dado a tales supuestos, sus aciertos y desaciertos, y el precedente que estas marcan como proyecto de futuras regulaciones de vital importancia.

EN EL ÁMBITO NACIONAL

La insolvencia patrimonial ha devenido, con la historia, fenómeno propio del mercado y las relaciones que este provoca, pero su debida regulación contrarresta y llega a eliminar sus efectos trascurrido el tiempo. En Cuba, este término se encuentra rodeado de un aura de prejuicios, determinada por una tradición de silencio, más que humano, normativo, consecuencia de un momento histórico de olvido del Derecho mercantil y muchas de sus instituciones y su aplicación práctica. Pero los tiempos son otros en nuestro país. La reali-

dad siempre sobrepasa a la norma y esta última raras veces previene el futuro distante, sino que regula el presente. Hoy nuestras relaciones internacionales, en ocasión de actos del comercio son considerables y por tanto nos llegan sus efectos, tanto positivos como negativos, y no somos ajenos a la insolvencia patrimonial, y aun cuando a tenor de la legislación vigente no nos sea posible nombrar sus diversas instituciones, estas responden a supuestos de hechos cotidianos. Y es que el fenómeno se nos muestra ajeno en la misma medida que, al amparo de lo preceptuado, no nos es posible siquiera reconocer efectivamente fallos concursales de carácter internacional, por carecer de las vías para su materialización; así como tampoco poseemos los medios para declarar en estado insolvente a los distintos sujetos mercantiles, aun cuando la situación sea demostrada.

De igual modo, en las relaciones interempresariales de carácter interno se hace evidente la presencia de una cadena de impagos, principal resultado de una insolvencia empresarial latente y palpable en tanto no reconocida. Se irrespetan de esta forma no solo los mandatos judiciales, sino también el derecho de los acreedores y el debido desarrollo de las rela-

ciones monetario-mercantiles, a tono con la falta de transparencia en estas últimas y la desinformación del acreedor que intenta cobrar lo que le es adeudado, con respecto a la situación del deudor; todo ello en perjuicio del desarrollo de la actividad económica tanto de uno como de otro.

Del análisis de lo escasamente regulado habremos de partir. Para ello será necesario remontarnos a épocas de la colonia y neocolonia llegando hasta nuestros días en la medida que nos sea posible. Solo así, en la recopilación de experiencias propias, el análisis de lo procedente según la doctrina, el Derecho comparado y demás tendencias mundiales, atemperadas a una realidad solo nuestra, hallaremos el camino a seguir en materia concursal.

RECUESTO LEGISLATIVO

La primera referencia que encontramos en términos concursales es el Código de Comercio Español de 1886, aún vigente en nuestro territorio, el cual en su Libro Cuarto denominado De la Suspensión de Pagos, de las Quiebras y de las Prescripciones, Título Primero: De la Suspensión de Pagos y la Quiebra en General, aborda bajo preceptos un tanto obsoletos “ambas instituciones”, sobre todo si apreciamos que en nuestros días la legislación española cuenta con consideraciones y procedimientos superiores, expresados en

leyes de desarrollo al efecto. Sin embargo, como ley sustantiva y general de la materia mercantil, el mentado código resulta, si bien no óptimo, suficiente en sus definiciones al respecto, teniendo como uno de los mayores logros, al momento de su promulgación, la incorporación de la suspensión de pagos como institución jurídico-mercantil preliminar a la quiebra, que atinadamente se clasifica en las páginas del Código de Comercio, explicado como institución equivalente “(...) a un compás de Espera concedido al comerciante infortunado en sus negocios para que salga de la situación angustiosa en que se encuentra momentáneamente y logre normalizar su actividad mercantil”;¹ ello en franca concordancia con las consideraciones doctrinales vistas. Esta institución contó con posterior desarrollo en la legislación nacional; y por sus características esenciales, nos centraremos en torno a ella y su regulación, por entenderla hasta el momento adecuada a nuestras realidades y necesidades, sin ánimo de precipitar reflexiones futuras.

En el ámbito del desarrollo positivo de esta institución a partir de su regulación en el supramentado código, la primera reforma aconteció el 10 de junio de 1897, en España, mediante ley que modificaba los artículos del 870 al 873 por el daño que su inicial redacción había ocasionado a los intereses de los acreedores. En Cuba, esta reforma aconteció con la

1 Mariano Sánchez Roca: *Curso de Legislación Mercantil. El Código de Comercio Explicado*, p. 867.

promulgación de la Ley de 24 de junio de 1911, considerada de carácter mixto por su contenido tanto sustantivo como procesal, hasta el punto de ser apreciada como un agregado a la otrora ley de Enjuiciamiento Civil. Entre sus aportaciones más significativas está la de establecer en su articulado el carácter provisional de la suspensión de pagos, y la presencia de una serie de medidas de seguridad que el juez habrá de adoptar para evitar la ocultación o dilapidación de los bienes del deudor en detrimento de los acreedores. Igualmente importante resulta la inclusión de la *espera* y la *quita*, en franca relación, la primera de ellas con el *sentido previsor* del deudor ante la inminencia de su incumplimiento; y la otra en concordancia con la imposibilidad involuntaria del pago. Existía también la posibilidad de *convenio amistoso* entre deudor y acreedores, aunque su contenido y demás generales no eran regulados expresamente, a no ser que afectaran los intereses patrimoniales de menores e incapacitados; no obstante sí quedaba establecido en el Artículo 32 de la citada ley, que una vez que faltara el deudor a las obligaciones contraídas para con los acreedores en el convenio, estos últimos podrían en ejercicio de los derechos que les eran conferidos solicitar la declaración de quiebra del deudor.

Hacia el año 1974 fue derogada la Ley de Enjuiciamiento Civil y con ello también resultaban inaplicables los preceptos de la ley de 24 de junio de 1911; entraba entonces en

vigor la Ley 1261 de Procedimiento Civil y Administrativo, que sería ampliada por la Ley No. 7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977, modificada en fecha 26 de septiembre de 2006 por el Decreto Ley 241 (actual LPCALE). En ninguno de estos casos se rescataron las regulaciones procesales referentes a la insolvencia, aun cuando también se encontraron vigentes en términos de jurisdicción económica, a lo largo de estos años, otras legislaciones entre las que se encuentran el Decreto Ley 23 de 3 de julio de 1978 del Sistema de Arbitraje Estatal posteriormente modificado, al extinguirse dicho sistema en el año 1991 mediante el Decreto 129 de 19 de agosto y consecuentemente crearse al efecto la salas de lo económico de los tribunales provinciales populares, y dictaminarse por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante la Instrucción No. 141, de septiembre de 1991, la aplicación, en el ejercicio de administrar justicia de las mencionadas salas, del Decreto 89 de 21 de mayo de 1981 relativo al arbitraje.

Y es que, aun cuando persisten los preceptos del Código de Comercio, estos al igual que toda norma sustantiva que pierde respaldo procesal, han quedado inutilizados materialmente debido a la nula viabilidad de sus designios. La falta de guía del cómo proceder ante una situación de insolvencia, nos obliga a conocer el concurso desde la teoría y apreciar disposiciones de cuyos instrumentos de aplicabilidad carecemos.

Soluciones inmediatas

Las soluciones al estado de impagos involuntarios de sujetos económico-mercantiles se han derivado en el acontecer nacional de dos voluntades fundamentales, que aunque fielmente relacionadas, han debido someter sus propósitos a nuestro marco jurídico-institucional, actuando según sus posibilidades reales. Como es de suponer, nos referimos conjuntamente a la administración pública y la administración de justicia.

Teniendo en cuenta que aun cuando no se efectúen los pagos resulta imposible detener el mecanismo mercantil, el aparato gubernamental en su conjunto ha dictado, a lo largo de los últimos años, una serie de medidas que en principio van dirigidas al salvamento de las empresas estatales en situación de impago, en tanto el Estado mismo, en diversas ocasiones se ha hecho responsable de estas deudas.

De reciente conocimiento y como resultado de la unión de las voluntades mentadas, es la Circular No. 236 de 27 de noviembre de 2007, emitida por el presidente del Tribunal Supremo Popular, y el Procedimiento Normativo de Tesorería No. 37 de 2007 referente al pago por ejecución de sentencias dictadas por las salas de lo económico de los tribunales provinciales populares contra entidades presupuestadas incorporadas al sistema de cuenta única. En ambos cuerpos dispositivos se reglamentan los pasos que se deben seguir desde el momento en que se interponga demanda contra una entidad

estatal con las mencionadas características, ya que todos los oficios con relación al embargo y ejecución del fallo contra los recursos financieros de estas empresas, habrán de ser enviados a la Dirección Provincial de la Administración Tributaria que corresponda, para una mayor centralización y debida satisfacción de las deudas. Este procedimiento, aun cuando no debe entenderse como paraconcursal, puesto que no convergen en él las primicias de total ausencia judicial e insolvencia técnicamente demostrada, se integra por medidas previsoras del impago que hacen más ágil y transparente la ejecución de sentencias con cargo a empresas estatales presupuestadas.

En este punto resulta inevitable retomar la idea de que el Derecho concursal se encuentra esencialmente vinculado a la administración de justicia por ser todo supuesto de insolvencia, acorde con la más estricta teoría, de exclusivo conocimiento judicial. Nuestra realidad se aleja *formalmente* de esta máxima por carecer de las vías precisas al efecto. El término *formalmente* acude a nuestro análisis en merecida referencia, ya que aun cuando sea evidente el vacío legal, una vez dictada sentencia, cualquiera que sea la naturaleza del proceso al que esta puso fin, se inicia la fase de su ejecución y con ella saltan a la vista disímiles muestras de insolvencia patrimonial. En concordancia con lo anterior y al amparo del Artículo 499 de la LPCALE, con el cual se inicia el Título III del Libro Tercero de dicha ley adjetiva, dedicado al proceso de ejecución, fir-

me que sea la sentencia de remate o agotadas las diligencias de requerimiento del deudor, según amere el asunto en cuestión, se hará pago inmediatamente a la parte con derecho a obtenerlo en el caso de que lo embargado, con vistas a la satisfacción del crédito, fuesen recursos financieros. Los demás artículos constitutivos de este Título III y por tanto de la vía de apremio, nada regulan sobre la posibilidad de que, dispuesta la ejecución, resulte imposible su realización por insuficiencia de fondos en las cuentas bancarias del deudor. Una solución práctica a este supuesto ha sido la posibilidad de que el acreedor, a tenor de lo establecido en los artículos del 799 al 810 de la LPCALE, con relación al embargo de bienes y demás medidas cautelares, y en dependencia de lo dispuesto en la ejecución de la vía de apremio, señale determinados bienes no financieros del deudor con los cuales satisfacer lo que le es adeudado. Sin embargo, no siempre estos bienes existen y en ocasiones resultan inembargables conforme a nuestra legislación, por encontrarse dentro del patrimonio de entidades de carácter público.

Por otra parte, los artículos 804 y 806 de la LPCALE facultan al tribunal para valorar coherentemente los perjuicios que ante un embargo podrían afectar al demandado y a terceros; y determinar la sustitución, modificación y revocación a instancia de cualquiera de las partes de la medida cautelar impuesta, una vez que hayan variado las circunstancias que ocasionaron su adopción.

Como variación de las circunstancias ha de entenderse también, en interpretación extensiva, la insuficiencia de activos con los cuales saldar la deuda, puesto que ello supone una transición de su estado patrimonial. Son, los antedichos, preceptos que amparan la primera de nuestras aproximaciones al Derecho concursal, refiriéndonos a la Instrucción No. 185, aprobada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en fecha 30 de marzo de 2007. Entre los fundamentos de la redacción de esta Instrucción se encuentran las razones conocidas de daño a la actividad económica nacional y ausencia de un marco regulador de la insolvencia. De igual forma, de la interpretación de los *por cuanto* se deriva la presencia de una firme voluntad del legislador de cubrir los vacíos con respecto a la insolvencia, sobre todo en su acepción temporal, equiparable a la suspensión de pagos. Aunque no del todo la mentada institución, es regulada en sus principios en la Instrucción 185 y esta afirmación se complementa con el siguiente análisis de su contenido dispositivo.

En primer orden, la Instrucción 185 posibilita la solicitud, por la parte ejecutada, de la modificación de la medida cautelar que le fue impuesta, en beneficio del uso de una parte de sus recursos financieros con proyecciones a la continuidad de la actividad económica y en consecuencia la viabilidad empresarial. La mencionada modificación radica en el levantamiento del embargo hasta el 50% de los recursos comprendi-

dos en la cuenta bancaria señalada, conservándose la ejecución del fallo para el porcentaje restante. Susceptible de estudio es el hecho de que el porcentaje a levantar puede ser menor de 50 y en correlación el establecimiento de ello queda al arbitrio judicial. De auxilio al juez, a este efecto, le son el parecer de la instancia superior u organismo al que se subordina la entidad deudora y la conformidad de la agencia bancaria por la cual opera. No existe en la ley un criterio determinante del contenido de estas conformidades, por lo que en la práctica responden a las más diversas formas en su redacción y el carácter de los datos aportados; habiéndose logrado, hasta cierto punto, una unidad al respecto solamente a partir de las conciliaciones realizadas entre el tribunal y estos organismos. En virtud de la Instrucción 185, estos consentimientos habrían de ser solicitados por el tribunal a cada uno de estos organismos; en la actualidad y como resultado de la modificación que introdujera la Instrucción 185 BIS, de 18 de julio de 2007, con el primordial objetivo de aportar agilidad al proceso, la entidad deudora ha de tributarlos unidos a su escrito de solicitud.

A partir de la Instrucción 185 BIS, se aprecia en la fase de ejecución de la sentencia un espacio de conocimiento, breve por su naturaleza pero inmenso en cuestiones a regular; de esta forma el juez que conoce se encuentra ante medios, aun-

que de potencial valoración, insuficientes en la determinación del porcentaje a levantar; por carecer el juez, en el ejercicio de su función, de criterios de especialidad financiera y apreciación técnica contable que contribuyan a una decisión completamente certera en correspondencia con la necesidad de operación comercial de cada una de las empresas solicitantes.

Por otra parte, el orden en que serán satisfechas las deudas contraídas por el insolvente, en virtud de resolución judicial, queda netamente a la apreciación bancaria, conforme a la lista de acreedores que la agencia en cuestión presente, bajo la máxima de que el primero en tiempo será siempre el primero en Derecho. Esto, aunque viable, no es ideal, sobre todo si retomamos la teoría relacionada con la prelación de créditos y el orden a seguir en la liquidación de estos acorde con su naturaleza.²

En la práctica judicial, a poco más de medio año de la incorporación de los preceptos de la 185 BIS, solamente 28 entidades han solicitado sus beneficios a la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana; a 12 de ellas se les ha levantado el embargo en un 50%, a otras 5 en un 30% y las 2 restantes en un 35% y 25%, respectivamente; 6 distintas a las anteriores faltan por completar trámites al efecto. La escasez en las solicitudes, anteriormente demostrada, puede ser resultado de móviles

2 Estimando el orden que toman los créditos reconocidos según se clasifiquen: con privilegio especial, con privilegio general, ordinarios, subordinados y contra la masa.

diversos; presumible *a priori* es la existencia de un total desconocimiento de la Instrucción 185 y sus resultados, por parte de los máximos dirigentes de las empresas en evidente situación de insolvencia. Podría también valorarse el hecho de que a los efectos de los registros contables internos, la posible modificación de la medida cautelar, luego de merecido análisis, no sea suficiente según el porcentaje a levantar y en relación con las operaciones que habrán de realizarse para la adecuada viabilidad de la actividad económica a desarrollar. En defecto de las razones citadas podría presumirse la mala fe y entender con ello que aun cuando las cuentas bancarias embargadas judicialmente se encuentren con insuficiencia de fondos, estas entidades maniobran al margen del mandato judicial, y disponen de recursos financieros ocultos a los ojos del tribunal y sus acreedores.

Son los preceptos contenidos en la Instrucción 185 BIS claros acercamientos a la suspensión de pagos, solo que esta vez se instituye una *espera* diferente de su definición original, en la medida en que carece de criterios de generalidad y temporalidad, al ser factible solo para una parte de los recursos embargados y no establecerse, en consecuencia de ello, límites en el tiempo para el pago de las deudas y el salvamento de la empresa. Asimismo la determinación de este estado no obedece a criterios especializados, porque aunque pueda ser evidente la insolvencia ante la presencia de cuentas durante años, falta de fondos, bajo el ojo

crítico y conocedor, ello no es absoluto; se requieren análisis profundos e interdisciplinarios para fallar la posibilidad de una suspensión de pagos. Además, a la luz de la 185, esta situación habrá de estar indisolublemente ligada a un proceso judicial cuyo objeto no ha de ser la insolvencia, sino que esta ha devenido obstáculo en el cumplimiento de lo fallado en sentencia; por tanto se mantendrán al margen las obligaciones contraídas en virtud de títulos distintos. Conforme a tendencias mundiales, esta Instrucción prioriza la continuidad de la empresa sobre los intereses de los acreedores; y es que aunque esto resulta atinado, ya que la solución de la situación financiera conduce inmediatamente a la satisfacción crediticia, debería dársele mayor participación al ejecutante al momento de la solicitud de modificación del embargo, siempre que para ello plantee razones fundadas, puesto que el acreedor, en su afán de que se efectúe el cobro, puede haber previsto con anterioridad la posibilidad de la *espera*.

NECESIDADES Y PROYECCIONES

Resulta imposible divorciar la realidad de la norma, en consecuencia, de nada sirve dar pasos agigantados hacia horizontes desconocidos sin haber antes tanteado el terreno y experimentado soluciones intermedias que posibiliten estudios fructíferos, en aras de regulaciones más completas. Es por ello que de nues-

tro análisis se concluye, sin ánimo de marcar futuros caminos, que es en este momento la suspensión de pagos la institución más idónea para responder a la insolvencia patrimonial. Nuestro entorno requiere hoy de vías y planes efectivos para devolver a las empresas en situación de impagos generalizados al quehacer mercantil periódico, y a tales efectos, rescatar sus activos. La suspensión de pagos como situación intermedia y salvadora, que disciplina tanto la *espera* conveniente como la *quita* igualmente ventajosa, en correspondencia con la suspensión en el tiempo de los desembolsos, la elaboración de planes de saneamiento y/o la reducción de las deudas, responde a criterios medidos que se descubren adecuados al momento legislativo, ya que sería, a nuestro criterio, un tanto osado regular de plano la liquidación de la empresa ante un estado perfectamente reversible. La suspensión en los pagos es el camino que se debe seguir para de forma gradual avanzar hacia la entera regulación de cada uno de los supuestos de insolvencia; hemos de partir del tratamiento del menor de los males para contar con experiencia suficiente al momento de crear una ley concursal perfeccionada, no solo en preceptos, sino en su afinidad con la realidad que norma, sin descartar la necesidad mediata de este cuerpo legal.

Hasta el momento ha quedado demostrada la necesidad de ampliar las regulaciones existentes en la justa medida que su propia aplicación lo ha requerido. Las facilidades otor-

gadas por la Instrucción 185 BIS en sus carencias, avivan el ánimo de priorizar la evaluación de la insolvencia y el carácter que según el caso específico posea, por un órgano conformado de entendidos en materia financiera y política económica que avalen debidamente la situación contable de la empresa, su necesidad de la demora en los pagos y la disposición de sus recursos para una certera recuperación en relación con lo comprobado. De esta manera, el veredicto judicial con respecto a la situación del deudor, estará avalado por razones técnicas fiables.

La debida valoración de las circunstancias concurrentes en caso de insolvencia provisional del deudor amerita que una vez decretada esta, se proceda a una real suspensión de pagos, lo cual significa levantar por completo toda medida impuesta sobre el patrimonio del insolvente. Alternativas a lo antes planteado, en mayor concordancia con los inicios que supone la supramentada Instrucción, serían el aumento del porcentaje a liberar de la cuenta bancaria embargada e incluso la total liberación de estos recursos por un tiempo previamente determinado en la ley, teniendo en cuenta que aun en estos supuestos, lo dispuesto no tendría carácter global con respecto a los activos del cesante.

A nuestro criterio, obligado complemento a nuevas proyecciones en este ámbito sería la apertura de un espacio al convenio, precedida como es lógico de la convocatoria al proceso de la masa acreedora. La figura del acreedor y los análisis que este

pueda realizar en relación con sus intereses, podrían tributar al contenido del convenio de manera favorable, tanto en el consentimiento de una posible *quita* como en la asistencia a ideas de reconducción empresarial, a la vez que se estarían protegiendo los derechos del acreedor de una forma más directa. El convenio, como momento en el que se cede espacio a la voluntad de las partes siempre bajo la anuencia judicial y en estricto cumplimiento del *deber ser* en materia concursal, guarda inmensa importancia en cuanto a la manera de saldar las deudas, el tiempo de *espera* y las formas para viabilizar la actividad económica. Sin lugar a dudas, crear un espacio a esta tipología de pacto entrañaría un número mayor de regulaciones, las que merecen su redacción sobre todo por la importancia del convenio a los efectos de prevenir posibles supuestos de liquidación, para los cuales no estamos del todo preparados desde la experiencia económico-jurídica y en coherencia con nuestras prioridades sociales. La presencia de personas destinadas a velar por lo pactado y contribuir al salvamento de la empresa, en franca relación con los designios judiciales, aun cuando en principio nos refiramos a una *espera* no determinada en convenio, sino implantada como aduce la Instrucción 185 BIS, sería fundamental para el logro de los objetivos comunes. No obstante, el estudio ha de continuar y, prudentemente, habremos de llegar a una normalización óptima de los supuestos de insolvencia patrimonial.

Faltaríamos a la verdad si tratáramos la insolvencia como un estado aislado al que se ha arribado sin la existencia de causas perfectamente determinables en la mayoría de los casos; y es que desde el Derecho mucho podemos hacer en la previsión de este aumento de los pasivos y el tratamiento que contribuye a su ausencia. No se trata solo de una debida gestión económico-contable en el aspecto interno, sino también de medidas que regulen una adecuada dirección y organización empresarial, muy vinculadas a la existencia de normas societarias; de igual forma la transparencia y confiabilidad que sean capaces de exigir las reglas generales de contratación al momento de su firma, y mayores facilidades sustantivo-procedimentales para la ejecución de garantías reales a obligaciones no cumplidas. El reforzamiento de la regulación contentiva de la vía de apremio contribuiría, fundamentalmente, a la consecución de una serie de pasos dirigidos a pagar lo adeudado sin que ello suponga la paralización de la actividad empresarial, con la respuesta a los vacíos existentes en la actualidad y la conformación de un sistema de real armonía entre los créditos y su ejecución.

En conclusión, no se trata de dar soluciones aisladas, sino de trabajar en la construcción de un marco jurídico integrado que contribuya al derecho de insolvencia patrimonial y la satisfacción de los derechos crediticios. La construcción de nuevas realidades jurídicas requiere de una regulación atinada y oportuna de

todo cuanto deba ser normado, en aras de un ordenamiento jurídico tendente a la perfección como resultado de la evolución natural. Largo puede parecer el camino que nos falta por recorrer en materia económico-mercantil, pero los pasos de avance serán mucho más certeros en la medida que seamos capaces de reconocer a tiempo nuestras debilidades y suplirlas debidamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Mundial: "Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores" [consulta: 21 de diciembre de 2005].
- Colectivo de autores: *La Nueva Ley Concursal*, Son Espanyolet. Industrias Gráficas, [s. n.], 2004.
- Fernández, Raymundo L.: *Fundamentos de la Quiebra*, Compañía Impresora Argentina, 1997.
- Grillo Longoria, Rafael: *Derecho Procesal Civil I, Teoría General del Proceso Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- Ibáñez Jiménez, Javier: *Insolvencia y Crisis de la Empresa. Cien Preguntas Claves*, Dykinson, [s. n.], 1997.
- Manresa y Navarro, José María y José Reus García: *Ley de Enjuiciamiento Civil, Comentada y Explicada*, t. 4, Biblioteca Jurídica de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1861.
- Plaza, Manuel de la: *Derecho Procesal Civil español*, vols. I y II, 3.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.
- Rives y Martí, Francisco de P.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada*, t. 2, 5.ª ed., Editorial Reus S.A., Madrid, 1928.
- Rodríguez Faraldo, Magalys E.: "Insolvencia y Quiebra. La modesta exploración que permite un fenómeno inmenso y ajeno. La vocación española y la urgencia cubana" (tesis de maestría), Universidad Central Marta Abreu, Facultad de Derecho, Santa Clara, 2004.
- Sánchez Roca, Mariano: *Curso de Legislación Mercantil, El Código de Comercio Explicado*, Editorial Lex, La Habana, 1959.
- Sanjuán y Muñoz, Enrique: *La nueva Ley Concursal, El Convenio*, Son Espanyolet. Industrias Gráficas, [s.n.], 2004.
- Vicent Chulia, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil*, [s.m.d.].
- Valeria Mancuzi, K.: *Concurso Preventivo y la Cesación de Pagos*, [s.m.d.].

Legislación

- Código Mercantil cubano.
- Código Civil cubano.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Concursal Española.
- Konkursordnung (Ley de quiebra alemana).
- Vergleichsordnung (Ley del convenio extrajudicial alemana).
- Legge Fallimentare (Ley concursal alemana).

Ley de Redressement et Liquidation
judiciaires des entreprises.

Insolvency Act (Ley inglesa).

Companies Act (Ley inglesa).

Instrucción No. 185, de 30 de marzo de
2007, del Consejo de Gobierno del
TSP.

Instrucción No. 185 BIS, de 18 de julio
de 2007, del Consejo de Gobierno del
TSP.

Circular No. 236, de 27 de noviembre
de 2007, del presidente del TSP, Pro-
cedimiento Normativo de Tesorería
No. 37/2007.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO

*Esp. Aymée Fernández Toledo,
jueza profesional, TMP de Pinar del Río*

EL TEMA DE la correlación entre la imputación y la sentencia es uno de los más fecundos de la ciencia procesal. Su estudio resulta apasionante e imprescindible para quienes nos dedicamos a la tarea de administrar justicia.

Fundamentado doctrinalmente en la tríada que integran el Derecho a una tutela judicial efectiva, el respeto al principio acusatorio y las exigencias derivadas del derecho de todo acusado a defenderse, como garantías ineludibles del debido proceso en una sociedad democrática y civilizada, suele pensársele vinculado al procedimiento ordinario, mas cuando de su aplicación al sumario¹ se trata, la respuesta acude rauda, superflua y automáticamente: no es posible, porque en este no existe acción que preceda ni limite a la jurisdicción.

Contrastado con la pretendida vigencia del principio acusatorio, en este procedimiento el argumento deviene contrasentido. A esclarecer este entuerto dedicamos el presente trabajo.

Durante mucho tiempo se ha admitido que el principio de correlación entre la sentencia y la imputación no resulta de aplicación al procedimiento sumario, pues al no existir en su sentido técnico una acusación previa que delimite el objeto procesal y fije los límites máximos de la actuación del juzgador, este deviene absolutamente libre para considerar cuantos hechos afloren en el proceso y, siempre que se lo permita su competencia objetiva, sancionar por ellos, aun cuando no hubiesen sido denunciados.

Sin perjuicio del criterio que sostiene que la actuación del fiscal en este procedimiento, cuando da traslado al tribunal de los hechos denunciados, comporta el ejercicio genérico de la acción penal,² para nosotros, discrepando de tal posición, la sustanciación del procedimiento por parte de los tribunales municipales en estos casos es compatible con una actuación oficial, no precedida, por tanto, de excitación de parte alguna, por los argumentos que seguidamente expondremos.

- 1 Se identifica con este término el procedimiento de los tribunales municipales populares por delitos sancionables con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.
- 2 Véase, en este sentido, Jorge Bodes Torres: "¿Existe acción penal en los procedimientos sumarios de los tribunales municipales?", en *Temas sobre el Proceso Penal*, pp. 1-13.

El Artículo 363 de la Ley de Procedimiento Penal (LPP) es sumamente claro en cuanto a las atribuciones que se le confieren al fiscal, las que en sentido general son coincidentes con las que para el procedimiento ordinario regulan los artículos 261 y 262 del propio cuerpo ritual, en particular en cuanto a la devolución de las actuaciones incompletas a la autoridad encargada por la ley de la práctica de ciertas diligencias, la adopción de medidas cautelares y el sobreseimiento provisional de las actuaciones, no así en lo que respecta al sobreseimiento definitivo (libre, en el procedimiento ordinario) y mucho menos, en cuanto al acto de imponer al juzgador de los hechos investigados, pues, mientras para el procedimiento ordinario la norma adjetiva establece claramente que el fiscal podrá solicitar del tribunal la apertura a juicio oral, para lo cual debe formular sus conclusiones provisionales de conformidad con los artículos 278 y 279, concretando, por tanto, los hechos sancionables que resulten de las actuaciones, su calificación legal, el concepto de la participación, las circunstancias modificativas concurrentes y la petición punitiva y civil que corresponda; en el procedimiento sumario solo lo autoriza la ley adjetiva para trasladar las actuaciones al tribunal competente, acto que no está investido de las exigencias que pre-

supone el ejercicio de la acción penal pública.

Así, el análisis comparativo de los preceptos mencionados obliga a concluir que si el legislador hubiese querido considerar el traslado de las actuaciones al tribunal, como la concreción o materialización del ejercicio de la acción penal, hubiese empleado una formulación más clara, tal como lo hizo en el procedimiento ordinario y, al menos, las exigencias formales necesarias para la realización de tal acto.

El ejercicio de la acción penal supone el emprendimiento de una acusación criminal, que debe ser fáctica y jurídicamente fundamentada. Ello obliga a describir de manera *clara, precisa y circunstanciada*³ el hecho en apariencia delictivo, identificando la persona a quien se le atribuye, así como a invocar las normas penales en que aquel acontecer resulta subsumible, determinando no solo la calificación jurídica del hecho en sí, sino el concepto de la participación y las circunstancias concurrentes que, en definitiva, sustentan la pretensión punitiva que se presenta. Es así como queda fijado el objeto del proceso, que marca el ámbito dentro del cual el tribunal puede ejercitar sus facultades jurisdiccionales, pero a su vez se orienta la actividad defensiva del acusado. Ello condiciona la inadmisibilidad del ejercicio genérico o abstracto de la acción penal.

3 Términos empleados por el profesor Julio B. J. Maier para caracterizar la imputación (*Derecho Procesal Penal*, p. 552). En sentido similar, Marcelo A. Sancinetti: *La nulidad de la acusación por indeterminación y el concepto de instigación*, apud Víctor Hugo Benítez: "Ausencia de determinación del hecho de la acusación", en <http://www.todoelderecho.com> [consulta: 20 de diciembre de 2005].

El acto mediante el cual el fiscal pone en conocimiento del tribunal la *notitia criminis* no aúna ninguno de los anteriores requisitos: no precisa el hecho que será objeto del debate ni efectúa petición alguna. A lo sumo se esboza en él el *normen iuris* que durante las investigaciones previas le ha sido otorgado al acontecimiento denunciado, por todo lo cual aseveramos que su posición en este punto no excita la actuación del tribunal.

Tómese en consideración, asimismo, que existen casos en los cuales la denuncia es presentada ante el órgano jurisdiccional por un sujeto diferente al fiscal. Así sucede, por ejemplo, en la persecución de los delitos de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones, previsto en el Artículo 170 del Código penal, en que es la autoridad administrativa, a saber, la Oficina de Control y Cobro de Multas del lugar respectivo quien impone al tribunal sobre los hechos.

Como si estos argumentos positivos y doctrinales no fuesen suficientes, la práctica judicial proporciona otros, no menos contundentes, aun cuando no existe una concreta norma que los haya positivizado.

El primero de ellos es que en la providencia radicatoria, mediante la

cual el órgano jurisdiccional acuerda la sustanciación del procedimiento, no se consigna el *nomen iuris* referido por el fiscal en el auto en que le da traslado de las actuaciones, sino la calificación jurídica que el propio tribunal, verificando una valoración anticipada y comprometedora de los hechos, advierta del estudio del expediente, por lo que ni siquiera en este momento inicial la actuación del fiscal condiciona la suya.

Por otra parte, en este instante procesal, el tribunal es libre para variar la posición de los sujetos en el proceso, y puede decidir si convoca a juicio a todos los “acusados” instruidos como tales, o se abstiene respecto a alguno de ellos, incluso se admite que determinado sector puede convocar como acusado a quien habiéndolo sido en algún momento del proceso, hubiera dejado de serlo en un trámite posterior, a partir de este, se considera como un mero testigo. Se sostiene así que la citación a juicio en calidad de acusado opera como una instrucción de cargos y en tal sentido satisface las exigencias del derecho de defensa.⁴

A todo lo anterior se suma la facultad del órgano jurisdiccional para devolver las actuaciones al fiscal, en el caso de que considere que estas

4 La citación del acusado a juicio constituye una intimación incompleta, pues si bien mediante ella se le comunica su carácter en el proceso y los derechos que posee a nombrar un defensor que lo represente y a concurrir con las pruebas de que intente valerse, no se le notifica el hecho que se le atribuye y de cuyo completo conocimiento depende el adecuado ejercicio de su derecho de defensa, el que en este caso se pone en función de la instrucción de cargos que durante la brevísima fase investigativa previa se le hubiese realizado y que la mayoría de las veces no satisface las exigencias que de aquel derecho derivan. Entonces, ¿cuánto más se conculca el derecho de defensa si el tribunal, sin una previa instrucción de cargos, tiene como acusado a quien había dejado de serlo?

están incompletas. En este estado indica las concretas diligencias que estima indispensables para la comprobación del hecho que luego se someterá a su conocimiento y resolución, lo que además de ser una actuación oficiosa, afecta seriamente su imparcialidad.⁵

Unido a ello también hemos de considerar que, aun cuando el fiscal le hubiese dado traslado de las actuaciones al tribunal, este puede archivarlas mediante el dictado del auto de abstención, en los supuestos a que se contrae el Artículo 367 del texto ritual.⁶

El carácter oficial de la actuación del órgano jurisdiccional en este procedimiento lo confirma además el papel activo que este asume respecto a la probanza de los hechos investigados. Repárese si no en que por disposición del Artículo 371 de la norma rituarial, el denunciante, el acusado y el perjudicado deben aguardar el momento del juicio para proponer las pruebas que a ellos convengan,⁷ sin embargo, en desmedro del principio de aportación que en primer orden rige la práctica de las pruebas durante el juicio oral, el tribunal puede, antes de llegar a ese trámite, desde que acuerda la sustanciación del proceso, disponer pruebas de ofi-

cio, facultad que perdura hasta el cierre del juicio.

Todo ello nos confirma, pues, que la jurisdicción no está precedida del ejercicio de la acción. Cabría entonces cuestionarse si lo anterior basta para estimar forzosamente que la función jurisdiccional pueda ejercerse sin restricción o límite alguno.

La interpretación más extendida en nuestro medio sostiene que, como consecuencia de la oficialidad imperante en el procedimiento, los hechos pueden variar durante la sustanciación del juicio, e incluso incorporarse otros distintos o nuevos, que sin cortapisas legales el tribunal es libre de considerar en su sentencia y que, por lo mismo, el denunciante, salvo los casos expresamente autorizados por la norma sustantiva, no puede desistir o retractarse de la denuncia formulada, pues aunque así lo verifique, el tribunal continuará el curso del proceso como corresponda, sin que sea preciso para ello acudir a fórmula alguna, ni siquiera la establecida en el Artículo 350 de la LPP, pues el interés que representa así lo justifica.⁸

Ello es confirmado por el Dictamen No. 117, de 13 de enero de 1981, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el que,

5 Ver Artículo 360, LPP.

6 Ver Artículo 367, LPP.

7 Ver Artículo 371, segundo párrafo, LPP.

8 Con relación a este tópico, Rivero García sostiene que, aunque no exista una acusación formal —fiscal—, como todo proceso, este tiene su objeto. Es el hecho por el cual se inicia la investigación, también el de la intimación, el establecido en la providencia radicatoria...; y el tribunal no puede excederlo, pues conculcaría el derecho de defensa. Opinión expresada a la autora durante la preparación de este trabajo.

al establecer las diferencias entre el procedimiento de la instancia provincial y municipal, se sostiene que en este último la acción penal y civil no es privativa del fiscal, toda vez que la denuncia puede ser formulada por el perjudicado, ofendido o quien lo presencie, y no queda vinculado el tribunal a petición fiscal o retirada de este si asistiera al juicio oral.

A nuestro modo de ver, esta es una de las consecuencias más lamentables y peligrosas que se ha extraído de la oficialidad del procedimiento, lo que da un matiz inquisitivo al que fue concebido como paradigma del acusatorio y que requiere ser rectificada.

Preciso es, en este punto, analizar cómo se conforma el objeto del proceso en el procedimiento sumario. De manera similar a como acaece durante la tramitación de la fase preparatoria en el procedimiento ordinario, el acontecimiento presuntamente delictivo revela sus rasgos iniciales en la formulación de la denuncia y con la realización de las diligencias que conforman la brevísima investigación previa, experimenta una concreción paulatina en su doble aspecto: subjetivo y material. Con este cariz se presenta ante el tribunal, quien lo valora a fin de decidir la convocatoria a juicio, y así llega al acto del juicio oral, en que al producirse la declaración del denunciante antes que la del procesado, precisamente para que este quede impuesto de los hechos que se le atribuyen, pudiendo en consecuencia ejercitar

sus facultades defensivas, se establecen, concretamente, todos los aspectos medulares conformadores de la materia del juicio, y se fija el objeto sobre el cual el pronunciamiento jurisdiccional habrá de recaer, lo que será enriquecido con la práctica de las pruebas, que completará su delimitación. Siendo ello así, la función de establecimiento del objeto procesal corre por cuenta del denunciante, que de los sujetos procesales es aquel cuya posición es equiparable a la del acusador, dado el interés que este defiende respecto al asunto controvertido.

Cierto resulta que la declaración del denunciante, por su carácter lego en la ciencia jurídica, solo proporciona los elementos fácticos en que su “imputación”⁹ se funda, no así su calificación jurídica ni ninguna otra consecuencia penal, mucho menos es expresión de una solicitud concreta de pena. Sin embargo, con base en la ciencia procesal, ello resulta perfectamente admisible, en cuanto es uno de los hechos de los que el acusado se defiende y son precisamente estos los que tienen un carácter vinculante para el tribunal, y quedan comprendidas la determinación de los efectos jurídico-penales y la imposición de la sanción dentro de las facultades jurisdiccionales del juzgador, por imperio del principio *iura novit curia*, en virtud del cual el conocimiento de las normas penales tiene un carácter extraprocesal, es parte de la formación profesional de los magistrados, de tal suerte que es-

9 Utilizamos aquí el término en su sentido puramente semántico, no técnico.

tos pueden aplicar con total libertad las normas que estimen atinadas al hecho enjuiciado e imponer la sanción que corresponda, dentro de los límites que el ordenamiento legal señala (marco penal) y sus propias atribuciones jurisdiccionales establecen (competencia objetiva). Ello es, por otro lado, compatible con la ausencia de formalismos, la sencillez y la celeridad que caracterizan el procedimiento que comentamos, al tiempo que contribuye, de mejor manera, a la preservación del principio acusatorio.¹⁰

Sin embargo, esta posición tropieza en el ordenamiento ritual vigente con un serio escollo: la condición que el denunciante tiene en el proceso, pues mientras algunos preceptos parecen reconocerle su *status* de parte, otros lo desvirtúan. Así, mientras el Artículo 371 del texto adjetivo obliga al tribunal a citarlo para la celebración del juicio, impidiendo consecuentemente que este pueda desarrollarse sin su presencia y le confiere la posibilidad de aportar pruebas en sustento de sus aseveraciones —lo que es consustancial a la posición de las partes en cualquier tipo de proceso—, al tiempo que en varios delitos de los tipificados en el Código penal, que

son de la competencia de los tribunales municipales, a saber los de estupro (artículos 305 y 309, apartado segundo), apropiación indebida (Artículo 335, apartado primero) y daños (Artículo 339, apartados primero, tercero y cuarto), le confiere al denunciante la posibilidad de desistir de la denuncia formulada, con el efecto fundamental de poner fin al proceso, facultad que también es propia de las partes; el Artículo 380 de la norma ritual cercena esa condición, en tanto le impide recurrir por sí la resolución que le sea perjudicial, lo que solo puede hacer por conducto del fiscal.¹¹

Desde nuestro punto de vista, la declaración del denunciante, en cuanto a los hechos sostenidos por él, debe tener un carácter vinculante para el tribunal, y debe proscribirse que este pueda excederse de los mismos, pues, aun cuando en sentido técnico-jurídico no existe una imputación, ni por parte del fiscal, por las razones antes argüidas, ni por parte del denunciante porque no está legitimado para ello, conforme a los artículos 272, 273 y 274 del texto procesal,¹² sí se produce por este último sujeto la atribución de una determinada conducta a otro, tornándose a efectos prácticos en un acu-

10 De esta concepción, identificada doctrinalmente como *normativa clásica*, se hizo eco el Tribunal Supremo Popular, que mediante el Dictamen 396, de 24 de noviembre de 2000, estableció que “el acusado de lo que se defiende es de los hechos y no de la calificación jurídica que le haya dado el Fiscal, no obstante a que tiene el derecho de plantear su tesis de calificación y defenderla, aunque haya aceptado el contenido de los hechos”.

11 Ver Artículo 380, LPP.

12 Ver artículos 272- 274, LPP.

sador, lo que hace parecer ilícita la actuación del órgano jurisdiccional cuando, asumiendo funciones propias de la acusación, lleva a su sentencia otros hechos no denunciados de los que en consecuencia el procesado no se defendió adecuadamente por estimar acreditada su existencia con la prueba practicada.

Pero aun cuando se entendiese que la declaración del denunciante no tiene un carácter vinculante para el tribunal, debido a su falta de legitimación activa, resulta incorrecto que este se pronuncie en la sentencia sobre hechos sustancialmente diferentes de los denunciados o sobre nuevos hechos sobrevenidos en el debate porque así hacerlo significaría desconocer el objeto procesal que este, como todo proceso penal, tiene. Adquiere relevancia así la máxima de que *el objeto procesal, una vez concretado, domina la sentencia*.¹³

El carácter supletorio de las disposiciones del procedimiento ordinario en cuanto al sumario¹⁴ permitiría que, al manifestarse en el juicio otros hechos diferentes de los denunciados, se pudiesen emplear instituciones tales como la sumaria instrucción suplementaria o la práctica de

nuevas diligencias de prueba reconocidas en el Artículo 351 de la norma rituarial o deducir testimonio por los nuevos hechos, aunque esta última solución pudiera poner en riesgo la justeza del pronunciamiento definitivo.¹⁵ Por ello, partiendo del carácter sencillo y expedito con que ha sido concebido el procedimiento, sería aconsejable admitir una especie de ampliación de la acusación, lo que daría la posibilidad de extender la materia del juicio a los nuevos hechos sobrevenidos en el debate, los que deberían ser comunicados al acusado, se le instruiría además de la posibilidad de aportar nuevas pruebas o preparar una diferente estrategia defensiva, a cuyo efecto podría instar a la suspensión del juicio.

La discusión en este tema no resulta nada pacífica, pues existen otros interrogantes de difícil solución, tales como la manera en que debería proceder el tribunal ante la retractación del denunciante, equivalente a la retirada de la acusación.

Desde nuestro punto de vista, la retractación por parte del denunciante debiera comportar, en respeto al principio acusatorio, la absolución del acusado, aun cuando ello implique sacrificar el principio de bús-

13 Jorge A Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. 1, p. 509.

14 Ver Artículo 377, LPP.

15 En este sentido debe valorarse que el objeto procesal ha de ser considerado como un todo, es decir, deben ser incluidos y valorados como parte del mismo todos los elementos conectados a él que puedan tener alguna consecuencia jurídica, de manera tal que, ventilado un hecho en el proceso penal correspondiente, aquel quede agotado, lo que a su vez obliga a juzgar conjuntamente todos los hechos atribuibles a una persona o a todas las personas vinculadas a un mismo hecho, ventilando en un solo proceso todos los objetos interconectados, lo que debiera conducir a una respuesta penal menos costosa, más armónica y justa.

queda de la verdad material, afectándose el interés público presente en el proceso. Tómese en consideración en este sentido que el proceso penal ha de servir, sí, a la realización de la justicia, mas ello debe verificarse bajo determinadas condiciones que permitan conciliar el interés estatal predominante en la persecución de la mayor parte de los delitos con los derechos e intereses de aquellos que en un concepto u otro intervienen en su realización, de manera que estos constituyen un límite al ejercicio de aquellos. Lo que pretendemos significar es que la búsqueda de la verdad material no puede ser un fin pretendido a ultranza, sino que ha de procurársele tratando de conservar intangibles principios tales como la igualdad entre las partes, la contradicción y la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.¹⁶

Una interpretación consecuente con los principios conformadores de nuestro proceso penal, con nuestras tradiciones jurídicas y con la sistemática propia de la ley adjetiva, debiera proscribir que la función jurisdiccional se ejerza irrestrictamente en el procedimiento sumario de los tribunales municipales, en el que, según percibimos, sin afectar su sencillez y celeridad, debería potenciarse el principio acusatorio y, como consecuencia de este, exigirse cierta correlación de la sentencia con la imputación verificada, lo que necesariamente deberá

atravesar por un proceso de revisión legislativa.

CONCLUSIONES

Primera: Las limitaciones que el principio de correlación entre la imputación y la sentencia le impone al tribunal resultan aplicables al procedimiento sumario de los tribunales municipales, en respeto al objeto procesal ventilado en este, aun cuando la celeridad y simpleza que caracterizan a este procedimiento condicionen una flexibilización del principio, concentrándolo fundamentalmente en los hechos que integran la materia del juicio y la persona a quien se le atribuyen, y sin que se precise formalidad alguna para extraer de ese hecho las consecuencias jurídicas que procedan e imponer la pena que corresponda.

Segunda: En la regulación del procedimiento sumario es necesario potenciar el principio acusatorio, lo que pudiera procurarse con el ejercicio obligado de la acción por parte del ministerio fiscal o legitimación del denunciante como acusador y el establecimiento de determinadas exigencias formales mínimas a la acusación, entre las que no podría faltar la descripción del hecho que se imputa al acusado y, a su vez, mediante el impedimento de sancionar cuando se retirase la acusación.

16 Pudiera ser aconsejable una solución intermedia que, sin comprometer la posición del tribunal, respetase tanto el principio acusatorio como el interés público presente en el proceso penal, como pudiera ser llamar al fiscal al proceso, a fin de que asuma su rol acusador.

Tercera: La citación a juicio del acusado, como acto de intimación, debiera acompañarse de una copia de la carta acusatoria en los términos antes descritos o, al menos de una síntesis del hecho que se le atribuye, a fin de permitirle una adecuada defensa.

Cuarta: La regulación del procedimiento sumario debería incorporar un trámite destinado al planteamiento definitivo de la acusación, e instituciones tales como las revelaciones inesperadas o la ampliación de la acusación, siempre con un nivel menor de formalismo y en breves plazos (concentración) en consecuencia con la esencia del procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera de Paz, Enrique: *Comentarios a la LECrim*, Hijos de Reus Editores, t. 5 y 6, Madrid, 1916.
- Arranz Castillero, Vicente Julio: "El juicio oral: sus principios y las normas fundamentales que lo regulan en la legislación penal cubana", en Colectivo de Autores: *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Beling, Ernst: *Derecho Procesal Penal*, tr. del alemán y notas por Miguel Fenech, Editorial Labor S. A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943.
- Benítez, Víctor Hugo: "Ausencia de determinación del hecho de la acusación", en [http:// www.todoelderecho.com](http://www.todoelderecho.com).
- Bodes Torres, Jorge: "Cambios en el Procedimiento Penal", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 5, 1992, pp. 66-68.
- : *Sistema de Justicia y Procedimiento Penal en Cuba*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, D. F., 2003.
- Bodes Torres, Jorge et al.: *Temas sobre el proceso penal*, Ediciones Prensa Latina S. A., La Habana. 1998.
- Cañizares Abeledo, Fernando: "El procedimiento correccional en Cuba", en *Revista Cubana de Derecho*, año 1, no. 2, octubre de 1972, pp. 87-100.
- Carmona Ruano, Miguel: "El principio acusatorio y el derecho de defensa en el juicio de faltas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 10, 1994 (CD-ROM *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 1995).
- Clariá Olmedo, Jorge A.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. 1, Ediar S. A., Editores, Buenos Aires, 1960.
- Colectivo de autores: *Derecho Procesal Penal*, t. 1, Editorial Colex, Madrid, 2000.
- Colectivo de autores: *Una visión desde la dogmática a figuras del Código Penal Cubano* (editado con la colaboración del Instituto de Criminología de la Universidad de Oslo, Noruega), La Habana, 2006.
- Colmenero Menéndez de Lúcar, Miguel: "La iniciativa del tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal", en *Proceso Penal y Actuación de Oficio de Jueces y Tribunales*, vol. XXVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Cruz Ochoa, Ramón de la: "¿Qué es el juicio oral?", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 3, La Habana, 1991.
- Cucarella Galiana, Luis Andrés: *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Editorial Thomson-Aranzadi, Valencia, 2002.

- Díaz Pinillo, Marcelino: "El proceso penal", en Colectivo de autores: *Temas para el Estudio del Derecho Procesal Penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Diego Díez, Luis Alfredo de: "Vinculación del juez en el pronunciamiento de la sentencia penal: sentencia de «estricta» conformidad", en *Proceso Penal y Actuación de Oficio de Jueces y Tribunales*, vol. XXVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Fenech, Miguel: *Derecho Procesal Penal*, vol. I, 2.^a ed., Editorial Labor S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1952.
- Gimeno Sendra, Vicente *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, 2001.
- Hera Oca, Manuel de la: "El derecho al proceso justo", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 5, 1992 (CD-ROM *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 1995).
- López Betancourt, Eduardo: *Derecho Procesal Penal* (Colección de Textos Jurídicos), IURE Editores, México, 2002.
- Maier, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal*, t. 1, Fundamentos, 2.^a ed., Editores del Puerto S. R. L., Buenos Aires, 1996.
- Manzana Laguarda, María Pilar: "El principio acusatorio", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 5, 1992 (CD-ROM *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 1995).
- Manzini, Vicenio: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tr. de Santiago Sentís Meyado y Marino Ayerra Redín, pról. de Niceto Alcalá Zamora y Casti-
llo, t. 4, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.
- Martín y Martín, José Antonio: "Consideraciones en torno a la identidad del objeto de la sentencia penal", en *Revista del Poder Judicial*, junio de 1993, pp. 89-98 (CD-ROM *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 1995).
- Martínez Arrieta, Andrés: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Editorial Comares, 1995.
- : "Principio acusatorio: teoría general y aplicación práctica", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 5, 1992 (CD-ROM *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 1995).
- Maza Martín, José Manuel: "Posibilidades y límites de la actuación de oficio de jueces y tribunales durante el plenario", en *Proceso Penal y Actuación de Oficio de Jueces y Tribunales*, vol. XXVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Mendoza Díaz, Juan: "El dilema entre el inquisitivo y el acusatorio en la Reforma Procesal Penal en América Latina", conferencia en el VI Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales (inérita).
- Miraut Martín, Laura: "La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos", conferencia en el I Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2002 (inérita).
- Oliva Santos, Andrés de la *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces S. A., 1997.
- Prego de Oliver y Adolfo Tolivar: "Aproximación doctrinal al significado del Artículo 733 de la LECrim y doctrina jurisprudencial", en *Proceso Penal y Actuación de Oficio de Jueces y Tri-*

- bunales, vol. XXVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Prieto Castro y Ferrandiz *et al.*: *Derecho Procesal Penal*, 4.^a ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- Prieto Morales, Aldo: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Orbe, La Habana, 1976.
- Quintero Olivares, Gonzalo (con la col. de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut): *Curso de Derecho Penal*, Parte General, Editorial Cedecs S. L., Barcelona, 1996.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho Penal*, t. 1 y 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- Rivero García, Danilo y Pedro Antonio Pérez Pérez: *El juicio oral*, Ediciones de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2002.
- Serrano Hoyo, Gregorio: *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Editorial Comares, Granada, 1997.
- Solá López, Abel Alejandro: "La alteración sustancial del hecho originalmente imputado", La Habana, 2003 (inédito).
- Viada López-Puigcerver, Carlos: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1950.

ÁMBITO PROCESAL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN CUBA

*Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez,
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana*

LA CONFIGURACIÓN POR la doctrina penal del Derecho penal económico como disciplina autónoma, desde hace algunos años ha ido adquiriendo diferentes matices, uno de ellos es el que tiene que ver con su proyección realizadora, es decir, se ha tratado, como ocurre con otras ramas del Derecho penal, de identificar y marcar los elementos diferenciadores del contenido jurídico procesal del Derecho penal económico.¹

En nuestro entorno, afortunadamente no ha sido el gremio vinculado a la docencia —procesalistas o sustantivistas— del Derecho penal, quienes han tirado la primera piedra sobre este tema. En diferentes momentos y desde hace algunos años el mérito de las cuestiones instrumentales le ha correspondido a la Fiscalía General de la República de Cuba a través de sus instrucciones e indicaciones con las que ha tratado de homogeneizar la política penal especialmente en el trabajo de orientación, persecución y promoción en el enfrentamiento a la criminalidad económica. Ciertamente no podía ser de otra forma por ser el órgano del Estado constitucionalmente²

facultado para ejercer el control y la preservación de la legalidad en organismos, entidades económicas y sociales y los ciudadanos, para lo cual en cada momento y, en virtud de las situaciones políticas y económicas que suceden en el país, ha trazado diferentes estrategias procesales, que permiten identificar en materia penal económica la independencia de esta rama respecto al Derecho procesal tradicional.

La atención especializada del órgano de instrucción policial en las diferentes instancias del Ministerio del Interior, la creación de un grupo de trabajo en las fiscalías para los hechos delictivos de esta naturaleza y la conformación, a finales de 2009 y los primeros meses de este año de una sala del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana y cuatro sesiones en los tribunales municipales para conocer de hechos penales económicos, constituyen en el plano organizacional las áreas destinadas a la persecución, promoción y juzgamiento de hechos penales económicos, que a partir de su funcionamiento invitan a reflexionar sobre el incremento y perfeccionamiento de actividades procesales

1 Klaus Tiedemann: "El Derecho penal económico: visión global del Derecho sustantivo y del Derecho procesal penal", p. 27.

2 Ver Artículo 127 de la *Constitución de la República de Cuba*, p. 64.

vinculadas al Derecho penal económico en nuestro país.

De otra parte, el soporte normativo que representa el compendio de resoluciones e indicaciones para los delitos económicos o asociados a la corrupción, elaborado y distribuido por la Fiscalía General de la República en 2009, y que recoge un grupo de regulaciones dictadas por el Ministerio del Interior, la Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Finanzas y Precios y el Tribunal Supremo Popular, vienen a darle en materia legislativa instrumental un carácter independiente dentro del Derecho procesal penal, cuyo contenido vincula para su ejecución a un grupo importante de operadores del sistema de justicia penal e incluso a los agentes —instructores auditores, peritos y controladores, etc.— que ejecutan actividades y misiones auxiliares en las labores investigativas de estos complejos fenómenos delictivos.

Este artículo, por tanto, se coloca en el segmento de la labor científica e investigativa a que estamos abocados, de manera que pueda de alguna forma contribuir también a llenar el vacío teórico del que inveteradamente se ha hecho acompañar nuestra sistemática jurídico-penal, a pesar de los esfuerzos que se han realizado en ajustar los programas de las especialidades y maestrías con estudios puntuales sobre el De-

recho penal económico o la reciente incorporación al currículum de la carrera de Derecho —al menos en la Universidad de La Habana— de una asignatura optativa con igual nomenclatura.

Tal como viene sucediendo con el Derecho penal económico sustantivo, es innegable que el Derecho penal económico procesal muestra su autonomía como rama del Derecho procesal a través de un conjunto de principios propios. De esta forma la doctrina reconoce entre otros el principio de especialización de la judicatura, el principio de la prueba técnica, el principio de restricción de la inmediación en el juicio oral, etc.; los cuales lo diferencian del Derecho penal adjetivo común.

La asimetría existente entre la construcción del Derecho penal económico sustantivo y el Derecho penal económico procesal es inquietante. Es desproporcional el incremento de figuras penales económicas devenidas tras las modificaciones al Código penal, mediante los decretos leyes 150, de 6 de junio de 1994, y 175, de 17 de junio de 1997,³ y la prácticamente nula creación de estructuras procedimentales destinadas a la elaboración y acreditación de la hipótesis fáctica a subsumir en aquellas. Dicho de otro modo, mientras el Derecho penal económico material de nuestros días empeña sus esfuerzos en la determinación exacta de los ilícitos comprendidos

3 Aparecen nuevas figuras delictivas en el contexto jurídico-penal cubano, como *enriquecimiento ilícito*, *negociaciones ilícitas*, *tráfico de influencias*, *insolvencias punibles*, *lavado de dinero*, *evasión fiscal*, etcétera.

en su ámbito de injerencias, el Derecho penal económico adjetivo no parece haber reparado en la necesidad de ordenar los instrumentos de comprobación judicial idóneos para la acreditación de tales delitos.

El principio de racionalidad penal legislativa indica entre otros presupuestos que el legislador sustantivo debe sancionar leyes que prevean delitos apriorísticamente susceptibles de acreditación fáctica en un debido proceso penal, tal como lo advierten Arocena y Balcarce,⁴ caso contrario estaríamos hablando de un Derecho penal simbólico. Por esta razón se hace necesario delimitar de antemano el alcance y la explicación que contrae el Derecho penal económico en su manifestación procedimental.

¿Qué criterios hacen necesario sistematizar el estudio del Derecho procesal penal económico en nuestro país?

1. El auge de la criminalidad económica en un contexto social que propende a partir de un régimen de institucionalidad, realizar las transformaciones necesarias para mantener y desarrollar un sistema jurídico, político y económico socialista, despojado de conductas y hechos entorpecedores de la vida económica.

2. Lograr la efectividad necesaria en el enfrentamiento, persecución y sanción a la delincuencia económica y las manifestaciones de corrupción.⁵
3. La modificación de los criterios de imputación, que incluye la exigibilidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas y que en la actualidad resulta insuficiente, a pesar de las reglas dictadas por el máximo órgano de justicia.⁶
4. Disciplinar los actos que integran los procedimientos administrativos y judiciales necesarios para acreditar un delito económico.
5. Armonizar las disposiciones legales de organización judicial y normas jurídicas de procedimiento en *stricto sensu*.
6. Establecer consecuentemente los derechos y garantías procesales de las partes a través de un debido proceso penal, legal y justo.

El Derecho penal económico procesal se puede estudiar atendiendo al conjunto de normas que regulan los sujetos y las instituciones procesales o al grupo de disposiciones que rigen la actividad que aquellos despliegan mediante cada una de tales instituciones. Esta doble perspectiva es conocida como Derecho penal económico procesal estático

4 Gustavo Arocena y Fabián I. Balcarce: *Derecho Penal Económico Procesal*, p. 2.

5 Es criterio mayoritario que el régimen procesal de hoy debe ser modificado para una efectiva persecución y sanción de los delitos “no convencionales” del Derecho penal vigente. Por todos, Daniel R. Pastor: “¿Es conveniente la aplicación del proceso penal «convencional» a los delitos «no convencionales»?”, p. 301.

6 La Instrucción No. 169, de 15 de enero de 2002, estableció las reglas adjetivas de obligatorio cumplimiento por los tribunales populares cuando sean juzgadas personas jurídicas.

refiriéndose a la primera y Derecho penal económico procesal dinámico atendiendo al segundo criterio.⁷

Ese estudio también transita por aspectos objetivos relativos a la forma y el contenido de los actos procesales y subjetivos en el que se contemplen los sujetos procesales necesarios así como aquellos que acuden de manera eventual al proceso,⁸ hago por supuesto referencia al tribunal en asuntos de jurisdicción y competencia, ministerio público, perjudicados, víctimas, imputado, los que promueven la acción privada, etcétera.

Hemos querido examinar algunos de los componentes que forman parte del Derecho penal económico procesal estático, con un enfoque de problemáticas, propuestas y sugerencias —todas de *lege ferenda*— que partiendo del contenido axiológico y deóntico que exigen las reformas procesales modernas pudieran perfeccionar los instrumentos y el contenido procesal existente en la actualidad.

EL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y SU COMPETENCIA

La política criminal económica procesal ha promovido ciertos principios en lo que respecta al tribunal.

En primer lugar, se exalta la necesidad de especialización en materias económicas, de quienes pretendan ingresar a esta particular magistratura. No por gusto se ha expresado que las reglas de las ciencias, así, desplazan y, aun, llegan a anular las reglas de la experiencia en su función regulativa del correcto pensamiento humano.⁹ De ahí que sea más prudente que la judicatura, partiendo de una vocación de los jueces hacia estos temas, se especialice, y paulatinamente vaya acumulando experiencia en el quehacer jurídico-penal económico.

Según expresa Tiedemann, “es particularmente interesante la experiencia *francesa*, que en principio quiso limitarse a una especialización de la fiscalía. Muy pronto se ha notado que de nada sirve tal especialización en la persecución penal si después el juez entiende poco de los problemas de estos asuntos. Por esto, hoy en día también los jueces penales en Francia, al menos en las grandes ciudades, son jueces especializados”.¹⁰

Los jueces legos frecuentemente no están instruidos en materias penales económicas y su selección para los grandes procesos económicos presenta particulares problemas.

7 Arocena y Balcarce: *Op. cit.*, p. 5.

8 *Ibid.* Se denomina “sujetos procesales” a las personas (físicas o jurídicas) que se encuentran legitimadas para intervenir personalmente o a través de sus representantes en el proceso, ejerciendo los poderes de acción, excepción y decisión. Pueden ser esenciales o eventuales, conforme su intervención resulte necesaria o no para que pueda entablarse válidamente el proceso penal.

9 *Ibid.*, p. 29.

10 Tiedemann: *Op. cit.*, p. 29. El antecedente inmediato de este tipo de reformas en Francia son las leyes del poder judicial alemán, que hacen posible una especialización de la jurisdicción penal mediante la creación de salas penales económicas específicas.

Sería conveniente que a los jueces profesionales los acompañaran jueces legos conocedores de estos temas (economistas, financistas, contadores, administradores, empleados y trabajadores vinculados a la esfera económica, etcétera).

Con respecto a la competencia las exigencias fundamentales para el Derecho penal económico procesal están en las cuatro situaciones que pudieran acaecer:

1. Las causas penales por delitos económicos o asociados a la corrupción serán radicadas atendiendo a: las características de la figura delictiva, la entidad del delito —derivada de la cantidad y calidad de la pena—, la naturaleza de la acción penal, el componente subjetivo del hecho o la calidad del sujeto sometido a proceso penal.¹¹ Esta situación procesal es conocida como *competencia material* o por razón de materia.¹²
 2. Otro tanto es evaluar la *competencia territorial* (entre tribunales provinciales y/o municipales y entre los de igual competencia material).¹³
 3. Un problema que pudiera suscitarse es con respecto a la *competencia funcional* entre salas de casos penales económicos y salas de competencia penal genérica en el mismo tribunal, las que deben ser salvadas con la aplicación coherente del principio de especialización de la judicatura y las indicaciones internas que al respecto se dicten.
- 11 Respecto a las características de la figura delictiva, hay que destacar que la delincuencia económica comprende ilícitos de caracteres tan diversos como los delitos informático, ambiental, societario, aduanero y contra los consumidores, entre muchos otros. La entidad del delito derivada de la cantidad y calidad de la pena está vinculada a la ocurrencia de un delito grave cuyo *quantum* de pena determine un proceso penal relevante. Así pudiera ocurrir con malversación (Artículo 336.2), sancionado con penas entre ocho y veinte años de privación de libertad. Por su parte, la naturaleza de la acción penal está ligada a la peligrosidad o dañosidad social del hecho, al grado de culpabilidad del autor y a la repercusión social que tuvo la conducta delictiva. Por último, la calidad del sujeto sometido a proceso penal es un componente que no puede obviarse, a mayor responsabilidad funcional o administrativa, las afectaciones para la economía alcanzan una trascendencia dado el conocimiento que debe tener de la política económica estatal, sus perspectivas y estrategias a nivel estatal, condición que merece ser atendida por el órgano jurisdiccional.
- 12 “La competencia adopta diferentes clases, a saber, competencia por razón de materia por razón del territorio, de oficio, a instancia de parte inhibitoria y declinatoria, positiva o negativa”, Marcelino Díaz Pinillo: *Temas para el estudio del Derecho penal*, p. 232.
- 13 La incorporación especializada del órgano jurisdiccional solo a instancia provincial pudiera dar al traste con la falta de conocimiento de estos órganos de hechos penales económicos que aun siendo de la competencia municipal, en virtud de la competencia material, tengan en el plano económico una repercusión importante y trascendental para los intereses de tutela. Delitos como el previsto en el Artículo 222 del Código penal —incumplimiento del deber de preservar bienes en entidades económicas— no pocas veces su averiguación y juzgamiento se tornan complejos.

4. También habrá que resolver la llamada *competencia por conexión*, cuando se cometen delitos para cometer o facilitar la comisión de delitos comprendidos en la materia económica o asociados a la corrupción, en cuyo supuesto no habrá dudas de que debe resolverlo el tribunal de la competencia especial.

En el plano de la valoración probatoria, se sostiene que en el Derecho penal económico se relativiza el denominado sistema de *libre valoración de la prueba*. Parece innegable que los órganos jurisdiccionales, en su generalidad, no se encuentran cómodos decidiendo sobre asuntos involucrados en la ilicitud económica. Es que, en relación con los asun-

tos penales en materia económica, las reglas de la experiencia que pueden asistir al juez —como ya dijimos— resultan limitadas o, en muchos supuestos, inexistentes.

El órgano jurisdiccional depende aquí, en gran medida, de las narraciones de las partes, fundamentalmente, de los dictámenes periciales,¹⁴ restringiéndose, con alcance considerable, su carácter de *perito “peritorem”*. De esta manera es en ocasiones necesario y conveniente la inserción en los tribunales de justicia penal económica de profesionales no jurídicos (analistas de sistemas informáticos, contadores, economistas, etcétera) llamados en algunas legislaciones procesales *peritos oficiales*¹⁵ que, actuando a la par de los peritos

- 14 Estudios realizados por un equipo de investigación formado principalmente por profesores titulares y catedráticos de la universidad Rey Juan Carlos, especializados en Derecho procesal, economía financiera y contabilidad, y un equipo de trabajo de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG Forensic, especializado en la investigación de delitos económicos y la elaboración de informes periciales aseguran que de las respuestas y planteamientos expresados por los diferentes colectivos entrevistados durante la labor de investigación del mencionado estudio, se infiere que la prueba pericial económica, si está bien elaborada y es presentada de forma sólida, es un elemento de notable relevancia y de indudable repercusión en la resolución de disputas y litigios. A este respecto, sirvan como elemento representativo los siguientes aspectos identificados en este estudio:

- Más del 80% de los entrevistados han valorado la aportación de los peritos económico-financieros como positiva o muy positiva.
- Cerca del 100% de los jueces y magistrados encuestados atribuyen a la prueba pericial económica una elevada relevancia en su proceso de deliberación y emisión de sentencia.
- Más del 90% de los jueces y magistrados encuestados opinan que la prueba pericial en el ámbito económico-financiero tendrá cada vez más relevancia en el sistema procesal español. En este sentido, en relación con los campos donde se espera que este desarrollo se pueda producir, las respuestas sitúan una serie de áreas en las que cabe esperar un mayor desarrollo futuro, entre las que destacan los procesos relacionados con “fraudes y delitos económicos” (Enric Olsina y Dunia Florenciano: “La importancia de la prueba pericial económico-financiera en los procedimientos penales”).

- 15 Estos peritos realizan su actividad pericial a instancias del juez, examinando entre otras evidencias, los informes de los peritos de parte. El objetivo central del trabajo pericial que realizan es responder al cuestionario fijado y autorizado por el tribunal.

de partes, acerquen al espacio procesal penal aquellos conocimientos técnicos específicos necesarios para resolver adecuadamente los casos relativos a la delincuencia penal económica que sean requeridos por el tribunal.

Nuestra Ley de Procedimiento Penal los contempla en el Artículo 332, cuando establece que el informe pericial será rendido por el o los peritos que, propuestos por las partes, haya admitido el tribunal en el trámite a que se refiere el Artículo 287. No obstante, el tribunal podrá disponer, tanto en el trámite mencionado como en el acto de la vista oral, que dicho informe sea rendido por otro u otros peritos distintos a los propuestos por las partes, cuando las circunstancias del caso o el contenido de la materia objeto del dictamen no resulten afectados por el cambio de peritos.

Esa institución y la facultad que por decisión del mencionado artículo es inapelable, por su novedad en el sistema procesal cubano merecen algunos comentarios:

El perito oficial¹⁶ es un funcionario auxiliar de las funciones judiciales de actuación permanente o temporal y a quien se le conceden los mismos derechos y deberes procesales que ostentan los peritos propuestos por las partes.

El objetivo central del trabajo pericial es responder al cuestionario fijado por el juez y autorizado por el tribunal. El tribunal, previa entrega de

las actuaciones podrá formular concretamente las cuestiones a elucidar, teniendo presente que no es posible solicitar la realización de un amplio examen, o pretender que se verifiquen, genéricamente, los hechos denunciados.

En el desempeño de su cargo, el perito tendrá libertad científica,¹⁷ entendida como aquella que es necesaria para evacuar los puntos sometidos a su examen mediante las operaciones que crea convenientes, con los métodos que le parezcan apropiados y en los que el tribunal no tiene poder alguno de decisión.

Los peritos oficiales tendrán presente que los destinatarios de los informes son legos en materia contable o técnica, razón por la cual es necesario emplear un lenguaje comprensible, que permita a los jueces y a las partes interpretar con claridad el contenido del informe, en especial las conclusiones que se emiten. De esta manera será más sencillo para el tribunal establecer la incidencia que tiene en el proceso y su valor probatorio.

Su intervención en el juicio se relaciona con su participación como perito, por lo tanto su citación a juicio es con esa cualidad. El perito no estuvo presente en el momento que ocurrieron los hechos delictivos, sino que los ha reconstruido e informado con posterioridad, sobre la base de los principios y técnicas de su conocimiento y ciencia.

De existir varios peritos, como lo prevé la norma procedimental, pudie-

16 Alfredo Popritkin: "La pericia contable forense en el proceso penal".

17 *Ibíd.*

ran ser llamados a declarar en forma conjunta —peritos de partes y oficiales— como si se tratara de un careo, con la particularidad de que las respuestas se den en presencia del resto, que pudieran contradecir los criterios expuestos o completar las declaraciones realizadas sobre el contenido esencial del peritaje.

La designación y aprobación por el órgano jurisdiccional del perito oficial podrá igualmente realizarse previa selección de las instituciones que a criterio del tribunal pueden aportar los especialistas más experimentados y capaces para ese desempeño, a quienes además se les podrá asignar una fracción del año correspondiente al calendario judicial, para que al ser llamados acudan a la prestación de sus funciones.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El principio de especialización se observa también en el sujeto esencial del proceso que promueve y ejerce la acción penal en materia económica.

En este sentido, se ha promovido en nuestro entorno continental la creación de fiscalías especializadas, en las que el perfil del funcionario se caracteriza —al menos en su conformación— por una preparación sólida en materias penales económicas, confiriéndoseles atribuciones amplias en orden a las diligencias procesales

conducentes al desenvolvimiento eficaz de la investigación en la fase preparatoria.

Otro aspecto es que estando precedida por la denuncia de la realización de trámites vinculados a la actividad administrativa, se consagra una “suerte de cuestión prejudicial, de tipo administrativo, de caracteres particulares”, por lo que Arocena y Balcarce entienden que desde una óptica sustantivista “queda estructurada una virtual nueva clase de acción penal... que podría denominarse acción penal pública dependiente de instancia administrativa”.¹⁸

De otra parte, principios como el de unidad de actuación del ministerio público tienden a sufrir, en el campo que analizamos, cierto grado de flexibilización. Así, por ejemplo, el principio de unidad de actuación,¹⁹ entendido como la facultad de intervenir un representante de ese órgano en cualquier etapa del proceso penal, se matiza a partir de la conveniencia de asegurar la continuidad del mismo representante especializado en estas materias perteneciente al ministerio público que intervino durante la investigación, en la etapa de juicio oral, para garantizar así el conocimiento anterior de este con el proceso penal económico y evitar la reiteración del estudio de causas de alta complejidad.

Por último, desde el punto de vista político-criminal, el principio de legalidad procesal —derivado del

18 Arocena y Balcarce: *Op. cit.*, p. 29.

19 Maximiliano V. Hairabedián: “La conveniencia de unificar la persecución penal”, p. 6699.

principio *quod delicta tot poena* expresado en que a todo delito debe seguir una pena— exhibe una limitación pronunciada, en cuanto a los hechos y a las personas involucradas, en razón de la posibilidad de prudentemente aplicar el principio de oportunidad, acortando en lo posible el inmenso material fáctico a través de la concentración investigativa y por ende de la imputación y juzgamiento en una parte de los hechos.²⁰

Estas son, a mi modo de ver, las cuestiones medulares en las que a *prima face* necesita involucrarse nuestro sistema procesal penal, para lograr la eficacia en los procedimientos seguidos contra los llamados delitos económicos.

Otros asuntos relacionados con el proceso penal dinámico, a partir del contenido de las normativas emitidas por las instituciones que están vinculadas a estos temas, ameritan una mirada más integral que por su novedad e importancia también hemos querido abordar.

Resolución MININT-FGR

Habíamos ya explicado que derivado del principio *quod delicta tot poena*: a todo delito debe seguir una pena, por lo que el principio de necesidad como también se le conoce al principio de legalidad procesal se inscribe dentro de aquellos principios relativos al objeto del proceso y se relaciona con el principio de igualdad,²¹ planteando la obligación que le viene impuesta al Estado de perseguir cualquier conducta que revista las características de delito y su carácter obligatorio le es otorgado—salvo las excepciones del Artículo 420²² y del supuesto legal que autoriza el Artículo 268,²³ ambos de la ley adjetiva— al ministerio fiscal, siendo por tanto el responsable de ejercitar la acción penal en los delitos económicos, aunque en determinados supuestos tenga que necesitar de la denuncia de la persona jurídica privada como sucede en los delitos recogidos en los Artículos 220, 221, 222, 224, 225 y 336 del Código penal.

20 “Por supuesto que ninguna sociedad puede (o quiere) alcanzar una transparencia total del comportamiento; ningún sistema normativo aspira a descubrir todas las infracciones, ni ningún sistema sancionatorio garantiza su función protectora a base de eliminar todas las infracciones normativas. La ignorancia de la criminalidad «real» desempeña, sin embargo, la función (positiva y estabilizadora) de regular el sistema de control social y dentro del mismo el control jurídico penal; de dar la impresión de respeto y mostrar su capacidad de elaboración del conflicto” (Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 48).

21 Ver Juan Mendoza Díaz: *Principios del Proceso Penal*, pp. 71 y 72.

22 Artículo 429.- La acción penal por los delitos de calumnia e injuria se ejerce únicamente mediante querrela de la parte ofendida o de las personas llamadas a completar su capacidad legal (Ley No. 5, de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977).

23 Artículo 268 de la LPP: “(...) Si el fiscal insiste en el sobreseimiento, el tribunal podrá aceptar la solicitud o por el contrario ofrecerá el procedimiento al perjudicado, si lo hubiere (...) para que decida ejercitar la acción penal, mediante la acusación particular”.

Esa facultad que, como ha planteado Mendoza Díaz,²⁴ tiene su asidero legal en los artículos del 119 al 124 de la ley de trámites y ante la ocurrencia de delitos económicos detectados por auditorías y comprobaciones económicas, estará condicionada a una valoración *ex-ante* de tal ejercicio por parte del grupo de análisis, creado *ad hoc* e integrado por un instructor penal especializado en esa materia,²⁵ un oficial operativo perteneciente a la sección de delitos económicos de la Dirección Técnica de Investigaciones del Ministerio del Interior y un fiscal; quienes examinarán el informe especial de auditoría o de la comprobación económica dentro de los diez días²⁶ posteriores a su presentación y antes de proceder formalmente con la denuncia presentada mediante dicho informe.

El ordinal 7 prevé la radicación de un expediente investigativo²⁷ posterior a la denuncia y cuyo término puede alcanzar un máximo de 60 días, lo cual limita de una parte el contenido del Artículo 119 de la Ley de Procedimiento Penal que, en el inciso 3, ordena a la policía practicar

inmediatamente las diligencias indispensables, respecto a la identificación de los acusados, la ocupación e instrumentos del delito, la inspección del lugar del hecho, la declaración de acusados y testigos y cualquier otra acción o diligencia prevista en la ley, para la comprobación del delito y la determinación de los participantes, algunas de las cuales han sido adelantadas y descritas en el informe de auditoría o en la comprobación económica.

Asimismo y contrario a lo establecido en el Artículo 121 de la ley ritual que prevé el plazo de diez días posteriores a la denuncia para el inicio del expediente de fase preparatoria, se propende a una averiguación más completa, multilateral y objetiva cuando la documentación que aporte el denunciante se estime completa y previamente radicada la denuncia, resulte necesario completar los elementos para corroborar que la persona denunciada es realmente responsable penalmente de los hechos, para determinar la intencionalidad, obtener evidencias, características de las personas involucradas, conocer el destino de los bienes

24 Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 73.

25 El procedimiento para la formulación y tramitación de las denuncias provenientes de auditorías y comprobaciones económicas orienta que preferiblemente sea el instructor especializado quien recepcione las denuncias, con las excepciones eventuales que pudieran estar presentes.

26 Este término se deriva del contenido de los ordinales tercero y cuarto del procedimiento, que establece la citación al denunciante dentro de los diez días posteriores a la entrega del informe especial, período en el que serán analizados y dictaminada toda la documentación presentada.

27 El expediente investigativo constituye una novedad en el procedimiento. Se inicia una vez que estima completa la documentación y se radica la denuncia; en supuestos de su archivo, requerirá la aprobación del fiscal.

enajenados u otros elementos de interés para el proceso de instrucción; cuyas diligencias con un carácter operativo estarán a cargo del oficial de la Dirección Técnica de Investigaciones o de la Dirección General de la Contrainteligencia.

Resulta importante revisar el mencionado ordinal siete en lo referente a la radicación de la denuncia y habilitación del expediente investigativo, incluidos en el proceso penal como actos de investigación. Esta práctica procesal que emana del Artículo 123 de la Ley de Procedimiento Penal, concebida solo para denuncias en las que se desconoce el o los autores o estos no hayan sido habidos, sin término de tramitación para la búsqueda del autor desconocido y de 72 horas en casos de autores no habidos; ahora se extiende hasta 60 días —incluso con autores conocidos— hasta tanto se culminen las averiguaciones previas y se dé traslado con el asunto al tribunal municipal en procedimientos sumarios o se decida la apertura de expediente de fase preparatoria, cuyos términos de sustanciación pudieran alcanzar 240 días, superior a los excepcionales 180 días previstos en el Artículo 107 de la ley procedimental,

cuestión esta que afectaría la celeridad requerida en delitos cuya virtualidad y prontitud en su juzgamiento resultan necesarios a los fines de prevención especial y general.

Más conveniente sería no dar apertura a la denuncia mientras existan indicios razonables de la ocurrencia de un delito y sus autores, bajo los mismos términos que plantea el Artículo 106 de la ley procesal para el inicio del expediente de fase preparatoria.²⁸

El encuentro y la conciliación por parte de los integrantes del grupo de análisis tienen varios objetivos a cumplimentar y originan consecuencias jurídicas sustantivas y procesales importantes. Entre estas, y visto el contenido de la normativa que lo instituye, se pueden observar las siguientes:

- Determinar la competencia del asunto.²⁹
- Evaluar la ocurrencia real del hecho penal económico y establecer su diferenciación con violaciones administrativas o de otra índole presentes en el supuesto de hechos previamente investigados por los auditores y comprobadores económicos.³⁰

28 El Artículo 106 de la LPP indica que solo se iniciará el expediente cuando concurren indicios suficientes de la comisión de un delito.

29 El ordinal primero y el inciso b) del ordinal 5 de las normas de procedimiento plantean que, como regla la formulación de la denuncia, investigación y sustanciación de delitos económicos como resultado de comprobaciones económicas y auditorías se regirá por el principio de territorialidad, con la excepcionalidad de hechos penales económicos cuyas características, personas involucradas o la expansión territorial de los hechos hacia otras provincias amerite la atención por órganos superiores de la investigación penal.

30 El inciso c) del ordinal 5, de las normas de procedimiento, orientan decretar la devolución del informe para su rectificación, ampliación o reconsideración por no ajustarse al

- Proceder con el archivo de la denuncia³¹ o discrecionalmente aplicar el principio de oportunidad —reglada— en supuestos de figuras paralelas³² o por aplicación del Artículo 8.3 del Código penal.
- Tomar decisiones procesales con los presuntos responsables.
- Ejecutar la tramitación del caso con una estrategia definida a partir de las metodologías de investigación de estas conductas delictivas.

Instrucción No. 1/09

La Ley de la Fiscalía General de la República dirige su trabajo de enfrentamiento a las conductas delictivas de la naturaleza que estudia-

mos y prevé la conformación de estructuras que permitan darle respuesta a la investigación de ellas.

El antecedente fundacional para procesar hechos penales económicos y de corrupción lo constituye la creación de grupos especializados cuyas tareas en una primera etapa solo estuvieron dirigidas a la investigación y tramitación de hechos vinculados al Decreto Ley 149 de 1994, del enriquecimiento indebido, de cuyo contexto también emergieron fenómenos delictivos relacionados con la criminalidad económica y la corrupción en cualquiera de sus esferas. Este grupo fue perfeccionando su quehacer en el control y ejecución de las medidas de enfrentamiento, investigación y seguimiento

contenido de la Resolución 248 de septiembre de 2007, de la Contraloría General de la República, que establece el procedimiento para la elaboración, presentación, tramitación del informe especial sobre presunto hecho delictivo y seguimiento de las acciones para su esclarecimiento y procesamiento, cuando se detectan en las acciones de control que realizan los auditores del Sistema Nacional de Auditoría. Esta devolución evidente responde a quebrantamiento en las formalidades legales de la resolución, no en lo referente a la antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad o peligrosidad del presunto hecho penal económico, o por la ejecución de otras diligencias propias de los órganos investigativos del MININT, como es expresado en el inciso c) del ordinal 6 y en el ordinal 8 del procedimiento.

- 31 El inciso d) del ordinal 5 también establece que el dictamen que dicte el grupo de análisis valorará si los hechos no son constitutivos de delito, sea por ausencia de los elementos tipificadores, causas eximentes de responsabilidad penal, causas posteriores al hecho que anulan la punibilidad, excusas absolutorias o ausencia de peligrosidad social, cuya solución procesal está amparada en el tercer párrafo del Artículo 121: “Si los hechos denunciados no son constitutivos de delito o resultan manifiestamente falsos, el Instructor dictará resolución fundada de no haber lugar a proceder, ordenando el archivo de la denuncia (...)”.
- 32 El inciso d) del ordinal 5 establece además que el dictamen valorará si resulta más conveniente aplicar las regulaciones sobre responsabilidad material, planteándose así taxativamente la presencia del principio de oportunidad reglada, por aplicación del Decreto 249 de 2007, “Sobre responsabilidad material”, en las que pudiera decretarse el archivo provisional de las actuaciones tras la acreditación efectiva del pago de la multa administrativa impuesta, previa ratificación por el fiscal. Ver inciso d) del ordinal 6 que corrobora lo expresado en el Artículo 121 de la ley procesal.

de los casos y en la actualidad ha extendido sus funciones a la actividad delictiva de tipo económico.

De igual forma el Fiscal General de la República ha ido dictando instrucciones e indicaciones de trabajo que van conformando la política penal que ha de seguir ante determinadas situaciones, todas ellas condicionadas al momento en que se dan tales fenómenos y a los intereses que en cada etapa resulta conveniente defender con medidas coercitivas de corte penal.

Es en 2009 que se dictan las indicaciones de la Dirección de Procesos Penales de la Fiscalía General de la República, cuyo compendio tiene un contenido más general y abarcador con respecto a la investigación de los hechos penales económicos y aquellos que de una forma u otra están asociados a la corrupción, las especificidades para evacuar las pretensiones punitivas y la actuación del fiscal en el acto del juicio oral.

Control y sustanciación de la fase sumarial

Un valor importante van a tener las indicaciones referentes a la participación del fiscal en el grupo de análisis creado mediante la Resolución Conjunta MININT-Fiscalía General de la República. Su extensión para el trabajo de la Fiscalía es pro-

cedente solo en supuestos de auditorías y comprobaciones realizadas como resultado de una acción de control del sistema nacional de auditoría o de cualquier otra acción de control, inspección o supervisión de los órganos, organismos y entidades o a través de una verificación fiscal, pues en los restantes casos de tramitación del delito económico bastará la denuncia como en otros ilícitos penales.

Un aspecto significativo es que con independencia de que las normas de procedimiento dictadas en la Resolución Conjunta Ministerio del Interior-Fiscalía General de la República omiten la aplicación discrecional del principio de oportunidad, en casos ajustados al contenido del Artículo 8.3 del Código penal que autoriza la imposición de multa administrativa o ante la presencia de otras de figuras paralelas o del sistema contravencional (equiparación de conductas punibles con infracciones administrativas), la instrucción de la Dirección de Procesos Penales recomienda su aplicación a personas involucradas en aquellos casos de utilidad procesal en los que resulta más conveniente excluirlos del proceso penal,³³ como parte de la aplicación del principio de oportunidad reglada, ya comentado.³⁴

La instrucción recoge medidas organizativas y métodos de trabajo

33 Esa facultad discrecional concedida al fiscal tiene su respaldo en el inciso b) del ordinal primero, en el cuarto párrafo del ordinal 7.1 y en el ordinal 11 de la Instrucción No. 1, de la Dirección de Procesos Penales de la Fiscalía General de la República.

34 Ver Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 74; y Ángela Gómez Pérez: *Perspectivas del derecho cubano actual*, pp. 293 y ss.

para lograr mejores resultados y hacer más objetiva y comprensible la investigación, como es lo relativo al desglose de los expedientes,³⁵ que sin afectar el material que en su momento dará al traste con la probanza de los hechos, provoque la construcción de expedientes voluminosos de fase preparatoria que afecten la naturaleza y esencia del objeto de prueba y el *thema probandum*.³⁶

Se puntualiza igualmente en asuntos relativos a la toma de declaración del acusado, al conocimiento no solo de la identidad del culpable sino también de los antecedentes criminales y las especificidades de la conducta y características personales de todos los involucrados en el proceso penal, las peculiaridades que para el delito económico, en especial para la calificación legal, como a los efectos de la exigibilidad de responsabilidad civil tiene la determinación de las afectaciones provocadas o derivadas del hecho, etc.; elementos que ya vienen recogidos en los artículos 157 y 160 de la ley de trámites, pero que la instrucción amplía a efectos de conocer en amplitud a los sujetos implicados.

Con respecto a los medios de prueba, la instrucción establece una delimitación de aquellas que es imprescindible aportar al proceso penal, detallando aquellas que tienen que ver con los peritajes de las que contribuyan a la acreditación, en el proceso, de otros elementos

para verificar el delito y la cualidad del autor.

En cualquier proceso penal, lo concerniente a la práctica y evaluación de los dictámenes periciales en cualquier etapa del proceso reviste importancia para el esclarecimiento del hecho, sin embargo, en el proceso penal económico adquiere una relevancia especial.

El capítulo VIII de la Ley de Procedimiento Penal le dedica varios artículos a la instrumentación de esta diligencia y los requisitos y características que la definen al peritaje y a los peritos, pero en modo alguno puede por sí solo el contenido procesal completar las exigencias de investigación ante un delito económico, de ahí que la instrucción de la Dirección de Procesos Penales se recrea en emitir un grupo de indicaciones, tratando en la medida de lo posible de ajustarse a los diferentes *modus operandi* que en nuestro contexto se originan en el área económica; así aparecen indicaciones para aceptar peritajes en hechos relacionados con procesos productivos o tecnológicos, sobre contratos o negocios y sobre los soportes informáticos, los cuales inobjetablemente ameritan un estudio más específico y concreto, que traten de darle respuesta a ese tipo de criminalidad económica.³⁷

Asimismo obliga que se acompañe al expediente sumarial el in-

35 Ver ordinal 11 de la Instrucción 1/2009, p. 25.

36 Ver Vicente Julio Arranz Castillero: "La prueba en el proceso penal. Generalidades. Temas para el estudio del derecho Procesal Penal. Segunda parte", pp. 63 y ss.

37 Ver ordinal 7 y sus incisos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la Instrucción 1/2009, pp. 20 y ss.

forme de auditoría o de comprobación contable, los que deben cumplir los requisitos exigidos en cada caso³⁸ y del que resultará una prueba documental junto con las que de ordinario autorizan el Artículo 228 y siguientes de la Ley de Procedimiento Penal.

De igual forma, se detalla el contenido de las testificales y de otras diligencias que pudieran practicarse, como registros, certificaciones sobre cargos y funciones, depósitos bancarios y congelación de cuentas de ahorros, etcétera.³⁹

Sobre las conclusiones provisionales del fiscal

El escrito de calificación del fiscal de carácter provisional tiene su amparo legal en el Artículo 278 de la Ley de Procedimiento Penal y su contenido, formalidades y argumentación jurídica han sido ilustradas por otros estudiosos.⁴⁰

La instrucción mantiene su esencia sobre la base de las indicaciones metodológicas emitidas en el formulario para los procesos penales dictado por la Fiscalía General de la República en 1999, orientando imputar la conducta con la objetividad que lleva un hecho delictivo de la magnitud

que se ha investigado, la política penal a seguir en la argumentación de los fundamentos de hecho y de derecho pretendidos, y la petición de las sanciones principales y accesorias, y cuya fundamentación jurídica no rebasa los límites legales ordinarios ni los principios limitativos al ejercicio del *ius puniendi*⁴¹ en lo que al ministerio público corresponde.

Participación del fiscal en el juicio oral

En el inciso d) del ordinal primero de la instrucción se especifica la necesaria coincidencia que debe lograrse por parte del fiscal que controla, despacha las conclusiones y celebra el juicio oral, cuya indicación es ratificada sobre todo en los casos de mayor gravedad o connotación, a fin de garantizar el dominio de todo el proceso y que se logren los fines propuestos de obtener un fallo acorde con la pretensión punitiva.

De esta forma se coloca el énfasis en la preparación previa para actuar en el juicio, que pudiera incluir la entrevista del fiscal con los testigos de cargo y peritos actuantes en el proceso penal, buscando la concreción del debate hacia sus aspectos medulares y en evitación de ser

38 Ver Resolución 248 de 2007, de la ministra de Auditoría y Control; y la Resolución 2009, de la ministra de Finanzas y Precios.

39 Ver ordinal 10, Instrucción 1/2009, p. 25.

40 Por todos, ver Danilo Rivero: *Comentarios en torno a las calificaciones provisionales*.

41 Ver Arnel Medina Cuenca: "Los principios limitativos del derecho de castigar. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional".

requerido por el tribunal conforme a las facultades recogidas en el Artículo 322 de la ley adjetiva en lo referente a la contestación de las preguntas que sean formuladas por las partes al testigo.

Sobre este aspecto pudiera resultar cuestionable la comunicación previa al juicio del perito que llega a la vista del juicio oral e imparcialmente debe rendir informe sobre su dictamen de acuerdo con los principios y reglas de su ciencia, arte, técnica o práctica, sin embargo, el perito es propuesto por la parte acusadora y aceptado por el tribunal, por lo tanto su dictamen versará sobre el contenido de los cargos e imputaciones aparecidas en el escrito provisional del fiscal y a quien solo se le exige legalmente no tener interés directo o indirecto en el proceso respecto al objeto o circunstancia sobre la que versará el dictamen, en el entendido por ejemplo del hecho económico que perita, así como proceder bien y fielmente en el desempeño de sus funciones,⁴² por lo que evidentemente estará parcializado con la acusación en cuyo caso corresponderá al tribunal, conforme a lo establecido en el Artículo 332 de la ley adjetiva, si a bien lo tiene, solicitar que peritos distintos rindan el informe siempre que el contenido de la materia objeto del

dictamen no resulte afectado por dicho cambio.⁴³

Por último la instrucción dirigida a los fiscales destaca con precisión y estratégicamente las diferentes tácticas que debe asumir el fiscal para corroborar y sostener el objeto de su pretensión punitiva, sea en la etapa de descargo de testigos, peritos y perjudicados, en la práctica de las evidencias documentales como en el alegato oral que finalmente hará ante el tribunal; todo ello con el intento de hacer prevalecer las acusaciones de manera exhaustiva, coherente, ordenada y precisa, ante la complejidad manifiesta de los procesos penales económicos.

Circular No. 240 de 2008, del presidente del TSP

Los antecedentes de las indicaciones emitidas por el presidente del TSP, amparado en las facultades establecidas en el Artículo 121 de la Constitución de la República están en otras instrucciones, acuerdos y circulares tendentes a homogeneizar la política penal de los órganos jurisdiccionales del país,⁴⁴ sin embargo, su novedad en el contexto de la sustanciación y tramitación por parte de la judicatura de los delitos económicos está dada por las definiciones de carácter sustantivo a tener en cuenta para los actos judiciales, las que

42 Ver artículos 207 y 210, LPP.

43 El Artículo 332 de la LPP señala que contra esa decisión no cabe recurso alguno.

44 A tales efectos se podrían ver las siguientes instrucciones y dictámenes emitidos por el TSP: Instrucciones 55 (19 de noviembre de 1975), 137 (1 de noviembre de 1990), 169 (15 de enero de 2002) y 175 (21 de julio de 2004), Acuerdo 52 (26 de octubre de 1992), y dictámenes 137 (16-2-82), 169 (11-10-83), 214 (5-2-8), 216 (19-3-85) y 331 (29-7-92).

resultan de interés discutir y analizar en sus relaciones con los instrumentos procedimentales anteriores e incluso con aquellos que como consecuencia de estas indicaciones han surgido.

El ordinal tercero señala las familias y tipicidades delictivas que a criterio del órgano supremo de justicia con mayor frecuencia se juzgan. A saber: revelación de pruebas para la evaluación docente (Artículo 132), abuso de autoridad (Artículo 133), prevaricación (Artículo 136), ejecución indebida de sanciones o medidas de seguridad (Artículo 141), enriquecimiento ilícito (Artículo 150), tráfico de influencias (Artículo 151), cohecho (Artículo 152), exacción ilegal y negociaciones ilícitas (Artículo 153), encubrimiento (Artículo 160), incumplimiento del deber de denunciar (Artículo 161), sustracción y daño de documentos u otros objetos en custodia oficial y violación de sellos oficiales (Artículo 168), infracción de las normas de protección de documentos clasificados (Artículo 169), todos los delitos contra la economía nacional y contra la fe pública recogidos en los títulos V y VII,⁴⁵ estafa (Artículo 334), apropiación indebida

(Artículo 335), malversación (Artículo 336), evasión fiscal (Artículo 343) y lavado de dinero (Artículo 346), todos de la ley penal sustantiva.

Este catálogo no define los delitos económicos o vinculados a la corrupción que deben ser juzgados en atención a la competencia de los tribunales, solo hace la referencia de aquellos que al igual que otros pudieran estar relacionados con esos fenómenos delictivos y resultan orientadores a los efectos del control jurisdiccional que deberá sostenerse sobre tales asuntos, en cuyo caso recomienda para una mejor interpretación de las características de los hechos y acusados de estas conductas acudir a la definición de corrupción administrativa contenida en el Acuerdo No. 4374, de 11 de abril de 2002, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros; y en la Instrucción No. 1, de 1 de marzo de 2006, del Ministerio de Auditoría y Control,⁴⁶ la que no cubre todos los espacios del Derecho penal sustantivo y más bien su conceptualización describe elementos degradadores de la conducta que afectan deóntica y éticamente a quienes tienen responsabilidades públicas.

45 Ver artículos 220-242 y 248-259 del Código penal, Ley 62 del 30 de abril de 1988, con las modificaciones que le precedieron mediante la Ley 87, de 16 de febrero de 1999; y el Decreto Ley 175, de 17 de junio de 1997.

46 “La actuación contraria a las normas legales y a la ética de los cuadros del Estado y el Gobierno, del dirigente o funcionario, en el ejercicio de su cargo o función, caracterizada por una pérdida de valores morales incompatibles con los principios de la sociedad cubana, que se comete al dar uso para intereses personales a las facultades y bienes materiales que deben ser para la satisfacción del interés público o social, dirigida a obtener beneficios materiales o ventajas de cualquier clase para sí o para terceros y que se fundamenta en el engaño, el soborno, la deslealtad y el desorden administrativo” (Instrucción No 1, de 1 de marzo de 2006, del Ministerio de Auditoría y Control).

Salvo para definir cuestiones relativas a la competencia de los tribunales sobre este fuero, no es conveniente y resultaría en extremo arriesgado —al menos así creo interpretar el contenido de la circular de marras— orientar a los tribunales del país, preordenándoles las figuras delictivas que definirían la presencia de supuestos delitos económicos o asociados a la corrupción, tema este que la doctrina del Derecho penal económico no ha logrado estandarizar dada su diversidad por el carácter supraindividual de las conductas delictivas, los modelos y estructuras económicas nacionales, entre otras razones⁴⁷ y cuya respuesta está en razón de las condiciones objetivas que cada caso aconseje para el juzgamiento de estas perniciosas conductas.

Las indicaciones del TSP también orientan la agilidad del proceso, la devolución del expediente de fase preparatoria de manera excepcional al fiscal (conforme al Artículo 263 de la LPP), la celebración de vistas orales ejemplarizantes a solicitud de las autoridades políticas y de gobierno del territorio donde acaecieron los hechos que cumplan los fines de prevención general, la proporcionalidad de la pena a imponer en estos delitos bajo los principios individualizadores y la valoración pertinente del juez sobre las accesorias de inhabilitación para ejercer profesión, cargo u oficio, el comiso y

la confiscación de bienes, entre otras medidas organizativas.

La política penal explicada en la circular y el estudio de la estructura de los tribunales de justicia penal llevó al criterio de al menos comenzar en los tribunales de Ciudad de La Habana la creación de una sala de lo penal perteneciente al Tribunal Provincial Popular a los efectos de que conozca de un grupo de delitos que en *numerus clausus* fueron nominados en providencia dictada por el presidente del TPP el 28 de diciembre de 2009.

De esta forma la Sala Segunda de lo Penal del TPP de Ciudad de La Habana conocerá de hechos penales económicos y delitos asociados a la corrupción de los comprendidos en el Título V de la ley penal sustantiva, así como los delitos de malversación, enriquecimiento ilícito, actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación estatal y los delitos de apropiación indebida y cohecho que afecten a entidades económicas.

Es plausible la creación de esta sala de lo penal por las razones ya examinadas, pero mucho más lo es la selección realizada de los delitos que conocerá, muestra clara de una separación de los delitos que teóricamente son reconocidos bajo el rubro del Derecho penal económico de aquellos que agrupan a los fenómenos que están presentes en el Derecho penal de la función pública y que insistentemente la doctrina del

47 La agrupación de las tipologías delictivas económicas tiene respuestas diferentes en los estudios que se han realizado e incluyen delitos laborales, de subvenciones y seguridad social, informáticos, societarios, medioambientales, etcétera.

Derecho penal especial desde hace algún tiempo viene tratando, a efectos de particularizar metodológicamente el estudio por separado de ambos fenómenos delictivos, aun cuando pudieran aparecer puntos de conexión.⁴⁸ Ello, sin dudas, permitirá trazar mejores estrategias jurídico-penales sustantivas y adjetivas.

Estos cambios estructurales que responden a cuestiones de competencia y jurisdicción territorial en la tramitación y juzgamiento de los delitos económicos tendrá su repercusión en los tribunales municipales con la creación mediante el Acuerdo No. 4 del Consejo de Gobierno del TSP, de secciones especiales territoriales, que tendrán a su cargo el conocimiento de los delitos relacionados con actividades económicas ilícitas, incumplimiento del deber de preservar los bienes de entidades económicas, especulación y acaparamiento, y malversación, las cuales, en correspondencia con lo establecido en el Artículo 8 de las disposiciones especiales dictadas por el Decreto Ley 151, de 1994, tendrán a su cargo la solución de las situaciones delictivas económicas que se originen en los territorios asignados.

BIBLIOGRAFÍA

- Arocena, G. y F. I. Balcarce: *Derecho Penal Económico Procesal*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Derecho Penal Económico, CHDPE, 2008 (www.ciidpe.com.ar).
- Arranz Castellero, Vicente Julio: "La prueba en el proceso penal. Generalidades", en Colectivo de autores, *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal, II parte*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- Arroyo Zapatero, Luis: "Presentación de la edición española", en Colectivo de autores, *Eurodelitos*; El Derecho penal económico en la Unión Europea, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004.
- Bajo, Miguel y Silvina Bacigalupo: *Derecho penal económico*, Madrid, 2001.
- Constitución de la República de Cuba*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.
- Díaz Pinillo, Marcelino: *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Gómez Pérez, Ángela: *Perspectivas del Derecho cubano actual*, t. 1, Editorial Reus, Madrid, 2006.
- Hairabedián, Maximiliano V.: "La conveniencia de unificar la persecución penal", en *Actualidad Jurídica de Córdoba*, año 5, vol. 100, segunda quincena octubre de 2007.

48 El Derecho penal de la función pública tiene diferencias sustanciales con el Derecho penal económico. El primero con un contenido más bien dirigido a los fraudes funcionariales y de los servidores públicos protege la probidad pública, el normal funcionamiento de estas actividades y el principio de imparcialidad. El Derecho penal económico por su parte protege de conductas vinculadas a las defraudaciones y de otras conductas que afectan el patrimonio económico de las empresas e instituciones públicas y privadas.

- Hassemer, Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1981.
- Hassemer, Winfried y Francisco Muñoz Conde: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1989.
- Ley No. 5, de Procedimiento Penal*, de 13 de agosto de 1977, Editorial SIMAR S.A., La Habana, 1997.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho Penal económico*; Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1998.
- Medina Cuenca, Arnel: "Los principios limitativos del derecho de castigar. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional", Universidad de Valencia, España, mayo de 2001 (actualizada y reelaborada en enero de 2010).
- Mendoza Díaz, Juan: "Principios del proceso penal", en Colectivo de autores, *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Olsina, Enric y Dunia Florenciano: "La importancia de la prueba pericial económico-financiera en los procedimientos penales", en [http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Penal/](http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Penal/Penal-Economico.html) *Penal-Economico.html* [consulta: 6 de abril de 2010].
- Pastor, Daniel R.: "¿Es conveniente la aplicación del proceso penal «convencional» a los delitos «no convencionales»?", en Colectivo de autores, *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- Popritkin, Alfredo: "La pericia contable forense en el proceso penal", en <http://www.lainvestigaciondefraudes.blogspot.com> [consulta: 20 de marzo de 2010].
- Rivero García, Danilo: *Comentarios en torno a las calificaciones provisionales*, ONBC, La Habana, 2009.
- Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- : *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, 2.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- Silva Sánchez, Jesús-María: *La expansión del Derecho Penal*; aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1999.
- Tiedemann, Klaus: "El Derecho penal económico: visión global del Derecho sustantivo y del Derecho Procesal Penal", en *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993.
- : *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985.

COMENTARIO SOBRE UNA POLÉMICA SENTENCIA

*Esp. Plácido Batista Veranes,
juez profesional, Sala DCSE, TSP*

EN EL AÑO 2006, el fiscal interpuso un recurso por infracción de ley, al amparo del Artículo 69, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Penal, por entender que la sentencia recurrida incidió en error de Derecho, al aplicar indebidamente el Artículo 250, apartado 1, incisos a) y b) del Código Penal.

De un examen detenido de la narrativa histórica de los hechos que ofreció el tribunal provincial, a lo que necesariamente me ciño, dada la vía casacional empleada, se deduce con meridiana y absoluta claridad que los procesados involucrados cometieron el injusto penal de falsificación de documentos públicos y no como decidió dicho tribunal, absolviéndolos, al considerar que el troquelado de los números de serie originales de la carrocería y el motor de un vehículo (moto), sustituyéndolos por otros, con el propósito de hacerlos coincidir con la placa y la circulación que tenían ellos en su poder, y que estaban controlados por el Registro de vehículos del Ministerio del Interior; todo ello, con el objetivo de poder circular libremente por las vías públicas, no constituía el delito mencionado, porque lo alterado no constituía un documento, y mucho menos considerarlo público; hasta aquí, lo esencial plasmado por el tribunal de instancia para asumir la decisión ya referida.

El tribunal de casación entendió procedente acoger el recurso a favor de la parte acusadora y expresó importantes criterios que señalo a continuación:

Interesante fue el haber establecido doctrinalmente qué se entiende por documento. Así lo definió: Todo objeto que sea capaz de recoger una declaración de voluntad o un pensamiento atribuible a una persona, y destinado a entrar en el intercambio, tráfico o relación jurídica; y le agregó que era indiferente para ello el material en que se fijasen los signos escritos, ejemplificando que podía originarse en papel, madera, tela, piedra, pared, metal, etc. Ya con esta ilustración de documento, igualmente fue trascendente cómo entró a considerar por qué los reos involucrados en el proceso tenían que responder como autores de un delito de falsificación de documentos públicos del Artículo 250-1, a) y b) del Código penal.

Para llegar a esa conclusión, se basó en el Artículo 281-3 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico y en la Instrucción 108 de 1983 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que recogen e instituyen los registros oficiales como documentos de naturaleza pública; por consiguiente, consideró el Registro de vehículos tal

y como se estableció en los artículos del 201 al 217 del Decreto Ley 231 de 2002, que actualiza la Ley 70 de 1987, Código de Vialidad y Tránsito, institución que indica de forma imperativa que todos los poseedores de vehículos automotores tienen la obligación de comunicar a dicho registro dentro de los diez días hábiles de haberse realizado algún cambio en cuanto a motores, carrocerías, colores, traspasos de propiedad o posesión de vehículos registrados, entre otras características; además de requerir que cualquier conversión o modificación que implique cambios importantes de los datos registrados o controlados necesita la autorización del Registro de vehículos.

Por lo anterior manifestado, la sala de casación estableció finalmente, y con toda razón legal, que cualquier alteración, cambio, borradura y añadidura a un motor o carrocería de un vehículo motor que lo identifica o sirve de control a los efectos registrales, confirma, y este pronunciamiento fue muy revelador y fundamental, que los datos que también se adulteran o alteran son los que obran en dicho Registro, de tal suerte que lo deformado o falseado es la íntima relación que existe entre el do-

cumento alterado y el certificado expedido en su momento por el funcionario de la institución registral; esto es, la Licencia de circulación, documento oficial donde obran los datos principales del vehículo.

Nuestro criterio es que el tribunal de casación obró con acierto y sus argumentos son irrefutables por ajustarse a las leyes vigentes, a la lógica, la experiencia, el conocimiento de ciencia y la razón, y era evidente que los procesados tenían que responder como autores del delito de falsificación de documentos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María: *Los delitos de falsedad y documentos generales, concepto*, Consejo del Poder Judicial del Reino de España. Código Penal.
- Decreto Ley 231 de 2002, modificativo de la Ley 60 de 1987.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.
- Ley 60 de 1987, Código de Vialidad y Tránsito.
- Rollo No. 531 de 2006, Casación por infracción de ley, Sentencia 1916.

MIS PRIMERAS IMPRESIONES ACERCA DEL ESTILO JURÍDICO

*Lic. Gisela de la C. Docampo Alba,
especialista en gestión documental, TSP*

*“...quien ahonda en el lenguaje, ahonda en la vida...”
José Martí¹*

EN REITERADAS OCASIONES, pregunté a algunos de mis compañeros: ¿Cómo definir el estilo jurídico? ¿Por qué es un lenguaje tan complicado y reiterativo? ¿Por qué, en la materia penal, después de leer algunas sentencias, no logro entender si la persona juzgada es culpable o no? ¿Por qué, en pleno siglo XXI, continúa usando frases latinas? ¿Existe alguna bibliografía al respecto? Recibí, generalmente, las mismas respuestas: “Siempre ha sido así”, “Es así desde la antigüedad”, “Para saber eso hay que estudiar, durante cinco años, varias especialidades, que no se pueden resumir en minutos”. Perpleja, decidí buscar mis respuestas.

Me propuse, entonces, adentrarme en una enmarañada madeja, sin orientación, sin bibliografía, con solo algunos descriptores: Derecho, lenguaje, estilo, vocabulario. Confieso que ha sido un camino largo, a veces totalmente infructuoso, de días enteros de trabajo sin encontrar alusión al tema; luego, fui encontrando una línea aquí, otra mención allá;

autores que han escrito acerca de esto desde diferentes puntos de vista; en algunos he tenido que inferir, pues encontré la información entre líneas; pero, siempre, hubo una constante, terminaba con las manos llenas de polvo muy oscuro porque, claro, primero los libros, fuente importantísima de información; luego, internet, donde hallé estudios y compilaciones foráneas.

Entraña, como todo lo nuevo, un gran riesgo, ya que se trata de un primer acercamiento al análisis lingüístico del texto jurídico cubano actual, algo que, hasta donde conozco, no se ha realizado antes en nuestro país, lo cual me resulta notoriamente curioso. Es abrir un camino para cubrir un vacío imperdonable e imposterizable.

El lenguaje es el vehículo que tenemos para expresarnos en la vida cotidiana, en el ámbito profesional y científico y, aun cuando no constituya el objetivo principal, todas las profesiones se auxilian de él, unas más que otras, claro está. Ciencias como cibernética, matemática, astronomía,

¹ José Martí: *Obras completas*, t. 9, pp. 446.

física, química, arquitectura, cualquier ingeniería y hasta medicina, tienen medios auxiliares numéricos, gráficos, logarítmicos, algebraicos, que ayudan en la expresión y comprensión de sus contenidos; en cambio, filosofía, historia, literatura, entre otras, precisan del lenguaje, por excelencia, como medio e instrumento. Considero el Derecho dentro del último grupo, pero con características lingüísticas muy especiales.

Conocer el papel que desempeña el español en el universo jurídico, además de explicar, a grandes rasgos, el porqué de unas u otras formas lingüísticas que se usan a diario, y en las cuales ni se repara, es esencial para los especialistas en esta materia; también eso es cultura jurídica, más aun cuando la herramienta y el vehículo fundamental de trabajo, como dije antes, es precisamente el idioma.

Esa forma tan exclusiva del Derecho para expresar su contenido constituye un lenguaje especializado, tecnolecto o lenguaje técnico, una variante de la lengua que tiene un fin comunicativo, en un marco profesional o académico determinado. Existen otros, como el de los periodistas, el de los médicos, economistas, filólogos, ... Los lenguajes especializados tienen características terminológicas, semánticas o gramaticales que los individualizan y hasta los excluyen, y resultan difíciles de comprender para el resto de la comunidad, que no los domina.

El lenguaje especializado de los juristas o estilo jurídico tiene una variante escrita (códigos, sentencias, autos, actas notariales, ...) y otra oral, cada una con objetivos y características específicos. Es un contexto, en el amplio sentido de la palabra, con ritualidades y formalismos, establecidos desde la época romana, necesarios aún para darle carácter oficial a los procesos o documentos.

"Hasta existen un estilo y una dialéctica forense, esto es, una forma especial de reclamar y de declarar en juicio los derechos, tanto en las presentaciones y decisiones orales como escritas. Y aunque hoy haya perdido terreno parte de la prosopopeya clásica, magistrados y letrados saben que, llegado el caso, deben producirse con arreglo a ciertos cánones formales para dar carácter y significación técnica a sus manifestaciones, así en los modos de razonar como de disponer los períodos.

"Las solemnidades y formalidades son modos impuestos por la ley para producir válidamente las diversas expresiones jurídicas. No siempre se establecen solemnidades, pero, si no se cumplen cuando son exigidas, las elaboraciones jurídicas adolecen de nulidad".²

El estilo jurídico está conformado por una terminología especial que, como en otros campos del saber, es muy particular y restringida a sus especialistas. El vocabulario técnico es muy antiguo; se fijó durante las Pandectas, cuando los grandes maestros

2 Arturo Orgaz: *Introducción Enciclopédica al Derecho y las Ciencias Sociales*, p. 9.

compilaron los textos jurídicos dispersos, y se establecieron normas para emplearlo. Desde sus inicios, los grandes maestros lo caracterizaron como un lenguaje claro, preciso y directo, y los teóricos que he consultado hasta el momento, así lo han definido:

“Al construir los conceptos jurídicos se emplea un lenguaje común con maestría y exactitud. Las reglas ortográficas y de sintaxis, son empleadas correctamente; logrando con ello, claridad y sencillez en la ley. Aunado a ello, se encuentra la utilización aprobada del lenguaje técnico, propio de la ciencia del derecho; cuando los conceptos están bien escritos no hay dificultad en su aplicación, más aún, no hay lugar para la interpretación porque todo está establecido con claridad y precisión”.³

Rafael Bielsa afirma: “Si hay una disciplina en la cual conviene emplear la palabra adecuada o propia, ella es la del derecho”.⁴

Este lenguaje especializado está íntimamente vinculado al idioma, el cual le sirve de instrumento y de vehículo: “(...) no se olvide que hasta hace un siglo más o menos — y especialmente en la antigüedad y el Renacimiento— todos los grandes juristas eran filólogos; tan íntima es la relación entre el derecho y la formación del idioma (...)”.⁵

Entre las características significativas del estilo jurídico se encuentra el empleo de latinismos y aforismos. Estos últimos, desde sus orígenes hasta la actualidad, se han mantenido en latín por el valor y la autoridad que le imprimen al Derecho.

La mayoría de los fragmentos citados contradicen lo que se aprecia al analizar escritos jurídicos cubanos actuales, en varios de los cuales hay oscuridad en la redacción, ambigüedad e incorrecciones gramaticales que no constituyen una tradición o norma de expresión jurídica “impuesta desde la antigüedad”, como a veces se dice. Escribir de manera repetitiva y poco respetuosa de las normas gramaticales, pudiera ser el “estilo”, consciente o no, de algunos, ya para diferenciarlo de otros estilos o del lenguaje común, ya con el objetivo de mostrar un elevado tecnicismo, ya por concederle mayor autoridad a la disciplina; lo cierto es que no he encontrado, en los documentos consultados, más que recomendaciones que expresan todo lo contrario.

Estilo es imprimir forma particular a lo realizado. En este caso, escribir y hablar en el contexto jurídico. Según Dámaso Alonso: “No hay arte donde no hay estilo, ni estilo donde no hay unidad, y la unidad es producto de una inteligencia ordenadora”.⁶

3 Elvia L. Flores: “El uso adecuado del lenguaje jurídico y común”, en *Jurisprudencia de conceptos* (consultado en internet).

4 Rafael Bielsa: *Los conceptos jurídicos y su terminología*, p. 8.

5 *Ibíd.*, p. 7.

6 Martín Alonso: *Ciencia del lenguaje y arte del estilo*, p. 419.

También mi profesor y colega Juan Ramón Rodríguez ha dicho: "Para mí, escribir con determinado grado de desorden, incoherencias, ideas perdidas y oscuridad en la expresión, no significa estilo; lo veo más próximo a desorganización psicológica en la estructuración del mensaje que se desea transmitir".⁷

La experiencia personal me permite decir que, en varios textos jurídicos consultados, existe oscuridad, ambigüedad, falsa retórica, problemas gramaticales y de redacción, que los hace difíciles de comprender.

Desde épocas muy remotas, ya se hablaba de esto y constituía fuente de preocupación para grandes juriconsultos. Tal es el caso de Bielsa, quien indicaba: "Se advierte, verdad es, cierta predilección por la literatura romántica, por el estilo florido, la forma enrevesada, aunque insubstancial («hablar en difícil», dicen los estudiantes), y no precisamente por las formas propias ni clásicas".⁸ Y añadía:

"Algunas veces el uso erróneo se debe a la ligereza, otras al prurito de la singularidad (rebuscamiento de palabras raras, para asombrar),⁹ y otras al propósito de resultar gracioso con términos arrabaleros, recurrentes estos que no sustituyen al ingenio, cuando falta...

"En las leyes, en los contratos, en las sentencias la claridad consiste

no sólo en que el texto sea entendido como debe entenderse, sin esfuerzo, vacilación o duda, sino también en que las palabras empleadas en él sean las que denotan con exactitud el concepto, la idea, la intención; en suma, las que en el léxico jurídico significan precisamente lo que quiere decirse. No hay claridad donde no hay propiedad del lenguaje.

"(...)

"También debe evitarse todo lo que sea *gerundiar*, ya no por razones de orden literario, sino de lógica, de interpretación (...)"¹⁰

En los documentos consultados donde hay un acercamiento al estilo jurídico, en términos bastante generales, se teoriza acerca de cómo debe escribirse, de la propiedad que ha de tener el vocabulario y del uso adecuado de la gramática, y se critican los aspectos incorrectos más frecuentes y generalizados, pero ninguno ofrece una caracterización o definición concreta.

El análisis sintáctico, gramatical, fraseológico, formal, a diferentes tipos de textos jurídicos cubanos actuales (sentencias, actas notariales, autos, entre otros) muestra un grupo de peculiaridades que permitirían definirlo, preliminarmente, como un lenguaje técnico, barroco o abigarrado, plagado de formalismos o requisitos, hasta hoy considerados necesarios, se-

7 Juan Ramón Rodríguez Gómez: "Acercamiento al estilo", p. 67.

8 Bielsa: *Op. cit.*, p. 13.

9 Aquí, Bielsa marca su cita número 21, con la siguiente nota al pie: "En algunas sentencias se ve esta especie de culteranismo jurídico, de palabras y giros exóticos, arcaicos, desusados, para asombrar (...)" (*Op. cit.*, p. 15.)

10 *Ibid.*, pp. 15-16.

gún la tradición, pero que quienes los usen requieren de habilidades para lograr una redacción comprensible.

En ellos, los elementos que más se reiteran son los siguientes:

- Arcaísmos. Por ejemplo, tiempos del subjuntivo como el futuro imperfecto (*estuviere*) y el futuro perfecto (*hubiere cometido*) cayeron en desuso en el idioma hace ya mucho tiempo; sin embargo, se mantienen en el lenguaje jurídico. Tales formas fueron asumidas en el idioma por los pretéritos imperfecto y pluscuamperfecto de ese modo verbal (*estuviera* o *estuviese* y *hubiera* o *hubiese*, respectivamente).
- Latinismos. Frases que se mantienen en latín (incluidos aquellos que no siempre se escriben correctamente: *in integrum*, *a quo*, *ánimus de lucro*, *crasso error*).
- Aforismos. Dogmas que resumen teorías y que formulan preceptos generales. Mayormente, se emplean en latín: *Non bis in idem* (Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho), *Nullun crime, nulla poena sine previa lege penale* (No hay delito si no está definido previamente en la ley),...
- Participios de presente. Ejemplos: *recurrente*, *actuante*, *demandante*, *ponente*, *impugnante*, *apelante*, *promoviente*,...
- Formalismos jurídicos. Uso de fórmulas con estructuras fijas que se repiten constantemente en los documentos: *Visto (a, os, as) por, en, ante; resultando, considerando,*

debemos declarar y declaramos, fallamos, declaramos con lugar, declaramos sin lugar,...

- Valoración y adjetivación. Se dice que en los textos jurídicos debe primar sobriedad y objetividad y que, por eso, carecen de valoración y de adjetivación, para evitar ambigüedades. Pero se califica a través de adjetivos y se valora, de una manera muy particular, mediante participios pasivos en función adjetiva: *flagrante* equivocación, *supuesta* inscripción *legal*, contrato *cuestionado*, *absoluta* validez, *errónea* apreciación, término *legalmente establecido*, hecho *dañoso*, prueba *engañosa*,... El participio pasivo imprime al texto un sentido de pasividad, entronizado, consciente o inconscientemente, en contraposición con la lengua natural, que prefiere la voz activa.
- Nominalización. Se prefiere un concepto abstracto nominal, cuando es posible usar otras formas más comunes del idioma: *la titularidad*, *en evitación de*, *la reincidencia*,...
- Tecnicismos. Vocabulario especial privativo de la disciplina: *aquiescencia*, *subrogar*, *fideicomiso*, *sobreseimiento*, *evicción*, *otrosí*; y vocablos comunes en el idioma que, en Derecho, tienen significación particular: *casar*, *auto*, *alimentos*, *servidumbre*,...
- Gerundios. El gerundio presenta formas simples y compuestas, tanto para la voz activa como para la pasiva. En este contexto, se abusa de él, frecuentemente de manera incorrecta.

- Perífrasis verbales. Pueden estar compuestas por dos, tres o más verbos; el primero, siempre conjugado; los otros, como formas no personales, unidos mediante preposiciones, o no: *procedió a describir, debió ser declarada, haberse solicitado, haber sido admitido, sea dable argüir, debiéndose hacer constar, hubo de ser visto,...*
- Retórica innecesaria. Se usan frases vacías de contenido, no siempre escritas de forma correcta, como conectores en oraciones: *habida cuenta de que, habida cuenta que, debiendo haber valorado, no obstante lo cual, también resulta cierto que, y así visto, advirtiendo que si bien, es de observar que, conforme consta, toda vez que no constan en, con sujeción a, en cumplimiento de lo dispuesto, que constatados y admitidos, es lo cierto que,...*
- Definiciones. Costumbre desde la antigüedad, para explicar conceptos jurídicos.
- Modo imperativo: *Hágase, notifíquese, archívense, comuníquese,...*
- Oraciones subordinadas, extensas o no. Complican la sintaxis, intentando explicar exhaustivamente algo. En general, unidas a otras formas, oscurecen el contenido del texto, lo hacen ambiguo e incomprensible. Ejemplo: “(...) pues el éxito de dicho amparo exige, conforme la técnica que rige el recurso que se resuelve, además de su correcta preparación, es decir que se haya intentado la subsanación de la informalidad en que consista, que la inadmisión de la prueba, admisible en derecho, haya podido producir indefensión en el proceso, y tal requisito no se cumple en el cuestionado asunto, habida cuenta de que (...)”.
- Personificación. Darle tratamiento a objetos inanimados, como si fueran animados: *este tribunal dispone, la sala de lo... dictó sentencia, elevándose por el tribunal,...*
- Frasas prepositivas lexicalizadas: *A efectos de, de conformidad con, a instancias de, en tal virtud,...*
- Mismo (a, os, as) como elemento anafórico: *Respecto a la vivienda objeto del trámite, la misma quedará...; pues de resultar el mismo incapacitado.* (En realidad, esta palabra no tiene función nominal, sino adjetiva; debe acompañarse, siempre, por un sustantivo.)
- Sustantivación. La norma parece ser la sustantivación de verbos y participios con las correspondientes diferencias de género: *el citado, la citada, lo citado.*
- Voz pasiva. El estilo jurídico usa, y abusa, de la voz pasiva y de las frases impersonales con *se*, a diferencia del español cotidiano, que prefiere la voz activa: *fue sometida a la prueba, es informado de las causas, se declaró inadmisibles el recurso.*
- Adverbios terminados en *-mente*.
- Subordinadas finales: *Para que, a fin de que, con el objeto de que,...*
- Pronombres enclíticos: *Habiéndose solicitado vista, dejándole aclarado,...*

- Omisión de artículos determinados:
El promovente formuló solicitud.
- Queísmo.
- Omisión indebida de *que*: *Ordenan se practique.*
- Números expresados mayormente con letras.
- Vocablos poco frecuentes: *susomencionado, supramentado,...*

No me extendiendo más por ahora. El estudio, apenas, da sus primeros pasos y hay otras aristas por explorar, antes de llegar a criterios conclusivos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, Martín: *Ciencia del lenguaje y arte del estilo*, 2.^a ed., Aguilar, Madrid, 1949.
- Austin, John: “Estudio del Derecho romano” (consultado en internet).
- Bielsa, Rafael: *Los conceptos jurídicos y su terminología*, 2.^a ed. aumentada, Roque de Palma, Buenos Aires, 1954.

- De la Cueva, Otilia: *Manual de gramática española*, Ciudad de La Habana, 1986.
- Flores Álvarez, Elvia Lucía: “Jurisprudencia de conceptos” (consultado en internet).
- Gili y Gaya, Samuel: *Curso superior de sintaxis española*, 4.^a ed., Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1975.
- Martí, José: *Obras completas*, t. 9, Imprenta Nacional de Cuba, La Habana, 1962.
- Orgaz, Arturo: *Introducción Enciclopédica al Derecho y las Ciencias Sociales*, 3.^a ed., Editorial Assandri, Córdoba (Argentina), 1959.
- Rodríguez Gómez, Juan Ramón: “Acercamiento al estilo”, en *Justicia y Derecho*, año 5, no. 9, diciembre de 2007, La Habana, pp. 67-68.
- Rubio Moreno, Laura María: “Las definiciones léxicas de Las Partidas y de los actuales Código Civil y Penal”, Universidad de Salamanca (consultado en internet).

ACTUALIDAD JUDICIAL

Lic. Celaida Rivero Mederos, TSP

CUBA EN LA CUMBRE DE UNASUR

Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular (TSP), asistió como invitado a la V Cumbre de Poderes Judiciales de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), que se efectuó del 23 al 25 de junio de 2010, en la ciudad de Santa Ana de los Ríos de Cuenca, Ecuador. Concurrieron, como delegados, los presidentes de poderes judiciales o cortes supremas de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En el encuentro, entre los diversos temas tratados, destacan la importancia de la jurisprudencia en América Latina, en el marco de la teoría general de las fuentes del Derecho y la educación; la formación de los servidores judiciales, como factores clave para el mejoramiento de la administración de justicia; y la importancia de las escuelas de la función judicial en América Latina. Además, fueron evaluados los avances alcanzados en la independencia judicial y los métodos alternativos de solución de conflictos, tratados en reuniones anteriores.

El cónclave constituyó un paso más en el fortalecimiento de la integración de las naciones latinoameri-

canas en un nuevo contexto, donde la administración de justicia es prioridad de las políticas públicas como reflejo de la voluntad de los pueblos.

TOMAN POSESIÓN COMO JUECES TITULARES

El 29 de noviembre de 2010, tuvo lugar el acto de toma de posesión, como jueces titulares del TSP, de Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez y Eusebio Osmany Palacios Miranda, elegidos por el Consejo de Estado de la República de Cuba, a propuesta del Presidente de este alto órgano de justicia.

En la ceremonia, presidida por Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado, y Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, y en presencia de los demás miembros de su Consejo de Gobierno, jueces e invitados, los investidos juraron hacer cumplir la Constitución socialista, la legislación vigente y el Código de Ética Judicial.

TAMBIÉN JUECES LEGOS DEL TSP

En acto solemne, celebrado el pasado 23 de diciembre en el Museo de la Revolución, tomaron po-

sesión de sus cargos 276 jueces leigos del TSP, que fueron electos en la pasada sesión ordinaria de la Asamblea Nacional del Poder Popular para ejercer su mandato en el período 2011-2015. Ricardo Alarcón de Quesada, presidente del Parlamento cubano, los exhortó a desempeñar sus funciones con dignidad, eficacia y constancia.

Ante Rubén Remigio Ferro, los elegidos juraron acatar y exigir el cumplimiento de la legislación vigente, y desempeñar el cargo con austeridad, probidad y seriedad.

TALLER NACIONAL SOBRE CONTROL DE LOS SANCIONADOS

Durante los días 8 y 9 de septiembre de 2010, en la capital del país, tuvo lugar el Taller nacional sobre control de los sancionados, en el que se valoró lo alcanzado y se trazaron lineamientos de trabajo, desde la perspectiva del nuevo escenario económico y social en nuestro país.

A partir de los informes presentados por los diversos factores, enriquecedores debates y experiencias, el Consejo de Gobierno del TSP aprobó la Instrucción No. 201, de 9 de octubre de 2010, que deroga la Instrucción 163-BIS que, junto a indicaciones y regulaciones de los organismos y organizaciones de masas que tributan a tal labor, regirán ese quehacer. Dichos documentos fueron compendiados y distribuidos en un folleto como valiosa herramienta de trabajo.

CONCLUYÓ DIPLOMADO

EL 26 de noviembre, se clausuró el Diplomado de administración de justicia, que se desarrolló durante los meses de septiembre y noviembre en la Escuela de Formación Judicial del máximo órgano de justicia, y en los centros homólogos de Cienfuegos y Holguín.

Este curso permitirá continuar elevando la preparación técnico-profesional de los jueces que se incorporan al Sistema de Tribunales.

EVITEMOS INCORRECCIONES (II)

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez,
editor-corrector, TSP

COMO BIEN PUEDE suponerse, bajo este título, caben muchos casos, independientes unos de otros, o no, sin que sea necesario seguir la secuencia. Así, en cada entrega, es posible abordar varios elementos, cuyos análisis nos permiten ampliar conocimientos y mejorar la redacción.

En la primera parte, incluí cuatro de ellos: *juez/jueza* (formas aprobadas por la Real Academia, hace muchos años), *el mismo* (con su plural y los femeninos, variantes solo válidas en función adjetiva, jamás cual pronombres con carácter anafórico), *así como* (dado su valor adverbial, nunca en sustitución de la conjunción *y*, lo más frecuente) y la manida reiteración de la superflua estructura sintáctica *Es importante aclarar que...*, y sus combinaciones.

Para esta ocasión, he escogido otros tres asuntos del quehacer idiomático:

OMISIÓN DE *QUE*

Generalmente, cuando de *que* se trata, los señalamientos versan acerca del *queísmo* (reiterada repetición de esta palabra, independientemente de que aparezca con diferentes funciones, o no). Aquí, voy al extremo opuesto: la omisión de *que*, en estructuras en las cuales no debería suprimirse.

Más allá del conocimiento propio al respecto, hurgué en diferentes fuentes, con el fin de ofrecer valoraciones concretas de reconocidos estudiosos del idioma. En casi todos los casos, me enfrenté a la misma realidad: criterios y fundamentaciones cuya comprensión exigía una preparación lingüística previa.

No me quedó más alternativa, entonces, que acudir a mi ya viejo ejemplar de la segunda edición del *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, de Manuel Seco, que con el tiempo perdió las páginas contentivas de los imprescindibles datos editoriales, aunque puedo presumir que vio la luz a finales de la década de los '60 del pasado siglo.

En él, tras un largo análisis de *que* como relativo, el autor aborda la palabra cual conjunción; y, en esta categoría, dedica un largo párrafo a su omisión, que, entre otros aspectos, incluidos tres ejemplos, expresa:

“Escrupulosos de repeticiones, algunos escritores la omiten, por seudoelegancia: «*pero no creo haya habido intento alguno*» (...); «*se recomendaba a todo el vecindario fuese a recibirle*»; «*supongo habrá usted oído hablar de mí*» (...) La Academia admite esta supresión (...); pero advierte que es mejor enunciar la conjunción, porque da más claridad y rigor a la frase”.¹

En términos similares, se expresa el *Diccionario panhispánico de dudas*, que actualiza el asunto en el acápite 2.1.2 de lo referente a *que*.²

No pocas veces me han dicho que, en esos casos, la omiten para evitar el queísmo; pero sostengo el criterio de que es preferible incluirla en tales situaciones; y buscar alternativas en otras. La corrección diaria de textos, durante 30 años, me permite aseverar que, si nos proponemos evitarla, la lengua ofrece suficientes recursos para encontrar sustituciones válidas.

ABUSO DE MAYÚSCULAS

No pretendo, ni remotamente, abarcar aquí el amplio universo de normas o reglas que se sugieren respecto al uso de mayúsculas y minúsculas, pues habría elementos suficientes para llenar decenas de páginas con consideraciones, criterios y estudios, amén de infinidad de casos concretos, en los que siempre tendríamos que detenernos a analizar los porqués.

No obstante, en función del interés que mueve estas líneas, una norma general establece que se escribirán con letra inicial mayúscula los nombres propios de personas, animales y cosas. Como los dos primeros están bien determinados, me refiero solo al último.

En nuestro contexto, un caso especial pudiera ser el correspondiente a *Derecho*, pues las ciencias y sus especialidades se escriben

1 Manuel Seco: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, p. 284.

2 Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, p. 543.

con minúscula, no así las asignaturas y carreras universitarias, a las que se les sitúa inicial mayúscula; sin embargo, dentro de este universo, podemos asumir la excepción y decir: *No me gusta la medicina, prefiero el Derecho*. En otros entornos, ambas deberían escribirse con minúsculas.

Pero, cuando de ramas y especialidades del Derecho se trata, comienzan las dificultades. He consultado el criterio de varios jueces, abogados, fiscales y asesores jurídicos, y no hay uniformidad de opinión, por ejemplo, en cuanto a Derecho penal. Unos prefieren escribir *penal* con mayúscula y otros con minúscula; más complicado aun es el caso de Derecho procesal penal. Y, como estos, otros muchos: Derecho de familia (o de Familia), Derecho de sucesiones (o de Sucesiones),... Sin detenerme a pensar cuándo se trata del verdadero nombre o no, porque también he leído Derecho sucesorio, Derecho laboral y Derecho del trabajo, con sus correspondientes variantes en mayúsculas.

Pienso que, en este sentido, y en otros del quehacer jurídico, falta definir una forma estándar, en cuanto a los nombres verdaderos y respecto al empleo de mayúsculas y minúsculas. Yo votaría a favor de usar la mayúscula solo en la primera letra de la primera palabra (Derecho penal, Derecho procesal penal,...) Y, también, en los de Código penal, Código civil, Ley de los tribunales populares, Ley del medio ambiente,...

Esto, *grosso modo*, me permite un acercamiento a la denominación de los delitos y si en ellos empleamos mayúsculas, o no. Para mí, y para otros también dedicados a las cuestiones idiomáticas, la corrección y la edición de textos, en ningún caso se trata de nombres propios, sino comunes, en los que no caben las mayúsculas, ni siquiera en la primera palabra, cuando la denominación tiene más de una, en los que a todas suele endilgárseles ese tipo de letra.

Al respecto, algunos me han dicho que es como si se tratara del apellido del nombre (y me pregunto: ¿de qué nombre?). Otros alegan que así están recogidos en el Código penal. Y esto no deja de ser cierto; pero, igualmente, lo es que, en ese mismo cuerpo legal, la mayoría de los delitos aparecen escritos de manera indistinta, incluso todas sus palabras con minúsculas.

No hablo de corrección o incorrección, sino de que no se absolutice la variante con letra inicial mayúscula en cada una de las palabras

que integran tales denominaciones, por el hecho de que una vez fueran escritas así. Basta hojear el mencionado código para encontrar otras posibilidades, igualmente legales, y más acordes con las reglas idiomáticas.

Lo mismo que digo en cuanto a los delitos, puedo expresarlo acerca de las sanciones y en relación con un sinnúmero de conceptos, expresiones, documentos,... en los que, ni la primera palabra, se recoge allí con mayúscula.

Y confieso que esto es solo una pequeña aproximación al asunto. Pienso que opiniones diversas al respecto, y hasta debates, nos enriquecerían a todos.

CAMBIOS ORTOGRÁFICOS Y...

En una reciente edición, el periódico *Granma* incluyó un texto sobre cambios ortográficos,³ del cual vale retomar los elementos esenciales y repetirlos aquí, dada su importancia para todos, en especial quienes a menudo nos vemos precisados a redactar, pues se trata de novedades (algunas no tanto) del idioma incluidas en la nueva *Ortografía de la lengua española*, cuya publicación fue anunciada para diciembre de 2010.

En dicha información, se destacan cinco aspectos fundamentales, necesarios a la hora de escribir, los cuales resumo a continuación:

- 1) No se tildará el adverbio *solo*, ni los pronombres demostrativos (*este, ese, aquel*), ni siquiera en casos de posible ambigüedad.
- 2) No más se usará la tilde diacrítica sobre la letra *o* entre números, pretendiendo distinguirla del *0* (cero), pues los actuales “tipos de imprenta” la hacen innecesaria.
- 3) Desaparece la necesidad de tildar el vocablo *guion*, por considerarlo un monosílabo.
- 4) Las palabras cuya escritura se recomendaba con *q* (Irak, Qatar, quórum), pasan a escribirse con *c* o con *k*: Irak, Catar, cuórum. “Quienes prefieran la grafía original, tendrán que escribirlas en cursivas y sin tilde, como extranjerismos”.
- 5) El prefijo *ex*, si afecta a una sola palabra, se escribirá unido a ella: *exmarido, exministro, exdirector*; y se mantendrá separado cuando preceda a términos compuestos: *ex capitán general*.

3 María Luisa García: “Cambios ortográficos y en el alfabeto de la lengua española”, p. 2.

E incluye otras dos precisiones:

- La definición de los nombres de tres letras: *y* (ye), *b* (be) y *v* (uve), a las que muchos hablantes aún llaman, respectivamente, “i griega”, “b alta o larga” y “v chiquita o corta”, lo cual ya no será aceptado.
- La confirmación de que los dígrafos *ch* y *ll*, ya no son letras del alfabeto, con lo que se define que el abecedario español tiene, actualmente, 27 letras. Respecto a esta cuestión, aunque no lo recoge la información, quiero añadir algo, también importante para la escritura: El hecho de que la *ch* y la *ll*, a partir de ahora (en realidad, desde hace ya algún tiempo), no aparezcan de manera independiente en los diccionarios, no significa que se eliminen de todas partes, pues representan sonidos existentes en el idioma, cuyas expresiones gráficas aparecerán, respectivamente, por las letras *c* (*c* + *h*) y *l* (*l* + *l*). Además, la forma mayúscula del dígrafo *ch* continúa siendo *Ch*, como en *China*. Lo mismo sucede en cuanto a *ll*: la variante mayúscula es *Ll* (ejemplo: Llerena).
Y no más por hoy.

BIBLIOGRAFÍA

- García, María Luisa: “Cambios ortográficos y en el alfabeto de la lengua española”, en *Granma*, año 46, no. 265, edición única, lunes 8 de noviembre de 2010, La Habana, p. 2.
- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2005.
- Rodríguez-Vida, Susana: *Curso práctico de corrección de estilo*, Ediciones Octaedro, S. L., Barcelona, 1999.
- Seco, Manuel: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, 2.^a ed. [s.m.d.]

