
SUMARIO

- 3** • VII Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2014. Relatoría
Esp. Roselia Reina Batlle
- 13** • *El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple*
Esp. María Caridad Bertot Yero y Lic. Dayan Gabriel López Rojas
- 45** • *La malversación como fenómeno de la corrupción administrativa*
Esp. Marlenis Rodríguez Abella
- 58** • *Referencia a la prueba en el proceso penal*
Dra. Zarezka Martínez Remigio
- 76** • *EL asesinato en el ordenamiento penal cubano*
Esp. Ileana Gómez Guerra
- 95** • *La sanción pecuniaria*
Lic. Lissy Valcárcel Gómez
- 106** • *Tratamiento a los daños y perjuicios en la nueva legislación económica*
Lic. Mercedes Carina Torres Hidalgo
- 122** • *Valoración judicial de la testamentifacio activa*
Lic. Marcos Aquino Marín
- 130** • *Tratamiento legal de las servidumbres en Cuba*
Lic. Dayana Javier Muñoz
- 141** • *La invalidez laboral en sede judicial*
Lic. Ludmila Collazo Rodríguez
- 152** • *Actualidad judicial*
Lic. Celaida Rivero Mederos
- 155** • *El universo de los números (II)*
Lic. Juan R. Rodríguez Gómez

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

Director

Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez

Consejo editorial

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro

Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Esp. Maricela Sosa Ravelo

Esp. Lilitana Hernández Díaz

Esp. María C. Bertot Yero

Esp. Isabel I. Arredondo Suárez

Edición y corrección

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Composición y diseño

Lic. Ramón Caballero Arbelo

Redacción

Avenida Independencia, entre Tulipán y Lombillo,

Plaza de la Revolución, La Habana

Teléfono: (537) 855 5035

E-mail: celaida@tsp.cu

ISSN 1810-0171

Publicación semestral

Año 12, no. 23, diciembre de 2014

VII Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2014

RELATORÍA

Dada la importancia de las temáticas analizadas, publicamos la Relatoría del Encuentro, no solo como constancia descriptiva de los asuntos presentados, sino también con el objetivo de que estos continúen siendo fuente de discusión y debate entre los jueces del Sistema de Tribunales y, en general, de los operadores del Derecho.

21 al 23 de mayo de 2014

Palacio de Convenciones de La Habana

Relator principal: Especialista Roselia Reina Batlle

Distinguidos invitados y delegados,
Estimados colegas:

Hoy, 23 de mayo, concluimos el VII Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2014, auspiciado por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba (TSP).

Ha sido amplia la concurrencia de magistrados, jueces y otros juristas, provenientes de una organización del Sistema de Naciones Unidas y 21 países: Angola, Argentina, Brasil, Chile, China, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guinea Ecuatorial, Honduras, Japón, México, Mozambique, Nicaragua, Perú, Puerto Rico, Rusia, Venezuela, Vietnam, y Cuba como país sede, con 230 delegados cubanos y 115 de las otras naciones, los que, unidos a quienes asistieron con pase a sesión, suman más de 600.

También se ha destacado por la asistencia de eminentes personalidades, entre ellos:

- Excelentísimo Sr. Sergio Muñoz Gajardo, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Chile
- Excelentísimo Sr. Martin Ndong Nsue, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guinea Ecuatorial
- Excelentísimo Sr. Ozias Pondja, presidente del Tribunal Supremo de la República de Mozambique
- Excelentísimo Sr. Dr. Xi Xiaoming, vicepresidente del Tribunal Supremo Popular de la República Popular de China
- Excelentísimo Sr. Fernando Ramón Vegas Torrealba, vicepresidente primero del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela
- Excelentísimo Sr. Trong Anh Hao, vicepresidente del Tribunal Popular Supremo de la República Socialista de Vietnam
- Excelentísimo Sr. Valentin Valentinovich Ershov, rector de la Academia Judicial del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia

- Excelentísimo Sr. Humberto Guadalupe Hernández, presidente en funciones del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma de Islas Canarias, España
- Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza, magistrado del Tribunal Supremo de México
- Dr. Elías Carranza, director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento al delincuente
- Dr. Juan María Terradillos Basoco, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, España
- Dr. Eduardo López Betancourt, catedrático e investigador de Derecho penal y constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México
- Ana María Mari Machado, vicepresidenta de la Asamblea Nacional del Poder Popular
- Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado
- Darío Delgado Cura, Fiscal General de la República
- María Esther Reus González, ministra de Justicia
- Ariel Mantecón Ramos, presidente de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos
- José Luis Toledo Santander, presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular
- Migdalia Velásquez Pérez, presidenta de la Unión Nacional de Juristas de Cuba
- Joaquín Bernal Rodríguez, funcionario de la Oficina del Segundo Secretario del Comité Central del Partido Comunista de Cuba
- Dra. Mayda Goyte Pierre, decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

En las palabras iniciales, el presidente del TSP, Rubén Remigio Ferro, entre otros aspectos, puntualizó que, en el contexto de actualización del modelo económico y social que se realiza en Cuba, se trabaja en modificaciones estructurales y de funcionamiento, que refuerzan garantías, derechos, acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, con la convicción de que el mandato del pueblo entraña aplicar la ley con profundo sentido de justicia y absoluta transparencia, donde los propios jueces son garantes de su independencia al juzgar, pilares fundamentales para que el sistema judicial cubano no padezca de crisis de confianza.

Finalmente, enfatizó nuestra profunda indignación por la injusticia del Gobierno de los Estados Unidos, por más de 15 años, contra cinco patriotas cubanos, por razones evidentemente políticas, juzgados y severamente sancionados en un proceso judicial amañado y violatorio, tres de los cuales aún permanecen en cautiverio y, uno de ellos, con dos cadenas perpetuas, por lo que exigió al presidente de Estados Unidos que disponga ya su inmediata libertad.

El programa científico se caracterizó por la variedad de temas abordados. Se dictaron 14 conferencias magistrales.

- El Dr. Juan María Terradillos Basoco discursó sobre la criminalidad económica en su estrecha vinculación con los fenómenos de la realidad y diseñó propuestas de estrategias político-criminales de amplio espectro.
- El Dr. Elías Carranza reflexionó en cuanto a la criminalidad en América Latina, sus causas e influencia en ello de la inequidad en el reparto de las riquezas.
- El Sr. Sergio Javier Medina Peñaloza incursionó en el papel de las constituciones en los estados modernos, los retos de la justicia del siglo XXI en los estados constitucionales y brindó ejemplos de buenas prácticas sobre valores, principios y derechos humanos, en aras de la justicia y la seguridad internacional.
- El Dr. Eduardo López Betancourt refirió que no resulta posible la igualdad en la justicia por la naturaleza diferente de los seres humanos, que se tornan en extremo visibles en las sociedades capitalistas. Por otra parte, aludió al daño que provoca el brutal bloqueo de los Estados Unidos impuesto a la Isla y resaltó la dignidad que distingue a los cubanos, para, finalmente, sumarse a la solicitud del presidente del máximo órgano de justicia de nuestro país, de exigir la libertad de los tres héroes cubanos que aún permanecen encarcelados.
- Referido a la necesidad de reforzar la protección del medio marítimo a través de la cooperación, Xi Xiaoming destacó la necesidad de realizar esfuerzos conjuntos para preservar el mar dentro de la capacidad global de prevención e informó la creación de una nueva sala de justicia en su país para atender el medio ambiente, de la cual se podrá conocer más en el próximo encuentro.
- El Sr. Sergio Muñoz Gajardo disertó acerca de la institución del recurso de casación, su origen y evolución hasta la actualidad, en que diversos países y sistemas jurídicos han procurado soluciones para que este medio recursivo afiance el respeto de garantías y normas procesales y la correcta aplicación del derecho en la sentencia.
- Sobre la formación de profesionales en el campo judicial, Valentin Valentinovich Ershov expresó que esa institución estatal se dedica a la superación de jueces federales y de paz, al reciclaje profesional de los nombrados por primera vez y a la formación de especialistas para el sistema judicial.
- Carlos Manuel Díaz Tenreiro, presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, abordó la reforma procesal a partir del papel proactivo del Consejo de Gobierno, en su labor uniformadora de la práctica judicial, conducente al acercamiento del juez al justiciable, que termina por acentuar el carácter esencialmente humanista de la función de administrar justicia, intervención que motivó las de los presidentes de los máximos órganos jurisdiccionales de Chile y Cuba.

- Como parte de los nuevos desafíos del Derecho procesal penal, Carlos Alberto Mejías Rodríguez analizó la corrupción como reto, y las reformas institucionales y legales que se asumen en su enfrentamiento, en el que, además del Derecho penal, la ética desempeña un importante rol.
- Rodolfo Fernández Romo explicó los métodos especiales de investigación como medio de combatir la criminalidad organizada y al terrorismo, y apuntó la necesidad de su regulación legal para facilitar el adecuado respeto a los derechos individuales.
- Mayda Goite Pierre, en lo concerniente al impacto de la globalización en el Derecho penal, discernió la necesidad de un diseño coherente para enfrentar el fenómeno de la corrupción con los instrumentos legales apropiados, entre ellos las leyes de extinción de dominio como mecanismo más efectivo.
- Majela Ferrari Yaunner reflejó la importancia de la interpretación jurídica en la aplicación del Derecho, al estar estructuradas las normas a partir de símbolos lingüísticos que generan diferentes problemas a los intérpretes como retos permanentes a la discrecionalidad judicial.
- Martha Prieto Valdés sostuvo que, en Cuba, existe una dicotomía entre discrecionalidad y facultad de los tribunales de conocimiento y abogó por la existencia de una sala que atienda los conflictos de carácter constitucional, que hoy corresponden a la Asamblea Nacional del Poder Popular, por mandato de la ley de leyes.
- Leonardo Pérez Gallardo profundizó en la norma sustantiva por la cual se refrenda, como causal de incapacidad para heredar, tanto la falta de atención como la negativa de dar alimentos al causante, e ilustró en cuanto a su aplicación práctica jurisprudencial, a partir del comentario de casos específicos.

Tres intervenciones especiales afrontaron cuestiones de sumo interés:

- En materia laboral, Ulises Guilarte de Nacimiento, secretario general de la Central de Trabajadores de Cuba, resaltó el papel de la dirección sindical, a la luz de los cambios que imponen las transformaciones en la economía cubana, que no significa establecer fórmulas capitalistas, sino defender el modelo socialista, con el que se garantizan los derechos de los trabajadores, y especificó la participación de estos en la conformación del nuevo Código de Trabajo.
- También en la materia laboral, Miriam Lau Prieto, directora de Relaciones Internacionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, examinó la verificación, en el ordenamiento jurídico cubano, de los derechos del trabajo y de seguridad social, en correspondencia con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Cuba.
- En la tercera –a cargo de Sara Rubio Valdés y Elia María Rosabal Pérez, funcionarias de la Dirección de Establecimientos Penitenciarios de Cuba–, se caracterizó el sistema de prisiones, su funcionamiento y capacidad

para el correcto internamiento, posibilidad de acercar al recluso a su lugar de residencia, programas educativos previstos para su resocialización (incluido el trabajo socialmente útil), instrucción escolar, capacitación de oficios y participación en actividades culturales y deportivas.

El trabajo en comisiones se desarrolló con un programa científico diverso que, además, contó con 41 ponencias, 15 paneles, 2 talleres y un panel integrador, que estuvieron a cargo de 74 expositores cubanos y 26 de otras naciones.

En penal, respecto a la sanción privativa de libertad, intervinieron el mexicano Roberto Carlos Fonseca Luján y la brasileña Marylucy Santiago Barra; y, sobre las alternativas, Maydel Y. Hernández, Zulema Delgado Herrera, Yaíma Melián Casas, mientras que el mexicano Mauricio Moreno Vargas introdujo aspectos relevantes del Código nacional de procedimientos penales mexicano y las dificultades del sistema de persecución penal en su país.

El control social sobre las sanciones subsidiarias y medidas de seguridad sin internamiento fue tratado por Grether M. Aguilera Fonseca, Leydi Rivero Cardero, Mildrey Casas Rojas y Danory Sánchez Díaz.

Las venezolanas Yanny Mata Facenda y Magda Yaqueline Guzmán Zapata intervinieron acerca de la influencia del entorno en los trastornos del comportamiento en el adolescente.

Marisleydi Sarmiento Sarmiento puso de relieve los distintos momentos en que la víctima no cuenta con protección alguna en el proceso penal cubano y sus propuestas para garantizarlo. La española Emilia María Santana Ramos señaló que las medidas de control a favor de la víctima son retos para la justicia en el proceso penal; y Tamara Iriarte Hernández, Arianny Casas Pérez y María J. Portuondo Barbán se enfocaron en limitar la revictimización de los infantes y adolescentes en delitos sexuales.

Yaíma Delgado Martínez, Liethy López Quintana y Ernesto Ramos Montañés alertaron sobre el requerimiento de motivar y argumentar las sentencias penales, como derecho fundamental para una tutela judicial efectiva.

Derechos, principios y garantías en la impartición de justicia penal fueron tratados por Rufina de la C. Hernández Rodríguez, Ramón Y. Alarcón Borges, María I. Fernández Álvarez, Besaida Pérez Rodríguez, el venezolano Paul Aponte Rueda, y los mexicanos Carlos Alberto Macedonio Hernández y Lucely M. Carballo Solís.

Relacionado con la pertinencia de la imposición de costas procesales en materia penal, intervino Raquel M. Infante Tavernier. Duberli Apolinar Rodríguez Tineo se refirió a la admisión, o no, de la prueba prohibida como límite del poder del Estado en el ámbito probatorio del proceso penal; y lo relativo a la cadena de custodia de la prueba lo hizo Enma Calderón Arias, la que destacó la necesidad de regular ese aspecto en la ley.

Nuevas miradas al recurso de casación penal ofrecieron Maricela Sosa Ravelo, quien precisó el impacto en él de los medios de filmación; Ismael Lema Águila lo enfocó desde el principio dispositivo y el derecho sustancial; Roselia Reina Battle, desde el control de la valoración de la prueba; Eldys Bailly Rodríguez, en el del elemento subjetivo del delito; y Marily Fuentes Águila, a la luz de la prohibición de la *reformatio in peius* en el juicio de reenvío y el alcance de la responsabilidad civil.

En materia civil, Maryla Pérez Bernal se adentró en la connotación ética de la gestión conciliadora como límite en la actuación de los jueces, mientras que, acerca de su realización en sede judicial, expuso Isabel Arredondo Suárez; los mexicanos Raúl Aarón Romero Ortega y Silvestre Constantino Mendoza González se refirieron, el primero, a la oralidad en segunda instancia y quién la puede realizar, y el segundo, a la mediación, a partir de la necesidad que tienen los tribunales de enfrentar muchos asuntos, funcionando como alternativa de solución de litigios, y explicó cómo se trata en su país, mientras que Alina Beatriz Monier esclareció las vías alternativas para la solución de conflictos familiares y experiencias extrajudiciales al respecto.

Niurka de los Á. Tellería Mendoza elucidó algunos aspectos relativos a la institución de los herederos, complementados por Arianna Fariñas Sánchez, que lo efectuó en lo concerniente a la posibilidad de reconocer en la legislación civil a los hermanos como herederos especialmente protegidos; y por Susana Guerra Rivero, que esclareció las reglas de la partición de la herencia, conforme a las regulaciones legales.

Maylai García Borges lo hizo desde la protección al consumidor en el ámbito sustantivo y procesal; Andrés Eduardo Celedón Baeza mostró sus características en Chile. En otro ámbito, Yeline de la C. Embaló Quijano instruyó que las cooperativas poseen personalidad propia y son una entidad *sui-generis*.

Un análisis doctrinal de la acción subrogatoria, como protección al Derecho de crédito en Cuba, fue el sustento de Aniley Vento Domínguez, para realizar concretas propuestas de bases legales para la regulación de la institución, mientras que María I. Delgado Knight explicó sobre la hipoteca inmobiliaria en el país sede, a partir del análisis del Decreto Ley 289 de 2011. Orlando González García razonó acerca de la revisión, su incidencia en la cosa juzgada y la reforma procesal civil en la Isla.

Temas de familia fueron estudiados por Damarys Cárdenas Carrillo, quien analizó la Convención de los Derechos del Niño, su aplicación en Cuba y la necesidad de modificar el Código de la Niñez y la Juventud; y Milagros Rodríguez Estrada realizó una valoración sobre la representación legal atribuida a los directores de hogares de ancianos en relación con aquellos que han sido declarados incapaces. En este ámbito, Marta Acosta Ricart, respecto al tema de la adopción en Cuba, habló de la apli-

cación de la Instrucción No. 216 de 2012, en cuanto a darle seguimiento a la adopción, una vez terminada, con el auxilio del equipo multidisciplinario asesor.

Leandro Rodríguez Cruz incursionó en la gradación de la capacidad restringida en el Derecho civil cubano, cuando se halla afectada, sin que la persona sea absolutamente incapaz.

Los nuevos desafíos del proceso judicial económico en Cuba fueron presentados por Liliana Hernández Díaz, quien anotó sus antecedentes y configuración en la realidad actual; Ranulfo A. Andux Alfonso reflejó que su implementación significó una reforma procesal respecto a su contenido, modo de actuación y fines; y Yolanda Pino Martínez lo hizo acerca de la disolución y liquidación judicial de algunas formas de inversión extranjera en el país, a partir de la recién promulgada Ley de la Inversión Extranjera.

Yeisys González Escalona respaldó el problema que entraña la falta de capacidad jurídica plena a las unidades empresariales de base; y Lissy Valcárcel Gómez afrontó la sanción pecuniaria, como un límite a la autonomía de la voluntad de las partes y las deficiencias en su concepción en los contratos económicos.

Daniel D. Soler Serrano reseñó las últimas interpretaciones de la Sala de lo Económico, en la actualización del modelo cubano, y Mariela León Valdés instó a una mejor preparación ética y profesional en la negociación, concertación y materialización de la contratación económica.

En materia ambiental, Daimar Cánovas González abordó los elementos característicos de la responsabilidad civil por daños ambientales, con una mirada crítica de la legislación vigente en Cuba; Mercedes C. Torres Hidalgo accedió al tratamiento que reciben los procesos ambientales en sede judicial y la necesidad de perfeccionarlo; Arlette García Casanova presentó una visión de la justicia ambiental desde la autoridad administrativa, y en torno a la legitimación de las organizaciones no gubernamentales en ese escenario, se adentraron los brasileños Ana Paula Borges Martins y Jean Mattos Alves Teixeira.

Finalizaron los trabajos en esta disciplina con la proyección de un material fílmico, en el que se ilustró sobre la protección al Parque Nacional Alejandro de Humboldt, declarado Reserva de la biosfera, y se admiraron sus bellezas.

En Derecho laboral, Liudmila Arias Rodríguez incursionó en la reanimación de la economía del trabajo por cuenta propia y la protección de los trabajadores que optan por esta alternativa de empleo en nuestro país; Liudmila Collazo Rodríguez lo hizo sobre los trabajadores aquejados por invalidez y su inclusión en el régimen de la seguridad social, y Anabel Hernández Cruz las estudió desde una perspectiva profesional.

María I. Domínguez Chaveco significó los valores éticos y morales que rigen la actuación de los jueces en esa materia; Aymee Fernández Toledo delimitó los razonamientos que se han realizado en la solución de conflictos generados, cuando confluyen normas jurídicas laborales y penales, y Minelva Hernández

Gil realizó un análisis histórico-doctrinal de la ejecución de sentencias laborales y la necesidad de un procedimiento propio.

Yaíma González Mustelier reflexionó sobre el rol del Derecho laboral asociado al proceso de reordenamiento de esta materia en Cuba; y lo referido a la concesión de la pensión por causa de muerte lo hizo Nancy Morales González.

De Gran Canaria, Humberto Guadalupe Hernández ilustró sobre la protección y derechos de los discapacitados; Gumersindo Manso Abizanda esbozó el uso inadecuado de los ordenadores por los trabajadores, la legalidad de su control, sus límites por los empresarios y la adecuada forma de sancionar estas conductas, mientras que Carmelo Batista Machín abordó las nuevas medidas de flexibilidad interna que pueden adoptarse entre los trabajadores y empresarios.

El mexicano Arturo Rivera Pineda realizó la protección legal y constitucional de los bienes o recursos tutelados, bajo el régimen del pro-común de los pueblos originarios en el contexto del mundo globalizado.

Sobre informatización judicial, se desarrolló un panel, en el cual Gonzalo Armienta Hernández enfatizó que los juicios cibernéticos afectan los principios procesales tradicionales en México; y Andy O. Durán Rodríguez describió el proceso de informatización en el Sistema de Tribunales en Cuba y sus funcionalidades.

En otro orden, Eremis M. Tamayo Pérez aportó una panorámica en torno a la administración de justicia en la Cuba colonial.

Nieves de las M. Ferret Álvarez y Mariana Mendoza Rivero resaltaron que, en su opinión, la facultad del control constitucional debe radicar en los tribunales, mientras que Anay Roviralta Perdomo y Carlos J. Bruzón Viltres defendieron el papel preponderante que ha de adjudicarse a la jurisprudencia y el que corresponda al juez como intérprete en la aplicación de la ley.

Luego de valorar el sistema de jurado tipo clásico, Diana Hernández de la Guardia concluyó que este no aporta ventajas que contribuyan a elevar los niveles en la impartición de justicia en Cuba.

Yoel Quintana Arango y Yisel López Rodríguez incursionaron en la relación entre imparcialidad, independencia y ética judicial, y el valor que en ello tiene la actitud subjetiva del juzgador y el control profesional; en tanto, Eber Omar Betanzos Torres (México) y Paola Prado (Argentina) centraron su interés en el vínculo entre ética judicial, valores y derechos humanos y sociales, pues justicia y ética van de la mano y, por eso, debe construirse diariamente.

Cuestiones de género se enlazaron en un taller donde Yamila González Ferrer acotó la importancia de la transversalización en la enseñanza del Derecho, como principio que contribuya a lograr la igualdad; la hondureña Karlem Yadira Rivera reveló el cambio en su país hacia una mayor incorpo-

ración femenina a la judicatura, e Ingrid T. Santos Díaz resaltó el alto índice de integración de la mujer en el sistema de justicia en Cuba.

Especial connotación alcanzó el panel que analizó la situación de los héroes cubanos víctimas de crueles sanciones impuestas por el sistema judicial de los Estados Unidos, coordinado por la presidenta del Instituto Cubano de Amistad con los Pueblos, Kenia Serrano Puig; e integrado por Fernando González Llort, recientemente liberado, luego de cumplir íntegramente su injusta condena; Ricardo Alarcón de Quesada, experto en el caso de los Cinco; Graciela Ramírez, coordinadora del Comité Internacional de Solidaridad con los Cinco; Adriana Pérez, diputada a la Asamblea Nacional del Poder Popular y esposa de Gerardo Hernández Nordelo; y Elizabeth Palmeiro, esposa de Ramón Labañino Salazar.

Durante el desarrollo del panel, se denunciaron las irregularidades de un proceso legal violatorio de los derechos y garantías instituidos en la Constitución norteamericana: que el juicio se efectuara en Miami, inmerso en el ambiente hostil estimulado por la propaganda mediática, fue la mayor de todas las injusticias cometidas en el caso; la oncenaria corte les negó el derecho a ser escuchados sobre el lugar del juicio, y la Corte Suprema denegó el recurso interpuesto ante ella.

En este contexto, se propició un efusivo homenaje a la memoria del comandante-presidente de la hermana República Bolivariana de Venezuela, Hugo Rafael Chávez Frías.

Puso fin a las labores científicas el panel coordinado por el presidente del TSP, en el que, a través de las intervenciones ofrecidas por los presidentes de las cortes supremas de justicia de las repúblicas de Chile y Guinea Ecuatorial, y los vicepresidentes de los máximos órganos de justicia de Venezuela y Vietnam y el rector de la Academia Rusa de Justicia, se logró una visión integradora de la actualidad y perspectivas del derecho y la actuación judicial en sus respectivos países.

En el caso chileno, se acentuó la necesidad de actualizar la administración de justicia, ahondar en su transparencia y en su capacidad de dar respuesta a las situaciones de conflicto que se le presentan, en lo cual los tribunales se legitiman protegiendo los derechos de las personas mediante la tutela judicial efectiva.

Respecto a Guinea Ecuatorial, se conoció que, no obstante heredar un sistema judicial lastrado por una estructura colonial, la constitución y la ley orgánica instituyen su independencia funcional, además de la estructura, jurisdicción y competencia de la Corte Suprema, las audiencias, los tribunales de familia y los juzgados de paz, que resuelven los asuntos por vía de conciliación.

En cuanto a Venezuela, se brindó una panorámica desde la Asamblea Constituyente, que trazó las pautas constitucionales para el ejercicio de la justicia y la realización de reformas en los trámites procesales, la me-

diación, la oralidad, una nueva ley en materia electoral, todo, para que la justicia material llegue con celeridad a los justiciables.

En relación con Vietnam, se realzó la importancia de la base judicial que sirva a la patria socialista y resuelva con eficiencia y eficacia; en los últimos 10 años, ha presentado avances, aunque requiere seguir perfeccionando las leyes, los órganos jurisdiccionales, la calificación de los trabajadores judiciales, y renovar la atención del Partido Comunista a la actividad judicial.

El representante de Rusia dilucidó el valor de los precedentes judiciales, de las regulaciones contractuales internacionales en la reglamentación del Derecho, como vía para resolver los derechos de los ciudadanos y personas jurídicas, donde lo más importante es la individualización de los jueces en los litigios de que conocen.

El congreso se caracterizó por su organización, la posibilidad de confraternizar y la amplitud de los debates en torno a problemas concernientes a la impartición de justicia, en el mundo globalizado de hoy, donde se vertieron las más diversas opiniones por parte de 138 delegados, 99 cubanos y 39 de otros países.

Como en ocasiones precedentes, el encuentro se proyectó más allá de su sede, cuando un grupo de delegados visitó el centro penitenciario La Lima, donde constataron el tratamiento humanista que caracteriza al sistema de prisiones cubano, y otro tuvo la oportunidad de presenciar el desarrollo de un juicio oral del Tribunal Provincial Popular de La Habana.

El cónclave fue marco, también, para disfrutar de la música de Alejandro García Caturla, mártir de la judicatura cubana, y aproximar a los participantes a la diversidad cultural de nuestro pueblo.

Han sido días de intenso trabajo, que sirvieron para identificarnos e intercambiar nuestros conocimientos y experiencias en el orden judicial, más allá de fronteras territoriales. Retornamos a nuestras labores mejor preparados y motivados, con energías renovadas en el perenne afán de hacer realidad la máxima martiana de alcanzar toda la justicia.

Imbuidos de este espíritu, los invitamos al VIII Encuentro Justicia y Derecho, donde esperamos, una vez más, contar con la valiosa presencia de todos ustedes.

Muchas gracias.

EL DELITO CONTINUADO Y LA PROHIBICIÓN DE PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE

Esp. María Caridad Bertot Yero,
jueza profesional, Sala de lo Penal, TSP

Lic. Dayan Gabriel López Rojas,
Prof. asistente de Derecho penal, Universidad de Matanzas

“Una cultura jurídica se prueba a sí misma
a partir de los principios, los cuales ella nunca dejará
que sean lesionados, aun cuando esta lesión prometa la mayor ganancia”.

Winfried Hassemer¹

EL DELITO CONTINUADO EN LA DOGMÁTICA

EN los amplios predios de las ciencias penales, a la institución del delito continuado se le ha reservado un debate especial. Tanto su origen, concepto y elementos, como lo relativo a la naturaleza jurídica y fundamento de la figura, han despertado una profunda polémica en el foro académico, por lo que, en este sentido, Novoa Monreal llega a afirmar que “no hay concepto penal más confuso y anárquico”.²

La diversidad de opiniones en torno a sus presupuestos ha provocado que la mayoría de las legislaciones hayan prescindido de una

formulación normativa, aunque ello no ha impedido su recta aplicación por parte de los tribunales, sino que, muy por el contrario, los contornos de esta figura se han ido perfilando en buena medida gracias a los continuos aportes emanados de las decisiones judiciales, a tal punto que el delito continuado ha sido valorado como un genuino producto de la jurisprudencia, sustentado originalmente en razones de piedad y justicia.³

Quienes han estudiado en profundidad el instituto analizado ubican su origen en los siglos xv y xvi, y lo conciben como una creación de los prácticos italianos, especialmente Julio Claro y Próspero Farrinaccio, a quienes se les atribuye común-

1 Winfried Hassemer: “Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada”, p. 7.

2 Citado por Fernando Velásquez Velásquez: *El delito continuado en el Código penal peruano*.

3 Cfr. José Francisco Alabau Trelles: *El delito continuado*, pp. 7-14.

mente su paternidad por haberle dedicado en sus obras una especial explicación.⁴

En Cuba, se reconoció por vez primera la figura del delito continuado por vía jurisprudencial, a través de la sentencia de 24 de octubre de 1903 dictada por la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo, a pesar de no encontrarse positivizado en el Código penal español de 1870. Desde esta fecha, vivió a merced de la creativa labor tribunalicia, hasta la entrada en vigor del Código de defensa social de 1936,⁵ en cuyo artículo 23-C quedó definitivamente consagrado; y, desde entonces, ha ocupado un lugar en la parte general de las sucesivas leyes penales cubanas.

Entre las variadas conceptualizaciones propuestas sobre el instituto, se destaca la ofrecida por Choclán Montalvo, quien lo define como una pluralidad de acciones que, en sí mismas, ya tienen sentido típico, pero que son aunadas bajo una sola denominación dotada de sentido típico propio.⁶

Vale la pena resaltar, en este sentido, los puntos de contacto que se aprecian entre el delito continuado y el concurso real de delitos, así como sus elementos diferenciadores. Ambas figuras poseen similar constitución, en tanto suponen la existencia de varios hechos perfectamente individualizados por tipos penales autónomos; pero, en la continuidad delictiva, el conjunto de actos y encuadres poseen una relación tal que le merece un especial tratamiento procesal y jurisprudencial.⁷ Así, mientras el concurso real de delitos supone una pluralidad de acciones delictivas independientes y autónomas, en sentido naturalístico y jurídico, en los supuestos de continuidad, los distintos hechos guardan cierta dependencia entre sí, tanto por el común elemento subjetivo que los enlaza como por razones objetivas.

Los elementos configurativos del delito continuado han sido definidos a partir de distintos puntos de vista, según se defienda una concepción objetiva, subjetiva o mixta;⁸ siendo esta última la mayoritariamente

4 *Ibid.*, p. 11; Carlos Fontán Balestra: *Derecho penal. Introducción y Parte General*, p. 450; Manuel Cobo del Rosal: "Sobre el delito continuado (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)"; Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino*, p. 354.

5 Aunque Alabau Trelles alude a una Ley Arteaga, de 23 de junio de 1909, identificándola como el primer cuerpo legal que aludió de modo expreso al delito continuado, esta disposición normativa se limitó a mencionar el instituto y a señalar una mayor pena "cuando las infracciones revistieren las formas y caracteres del delito continuado", pero no lo definió. Tal es así que, en opinión de Diego Vicente Tejera y García, esta ley confundió las nociones de delito continuado y delito permanente, pues en realidad se estaba refiriendo a este último. (Diego Vicente Tejera y García: *Comentarios al Código de defensa social*, p. 76).

6 José Antonio Choclán Montalvo: *El delito continuado*, p. 16.

7 Miguel A. Arce Aggeo: *Concurso de delitos en materia penal*, p. 191.

8 Un estudio sistemático sobre cada una de estas posturas puede verse en Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal general*, t. 2, pp. 235 y ss.

aceptada. Según sus postulados, la apreciación del delito continuado exige la concurrencia de factores objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo, son requeridas la *identidad o similitud del tipo*, la *unidad del bien jurídico violado*, la *conexión temporal* y una *cierta homogeneidad en la ejecución* (utilización de medios, relaciones y ocasiones análogas);⁹ y, desde la óptica subjetiva, se valora el *ánimo subyacente en la actuación del sujeto comisor*, cuya interpretación se ha orientado en dos posiciones: la del *dolo global o conjunto*, y la otra que se adscribe al *dolo continuado o de continuación*, sin que ninguna de estas categorías puedan identificarse con el dolo particular que anima los diversos actos parciales del delito continuado, pues tanto el *dolo global* como el *continuado* constituyen el factor subjetivo unificador de las distintas acciones en continuación, la unidad subjetiva propia del instituto.¹⁰

En el ordenamiento penal cubano, el Código de defensa social concibió al delito continuado sobre la base de la teoría objetivo-subjetiva. Sin embargo, de la redacción del Artículo 11 del Código penal de 1979 —que, en esencia, es la misma que la de la ley penal en uso—, se infiere que dicho cuerpo legal optó por el criterio objetivo puro, en tanto el legislador no hizo expresa referencia a ningún elemento subjetivo, particular que se confirma en la “Exposición acerca del Código penal”.¹¹ No obstante, en este propio documento, se reconoce que la fundamentación del delito continuado descansa en “el sucumbir siempre de nuevo a la tentación”, lo que hace presumir que, en realidad, la voluntad del legislador estaba permeada por una concepción mixta, orientada en la faz subjetiva hacia la idea del *dolo continuado*, cuya presencia en el caso concreto habrá que deducirla del resto de los elementos objetivos legalmente exigidos para su estimación.¹²

9 Manuel Cobo del Rosal: *Op. cit.* Sobre los requisitos objetivos del delito continuado, apunta Mir Puig que, en España, antes de la reforma de 1983, la jurisprudencia exigía en ocasiones la “unidad de sujeto pasivo”. (Santiago Mir Puig: *Derecho penal, parte general*, p. 637).

10 El *dolo global o conjunto* se identifica con la ideación de un programa que ha de llevarse a cabo en varias fases, sin que sea necesario que se trate de un verdadero proyecto de acción o de omisión, determinado y concreto, ni que los medios estén preestablecidos; siendo suficiente que todas las acciones u omisiones se presenten como la actuación de una ideación inicial global, como un fin único. La tesis del *dolo continuado* —creación de la doctrina alemana— demanda una homogeneidad subjetiva en los distintos actos que conforman la continuidad, que se satisface si cada acto obedece a situaciones motivacionales semejantes. El autor actúa en la medida en que se van produciendo circunstancias análogas, pero sin un plan previo y preconcebido. Esta posición se funda tanto en razones de realismo como en el hecho de que “caer en la misma tentación criminal” justifica un trato más benigno. (Enrique Bacigalupo Zapater: *Derecho penal, parte general*, pp. 587-588).

11 Danilo Rivero García y María Caridad Bertot Yero: *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87. (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*, p. XXVI.

12 Según Zaffaroni, las exigencias de conexión temporal y espacial constituyen un indicio acerca de la unidad de la finalidad. (Eugenio R. Zaffaroni: *Derecho penal, parte general*, p. 865).

Pero, en la polémica que rodea al delito continuado, es indudable que el debate en torno a su naturaleza jurídica constituye el eje central de la temática analizada. Sobre este particular, se aprecia en la doctrina un mosaico de posturas científicas, que van desde la clásica y extendida *teoría de la ficción*, pasando por los *criterios realistas*, hasta las menos importantes concepciones de *la presunción*, de *la circunstancia agravante o atenuante* y la del *tertius genus*.

La *teoría clásica o de la ficción* constituyó la primera explicación del instituto, desde la época de los prácticos italianos, y supone que las distintas acciones u omisiones que componen el delito continuado constituyen delitos autónomos e independientes entre sí que, en virtud de una ficción jurídica, que se tratan como un delito único para evitar la punición correspondiente al concurso real de delitos.¹³

Junto a la *teoría de la ficción*, sobresalen, por ser ampliamente conocidas, las denominadas *teorías realistas*, distinguiéndose en su seno la *teoría de la realidad natural* y la *de la realidad jurídica*.

Para la *teoría de la realidad natural*, la construcción analizada no constituye una ficción sino un su-

puesto de *unidad ontológica, prejurídica o real, de acción*, en tanto las distintas acciones que lo integran no son verdaderos delitos, son solo la realización parcial de un resultado total único, vinculado a una única resolución o propósito (unidad subjetiva), que ocasiona una única lesión jurídica (unidad objetiva); de modo que, al considerar el orden penal que esa pluralidad de acciones constituye un único delito, no finge nada, sino que se limita a reconocer lo que, como unidad, existe en el mundo de la realidad.¹⁴

La *teoría de la realidad jurídica* significa una concepción ecléctica o intermedia en relación con las anteriores, por lo que no requiere la unidad real ni precisa acudir a la idea de ficción basada en la unidad de designio. Esta postura entiende al delito continuado como una creación del Derecho que, con independencia de su reconocimiento legal, debe ser admitido por vía consuetudinaria, al constituir una unidad jurídica de acción con apoyo en razones de utilidad práctica.

Desde nuestro punto de vista, es necesario dejar de lado la interpretación del delito continuado que lo identifica con una ficción, ya sea con fundamento pietista o pragmático; siendo más acertado el *criterio*

13 Quirós Pérez: *Op. cit.*, pp. 242-243.

14 Carmelo Madrigal García y Juan Luis Rodríguez Ponz: *Derecho penal, parte general*, pp. 8-9. En Cuba, defendió esta postura Adolfo Ruiz Martínez, quien explicó que “no es que por cuestiones sentimentales se aprecie lo que es más en menos, creando una ficción, sino que, si bien en sus orígenes se llegó a esta fórmula de considerar como un solo delito al continuado, movidos por la piedad, el tiempo y el análisis de los elementos que integran el delito, han servido para hallar bajo el ropaje de lo que tan solo era una excusa, una realidad jurídica que no necesita de artificios para ser lo que tan sólo se creía que aparentaba”, *apud* Alabau Trelles: *Op. cit.*, p. 27.

de la realidad natural, que concibe este fenómeno como una *unidad delictiva en sentido real u óntico*, de donde los distintos actos que, en el orden formal, lucen como infracciones independientes, en realidad, carecen de sustancia típica autónoma y no son más que el reflejo de la ejecución fragmentada de una real y única resolución delictiva, que conlleva a una simple intensificación cuantitativa del injusto.¹⁵

Un repaso crítico sobre los distintos criterios doctrinales, en torno al fundamento del delito continuado,¹⁶ nos hace concluir que no es posible seguir invocando como justificación de su existencia, las razones pietistas defendidas por la teoría clásica de la benignidad, vinculadas al origen histórico de la institución. Desde nuestro ángulo de análisis, una concepción mixta que armonice los postulados ofrecidos por quienes invocan una disminución de la

culpabilidad del sujeto y, al tiempo, razones de utilidad práctica, resulta mucho más atemperada a la evolución histórica y actual concepción del instituto.

De este modo, la justificación dogmática del delito continuado se centra en el análisis psicológico y motivacional del sujeto a quien se le formulará el juicio de reproche, partiendo de que, en los casos de continuación la actividad del agente, se encuentra facilitada por ciertas condiciones que hacen comprender que, a pesar de evidenciarse un aumento del contenido de injusto (mayor antijuricidad debido a una superior intensidad en el ataque al bien jurídico), la voluntad criminal es menos grave e intensa que en el concurso real de delitos; pues, una vez cometido el primer acto criminal, existe en la mente del agente una disposición psíquica que hace más fácil la realización de los sucesivos,

15 Al respecto, explica Zaffaroni que la consideración del delito continuado, como un hecho o conducta única, proviene del reconocimiento de una desvaloración jurídica unitaria respecto de un contenido de comportamiento humano final, que nada tiene de ficción –y menos de mera construcción jurisprudencial beneficiante–, sino que se basa en el dato óntico del elemento final y en el componente normativo que se obtiene comprobando que –a la luz de la prohibición– su consideración jurídica fraccionada no es racional y lleva a resultados absurdos en los casos concretos. (Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 862). Explica Sanz Morán que, desde la década de los 80, el Tribunal Supremo español ha reconocido esta posición, según una constante línea jurisprudencial. (Ángel J. Sanz Morán: “El concurso de delitos en la reforma penal”). Un pronunciamiento del Alto Foro español, contenido en la sentencia de 3 de julio de 1982, ilustra su afianzamiento a esta postura: “la figura del delito continuado tuvo una primera justificación en razones de benignidad hacia el reo, que se transformaron después en razones de utilidad procesal cuando resultaba imposible singularizar las acciones, pero en la última década la doctrina jurisprudencial ha entendido que el delito continuado no es ni mera ficción *pietatis causae* ni expediente de política o pragmatismo procesal, sino una realidad natural, sustancial u ontológica que puede operar tanto en favor como en contra del reo”. (Cobo del Rosal: *Op. cit.*).

16 Las razones justificativas del delito continuado se sistematizan, esencialmente, en tres posturas o criterios teóricos, a saber: el de *la benignidad*, el de *la utilidad práctica* y el de *la disminución de la culpabilidad*. (Quirós Pérez: *Op. cit.*, pp. 239-241).

lo cual representa una resolución criminal menos intensa y, por ello, una disminución de la culpabilidad.

Por otro lado –aunque no debe ser considerado el fundamento exclusivo de la figura–, no parecen del todo desdeñables las razones utilitaristas¹⁷ que, desde una óptica político-criminal, cojustifican la aplicación del delito continuado, bajo el argumento de que este se compone generalmente por un amplio número de acciones singulares, tornándose casi imposible en ocasiones determinar con exactitud las particularidades de cada una de ellas (número de actos parciales, fechas de la ejecución, etc.); y, ante esta situación, la figura del delito continuado ofrece la ventaja de evitar sucesivos procesos, a medida que se descubran nuevas actividades comprendidas en la continuidad, después de dictada la sentencia, en respeto a los efectos de la cosa juzgada. Y es que, con independencia de que la indeterminación no constituye un elemento de la figura y, en tal sentido, no debería supereditarse su configuración al éxito de la práctica probatoria, en ocasiones, resulta poco racional continuar con un trabajo engorroso, superficial y extremadamente gratuito que, en

definitiva, culmina con la imposición de una pena de conjunto.

¿UNIDAD O PLURALIDAD DE HECHOS EN SENTIDO MATERIAL?

El estudio sobre este particular nos conduce al problema sobre la determinación de cuándo concurre un hecho –en el sentido del Derecho penal material– y cuándo varios, lo cual constituye uno de los tópicos más debatidos en la dogmática de la parte general del Derecho penal. De la concepción que se defiende en torno a la “unidad de hecho o acción”, dependerá la solución a la interrogante antes planteada.

Los criterios doctrinales de mayor aceptación sobre la *unidad de hecho* rechazan las posturas que atienden a exclusivos elementos naturalísticos, para defender una concepción *valorativa* del concepto de *unidad de hecho*, de modo que, para determinar cuándo varios movimientos musculares deben considerarse como una unidad, es necesario llevar a cabo un juicio de valor,¹⁸ o sea, las consideraciones sobre unidad o pluralidad de hechos

17 De esta opinión en la doctrina alemana, Stratenwerth, quien sostiene que “el instituto en cuestión obedece a una finalidad práctica, como consecuencia de su efecto de alivio para los organismos de persecución penal en las grandes series de delitos de un mismo autor”. (Günter Stratenwerth: *Derecho penal. Parte general*, p. 353). En la ciencia penal española, en esta línea de pensamiento, se inscribe, Bacigalupo, quien defiende que con la construcción de delito continuado, “se quiere evitar la investigación del momento y la extensión de los hechos individuales”. (Enrique Bacigalupo Zapater: *Manual de Derecho penal, Parte general*, p. 245).

18 Mir Puig: *Op. cit.*, p. 633.

18 | *Justicia y Derecho*
Año 12, no. 23, diciembre de 2014

deben atender a parámetros jurídicos, determinados según los criterios normativos de valoración que ofrecen los tipos legales, sin que ello signifique desconocer el hecho en sí.

Al respecto, Mir Puig sostiene que las valoraciones deben ser conducidas, en todo caso, al sentido del tipo en cuestión, “por lo que la descripción típica opera como una plantilla que recorta un determinado fragmento de la actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho”.¹⁹

En la doctrina, se ha delimitado el concepto de “unidad típica de acción”,²⁰ que supone la existencia de un único hecho, a partir de dos supuestos: la *unidad de acción en sentido estricto* y la *unidad de acción en sentido amplio*.

La *unidad de acción en sentido estricto* comprende aquellos casos en los que la figura delictiva describe varios actos y, a pesar de ello, no deja de existir un solo hecho porque el tenor del tipo así lo exige o permi-

te, cumpliendo de tal modo una función de lazo de unión o abrazadera. Se ubican en esta categoría distintos fenómenos legislativos, como el delito complejo, el delito permanente, el delito habitual, los tipos con conceptos globales, los delitos de varios actos y los tipos mixtos alternativos.

La *unidad de acción en sentido amplio* engloba los casos de *realización sucesiva del tipo*, en los que se inscriben tanto los supuestos de *repetición inmediata del tipo* (actos individuales contextuales que suponen una intensificación cuantitativa del injusto típico, producto a una misma situación motivacional, por ejemplo: tomar varias cantidades de dinero en distintos viajes inmediatamente sucesivos, las varias puñaladas inferidas a la misma víctima, el torrente de palabras injuriosas, etc.), como aquellos casos en los que se manifiesta una mayor separación temporal y espacial entre los actos delictivos singulares, posibilitando la apreciación de la figura

19 *Ibíd.*, p. 634. A modo de ilustración, explica el autor, que “una conducta puede constituir al mismo tiempo un hecho, desde el punto de vista de un determinado tipo (así, el apoderamiento con violencia física, sería un hecho de robo), y varios hechos desde el prisma de otros tipos (en el ejemplo habría también dos hechos ya típicos por separado: el apoderamiento y las violencias)”.

20 En este sentido, se ha seguido el criterio de Sanz Morán (*Op. cit.*). Entre aquellas hipótesis de pluralidad de actos o acciones que son consideradas como una unidad, constituyendo un único objeto de valoración jurídica, se ha venido estableciendo una distinción teórica por parte de algunos autores entre “unidad natural” y “unidad jurídica de acción”, a partir del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En el primer caso, la jurisprudencia española alude a los supuestos de los movimientos corporales típicos que se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha; y, en cuanto a la unidad jurídica o normativa de acción, hace referencia a aquellos supuestos en los que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, como acontece, por ejemplo, en el delito continuado. (Sentencia No. 505, de 10 de mayo de 2006, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo español).

jurídica del *delito continuado*, como modalidad extrema de la unidad típica en sentido amplio.

Basta repasar la doctrina para percatarse de que no son escasas las autorizadas voces que consideran que el delito continuado clasifica entre los supuestos de unidad de acción.

En el foro académico español, defiende este criterio Bacigalupo Zapater, quien admite que la conexión de continuidad constituye una acción única;²¹ mientras que, en el entorno latinoamericano, Zaffaroni considera que, en el delito continuado, se presenta una “unidad de conducta a partir de una interpretación racional de los tipos penales”, en razón de que, en estos supuestos de reiteración de la conducta, el alcance de la norma no llega a darle el valor de una reiteración de la tipicidad, sino que equivale a un aumento del contenido del injusto del hecho, que resulta de una mayor afectación al bien jurídico (injusto unitario), sin desconocer que, como toda *unidad*

de acción, requerirá de la presencia de una resolución única.²²

Igual criterio defienden, en la ciencia penal alemana, los destacados procesalistas Jürgen Baumann y Hans-Heinrich Jescheck. Para el primero, “una acción continuada es, tanto en el aspecto jurídico-material, cuanto en sentido procesal, un solo hecho”,²³ mientras el segundo entiende que “el delito continuado constituye una unidad jurídica de acción”.²⁴

ESPECIAL VALORACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTINUIDAD DELICTIVA

Una de las cuestiones que mayor atención ha merecido en la dogmática del proceso penal, ha sido, sin duda, la definición del objeto procesal. Ya decía Gómez Orbaneja, al prologar una importante obra relacionada con el tema, que “en nada se ha errado tanto como en esos temas primordiales: cuál sea

21 Bacigalupo Zapater: *Op. cit.*, pp. 245-246.

22 Zaffaroni: p. 860. En este propio sentido, explica el autor que “una racional interpretación de los tipos muestra que en algunos la norma no abarca la reiteración de la conducta como una nueva conducta típica independiente, sino como una mayor afectación del bien jurídico, que se traduce en un mayor contenido de injusto de la única conducta típica, pues otra interpretación se presenta como absurda o aberrante”. (*Op. cit.* p. 861). En este propio orden de ideas, Caramuti sostiene que “la interpretación racional de los tipos de la Parte Especial permite advertir –sin mayores esfuerzos– que algunos de ellos no sólo abarcan la conducta aislada que los cumplimente objetivamente, sino que eventualmente también alcanzan la hipótesis de un número indeterminado de repeticiones de conducta dentro de iguales o parecidas circunstancias, objetivas y subjetivas, que toman más razonable su consideración jurídico-penal unitaria a pesar de su apariencia de pluralidad”. (*Apud* Andrés J. D'Alessio, *et. al.*: *Código penal comentado y anotado*, p. 602).

23 Jürgen Baumann: *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, p. 289.

24 Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. 2, p. 652.

el «objeto» de un juicio criminal, cuál la correlación de la acusación y la sentencia (...).²⁵

El contenido y alcance del objeto del proceso penal, además de ser uno de los temas de más enjundia en el Derecho procesal penal, supone el punto referencial para el análisis de instituciones y garantías, como la litispendencia, la correlación entre la acusación y la sentencia, y la cosa juzgada. Ante esto, parece absolutamente necesario definir, *ab initio*, qué se entiende por objeto del proceso penal.

En palabras de Gómez Colomer, el objeto procesal penal está constituido por el “tema decidendi”, la materia fundamental a resolver por el órgano jurisdiccional en la sentencia, que no es otra que el hecho delictivo imputado a una persona determinada.²⁶

En la ciencia procesal alemana, Roxin se pronuncia en idéntico sen-

tido y explica que, técnicamente, el objeto del proceso se refiere al “hecho descrito en la acusación” de la(s) persona(s) acusada(s).²⁷

De las anteriores definiciones, se deduce con facilidad que esta categoría procesal está configurada por dos elementos, a saber: uno objetivo o material (hecho con relevancia penal), y otro subjetivo o personal (persona acusada).²⁸

Una mirada al componente material del objeto procesal, desde la óptica de la teoría normativa –cuya esencia radica en la combinación de puntos de vista fácticos y normativos–, nos permitirá concluir cuándo estamos en presencia de un “acontecimiento histórico único” que constituye un “hecho procesal unitario”; y cuándo ante una pluralidad de hechos que constituyen objetos procesales diversos.

25 Valentín Cortés Domínguez: *La cosa juzgada penal*, p. III.

26 Juan L. Gómez Colomer: “El objeto del proceso”, p. 98.

27 Calus Roxin: *Derecho procesal penal*, p. 159.

28 La interpretación sobre el lado subjetivo del objeto procesal no ofrece grandes dificultades, está determinado exclusivamente por la persona acusada. Sin embargo, algún autor ha hallado a esta regla una excepción en los denominados delitos privados (injuria y calumnia) en los que, por ser el ofendido el único legitimado para erigirse en acusador privado con plena disposición sobre la acusación, debe quedar este comprendido dentro de la identificación subjetiva del objeto del proceso penal. (Gómez Colomer: *Op. cit.*, p. 108). La determinación de la faz objetiva del objeto procesal (hecho por el que se procede) sí ha generado gran polémica doctrinal, pues de lo que se trata es de establecer un concepto de hecho que rijan con carácter general para todas las constelaciones fácticas imaginables. Con tal finalidad, se han perfilado distintas teorías explicativas de qué debe entenderse por “hecho procesal”, a saber: las teorías naturalistas y las teorías normativistas. Para la teoría naturalista, solo habrá de tenerse en cuenta el hecho en su sentido natural o puramente histórico, desechándose toda referencia a la calificación jurídica; en tanto los partidarios de la teoría normativa, encabezados por Beling, entienden que los postulados de la teoría naturalista deben completarse por medio de la referencia a los tipos penales contenidos en la parte especial del Código penal. Para una amplia y detallada explicación sobre estas posturas doctrinales, Emilio Gómez Orbaneja: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, t. 2, pp. 301 y ss.

Según los postulados de la teoría normativa, para poder identificar correctamente el hecho procesal, es necesario recurrir a las normas del Derecho penal material, especialmente a las concretas figuras delictivas. Liu, explicando el alcance de esta posición, nos enseña que, entre los elementos que conforman los tipos penales, es el elemento “actividad” el más importante y el único que posee naturaleza sustantiva respecto a los demás, que constituyen solo simples adjetivos.²⁹ El comportamiento descrito en el tipo constituye el “núcleo duro o esencial del hecho”, y el que se identifica en rigor con el objeto procesal. Es, por tanto, el único elemento que debe tenerse en cuenta, de cara a la litispendencia, la correlación penal y la cosa juzgada.

En las hipótesis de concurso de delitos, por consiguiente, habrá que acudir, también, a los fundamentos dogmáticos de estas figuras del Derecho penal material, para determinar si se está frente a un hecho procesal unitario, o ante varios hechos determinantes de una pluralidad de objetos procesales.

Los supuestos de concurso real, en los que se manifiesta una pluralidad de conductas o hechos independientes entre sí, no ofrecen ninguna duda, son clásicos casos en los que habrá que afirmar la pluralidad de

hechos procesales. Respecto al concurso ideal de delitos –donde existe, en el plano óntico, naturalístico, una real y verdadera unidad de acción– es innegable la existencia de un único objeto procesal, lo que no acontece; sin embargo, en los supuestos de concurso medial, a pesar al idéntico tratamiento punitivo brindado a estas hipótesis concursales, lo cierto es que en los casos en que concurren delitos en relación de medio a fin (conexidad sustantiva), cada uno de ellos constituye una acción independiente en el ámbito naturalístico,³⁰ y son razones político-criminales de cuantificación de pena las que aconsejan sancionar únicamente por la infracción más grave, de lo que se deduce que en tales supuestos habrá más de un objeto procesal.³¹

Los casos de continuidad delictiva merecen un análisis particularizado. Desde nuestro ángulo de análisis, las valoraciones procesales vinculadas al tema examinado dependen del criterio asumido respecto a la naturaleza jurídica del instituto y a la concepción que se defiende en torno al objeto procesal.

Entendido el delito continuado como una unidad típica –postura con la que simpatizamos–, habrá que admitir que se trata de un supuesto de unidad de hecho o acción en sentido material, a partir de la reiteración de acciones dependien-

29 *Apud* Alicia González Navarro: “Correlación entre acusación y sentencia”, p. 36.

30 Quirós Pérez: *Op. cit.*, p. 225.

31 *Apud* González Navarro: *Op. cit.*, p. 247.

tes entre sí, integrantes de una única conducta típica que provoca una mayor afectación al bien jurídico; y siendo un hecho unitario, integra un único objeto procesal,³² según las directrices trazadas por la postura normativista.

Sumamente nítida para el entendimiento de este asunto resulta la explicación ofrecida por Carlos del Río Ferretti, quien sostiene que “en cualquier caso, el nexo de continuidad establecido engloba a varios hechos que dejan de ser individualmente relevantes a efectos procesales, para pasar a integrar una nueva unidad jurídica conformada por un hecho procesal nuevo que incluye la totalidad de los hechos singulares. Esta nueva unidad fáctica y jurídica constituye el objeto normativo”.³³

LA PROHIBICIÓN DE PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE Y EL DELITO CONTINUADO

Definido el objeto procesal como concepto unitario –que rige tanto para la litispendencia, como para la correlación entre acusación y sentencia, y la cosa juzgada–, es posible adentrarse en la situación que supone el análisis de la regla de prohibición de persecución penal múltiple, de cara a la figura del delito continuado.

Sobre la base de que todos los casos de unidad delictiva componen un mismo objeto procesal, hay que admitir que, para el delito continuado –entendido como *unidad natural de acción*–, existe una única posibilidad de persecución penal, con

32 Sostienen la unidad de objeto procesal en el delito continuado: Baumann: “una acción continuada es, tanto en el aspecto jurídico-material, cuanto en sentido procesal, un solo hecho”. (Baumann: *Op. cit.*, p. 289); Beling: “[...] un delito a los efectos del Derecho penal representa un objeto procesal, aun tratándose de actos jurídicamente dependientes (por ej., «delito continuado»)” (Ernst Beling: *Manual de Derecho procesal penal*, p. 85); Carrasco Moreno: “El delito continuado una unidad jurídico material-procesal”, en Francisco Carrasco Moreno *et al.*: *Código penal comentado de El Salvador*, p. 266; Choclán Montalvo: “La continuación delictiva da lugar a una unidad jurídica tanto material como procesal”. (Choclán Montalvo: *Op. cit.*, p. 429). Llama la atención cómo Maier –que, a juzgar por sus propias palabras, rechaza el criterio realista– concluye que, a pesar de que el delito continuado “se reconoce integrado por varios comportamientos o hechos diversos, separables fáctica y jurídicamente, la teoría del delito, por razones políticas, establece como ficción su unidad imputativa”. (Julio B. Maier: *Derecho procesal penal argentino*, p. 388).

33 Carlos del Río Ferretti: “La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del Derecho español con el chileno”, p. 582. En este propio sentido, nos enseña Maier que “el objeto procesal es un hecho punible concreto –aunque hipotético– imputado a una persona determinada; de esta manera, la pluralidad de actos u omisiones no quiebra la unidad de objeto procesal, ni lo multiplica, mientras el derecho penal establezca su unidad imputativa. De este modo, a los efectos de la individualización del objeto procesal, hay que considerar que un delito o hecho punible equivale a un objeto procesal”. (Maier: *Op. cit.*, p. 388.)

apoyo en el *principio de prohibición de la persecución penal múltiple*, comúnmente conocido como *non bis in idem* o *ne bis in idem*³⁴ que, en esencia, impide la persecución y sanción múltiples por el mismo injusto típico.

Este principio, que en muchos ordenamientos carece de expresa tutela constitucional, constituye una *garantía no enumerada*, inmanente al estado de Derecho y a la noción del debido proceso, lo que justifica su reconocimiento en importantes textos jurídicos internacionales.³⁵

La faz procesal del *non bis in idem*,³⁶ que es la que se relaciona con el objeto de este estudio, significa en su contenido que el Estado

no puede someter a proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, ya sea en forma simultánea o sucesiva,³⁷ de modo que su ámbito de aplicación se extiende y cubre no solo el riesgo de una persecución penal renovada cuando ha fenecido una anterior, sino incluso los supuestos en que existe un proceso en trámite.³⁸

El *non bis in idem* constituye una garantía de seguridad individual, propia de un Derecho penal vigente en un Estado de derecho.³⁹ Con él se tiende a preservar la estabilidad del orden jurídico, la seguridad jurídica de quien ya fue objeto de la persecución penal del Estado, que debe ser dejado en paz, después

34 Sobre la indistinta utilización de una denominación u otra, explica Gómez Pérez –citando a García Albero– que la expresión *ne bis in idem* es universalmente utilizada, especialmente en la doctrina alemana e italiana, mientras que en España e hispanoamérica el principio ha sido tradicionalmente conocido como *non bis in idem*. (Ángela Gómez Pérez: “El principio *non bis in idem*. Sanciones penales y sanciones administrativas”, p. 124).

35 El principio aparece reconocido en el Artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York (1966), a cuyo tenor: “Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. También aparece positivizado el principio en la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– que, en el Artículo 8, apartado 4, dispone que “el inculcado o absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. En la tradición jurídica anglosajona, tiene su equivalente en la prohibición de “double jeopardy”, expresamente acogida por la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, aunque no es original del *Common Law*, sino del Derecho Romano, en tanto su primera proclamación se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (Libro IX, Título II, núm. 9), donde se estableció que: “El que por un crimen público fue ya objeto de una acusación no puede ser acusado del mismo crimen”.

36 La doctrina es unánime en reconocer dos dimensiones a este principio, la sustantiva y la procesal. En palabras de Bacigalupo, “se trata de un principio que no sólo tiene incidencia en el derecho penal material sino también en el derecho procesal penal. No sólo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también, cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad”. (Enrique Bacigalupo Zapater: *Principios constitucionales de Derecho penal*, p. 250).

37 Alberto M. Binder: *Introducción al Derecho procesal penal*, p. 167.

38 Maier: *Op. cit.*, p. 372.

39 *Ibid.*, p. 368.

del dictado de una decisión de mérito que no es más impugnabile,⁴⁰ porque el poder penal del Estado es tan fuerte que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho.⁴¹

El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto; si la pierde, ya no puede ejercerla en otro proceso penal, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el asunto.⁴² En tales casos, la subsanación de los eventuales

yerros en la actividad acusatoria solo será posible mientras la primera persecución no se haya decidido definitivamente, y siempre que las reglas del procedimiento permitan incorporar los nuevos elementos para que sean resueltos en la sentencia.

Para que esta garantía opere en sede penal es necesario que entre el proceso en trámite –o ya fenecido– y el nuevo proceso, se aprecie identidad de hechos (*eadem res*) y de sujeto acusado (*eadem persona acusada*);⁴³ o sea, lo que interesa

40 Roxin: *Op. cit.*, p. 436.

41 Binder: *Op. cit.*, p. 167. Insiste Cafferata Nores en que el *non bis in idem* no solo abarca la prohibición de una múltiple persecución sucesiva, sino también la de una simultánea a una misma persona, por el mismo hecho, tal como ocurriría si se sustancia más de un proceso ante órganos judiciales diferentes por la misma hipótesis fáctica. (José I. Cafferata Nores *et. al.*: *Manual de Derecho procesal penal*, pp. 159-160).

42 Maier sostiene que “cualquiera que sea la deficiencia que pueda haber existido en aquella persecución penal, la misma agota todo el contenido imputativo posible respecto al suceso histórico de que se trate, con independencia de que por desconocimiento o error se hayan dejado de observar elementos o circunstancias con influencia en la significación penal del hecho o en la pena”. (Maier: *Op. cit.*, p. 392.) Roxin denomina a esta consecuencia, “función sancionatoria de la cosa juzgada”, y justifica su contenido en que “el riesgo de que quede excluida la posibilidad de un esclarecimiento posterior de los hechos a través [de] investigaciones complementarias debe llevar a los órganos de la persecución penal a una realización realmente meticulosa y a una valoración correcta del hecho”. (Roxin: *Op. cit.*, p. 436).

43 Normalmente se exige, junto a las identidades aludidas, una tercera: identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*). Con esta lo que se quiere significar es que, para que el principio pueda aplicarse y excluir una persecución sucesiva, la pretensión articulada en ambos procesos debe tener naturaleza penal, porque lo que no se puede procurar más de una vez es la condena penal de una persona; de modo que no regirá tal principio si el segundo proceso persigue, por ejemplo, la indemnización del daño civil causado por el delito. (José I. Cafferata Nores: *Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas*, p. 44). Para Maier, en realidad, no es esta otra identidad distinta a las ya expresadas, sino que su contenido comprende ciertas excepciones racionales que limitan el funcionamiento del principio. Se trata, en puridad, de diversas situaciones en las que, a pesar de verificarse identidad de hecho y de sujeto acusado, la múltiple persecución penal es tolerada por el orden jurídico porque en una de ellas la imputación, objeto de ambos procesos, no ha podido examinarse desde todos los puntos de vista jurídicos que merece, debido a obstáculos legales que impiden el dictado de una sentencia de mérito que resuelva definitivamente el fondo de la cuestión judicial. (Maier: *Op. cit.*, pp. 376 y 399-400.)

es que se trate del mismo comportamiento atribuido a la misma persona (identidad de objeto procesal).

Comoquiera que la subsunción jurídica no forma parte del objeto del proceso penal, carece de relevancia la calificación jurídico-penal ofrecida a los hechos en un proceso y otro, de modo que, para su efectiva aplicación, solo se exige la identidad sustancial de la conducta humana atribuida, analizada en un mismo contexto espacio-temporal. Así, quedará excluida la doble persecución penal, si el hecho es el mismo, aun cuando en la segunda se afirmen nuevas circunstancias, o un modo diferente de participación, o se pretenda una calificación legal distinta.⁴⁴

Entender al delito continuado como un supuesto de unidad de acción, que conforma un único objeto procesal, trae consigo que, cuando con posterioridad al dictado de una sentencia que condena por un delito continuado, se descubren hechos no abarcados por la sentencia, pero enmarcados en la franja temporal de la continuidad sancionada (bien porque eran desconocidos en ese momento, o por error en la actuación de los órganos encargados de la persecución penal), estos quedan absorbidos por dicha resolución, por constituir parte de aquel objeto procesal; su persecución posterior significaría un doble juzgamiento, en franca lesión del *non bis in idem*.⁴⁵

44 Cafferata Nores: *Op. cit.*, p. 44. En igual sentido, Clariá Olmedo, refiriéndose a la proyección objetiva del principio, sostiene que “se trata del hecho en su materialidad sin atender a su significación jurídica, capta el acontecimiento y no el delito, la conducta básica imputada sin atender a las circunstancias. Es intrascendente el distinto encuadramiento penal: hurto o robo, lesiones graves o leves u homicidio simple o infanticidio. Tampoco interesa el grado de participación o de desarrollo punible: autor o cómplice, tentativa o consumación”. (Jorge A. Clariá Olmedo: *Derecho procesal penal*, p. 74.)

45 De esta opinión, Baumann: “Gran significación le corresponde a la cosa juzgada en el ámbito de la acción continuada. Aquí se pone de manifiesto con relativa claridad que el concepto procesal del hecho también resulta influido por construcciones de derecho material, porque una acción continuada es, tanto en el aspecto jurídico-material, cuanto en sentido procesal, un solo hecho. Así, en caso de que a A se lo condene por sentencia firme, por cinco estafas continuadas, la firmeza se extiende también a todas las otras partes de esta acción continuada no descubiertas. Un segundo procedimiento relativo a estas partes debería sobreseerse”. (Baumann: *Op. cit.*, p. 289.) Cafferata Nores explica que “mientras lo sustancial de la conducta se mantenga idéntico, no obstará a la vigencia de la garantía [que] se agreguen accidentes de lugar, tiempo o modo (como por ejemplo la existencia de nuevas víctimas), o nuevos hechos integrativos de un delito continuado, o circunstancias agravantes de la calificación de la misma figura penal [...]”. (Cafferata Nores: *Op. cit.*, p. 44); Del Río Ferretti: “Con respecto a la cosa juzgada, la sentencia condenatoria que aprecia el nexo de continuación extiende sus efectos de juzgamiento a todos los hechos que quedan cubiertos por el nexo, aunque no hayan sido objeto de enjuiciamiento porque no fueron conocidos en el juicio”. (Del Río Ferretti: *Op. cit.*, pp. 178-179); Gómez Orbaneja: “Si el fallo sanciona como un solo delito continuado los hechos singulares deducidos por el acusador y de que por tanto se haya conocido en la causa, cubre tanto esos hechos singulares como cualquier otro, incluido en el nexo, que no llegase a ser averiguado, y consiguientemente, que no fuese individualmente

Semejante alcance del *non bis in idem* obedece a que en el primer intento se pudo investigar y probar, y el tribunal que decidió sobre ella hubiera podido conocer todas estas nuevas circunstancias invocadas en la segunda; y si todo ello no sucedió por defectos de la primera persecución, no se puede procurar mejorarla, repitiéndola.⁴⁶ De tal modo que, con independencia de que el *ius puniendi* se haya ejercitado de manera defectuosa, el fallo sigue siendo una decisión inmutable e irrevocable.

Quienes asumen esta posición polemizan, entonces, alrededor de si la solución debe ser la misma en todos los casos, con independencia del resultado del juzgamiento precedente; y, mientras un sector doctrinal defiende igualmente la apreciación de la cosa juzgada, en aquellos

supuestos en los que el primer proceso haya terminado mediante el dictado de una sentencia absolutoria, e incluso con el sobreseimiento libre (absolución anticipada),⁴⁷ otros autores opinan que, en los casos en que se dicta un fallo absolutorio, no tendrá lugar el efecto de absorción normativa propio de esta figura y, en consecuencia, la cosa juzgada solo alcanzará a los hechos individuales objeto de acusación.⁴⁸

Sobre este punto, no puede asumirse un criterio radical. Que una decisión absolutoria genere los efectos de absorción analizados dependerá, en última instancia, del motivo que conduzca a la decisión liberadora. De este modo, siempre que en la resolución judicial se declare la existencia de la infracción continuada, podrán apreciarse

tema del primer proceso". (Gómez Orbaneja: *Op. cit.*, p. 310); Maier: "Si en la primera persecución no fueron observados, por falta de conocimiento o por error, algunas circunstancias que, incluso, hubieran podido variar la significación penal del hecho o tan sólo la pena, concluiremos en que no es posible conocer de nuevo estas circunstancias o tomar en cuenta esos nuevos elementos en otro proceso penal [...] La condena (firme) por un delito permanente o continuado comprende todos los comportamientos que suceden hasta su notificación y que se relacionan con el mismo hecho punible, sin importar si el tribunal los conoció, los tomó en cuenta o fueron objeto de debate". (Maier: *Op. cit.*, pp. 392-394); Welzel: "Objeto de la sentencia lo constituyen todos los actos parciales que entran en el nexo de continuación (también los no conocidos), y la condena firme por un hecho continuado hace cosa juzgada para todos los hechos parciales que pertenecen a él, aun para aquellos que no fueron considerados o conocidos". (Hans Welzel: *Derecho penal. Parte General*, p. 223); Zaffaroni: "[...] cuando recaiga sentencia sobre un delito continuado, quedarán juzgadas todas sus partes, sin que quepa reabrir el proceso, aunque con posterioridad a la sentencia se descubran nuevas partes del mismo [...]". (Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 862); y Jescheck: "[...] la condenatoria dictada alcanzará todos los actos parciales, indiferentemente de si el Tribunal los conoció o no". (Jescheck: *Op. cit.*, p. 1004).

46 Al respecto, sostiene Maier que "todo lo que se pudo perseguir como una unidad y agotar como tal durante el procedimiento y la decisión judicial, sin importar si ello sucedió así en el procedimiento concreto, queda comprendido en el efecto de clausura que posee la regla *ne bis in idem* y, por tanto, no puede formar parte del objeto de otra persecución y de otro fallo". (Maier: *Op. cit.*, p. 394).

47 *Ibid.*, pp. 394-395.

48 Del Río Ferretti: *Op. cit.*, p. 179; Gómez Orbaneja: *Op. cit.*, p. 310.

aquellos efectos, aunque por otras razones, se acuerde la absolució. (Ejemplo: sujeto oligofrénico que comete un delito continuado de hurto, del cual no responderá por haber ejecutado las acciones parciales durante un período de brote). Sin embargo, cuando no exista pronunciamiento declarativo por parte del órgano jurisdiccional, en punto a la existencia del nexo de continuidad, no se producirá tal consecuencia, en razón de no haber quedado afirmados los requisitos objetivos y subjetivos del instituto.

Otra de las cuestiones que se debaten es la relacionada con la determinación cronológica de los hechos que quedan en el nexo de continuación; pudiendo delimitarse, en esencia, dos posiciones. La primera considera que la función sancionatoria de la cosa juzgada solo abarca a aquellos actos parciales acaecidos hasta el momento del ejercicio de la acusación.⁴⁹ La otra postura entiende que el momento preclusivo para la absorción normativa de los hechos singulares se identifica con la notificación de la sentencia condenatoria, atribuyendo a dicha resolución judicial una función interruptiva de la unidad de imputación.⁵⁰

En este sentido, nos parece más atinado el criterio dominante en la doctrina española, que ubica el límite de absorción en el momento de ejercer la acción penal, por entender que, en virtud de esta actuación estatal, se rompe la unidad de motivación que caracteriza el delito continuado; de modo que, a partir de ese momento, toda acción emprendida es considerada independiente a las anteriormente ejecutadas.

SOLUCIONES PROCESALES PARA IMPEDIR LA MÚLTIPLE PERSECUCIÓN PENAL

Para imposibilitar que se concreten los efectos nocivos de una doble persecución sucesiva, e incluso para excluir los riesgos que pudieran derivarse de una simultánea, los ordenamientos procesales reconocen a las partes la posibilidad de articular las excepciones de cosa juzgada y litispendencia.

La cosa juzgada

La cosa juzgada constituye un efecto jurídico procesal de la sentencia firme.⁵¹ Tradicionalmente, se ha distinguido entre *cosa juzgada formal* y *cosa juzgada material*. La

49 De esta opinión: Gómez Orbaneja: *Op. cit.*, pp. 308-310; Cortés Domínguez: *Op. cit.*, pp. 135 y ss; José M. Asencio Mellado: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, p. 82.

50 Según Zaffaroni, "la sentencia sólo puede tener efecto declarativo sobre los hechos pasados, pero nunca puede abarcar un desvalor futuro que en el momento de pronunciarse carece de objeto". (Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 865). Igualmente, defienden este criterio, en el ámbito latinoamericano, los profesores argentinos Julio Maier y Ricardo Núñez. (Maier: *Op. cit.*, pp. 393 y ss.).

51 Roxin: *Op. cit.*, p. 434. De otra opinión, Gómez Colomer, quien la considera como un efecto del proceso. (Gómez Colomer: *Op. cit.*, pp. 387 y ss.).

primera, vinculada al concepto de firmeza, se refiere a la inimpugnabilidad de una decisión en el marco del mismo proceso (efecto conclusivo), determinante de la ejecutabilidad de la sentencia (efecto ejecutivo); mientras que la segunda significa que la causa juzgada en firme no puede ser nuevamente objeto de otro procedimiento, por haberse agotado el derecho de perseguir penalmente (efecto impositivo).⁵²

Según Montero Aroca, "la eficacia de la cosa juzgada no tiene carácter interno, sino que es externa; no se refleja en el proceso en el que se produce, sino en otro posible proceso posterior [...] en el que adquiere virtualidad jurídica la vinculación de carácter público en que consiste";⁵³ y, en correspondencia con lo anterior, se le atribuyen a esta institución dos funciones principales: la positiva y la negativa.

La *función positiva o prejudicial* se produce cuando, para resolver lo planteado en un determinado proceso, haya de partirse de lo ya sentenciado, mediante resolución de fondo, en otro proceso anterior.⁵⁴ Esta no despliega su eficacia en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y, con-

forme a su propio contenido, ha de resolverse, sin ninguna vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto.

La *función negativa o preclusiva*, expresión del *non bis in idem*, es la única que se manifiesta en el proceso penal y se traduce en que, una vez resuelto por sentencia firme –o resolución asimilada–, una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento de naturaleza penal contra la misma persona y respecto al mismo hecho.

Nuestra Ley de procedimiento penal reconoce la cosa juzgada en el apartado 2 del Artículo 290, en el catálogo de *artículos de previo y especial pronunciamiento*, como excepción procesal que tiende a aniquilar el proceso en el que se articula –de ahí su naturaleza perentoria–, pudiendo interponerse, cual medio de defensa, una vez que se ha ejercitado la acción penal sobre un objeto ya resuelto, en virtud de un pronunciamiento jurisdiccional firme. Se trata, según Couture, de una exigencia política cuyo fundamento descansa en la idea de seguridad y certeza.⁵⁵

La identidad entre el objeto del proceso resuelto en firme, y el proceso en curso, habrá de establecerse a partir de la comparación entre

52 Roxin: *Op. cit.*, p. 433.

53 Juan Montero Aroca: "Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial", pp. 268-269.

54 Se trata –según Montero– "de evitar que dos relaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entre en el supuesto fáctico de la otra, cuando para decidir sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera y, sin embargo, ésta ha sido ya resuelta en un proceso anterior". (Montero Aroca: *Op. cit.*, pp. 271).

55 Para Couture, "la cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica". (Eduardo J. Couture: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, p. 407).

la persona y el hecho acusado y juzgado en el primer proceso (conclusiones acusatorias definitivas y hecho probado de la sentencia firme) y la acusación sostenida en el nuevo proceso.⁵⁶ En nuestra opinión, el análisis sobre la faz objetiva del objeto procesal (hecho) deberá estar presidido, en todo caso, por los postulados que ofrece la teoría normativa.

Si con anterioridad a la existencia de la firmeza es planteada otra acusación contra la misma persona con causa en idéntico hecho, esta deberá ser enfrentada mediante la excepción de litispendencia.

La litispendencia

La litispendencia es un fenómeno perteneciente a la patología jurídica, que tiene lugar cuando se verifica la pendencia simultánea de varios procesos con idéntico objeto.⁵⁷ Al igual que la cosa juzgada, despliega efectos excluyentes de ulteriores procesos sobre la misma cuestión.

Esta situación procesal anómala es también denunciada por vía de una excepción procesal que posee

una naturaleza objetiva –en tanto se vincula al objeto del proceso–, cuya estimación impide resolver el fondo del asunto, con apego a la idea de que un proceso no debe desarrollarse si existe otro pendiente sobre el mismo objeto, dando lugar a su inmediata finalización.

Declarada la litispendencia, se sobreseerá el segundo procedimiento, en virtud de un archivo provisional, pues el efecto que se pretende lograr con esta excepción es la conclusión de un indebido nuevo juicio, en espera de los resultados del primero.

Entre la litispendencia y la cosa juzgada, se establece una íntima relación, determinada en principio por compartir el mismo fundamento –*non bis in idem*– y finalidad –evitar la pluralidad de pronunciamientos jurisdiccionales sobre un mismo asunto–; y, además, porque ambas exigen idénticos requisitos para su apreciación (identidad de sujeto y hecho), solo que la primera posee eficacia preventiva o cautelar respecto a la segunda, llegándose a afirmar que “existe hoy litispendencia donde mañana existirá cosa juzgada”.⁵⁸

56 Así se pronunció la Sala Segunda del Tribunal Supremo español mediante su Sentencia No. 1040, de 30 de octubre de 2009, la cual declaró que “el hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente. Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso”.

57 Jaime Vegas Torres: “La eficacia excluyente de la litispendencia”.

58 Sostiene este criterio el procesalista español Miguel Ángel Fernández López, quien es citado por Vegas Torres, en el artículo ya referenciado. En este sentido, se pronunció el Tribunal Supremo español, en su sentencia de 27 de diciembre de 1993, estableciendo que “mientras no se haya dictado sentencia firme, si se inicia un proceso posterior entre

Si bien la pendencia simultánea de idénticos procesos ha constituido el fundamento para deducir una excepción en el enjuiciamiento civil cubano, con expreso y tradicional cauce procedimental,⁵⁹ no ha ocurrido lo mismo en el rito criminal. La Ley procesal penal en uso no reconoce la litispendencia en el catálogo de artículos de previo y especial pronunciamiento. Tampoco figuró en la Ley de enjuiciamiento criminal española –vigente en Cuba desde el primero de enero de 1889– ni en la Ley de procedimiento penal (LPP) de 1973 (Ley No. 1251, de 25 de junio de 1973).

Sin embargo, de esta tradicional orfandad normativa, no debe deducirse la imposibilidad de su denuncia y correspondiente resolución por parte del órgano jurisdiccional, en los raros casos en que pueda darse en lo penal. La idea de conjurar a toda costa el *bis in idem* despeja cualquier duda al respecto.

Particular interés reviste la determinación de cuándo surge la litispendencia en el proceso penal, o sea, a partir de qué momento deberá entenderse configurada con sus correspondientes efectos excluyentes.

Barona Vilar sostiene que el efecto de *perpetuatio iurisdictionis*

que supone la litispendencia penal “se producirá desde que se cuente con los elementos necesarios para que pueda existir la misma, es decir [...] desde que se tiene los datos suficientes para configurar el hecho imputado y la persona a quien se le imputa”.⁶⁰

Esta misma opinión es desarrollada por Carretero Morales, para quien “la litispendencia comienza a partir del momento en que la denuncia es admitida y, en consecuencia, se ordena la instrucción del proceso”.⁶¹

Con apoyo en estos criterios, y dejando a un lado las soluciones rígidas, no advertimos ningún impedimento para plantear la litispendencia, durante la sustanciación de la fase preparatoria del proceso penal, siempre que aparezcan suficientemente acreditados los elementos configurativos del objeto procesal, con respaldo en los actos de instrucción practicados. La denuncia de esta situación procesal anómala pudiera encausarse mediante un escrito *ad hoc* dirigido al instructor a cargo del expediente, amparado en el artículo 121 de la LPP, que deberá contener una explicación detallada sobre el idéntico proceso penal ya iniciado, a los efectos de que se disponga la acumulación de los ex-

las mismas partes y con el mismo objeto, en éste segundo no podrá alegarse la excepción de cosa juzgada, sino la de litispendencia, de lo que resulta que entre una y otra excepción existe únicamente una diferencia temporal”. (*Apud* Montero Aroca: *Op. cit.*, p. 254).

59 La Ley de enjuiciamiento civil española de 1881, hecha extensiva a Cuba por Real Orden No. 1285, de 25 de septiembre de 1885, reconoció la litispendencia en el Artículo 532.5; y, asimismo, aparece regulada en el Artículo 233.5 de la Ley procesal civil vigente.

60 Silvia Barona Vilar: *Tutela civil y penal de la publicidad*, p. 706.

61 Emiliano Carretero Morales: “Comentarios prácticos a la Ley de enjuiciamiento civil. Las cuestiones prejudiciales (arts. 40 a 43 LEC).

pedientes o actuaciones practicadas hasta el momento, sobre la base de la imposibilidad de que un mismo hecho esté siendo investigado por distintos órganos de instrucción.

Ello puede significar una tarea compleja, sobre todo porque, en tan temprana fase del proceso, es lógico que el hecho con apariencia delictiva no esté aún bien delimitado, con independencia de que la representación letrada del acusado pueda dirigir sus esfuerzos a lograr el esclarecimiento de tales particulares.

Tomando en cuenta la formación progresiva del objeto procesal,⁶² las mayores posibilidades de éxito de tal pretensión tendrían lugar en el

momento de las calificaciones, por ser este el trámite en el que aquel queda esencialmente configurado (*cfr.* Artículo 349, LPP.). Lo problemático sería, entonces, el modo de discutir esta forma de persecución irregular, ante la ausencia de expreso cauce procesal para ello.

En este sentido, la doctrina se halla dividida y, mientras un grupo de autores ha entendido que los casos de litispendencia en sede penal deben ser tratados como cuestiones de competencia,⁶³ Gómez Colomer, por el contrario, sostiene que dicha situación puede ser denunciada mediante el cauce legal previsto para la cosa juzgada, dada su naturaleza idéntica.⁶⁴

62 El objeto del proceso no aparece de una vez, de forma estática, sino que comienza a formarse de una manera progresiva. El *iter* de formación del objeto procesal tiene su origen en el conocimiento de la ocurrencia de un “hecho que reviste caracteres de delito”; se asume, entonces, por parte de la policía y/o la instrucción, un grupo de acciones encaminadas a lograr su esclarecimiento y su responsable (*cfr.* artículos 104 y 106, LPP); luego, el fiscal formula unas calificaciones provisionales, que constituyen la primera manifestación concentrada de aquel (Artículo 278), concretándose de un modo terminante en el trámite en que se elevan a definitivas (Artículo 349). No obstante, el último acto de formación del objeto del proceso es la sentencia firme, pues el acontecimiento histórico que esta contiene en el *primer resultando probado* es lo que hace frente al futuro con los efectos de cosa juzgada. (María C. Bertot Yero y Dayan G. López Rojas: “Otra mirada en torno a la correlación penal”, p. 89).

63 En esta línea, se inscriben Barona Vilar: “Para evitar esta situación el ordenamiento permite el planteamiento de las cuestiones de competencia [...], y con ellas que sea tan sólo un juez el que lleve a cabo el conocimiento de la investigación que pesa sobre un sujeto como consecuencia de un determinado hecho imputado”. (Barona Vilar: *Op. cit.*, p. 707); Gómez Orbaneja y Herce Quemada, para quienes “la excepción de litis pendency, no incluida expresamente en la LECrim., está realmente implícita en la excepción de incompetencia”. (Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada; *Derecho procesal penal*, p. 270.); Fenech: “Cuando se produzca la situación anómala de que dos o más jueces o Tribunales estén conociendo de procesos con un mismo objeto, aunque aparezcan procesados en cada uno de ellos distintas personas, deberá procederse, en virtud de las normas de competencia que tienen carácter público, a la remisión de lo actuado al juez o Tribunal competente, poniendo a su disposición a los detenidos o efectos ocupados”. (Miguel Fenech: *El proceso penal*, p. 201); Maier: “La *litis pendency* planteará, ordinariamente, una cuestión de competencia, pues solo uno, entre los varios tribunales u órganos que tramitan la persecución penal, es el que proseguirá el procedimiento”. (Maier, : *Op. cit.*, p. 409).

64 Juan L. Gómez Colomer: “El juicio oral”, p. 247.

Tanto la cosa juzgada como la litispendencia son apreciables *ex officio* por el órgano jurisdiccional en cualquier estado del proceso.⁶⁵

¿VÍCTIMAS INDEFENSAS?

Ante esta solución procesal, pudiera pensarse que las víctimas de los hechos parciales engarzados a la continuidad delictiva sancionada, descubiertos con posterioridad, quedarían en estado de indefensión, como consecuencia de que sus responsables no serían juzgados nuevamente.

Para dilucidar esta inquietud, se impone una reflexión inicial: no existe una relación jurídica material penal entre los sujetos implicados en un hecho delictivo, de modo que la víctima no ostenta un derecho subjetivo a que al autor del delito se le imponga una pena. El *ius puniendi* se ha asumido con exclusividad por el Estado y los particulares no tienen derechos subjetivos de contenido penal,⁶⁶ sino exclusivos dere-

chos patrimoniales, en la medida en que el delito haya ocasionado una lesión de esta naturaleza.

Partiendo de tal presupuesto, y tomando como ejemplo los delitos en los que pudiera manifestarse, de un modo más intenso, la indefensión de las víctimas —delitos contra los derechos patrimoniales—, hay que analizar dos situaciones:

Primero: Si la lesión patrimonial ocasionada por el delito consiste en la desposesión de bienes y, durante la fase investigativa, estos fueron ocupados; al acogerse el artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada y dictarse auto de sobreseimiento libre, de conformidad con lo establecido en los artículos 290.2 y 300 en relación con el Artículo 271, todos de la LPP, se dispondrá su devolución a sus legítimos dueños.

Segundo: Si la afectación consistiera en la producción de un daño material, entonces, quedaría a la víctima la posibilidad de entablar una acción civil contra el acusado, para lograr su resarcimiento,

65 Maier: *Op. cit.*, pp. 407-408. Refiriéndose a la doctrina que rodea el proceso civil, Vegas Torres afirma que “el Derecho procesal moderno rechaza la aplicación de una “concepción privatista” al tratamiento de la litispendencia (y, en general, al tratamiento de los presupuestos y óbices de la decisión de fondo)”, de tal suerte que “consideraciones de seguridad jurídica y de economía procesal sitúan a la exclusión del segundo proceso más allá del ámbito de la tutela de los derechos del demandado e imponen la vigilancia de oficio de la litispendencia por el juez”. (Vegas Torres: *Op. cit.*). Abandonada la concepción privatista del proceso y aceptada su naturaleza pública, explican Montero Aroca y Chacón Corado que los verdaderos presupuestos han de ser controlados de oficio por el juzgador porque “lo que condiciona la posibilidad de dictar una sentencia sobre el fondo, no puede abandonarse a la disposición de los litigantes”. (Juan Montero Aroca y Mauro Chacón Corado: *Manual de Derecho procesal civil. El Juicio Ordinario*, p. 214). Si estas son las concepciones que rigen el proceso civil, donde los intereses en juego son puramente privados, mayores son las razones para sustentar la apreciación de oficio de estos impedimentos procesales en el enjuiciamiento penal.

66 Juan Montero Aroca (coord.): *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, p. 12.

de conformidad con las normas del Derecho civil, porque el hecho de que se haya truncado el ejercicio de la acción penal y, en consecuencia, no se haya podido sustanciar la pretensión resarcitoria que se acumula a este proceso, tiene su causa en razones de índole procesal y, en modo alguno, supone la inexistencia de méritos sustantivos en los que pueda apoyarse la exigencia de responsabilidad civil, pues existe un acto ilícito (el delito),⁶⁷ mediante el que una persona ha causado un daño a otra, cuya indemnización es perfectamente reclamable ante el tribunal de lo civil, ya sea por la vía del proceso sumario o del ordinario, en dependencia de la cuantía de lo reclamado, con amparo en las normas que regulan lo concerniente a la responsabilidad extracontractual o *aquiliana* (Artículo 47c), en relación con los artículos 81 y 82 del Código civil).⁶⁸

Comprendemos que la solución ofrecida puede provocar *ab initio* ciertas reservas, sobre todo porque, en nuestro proceso penal, ha regido la ancestral regla –proveniente del

derecho francés– de acumular la pretensión civil que nace del delito al ejercicio de la acción penal, con lo que se configura el denominado objeto eventual del proceso penal (Artículo 275, LPP); pero, si se atiende al fundamento de esta regla de acumulación automática, cuya esencia descansa en el principio de economía procesal, hay que convenir que su observancia está sujeta al ejercicio efectivo de la acción penal, de modo que la concurrencia de algún impedimento procesal que obstaculice su desenvolvimiento provoca la ruptura del nexo de acumulación y deja subsistente la acción civil, que mantiene su independencia y autonomía.

En nuestra opinión, tal criterio encuentra apoyo legal en lo dispuesto en el Artículo 1, tercer párrafo, de la ley procesal civil, que autoriza el ejercicio de la acción civil derivada del delito ante dicha jurisdicción, en los casos en que la responsabilidad penal se haya extinguido por cualquier causa. Con independencia de que se aluda en el precepto a supuestos de *extinción de respon-*

67 Sobre este particular, se pronuncia Gómez Orbaneja, en el sentido de que “las acciones u omisiones penadas por la ley sean también fuente de obligaciones civiles, no quiere decir realmente otra cosa sino que todo delito o falta puede ser a la vez un acto ilícito civil [...] la obligación reparatoria por causa de delito no nace del delito, si tomamos el término en el sentido propio de la ley penal, sino del acto u omisión culpable que, además y con independencia de la sanción civil, ocurre ser un delito”. (Gómez Orbaneja: *Op. cit.*, p. 319).

68 Esta forma de responsabilidad se origina a partir de un resultado dañoso que se produce a otra persona, con la que no existía una previa relación jurídica convenida entre el autor del daño y el perjudicado; y, en este sentido, el Código civil cubano establece pautas, a fin de que, en cualquier caso, tenga el perjudicado, ya sea acreedor contractual o víctima extracontractual, la posibilidad de contar, en lo pertinente, con iguales garantías y la misma extensión en cuanto al contenido de la reclamación. (Artículos 81 y 82, Código civil). *Vid.* Caridad del C. Valdés Díaz: “Causa de la relación jurídica civil”, pp. 219-220.

sabilidad penal, su sentido no está dirigido exclusivamente a los casos previstos en el Artículo 59 del texto punitivo porque, según interpretamos, el fundamento de esta norma procesal descansa en la imposibilidad de declarar la responsabilidad penal, lo que igualmente acontece en los casos en que es apreciada la cosa juzgada, de modo que, en tales casos, puede aplicarse el viejo aforismo jurídico que sustenta que “donde existe la misma razón rige la misma disposición”.

En todo caso, desde cualquier ángulo de análisis, no debe perderse de vista que lo que se pretende evitar con la estudiada excepción procesal es una duplicidad del castigo penal, y que la responsabilidad civil, aun cuando se sustancia en el proceso penal, es una cuestión de naturaleza puramente privada e independiente y, en consecuencia, nada debe impedir que sea planteada y resuelta en el tribunal de lo civil porque lo contrario significaría una privación de tutela judicial.

ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL TERRENO DE LA PRÁCTICA JUDICIAL CUBANA

La discusión en torno a la temática tratada no tiene exclusiva residencia en los controvertidos predios de la academia. Sin lugar a duda, la práctica jurisdiccional cubana ha tenido que enfrentarse, con mayor o menor frecuencia, a estos supuestos conflictivos. A modo de ilustración, referenciamos cuatro procesos

en los que, de alguna manera, se ha sometido a debate el asunto del *non bis in idem* vinculado al juzgamiento de una infracción continuada.

Primer caso

En la Causa No. 263 de 1993, de la Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, se estableció artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada porque el promovente había sido juzgado y sancionado, en la Causa No. 3024 de 1990, a 10 años de privación de libertad, por el delito de robo con fuerza en las cosas de carácter continuado, pues, en el período comprendido entre los años 1988 y 1989, sustrajo, en unión de otro acusado, varios automóviles, los que, luego, vendieron en piezas y, en el nuevo proceso, se imputaban otras sustracciones de vehículos que acontecieron en ese período, ejecutadas por los mismos sujetos. En la tramitación de la cuestión perentoria, el fiscal se opuso a la pretensión y el tribunal dictó el Auto No. 29, de 31 de agosto de 1993, en el que se pronunció así:

CONSIDERANDO: Que el delito continuado no es una ficción jurídica, sino una unidad real, por lo que constituye un delito y no varios delitos sucesivos porque las diversas y continuas consumaciones no son más que los diversos momentos durante los que se desarrolla una sola y única resolución criminal, y no es por tanto, un conjunto de delitos con pena atenuada, sino un delito único,

más grave precisamente por la persistencia del dolo, que dura desde el momento de la resolución hasta el momento en que se ejecuta la última acción y se interrumpe por toda acción dirigida contra el culpable de aquel delito, por tanto, cuando después de una sentencia condenatoria se descubren hechos anteriores a ello, y unidos por la continuación de los hechos por los cuales se había pronunciado aquella, se aplica la norma del delito continuado, es decir, los actos parciales no enumerados en la sentencia, anteriores a esta, descubiertos o no, son absorbidos por esta resolución como comprendidos en la conexión, por tanto, la persecución posterior de nuevos actos parciales independientemente de los anteriores, infringiría el principio de la res judicata y las reglas de ne bis in idem.

ACORDAMOS: HABER LUGAR al artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada, promovido en la causa 263 de 1993, y en consecuencia, se dispone el sobreseimiento libre de las actuaciones en cuanto a los acusados FYAP, ERA y JLMG.

Segundo caso

Un asunto curioso fue el que se suscitó en la Causa No. 67/2009, del Tribunal Municipal Popular de Varadero. La fiscalía ejerció la acción penal contra el acusado por el hecho de haber sustraído un ciclo, el 29 de julio de ese propio año, por lo que había resultado sancionado en la Causa No. 240/2009, de la

Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Matanzas, por un delito de hurto de carácter continuado, en virtud de la Sentencia No. 32 de 2010, la cual describía, en la resultancia fáctica, una pluralidad de actos de sustracción, habiéndose cometido el primero de los hechos integrantes de la continuidad el día 22 de abril de 2009 y el último el 21 de agosto de 2009. El letrado responsabilizado con la defensa del acusado ante el Tribunal Municipal Popular, interpuso artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada, denunciando por este cauce procesal la configuración de un infrecuente supuesto de litispendencia, pues la sentencia dictada por el Tribunal Provincial Popular aún no había adquirido firmeza, por haber sido recurrida y, en consecuencia, se solicitó la suspensión del procedimiento.

El tribunal, luego de celebrar la vista de rigor y escuchar las razones expuestas por el letrado y el fiscal, quien se opuso a la indicada promoción, dictó auto, en el que se dispuso lo siguiente:

CONSIDERANDO: *Que del análisis de las actuaciones le ha quedado probado a este Fuero en la presente causa sesenta y nueve del dos mil nueve que ciertamente el hecho imputado al acusado xxx relativo a la sustracción de una bicicleta Rin veintiséis, [...] ocurrido el día veintinueve de julio de dos mil nueve, se enmarca dentro del período de los hechos declarados probados en la sentencia treinta y dos de dos mil diez dictada por la Sala Quinta de lo Penal del Tribu-*

nal Provincial Popular de Matanzas en la Causa doscientos cuarenta de dos mil nueve, acontecido el primero de ellos el veintidós de abril del año dos mil nueve y el último el veintiuno de agosto del propio año, todos vinculados a actos de apoderamiento de bicicletas de ajena pertenencia en el término municipal de Varadero, por los que fue sancionado FGS como autor de un delito de Hurto de carácter Continuado.

CONSIDERANDO: Que al valorarse por este Fuero que dicha sentencia condenatoria aún no es firme por interponerse contra la misma recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular y al ser la Cosa Juzgada un efecto procesal de la sentencia firme, que presupone que el asunto haya sido fallado por un Órgano Jurisdiccional competente, en virtud del principio *non bis in idem* es imposible volver sobre la misma cuestión, lo que es garantía de la seguridad jurídica que debe propiciar el Derecho, resulta procedente valorar entonces la litispendencia como institución procesal que tiende a impedir la adopción de resoluciones contradictorias por parte de un mismo o distintos Tribunales y procede cuando existe identidad en los elementos que integran los asuntos controvertidos, estando el proceso preexistente en fase de terminación sin que sea firme su sentencia, tratando de buscar precisamente un cauce procesal que permita evitar la existencia de fallos que puedan resultar contradictorios y se fundamente en la prohibición de la persecución penal múltiple,

diferenciándose de la cosa juzgada en que la última presupone la terminación del proceso con sentencia firme, es por ello que convenimos los jueces que hoy resolvemos, con la racionalidad que el asunto requiere, que no puede estimarse, en correspondencia con el artículo trescientos de la Ley Rituaria Penal en este momento procesal la excepción de cosa juzgada invocada, resultando procedente pronunciarnos como a continuación se dirá.

EL TRIBUNAL ACUERDA: El archivo provisional de las actuaciones correspondientes a la Causa sesenta y siete de dos mil nueve en espera de la firmeza de la sentencia dictada en la Causa doscientos cuarenta de dos mil nueve de la radicación de [la] Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Matanzas en mérito a lo expuesto en los Considerandos que anteceden.

Tercer caso

En la Causa No. 26/2009, de la Sala Cuarta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, seguida por los delitos de falsificación de documentos bancarios y de comercio de carácter continuado, como medio afin para cometer malversación, dicho órgano jurisdiccional dictó la Sentencia No. 90/2010, en virtud de la cual, acogió, a favor de tres de los acusados, la institución de la cosa juzgada, por entender que los hechos imputados en dicho proceso guardaban identidad con los que habían sido juzgados y sancionados en las causas 3/2008, de la Sala

Séptima del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, y 44/2009, correspondiente a la Sala Octava de ese propio tribunal.

Inconforme con lo dispuesto en la referida resolución judicial, el fiscal interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, al amparo de la causal segunda del Artículo 69 de la ley procesal, el que fue resuelto por la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado en función de lo penal de dicho órgano en virtud de la Sentencia No. 3921 de 2010⁶⁹ que, en lo atinente, dispuso:

CONSIDERANDO: Que el Ministerio Fiscal estableció recurso de casación al amparo del ordinal segundo del artículo sesenta y nueve de la Ley de procedimiento penal con el argumento de que la Sala de instancia incurrió en error en apreciar la institución de cosa juzgada para FDG, IHH y HCT, al considerar que los actos conocidos en esta causa no son los mismos por los que fueron juzgados y sancionados en las Causas tres del dos mil ocho y cuarenta y cuatro del dos mil nueve, correspondientes a las Salas Séptima y Octava respectivamente del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana. Del estudio del caso se aprecia que las acciones u omisiones de estos reos, ya tuvieron efectos jurídicos en la jurisdicción penal con anterioridad, pues esa conducta no es posible dividirla y buscar otra respuesta

punitiva, cuando en el caso del DG y CT el conjunto de actos por ellos ejecutados con independencia de la cantidad de CCS involucradas y el dinero peculado, siguen siendo un único delito de falsificación de documentos de carácter continuado como medio afín para cometer malversación de la modalidad agravada, al ser el segundo un delito permanente o de tracto continuo, lo que igualmente acontece para las faltas de deber de cuidado de la HH, por las que también fue sancionada. De accederse al reclamo del fiscal se afectarían derechos de los reos, y se vulnerarían garantías y principios esenciales del proceso penal que prohíben el doble juzgamiento y la imposición de dobles consecuencias jurídicas, máxime cuando en este estado del asunto conllevaría anular los procesos judiciales a los efectos de su acumulación y con el correspondiente perjuicio social ante la falta de inmediatez de una respuesta penal que en definitivas ya fue adoptada con certeza por el tribunal juzgador, por tanto se desestima este motivo de casación.

FALLAMOS: Declarando SIN LUGAR los recursos de casación por Infracción de Ley, establecidos por los acusados JEF y MINISTERIO FISCAL contra la sentencia número noventa del año dos mil diez, dictada por la Sala Cuarta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, la que se confirma en todas sus partes.

69 La sala estuvo integrada por los compañeros Plácido Batista Veranes (presidente), Maricela Sosa Ravelo (ponente), Guillermo P. Hernández Infante, Francisco Tejeda Vigil y Carlos Cárdenas Rebollo.

Cuarto caso

Otro supuesto conflictivo vinculado con el tema estudiado tuvo lugar en la tramitación de la causa 285/2011, de la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus, seguida por un delito de falsificación de documentos bancarios y de comercio de carácter continuado, en la que se promovió artículo de previo y especial pronunciamiento sobre declinatoria de jurisdicción por parte de la representación letrada de una de las acusadas, denunciando que esta había sido instruida de cargos en dos expedientes de fase preparatoria distintos y que, en su contra, se estaba ejerciendo la acción penal, en virtud de conclusiones acusatorias independientes, por idénticos hechos punibles.

Al resolver la excepción deducida, la sala dictó auto de fecha 23 de septiembre de 2011, desestimando el artículo de previo y confirmando su competencia para conocer de los hechos. Contra dicha resolución judicial, la acusada interpuso recurso de casación de acuerdo con lo establecido en el Artículo 302 de la LPP, el cual fue resuelto por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, por medio de la Sentencia No. 4, de 3 de noviembre de 2011,⁷⁰ en el sentido siguiente:

CONSIDERANDO: *Que el artículo 59 de la Constitución de la República de Cuba, en su primer*

párrafo, preceptúa entre otros derechos ciudadanos, que nadie puede ser encausado ni condenado sin cumplirse las formalidades y garantías que las leyes establecen, lo que obliga a este supremo tribunal a analizar con racionalidad y justicia el caso sometido a examen. Del estudio de las conclusiones provisionales emitidas por el fiscal en los expedientes de fase preparatoria números 8 y 11 del 2011, investigados por el órgano de instrucción de los delitos Contra la Seguridad del Estado de la provincia de Sancti Spíritus, se aprecia que en ambos procesos coincide como uno de los sujetos procesales la acusada IPC y los distintos actos ilícitos que se le imputan, en cada uno de estos, bien pudieran constituir una unidad delictiva que conforman un mismo objeto procesal, por lo que la tramitación separada de ambos procesos vulnera lo preceptuado en el apartado quinto del artículo 13 de la Ley de procedimiento penal porque se rompió la continencia de los hechos al existir entre ellos una conexidad sustantiva y procesal, con lo que se quebrantan principios y garantías del debido proceso, como la prohibición de la persecución y sanción penal múltiple, comúnmente conocido por "non bis in idem", amén de la no aplicación adecuada de las instituciones previstas en el Código penal, lo que fuerza en este estado [a] acoger el artículo de previo y especial pronunciamiento establecido.

70 La Sala estuvo integrada por los compañeros Maricela Sosa Ravelo, Tomás Betancourt Peña, Isabel Acosta Sánchez (ponente), Rolando Estrada León y Tania del Rosario Felipe Díaz.

EL TRIBUNAL ACUERDA EL SIGUIENTE FALLO: *Se declara CON LUGAR el recurso de casación establecido por la acusada IPC contra el Auto de fecha 23 de septiembre de 2011 dictado en las actuaciones de la causa 285 de 2011 de la radicación de la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus, el que se anula, al igual que toda la tramitación judicial de la referida causa y se retrotrae el proceso a su fase anterior para que el fiscal acumule las actuaciones correspondientes a los expedientes en los que aparezca esta como acusada y se mantenga la conexidad señalada, y proceda entonces a ejercitar la acción penal como corresponde.*

IDEAS CONCLUSIVAS

1. El delito continuado constituye una *unidad delictiva en sentido real u óntico*, de tal suerte que los distintos actos que, en el orden formal lucen como infracciones independientes, no son más que el reflejo de la ejecución fragmentada de una real y única resolución delictiva que conlleva a una simple intensificación cuantitativa del injusto. Según la evolución histórica y actual concepción del instituto, su fundamento descansa en una concepción mixta que amalgama razones dogmáticas (disminución de la culpabilidad) y político-criminales (de utilidad práctica).
2. La continuidad delictiva se inscribe entre los supuestos de unidad

típica, según el Derecho penal material; y, valorado este fenómeno jurídico desde la óptica de la teoría normativa del objeto procesal penal, se concluye que los distintos actos que conforman el hecho continuado constituyen un acontecimiento histórico único y, en consecuencia, un hecho procesal unitario.

3. La unidad de objeto procesal que supone el hecho continuado trae consigo que, cuando con posterioridad al dictado de una sentencia que condena por un delito continuado, se descubren hechos no abarcados por la sentencia, pero enmarcados en la franja temporal de la continuidad sancionada, estos quedan absorbidos por dicha resolución por constituir parte de aquel objeto procesal. En los casos de los que hemos tenido referencia, esta ha sido la posición asumida por los tribunales cubanos al respecto.
4. Para enfrentar los supuestos de doble persecución, sucesiva o simultánea, los ordenamientos procesales reconocen las excepciones de cosa juzgada y litispendencia. La Ley de procedimiento penal cubana sitúa la cosa juzgada en el catálogo de artículos de previo y especial pronunciamiento, pero no contempla la litispendencia; no obstante, ello no es óbice para su oportuno planteamiento y consecuente sustanciación, ya sea que se trate como una cuestión de competencia o se denuncie

mediante el cauce legal previsto para la cosa juzgada, dada su naturaleza idéntica.

5. Apreciada la cosa juzgada, respecto a hechos parciales pertenecientes a un delito continuado ya juzgado en firme, queda a la víctima la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil a ejercitar la acción de resarcimiento que no podrá articularse en sede penal, ante la imposibilidad de ejercer válidamente la acción punitiva, de la que aquella es acompañante.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Alabau Trelles, José Francisco: *El delito continuado*, Editorial Selecta, La Habana, 1956.
- Arce Aggeo, Miguel A.: *Concurso de delitos en materia penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.
- Asencio Mellado, José M.: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Editorial Trivium, Madrid, 1991.
- Bacigalupo Zapater, Enrique: *Derecho penal, parte general*, 2.^a ed. renovada y ampliada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- _____: *Manual de Derecho penal, parte general*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1996.
- _____: *Principios constitucionales de Derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Barona Vilar, Silvia: *Tutela civil y penal de la publicidad*, Editorial Titant lo Blanch y Universitat de Valencia, 1999.
- Baumann, Jürgen: *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
- Belting, Ernst: *Manual de Derecho procesal penal*, tr. del alemán y notas por Miguel Fenech, Editorial Labor S. A., Barcelona, 1945.
- Bertot Yero, María C. y Dayan G. López Rojas: "Otra mirada en torno a la correlación penal", en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 14, La Habana, junio de 2010.
- Binder, Alberto M.: *Introducción al Derecho procesal penal*, 2.^a ed., actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Cafferata Nores, José I.: *Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- _____, et al.: *Manual de Derecho procesal penal*, Universidad Nacional de Córdoba, [s.m.d.].
- Carrasco Moreno, Francisco, et al.: *Código penal comentado de El Salvador*, t. 1, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, [s.a].
- Carretero Morales, Emiliano: "Comentarios prácticos a la Ley de enjuiciamiento civil. Las cuestiones prejudiciales (arts. 40 a 43 LEC)", en *Revista para el análisis del Derecho*, disponible en http://www.indret.com/es/derecho_procesal/502ec4b [Consulta: 22/6/10, 8:10 p.m.].
- Clariá Olmedo, Jorge A.: *Derecho procesal penal*, t. 1, actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
- Choclán Montalvo, José Antonio: *El delito continuado*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998.

- Cobo del Rosal, Manuel: "Sobre el delito continuado (consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)", en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, ed. especial para Iberius, 2004.
- Cortés Domínguez, Valentín: *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3.ª ed. (póstuma), Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958.
- D'Alessio, Andrés J., et. al.: *Código penal comentado y anotado, parte general (artículos 1.º a 78 bis)*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.
- Del Río Ferretti, Carlos: "La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del Derecho español con el chileno" (tesis doctoral dirigida por el Dr. Manuel Ortell Ramos), Servei de Publicacions, Universitat de Valencia, 2007.
- Fenech, Miguel: *El Proceso penal*, José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1956.
- Fontán Balestra, Carlos: *Derecho penal. Introducción y parte general*—actualizado por Guillermo A. C. Ledesma—, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Gómez Colomer, Juan L.: "El juicio oral", en Juan Montero Aroca (coord.); *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 10.ª ed., *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2001.
- _____: "El objeto del proceso", en Juan Montero Aroca (coord.); *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 10.ª ed., *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2001.
- Gómez Orbaneja, Emilio: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, t. 2, Bosch, Barcelona, 1951.
- Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, vol. II, 3.ª ed. modificada y puesta al día, Madrid, 1951.
- Gómez Pérez, Ángela: "El principio *non bis in ídem*. Sanciones penales y sanciones administrativas", en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia*, La Habana, 2005, pp. 123-144.
- González Navarro, Alicia: "Correlación entre acusación y sentencia" (tesis doctoral bajo la dirección de Tomás López-Fragoso Álvarez), Universidad de La Laguna, Departamento de Derecho Internacional y Procesal, [s.a].
- Hassemer, Winfried: "Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada", en *Revista Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 12, no. 14, diciembre de 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.
- Madrigal García, Carmelo y Juan Luis Rodríguez Ponz: *Derecho penal, parte general—Judicatura—*, Editorial Carperi, Madrid, 2004.
- Maier, Julio B.: *Derecho procesal penal argentino*, t. 1-B, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989.
- Mendoza Díaz, Juan: "Posiciones que puede asumir el demandado en el proceso civil ordinario", en Juan Mendoza Díaz (coord.), *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 31-101.
- Mir Puig, Santiago: *Derecho penal, parte general*, 7.ª ed., Editorial Repper, Barcelona, 2005.
- Montero Aroca, Juan: "Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial", en

- Revista Derecho Privado y Constitución*, no. 8, enero-abril de 1996, [s.m.d.].
- Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado: *Manual de Derecho procesal civil. El juicio ordinario*, vol. I [s.m.d.].
- Montero Aroca, Juan (coord.): *Derecho jurisdiccional III, Proceso penal*, 10.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal general*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- Rivero García, Danilo y María Caridad Bertot Yero: *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87. (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*, Ediciones ONBC, Colección *De Juris*, Ciudad de La Habana, 2009.
- Roxin, Claus: *Derecho penal, parte general*, t. 1, tr. y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros, 2.^a ed., Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- _____: *Derecho procesal penal*, tr. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- Sanz Morán, Ángel J.: "El concurso de delitos en la reforma penal", en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, ed. especial para Iberius, 2004.
- Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino –actualizado por Guillermo J. Fierro–*, vol. II, 5.^a ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.
- Stratenwerth, Günter: *Derecho penal. Parte general*, t. 1, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.
- Tejera y García, Diego Vicente: *Comentarios al Código de defensa social*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1944.
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen: "Causa de la relación jurídica civil", en Valdés Díaz (coord.), *Compendio de Derecho civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- Vegas Torres, Jaime: "La eficacia excluyente de la litispendencia", en <http://www.unirioja.vegas.pdf> [Consulta: 4/2/11, 11:45 a.m.].
- Velásquez Velásquez, Fernando: "El delito continuado en el Código penal peruano", en www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_16.pdf [Consulta: 26/6/10, 4:46 p.m.].
- Welzel, Hans: *Derecho penal. Parte general*, tr. de Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.
- Zaffaroni, Eugenio R.: *Derecho penal, parte general*, 2.^a ed., Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, 2002.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba*, de 24 de febrero de 1976, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, La Habana, 31 de enero de 2003.
- Ley de enjuiciamiento civil*, concordada por Eduardo R. Núñez y Núñez, Colección Legislativa de Bolsillo, vol. IV, 2.^a ed., puesta al día por Miguel A. D' Stefano, Jesús Montero Editor, La Habana, 1954.
- Código de defensa social*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1973.
- Código penal español*, aprobado por la Ley Orgánica No. 10/1995, de 23 de septiembre de 1995.
- Ley de enjuiciamiento criminal*, de 14 de septiembre de 1882, anotada y concordada por Eloy. G. Merino

Brito, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1976.

Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977, Ley de procedimiento penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, La Habana, 18 de agosto de 1977.

Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, La Habana, 20 de agosto de 1977.

Ley No. 21, de 1.º de marzo de 1979, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, La Habana, 1.º de marzo de 1979.

Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, Código civil, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, La Habana, 15 de octubre de 1987.

Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987, Código penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición especial, La Habana, 30 de diciembre de 1987.

Ley No. 87, de 16 de febrero de 1999, modificativa del Código penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, La Habana, 15 de marzo de 1999.

LA MALVERSACIÓN COMO FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA

Esp. Marlenis Rodríguez Abella

jueza profesional, Sala de lo Penal, TPP de Holguín

LA corrupción como fenómeno que afecta la estabilidad de cualquier Estado, dadas sus consecuencias políticas, económicas y sociales, se ha convertido en una preocupación en todo el mundo, por el ambiente que se genera en torno a ella, propicio para nuevas y más extensas formas de delincuencia.

Las concepciones generales y modernas tendencias sobre la corrupción son analizadas aquí con vistas a caracterizar, en dicho contexto, el tratamiento que se le da a este fenómeno, las principales disposiciones, en materia de política penal, que nuestro país tiene implementadas para contrarrestar tan perjudicial vicio, y la decisiva actuación de los tribunales para reprimir dichas conductas, con el rigor exigido, enarbolando los principios de legalidad e independencia.

La corrupción siempre ha existido y ha pasado por todas las formaciones económico-sociales. Sus fórmulas son tan antiguas como la propia política. Tiene dimensión his-

tórica: desde la antigua Roma, y en la Italia del renacimiento, la lucha contra este flagelo era un asunto de moral colectiva y de control social. El problema que encierra representa uno de los grandes desafíos y es motivo de preocupación para el Estado moderno.

A todas luces, los innegables problemas políticos, económicos, ecológicos y sociales que afectan a toda la humanidad, en los momentos actuales, han venido generando y acumulando gran cantidad de efectos negativos, entre los que se destaca la pérdida de valores de convivencia social, con el consiguiente aumento de la actividad delictiva en disímiles manifestaciones.

La corrupción se ha convertido en una preocupación en todo el mundo. Sus consecuencias tienen impacto sobre la capacidad de los gobiernos para prestar los servicios públicos de manera eficiente. Este fenómeno, al tomar la actual tendencia neoliberal, genera un ambiente propicio para nuevas y más extensas formas de delincuencia,

incrementándose a límites inimaginables, que adapta las estructuras de tipo empresarial a sus actividades ilícitas.

Se insinúa que la idea de corrupción trae a colación la figura del vicio o abuso introducido en las cosas no materiales. Teniendo en cuenta los múltiples usos posibles de la palabra *corrupción*, existe consenso en que el núcleo de la acción implica una desviación de ciertos parámetros de comportamiento.

El fenómeno es propiciado por la combinación de dos factores: el desvío de los valores éticos, en la conducta de algunos individuos; y una situación favorable o condiciones creadas en el entorno, que posibilitan la ocurrencia de las actividades corruptas. Prospera clandestinamente, al margen de las normas, socavando la confianza en las instituciones porque pudre y descompone lo que alcanza. La corrupción, en su proceso de descomposición moral, genera efectos perjudiciales sobre la equidad (afecta más a los que menos tienen) y sobre la eficiencia (servicios gubernamentales más caros y escasos).

El problema de la corrupción es que los beneficios que proporciona, a individuos o grupos, es a costa de las funciones públicas que este realiza y se obtienen a cambio de un engaño que la sociedad, finalmente, paga. De hecho, el carácter dañino de la corrupción se percibe mejor desde la perspectiva de la sociedad en su conjunto.

Actualmente, en el mundo, por diversas razones, la corrupción es

menos tolerada que en el pasado y, al mismo tiempo, está muy difundida. Una de esas razones es la mayor facilidad con que circulan las personas, los bienes y los capitales. La globalización de la economía ha creado, por otra parte, enormes oportunidades de enriquecimiento, tanto lícito como ilícito. Pero la economía moderna exige garantías, en un marco legal, a fin de restaurar la confianza necesaria para las inversiones a largo plazo que, a menudo, ha sido socavada por la corrupción.

El problema radica en que es más fácil reconocer la corrupción que definirla. Aun cuando se manifieste en la estructura gubernamental, la corrupción tiende a ser un asunto privado, por la sencilla razón de que las instituciones oficiales siempre encuentran pretextos, válidos o no, para justificar sus exacciones. La forma más grave de corrupción es aquella que se institucionaliza: mientras más obtienen los corruptos con el contrabando, el mercado negro y la intimidación, más fácilmente pueden sobornar a los jueces, policías y otros funcionarios para que faciliten sus negocios sucios y, al mismo tiempo, mientras mayor sea el número de restricciones, trámites burocráticos y normas arbitrarias que haya que cumplir, mayor es la tentación de sobornar a los responsables para agilizar las gestiones.

En algunos países, este proceder se ha convertido en un estilo de vida, del que casi nadie logra sustraerse. Pero la complejidad de la economía moderna añade a la corrupción una dimensión nueva y esquemas más

elaborados. Los contactos, los enchufes y los pactos eran antes básicamente, de ámbito local; la novedad reside en la mundialización del fenómeno de la corrupción.

Asimismo, este fenómeno encuentra su materialización en el ámbito económico y, por ello, se define como *corrupción administrativa*. Constituye una de las formas de manifestarse, la que es considerada como el uso de las facultades en la administración pública, con el objetivo de obtener cualquier clase de lucro, para sí o para una tercera persona, en detrimento de la colectividad, con la degradación de los valores morales establecidos en cada sociedad.

La corrupción administrativa, como su nombre lo indica, se desarrolla en la esfera de la administración pública, que comprende la acción ejecutada por el gobierno, al dictar y aplicar las disposiciones necesarias, para el cumplimiento de los hechos tendentes a conservar y fomentar los intereses públicos; tal administración nace por la necesidad del Estado de amparar y proteger los bienes públicos y el bien común.

En la denominación de *administración pública* se incluyen las esferas policial, económica y financiera, y los intereses sociales, de manera general. En ella, se encuadra, a su vez, la administración de justicia, por lo que, en el mundo actual, varios son los autores que reconocen dos clasificaciones de corrupción: la política y la administrativa, aunque considero que debe tenerse en cuenta, como una clasificación importante de corrupción, la judicial,

por corresponderse esta con el poder que tiene el Estado para determinar la administración de justicia y regir la política legislativa de un país.

La administración pública representa, entonces, una organización, un patrimonio y un orden jurídicos que, en conjunto, está destinada a lograr y salvaguardar los intereses de la colectividad; por tanto, las personas que actúan en su representación, frente a terceros, pueden nombrarse agentes públicos (cuando se habla de agentes, se introduce el término de *funcionario*; pero, también, abarca al empleado o servidor público), cuya representación nace cuando el Estado celebra un contrato de empleo con la persona, para realizar funciones relacionadas con la administración. Por su parte, el Estado espera que esa gestión garantice el bienestar de la sociedad: Cuando el agente público traiciona los deberes de su cargo y viola una serie de obligaciones públicas, por él aceptadas, a cambio de lo cual obtiene algún tipo de beneficio particular, estamos frente a actos de corrupción administrativa.

Por tanto, resulta evidente que la corrupción administrativa, en cualquier parte del mundo donde exista, se reconoce por la presencia de tres características esenciales y comunes para todos los sistemas, en correspondencia con:

1. Posición especial en que debe hallarse el agente. Significa el ejercicio de una cuota de poder, facultades o influencias del agente y las posibilidades que este tiene para

- emplearlas en interés personal, de un tercero, de un grupo social o clan determinado.
2. Pacto en secreto. Condición de secretividad que se logra en la ejecución de la acción u omisión, llevada a cabo por el corrupto, de manera individual, entre dos personas, o la organización de un grupo con objetivos marcados de ejecutar acciones de corrupción. El pacto de secretividad en todos los casos perdurará hasta tanto sea descubierto.
 3. Colocación de los intereses personales sobre el interés público que representa. Su función social, como agente público, se convierte en algo cada vez menos importante, en comparación con los beneficios individuales que va obteniendo, unido a los privilegios y al mejoramiento desmedido de las condiciones de vida, que va en ascenso.

La corrupción administrativa, en su ejecución, presenta cuatro elementos, que se encuentran en relación dinámica en cualquier proceso de acción administrativa, y son: *el hombre, los recursos, las condiciones favorables y la falta de valores morales o degradación de ellos*.

- *El hombre*: sujeto responsable ante determinada actividad, ubicado, por sus convicciones y su capacidad de trabajo, en un puesto relacionado con las actividades de administración pública.
- *Los recursos*: aquellos bienes que tiene alguien bajo su disposición, cuidado y administración, o simplemente las facultades o influencias

que posee, por razón del cargo que desempeña.

- *Las condiciones favorables*: vulnerabilidad existente en los mecanismos de control y el cumplimiento de las normativas, deficiencias existentes en el centro de trabajo, en correspondencia con la ocupación laboral.
- *Degradación moral del sujeto*: cambios que ocurren en el sistema de valores mostrado por el sujeto, entre los que predominan vanagloria, egoísmo, falta de modestia, prepotencia, arrogancia, acomodamiento, pesimismo, hipercriticismo, favorecimiento a amigos y familiares, y afán desmedido de lucro.

El fenómeno, en sentido general, ha sido categorizado por Naciones Unidas como “la contracara del desarrollo”, por las consecuencias perniciosas que trae para el desarrollo del mundo y la práctica de las buenas costumbres. Puede afirmarse que la corrupción administrativa causa enormes costos económicos, finalmente soportados por el ciudadano; genera inestabilidad política y desconfianza en el sistema; pervierte el desarrollo económico e impide o dificulta el progreso de las naciones; lleva a la arbitrariedad y al desprecio de la primacía del Derecho; aumenta el poder de la criminalidad organizada; propicia la desintegración social; destruye los fundamentos morales de la sociedad; atenta contra los derechos humanos y la dignidad de la persona; mina los cimientos del Estado, al romper el vínculo de fidelidad de gobernantes y gobernados; y es ca-

paz de socavar los fundamentos de la democracia.

La corrupción que se genere en determinado país hace que el sistema se torne tanto injusto como ineficiente; su tendencia es la de socavar las opciones democráticas. La investigación empírica sugiere la existencia de una correlación directa entre subdesarrollo y altos niveles de corrupción, y toma en consideración otros factores sociales que inciden directamente en el mantenimiento inmutable de las prácticas corruptas.

Con la aparición del Estado-nación moderno, monarquías centralizadas en Francia e Inglaterra en el siglo xvii, nuevas repúblicas nacidas de las revoluciones norteamericana y francesa, la idea de que la virtud y el honor bastaban para luchar contra la corrupción demostró ser cada vez más utópica, por varias razones, porque la población de los grandes Estados modernos era más difícil de controlar por ser más numerosa y menos homogénea en sus costumbres y creencias que la de las antiguas repúblicas.

Contrariamente a las repúblicas clásicas, que habían combatido siempre las facciones, una de las principales innovaciones de la república moderna será legitimarlas como partidos organizados, convertidos así en vectores de una corrupción limitada y controlada. Naturalmente, la lucha de los ambiciosos y de los politiqueros, por acaparar cargos y prebendas, no es un espectáculo particularmente edificante, como tampoco lo son las revelaciones escandalosas que los

adversarios se lanzan a la cara en los periódicos.

Se pueden señalar tres tipos de causas que facilitan la aparición de la corrupción y que se pueden dar, en mayor o menor medida, en cualquier Estado:

♦ Causas formales:

- Falta de una delimitación entre lo público y lo privado.
- Existencia de un ordenamiento jurídico inadecuado a la realidad nacional.
- Inoperancia práctica de las instituciones públicas, unidas o separadas.

♦ Causas culturales básicas:

- Existencia de una amplia tolerancia social hacia el goce de privilegios privados; permite que prevalezca una moralidad de lucro privado sobre la moralidad cívica.
- Existencia de una cultura de la ilegalidad generalizada o reducida a grupos sociales que saben que la ley no cuenta para ellos, fomenta la corrupción y la tolerancia social.
- Persistencia de formas de organización y de sistemas normativos tradicionales, enfrentados a un orden estatal moderno; suele provocar contradicciones que encuentran salida a través de la corrupción.

♦ Causas materiales. Se refieren a diversas situaciones concretas que dan lugar a prácticas corruptas. Son las distintas brechas que tienen lugar en la interconexión

del ordenamiento jurídico y el orden social vigente. Refiero las existentes entre:

- Necesidades reales de control político y condiciones formales de ejercicio del poder.
- Dinámica del mercado e intervención pública.
- Poder social efectivo y acceso formal a la influencia política.
- Recursos de la administración pública y dinámica social.
- Impunidad real y posibilidad formal de los funcionarios públicos.

Las leyes penales, en la generalidad de los países, incriminan y castigan solo la corrupción de menores. En principio, la corrupción administrativa está definida en los códigos penales, por medio de distintos ilícitos y muchos de ellos no representan las formas actuales del fenómeno; estos se caracterizan por poseer ordenamientos jurídicos obsoletos, permisivos y con graves lagunas legales, supuestos de no legislación, o ineficientemente legisladas, que hacen presumir un interés de no afectar intereses creados.

La corrupción está en el centro de una nebulosa de crímenes y delitos ligados que, en muchas ocasiones, no dan cuenta de la complejidad del fenómeno, ni de la multiplicidad de delitos conexos a este. La denominación sobre los delitos que se cometen, en correspondencia con la corrupción administrativa, no ha llegado a alcanzar un criterio unívoco; así, es posible encontrar que se utilizan, indistintamente, términos como “delitos económicos”, “delitos

financieros”, “delitos profesionales”, “delitos ocupacionales”, “respetable crimen o el crimen de los poderosos”.

La ONU establece que “Cada Estado Parte tiene la potestad para tipificar como delito las formas de corrupción que aparezcan y tengan relación con el país en el cual se muestre ese comportamiento, el cual puede ser cometido por un funcionario o servidor público, según la legislación interna de cada país”, lo que deja sentada la obligación que tiene cada Estado de sancionar la corrupción. Esta, en tanto fenómeno de la criminalidad contemporánea, posee otros elementos esenciales:

- Se desarrolla por un sujeto, por lo regular, de tipo especial; aunque, por lo general, casi nunca aparece como resultado de la deformación de una sola persona, se asocia a la del dirigente y el funcionario, siempre movido por intereses lucrativos.
- Socava las decisiones políticas, conduce a un uso ineficiente de los recursos y beneficia a los inescrupulosos, a expensas de quienes acatan la ley.
- Implica la pérdida de la autoridad moral, debilita la eficiencia de las operaciones gubernamentales, aumenta las oportunidades para el delito organizado, estimula los abusos de fuerza, agrega cargas al contribuyente y tiene un impacto directo sobre los ciudadanos más simples.

El aspecto más negativo de la corrupción es su propia naturaleza. Adopta tantas formas, y cubre tal variedad de actividades públicas, que frecuentemente se hace difícil

para el hombre de la calle reconocerla por lo que es, ya que los corruptos han sido hábiles al ocultar sus actos ilícitos y cubrir todo rastro. Es más, es sumamente contagiosa. La corrupción se extiende rápidamente desde una esfera de la vida pública hacia otras, al ritmo de un incendio voraz; son pocos los que entran en contacto con ella y pocos los que logran escapar a la contaminación y, mucho menos, hacerle frente, cuando tantas personas a su alrededor caen en sus tentaciones. Esto se debe a que la corrupción es seductora, promete recompensas no merecidas y, con frecuencia, las produce, sin ser detectada ni mucho menos sancionada. Si se le deja libre, la corrupción se extenderá, multiplicará, intensificará, sistematizará y, eventualmente, se institucionalizará, convirtiéndose en la norma, ya no la excepción. Cuando se llega a este punto, constituye una amenaza para la sociedad civil y se derrumba la autoridad pública.

En vista de la acumulación creciente de información sobre este problema, cada día, más países están estudiando seriamente la Resolución 7.^a del 8.^o Congreso de la ONU sobre la prevención del delito y tratamiento al delincuente, efectuado en La Habana en 1990, donde, entre otros aspectos, se señala: "Debido a que las actividades corruptas de los funcionarios públicos pueden destruir la efectividad potencial de todo tipo de programa gubernamental, obstaculizar el desarrollo y engañar a individuos y a grupos, es de suma importancia para todas

las naciones, revisar la adecuación de sus leyes penales, incluyendo la legislación procesal, para responder a todas las formas de corrupción y a las acciones relacionadas diseñadas para ayudar o facilitar las actividades corruptas, debiendo poder recurrir a sanciones que aseguren su ejecución adecuada, diseño de mecanismos administrativos y regulatorios para la prevención de prácticas corruptas o el abuso del poder; adoptar procedimientos para la detección, investigación y condena de funcionarios corruptos, crear disposiciones legales para la confiscación de fondos o bienes, producto de prácticas corruptas, y adoptar sanciones económicas contra las empresas implicadas en corrupción".

En nuestro contexto nacional, contamos con un concepto de corrupción, ofrecido por el Ministerio de Auditoría y Control y que obra en el Reglamento del Decreto Ley No. 219, de este Ministerio, donde se expresa que *corrupción administrativa* es "la actuación contraria a las normas legales y a la ética de los cuadros del Estado y el Gobierno, del dirigente, funcionario, en el ejercicio de su cargo, 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; dirigidas 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”.

Resulta obligado analizar aquí cómo ha sido contemplado el delito de malversación en los diferentes cuerpos legislativos promulgados en Cuba.

En virtud del Real Decreto de 23 de mayo de 1879, se hizo extensivo a Cuba el Código penal español de 1870, conocido como Código penal cubano de 1879, el cual en el Capítulo X, “malversación de caudales públicos”, regulaba en seis artículos este delito.

La peculiaridad principal de esta figura consistía en que solo los funcionarios públicos y aquellas personas que estuviesen encargadas por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia, además de los administradores o depositarios por autoridad pública, incurrían en el delito. Estos, únicamente por disposición legal, tenían a su cargo tales caudales; se hacía una equiparación del empleado público y el funcionario público.

Dicho cuerpo legal no hizo una definición de *caudales públicos*, y delimitaba la conducta por los verbos nucleares *sustraer* y *consentir*, de lo que se derivaban dos variantes: una, de acción, en la que el funcionario sustraía por sí mismo los caudales públicos; y otra, de omisión, en la que este permitía que fuera otro quien los sustrajera, por lo que no se integraba el delito si, entre las obligaciones del funcionario, no estaba la de impedir la sustracción.

Salvo la conducta culposa referida al abandono o negligencia del

funcionario que diera lugar a que otro sustrajera caudales o efectos públicos, que fue regulada en el Artículo 402 de esta ley, el elemento subjetivo que se manifestaba en las restantes conductas que integraban las figuras era de dolo.

El momento de consumación de este delito tiene lugar desde el mismo instante en que se logra la sustracción y no influye el reintegro posterior de los caudales en la eliminación o limitación de la responsabilidad penal. En el Artículo 403, se castigaba la apropiación de los caudales, aun cuando existiera el ánimo de reintegrarlos; asimismo, se apreciaba que la sanción prevista para ese delito específico era solo aplicable, si se lograba el reintegro; en cambio, si no se verificaba este, entonces, la sanción a imponer sería otra más grave y en dependencia de la cuantía sustraída.

También se apreciaban otras dos conductas que eran consideradas como malversación y que fueron recogidas en los artículos 404 y 405 de dicho Código. La primera, cuando el funcionario público le daba a los caudales que administraba un destino diferente de aquel al que estuvieran destinados; la segunda, cuando, obligado a hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, no lo hacía.

Transcurrieron seis décadas de vigencia del Código penal de 1879, y el 11 de abril de 1936, se promulgó en Cuba el Código de defensa social (CDS), que entró en vigor el 9 de octubre de 1938, el cual regulaba la malversación de caudales pú-

blicos en seis artículos, como parte del Título VIII, "Delitos de los funcionarios públicos y otros análogos".

Se observa en el contenido de estos que el sujeto activo era, en todos los casos, el funcionario público, y aquellas personas encargadas, por cualquier concepto, de fondos, capitales, rentas, bienes o efectos provinciales, municipales o pertenecientes a establecimientos de instrucción, recreo o beneficencia, lo que difiere sustancialmente de lo regulado en la ley anterior.

En lo que respecta a la conducta, estaba delimitada por los verbos rectores *sustraer* o *consentir* y ello implica dos formas de cometer el delito (acción y omisión), lo que también constituye semejanza con el Código penal de 1879. El CDS contemplaba la malversación por culpa tal como lo hacía el derogado Código, a lo que se sumaba el uso indebido de bienes en beneficio propio o de un tercero para su posterior reintegro. (La objetividad jurídica de este delito en el CDS era la pérdida de confianza en los funcionarios que tenían la obligación de cuidar bienes, caudales o efectos públicos).

Según este cuerpo legal, el grado de consumación de la malversación se producía en el mismo momento de la sustracción de los caudales públicos, al igual que en la anterior ley. Lo mismo ocurría con el resultado, que es de daño.

En conclusión, en ambos códigos, hay coincidencia en la parte normativa; la única diferencia que se observa, en los marcos penales que se prevén en cada caso, está

dada por la rigurosidad con que el segundo castigó este delito.

Con posterioridad al triunfo del primero de enero de 1959, en Cuba, se adoptó un conjunto de medidas que implicaban serias transformaciones en todos los aspectos. Así fue que, entre otras, se dictó la Ley No. 732, de 17 de febrero de 1960, mediante la cual el Gobierno Revolucionario aumentó, en gran proporción, las sanciones aplicables al delito de malversación, el que calificó, en su primer artículo, como delito contrarrevolucionario y fijó como sanciones la de privación de libertad de 10 a 30 años, hasta la pena de muerte, al funcionario público que tuviera a su cargo caudales o efectos públicos y se apropiara de ellos o permitiera que otro se apropiara, dándole un uso distinto al que estaban destinados.

Al precisar esta conducta del funcionario público, la ley introdujo una modificación muy significativa, en cuanto al verbo rector, toda vez que el empleado, hasta entonces, había sido *sustraer* y este implica el hecho de tomar una cosa ajena que no se tiene al alcance, que no se posee; sin embargo, *se apropiar* quien tiene los bienes a su disposición y los hace suyos.

Con el devenir histórico del proceso revolucionario, y la disparidad de criterios entre los diferentes tribunales, fue necesario introducir otras modificaciones a la regulación del delito de malversación. En consecuencia, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante la Instrucción No. 55, de 19

de noviembre de 1975, estableció que el sujeto activo de este delito es la persona que, entre las actividades concernientes al cargo que desempeña, está la recaudación, administración, custodia, uso, depósito o disposición de caudales o efectos pertenecientes a organismos del Estado o a instituciones creadas por este y a sus empresas o unidades de producción o de servicios en sus distintos niveles. Además, el 15 de febrero de 1979, se dictó la Ley No. 21, que incluyó la malversación en el título denominado "Delitos contra los derechos patrimoniales", a diferencia del CDS que, como dije, lo regulaba en "Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos".

En cuanto al tratamiento del delito, se aprecian una serie de modificaciones que facilitaban el proceder de los órganos jurisdiccionales contra tan denigrantes conductas.

Estimó que no era necesaria la permanencia de sanciones tan severas y simplificó en un solo artículo las diversas modalidades de malversación. Estableció una escala de sanciones, teniendo en cuenta la cuantía de lo apropiado y, así, se atemperaban las sanciones al mayor o menor perjuicio ocasionado.

Para la Ley No. 21, el sujeto activo del delito era toda persona que tuviera bajo su administración, cuidado o disponibilidad, los bienes del Estado; pues el sujeto activo no se restringía, como en los anteriores códigos, al *funcionario público*, lo cual daba margen a que quedase

impune la conducta de una persona que no reuniera tal condición legal.

Se mantuvo la figura básica como una conducta dolosa; pero, también, recogió en uno de sus artículos, la malversación por negligencia o descuido, es decir, culposa, donde el sujeto activo no era el que se apropiaba directamente de los bienes bajo su cuidado y protección, sino el que, por su actuar negligente, por incumplir con sus obligaciones o tal vez por impericia, posibilitaba que otra persona se apropiara de estos. Por ello, algunos afirman que, generalmente, esta modalidad de delito se comete por omisión, al dejarse de hacer, que está dentro de las normas que garantiza el cuidado y conservación de los bienes.

Para esta ley, igual que los anteriores cuerpos legales, el resultado del actuar antijurídico del sujeto activo del delito siempre es de daño y el hecho se consuma con cada acto ejecutado por el agente, con el fin de lograr el resultado querido asentido.

REGULACIÓN ACTUAL DEL DELITO DE MALVERSACIÓN

El Estado cubano, en su lucha por encontrar y desarrollar vías distintas para prevenir y enfrentar violaciones de la ley, y crear una cultura de respeto hacia ella, dictó la Ley No. 62, que entró en vigor el 20 de abril de 1988, con la introducción de cambios sustanciales al delito que me ocupa.

En la Ley No. 62, el contenido del delito de malversación abarca

solo dos artículos, en los que se aprecia que el agente comisario del delito no varía con relación a la Ley No. 21, pero sí en cuanto a lo que se establecía en el CDS y en el Código penal de 1879, donde el sujeto activo solo podía ser el funcionario público. Para la 62, igual que para la derogada 21, ya no tiene trascendencia la determinación del concepto de funcionario público, aunque el delito siga caracterizado por tener autores cualificados: *solo quienes realizan funciones especiales como el cuidado, la administración o disponibilidad de bienes*, pueden ser sujetos activos del delito de malversación y, en tal sentido, para una mejor comprensión, vale precisar el significado de estos términos, pues son los que le dan al sujeto activo la cualidad de determinado.

Administrar: Acción de dirigir, gobernar y regir los bienes encaminados a la satisfacción de necesidades sociales.

Cuidar: Vigilar, atender, observar e interesarse por los referidos bienes.

Disponibilidad: Acción de poseer los bienes, de tenerlos físicamente o al alcance en cualquier momento.

La objetividad jurídica de la delimitación de este delito es proteger los derechos patrimoniales y así está regulado en nuestro Código penal; pero, como afecta al patrimonio estatal, al privarlo de estos bienes, ocasiona un perjuicio al orden económico. Por eso, mi criterio es que el delito de malversación está dentro de la amplia gama de los delitos económicos.

Para la ley actual, ya no es propiamente un problema de pruebas

conocer si el acusado es funcionario público, o no, basta para tipificar el delito que el agente, por razón del cargo que desempeña, tenga la administración, cuidado o disponibilidad de bienes de propiedad socialista, estatal o cooperativa o de dependencias de organizaciones políticas, de masas o sociales, o bienes de propiedad personal al cuidado de una entidad económica estatal. Cabe destacar la diferente y superior redacción de la Ley No. 62, respecto a la 21, que protegía solo los bienes de propiedad socialista, estatal o cooperativa o de instituciones sociales o de masas.

La regulación del delito en estudio, en esta ley, no difiere de las anteriores, en cuanto a la permanencia del dolo como elemento subjetivo, pues, desde 1879 hasta la actualidad, se ha contemplado la intención del agente de realizar la acción u omisión cuyo resultado ilícito previsto como seguro, probable o posible, es querido, o al menos, asentido. En lo que sí se diferencia la Ley No. 62 de las restantes es en la exclusión de la imprudencia como elemento subjetivo de este delito. Al suprimir el artículo en que las anteriores normativas regulaban la malversación imprudente, se sitúa ahora esta conducta entre los delitos que atentan contra la economía nacional, la cual está tutelada por la 62, como incumplimiento en el deber de preservar bienes en unidades económicas estatales que, con redacción más amplia y mejor elaborada, comprende, en sentido general, este tipo de infracciones.

La Ley No. 62 tipifica el delito de malversación. El Artículo 336.1.2 establece la figura básica y otras dos figuras, una agravada y otra atenuada, con diferente régimen de sanción, lo que ofrece soluciones adecuadas a situaciones insalvables que se presentaban en el CDS, y no se trata de que a este le resultara indiferente el monto de lo apropiado por el agente, sino que tal dato era útil solo para adecuar la sanción y para fijar la responsabilidad civil, mientras tanto, hoy, bajo el imperio de la Ley No. 62, además de la trascendencia de la cuantía, en cuanto a los aspectos mencionados, adquiere una sustancial importancia el cambio en la calificación de los hechos que ello implica, es decir, la cuantía determina la calificación del ilícito penal, bien sea de la figura básica, bien de la agravada o atenuada.

Igual que la Ley No. 21, el actual código no precisa las cuantías apropiadas que determinan una calificación u otra, pero el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular se pronunció al respecto en la Instrucción No. 165 de 2001, estableciendo la cuantía específica a tener en cuenta para cada una de las modalidades del delito de malversación

En relación con la participación en este delito, se estima que son autores todas aquellas personas que, por razón de su cargo, tienen la custodia, uso, administración o la dispo-

nibilidad de determinados bienes, y pueden tener una participación accesorio, como cómplices, aquellos que realicen todas o algunas de las acciones previstas en el Artículo 18, apartados 1 y 3, del Código penal.

El Decreto Ley No. 175 adecuó el contenido del delito de malversación, previsto en el Artículo 336 del Código penal, a nuevas condiciones sociales y económicas, surgidas durante el período de vigencia de la Ley No. 62. Modificaciones muy novedosas fueron, indudablemente, la inclusión de los apartados 5 y 6, que suponen cambios reales en la naturaleza histórica de este delito.

El apartado 5.º modifica el concepto de sujeto activo de la Ley No. 62, y da protección a bienes no contenidos en la ley anterior, ya que reprime los delitos a que se refiere el Artículo 336 del Código penal: cuando se cometen por un funcionario o empleado de una entidad privada, en perjuicio de la propia entidad, se exige como requisito de procedibilidad la denuncia del perjudicado o del representante legal de la entidad.

El apartado 6.º también enriquece el contenido de la Ley No. 62, al posibilitar la adecuación de una sanción rebajada hasta en dos tercios en los límites mínimos del marco sancionador, en el caso de que el culpable reintegre o facilite, con su gestión, la reintegración de los bienes apropiados antes del juicio oral.

BIBLIOGRAFÍA

Caiden, Gerald: "La democracia y la corrupción", en *Reforma y Democracia*, no. 8, mayo de 1997.

Colectivo de autores: *Derecho penal especial*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal I*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

_____: *Manual de Derecho penal II*, Editorial Félix Varela. La Habana, 2002.

Legislación

Código de defensa social, Editorial Federico Engels, La Habana, 1973.

Código de ética de los cuadros del Estado cubano, La Habana, 1996.

Decreto Ley No. 175 de 1997, de 17 de junio de 1997, modificativo del Código penal.

Ley No. 21, de 15 de febrero de 1979, Ministerio de Justicia, La Habana.

Ministerio de Auditoría y Control: *Reflexiones sobre la corrupción administrativa*.

REFERENCIA A LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Dra. Zarecka Martínez Remigio
Prof. de Criminalística y Derecho procesal penal,
Universidad de La Habana

ESTÁ demostrado por diversos autores¹ que los estudios en torno a la prueba en el proceso penal, de forma sistematizada, aparecen después de la segunda mitad del siglo XVIII y que, desde comienzos del siglo XX hasta la actualidad, siguen gobernando los principios fundamentales que estructuraron la reforma del sistema inquisitivo y su sustitución por un sistema mixto de enjuiciar, a saber: la institucionalización de los principios de producción de pruebas en el juicio oral y la libre apreciación de estas. A partir de la segunda mitad del siglo XX, estos principios se consideraron diferentes, haciendo del juicio oral público y contradictorio la base central del proceso.

El surgimiento de nuevas formas de criminalidad, tales como el terrorismo, el narcotráfico, o la delincuencia organizada,² y el incremento de las ya existentes, han generado una tendencia político-criminal que entroniza la defensa del Estado de Derecho³ y la aparición de ciertos criterios doctrinales que la fundamentan,⁴ lo que ha producido, a su vez, una pérdida de las garantías procedimentales que debe revestir todo proceso penal. Ello ha tenido resonancia, en particular, en las posturas doctrinales sobre la prueba, en lo que concierne a la búsqueda y establecimiento de la verdad judicial, conformada por concepciones subjetivistas u objetivistas.

Muñoz Sabaté, por ejemplo, afirma que "la primera labor de la prueba en sentido amplio, es la búsqueda y hallazgo de la materia física impregnada

1 Muñoz Sabaté: *Técnica probatoria*; Ortells Ramos et al.: *Derecho jurisdiccional III*; Montero Aroca: *El Derecho procesal en el siglo XX*, y *La prueba*; Asencio Mellado: *Derecho procesal penal*; Beccaria de Cesare: *De los delitos y de las penas*; Bentham: *Tratado de las pruebas judiciales*; Carnelutti: *La prueba civil*; Climent Duran: *La prueba penal*; Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*; Arranz Castillero: "Cuestiones teóricas generales sobre la prueba en el proceso penal cubano"; Vegas Torres: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*; Cafferata Nores: *La prueba en el proceso penal*; Maier: *Derecho procesal penal*; Miranda Estrampes: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*.

2 De la Cruz Ochoa: "Crimen Organizado. Tráfico de drogas y lavado de dinero", pp. 1-2.

3 Implementada en Alemania, España, Francia e Italia, entre otros.

4 Vid. Mir Puig: *Por una dogmática penal creadora*, pp. 18-25; Montero Aroca: *El Derecho Procesal...*, pp. 128-142; Ferrajoli: *Teoría del garantismo penal*, pp. 373-385; Maier: *Op. cit.*, pp. 454-460.

por el hecho histórico, o sea, materia física convertida ella misma en hecho judicial. Teóricamente sería imposible negar su existencia” y añade que “el único problema que presenta la prueba es que existen en el mundo cosas y fenómenos que, por desconocidos todavía no podemos aprovechar, pero no existen cosas o fenómenos, incognoscibles, es decir, imposibles de conocer”,⁵ al referirse a que no puede existir un pensamiento absoluto sobre lo cognoscible y lo incognoscible. Ellero señala: “Quién hubiera dicho hace un siglo que se podría pintar por la luz, o sea retratar, y que en breves instantes comunicaría su pensamiento de un hemisferio a otro, oiría como única contestación que todo eso era imposible”.⁶

La práctica probatoria⁷ ha transitado por diferentes sistemas de enjuiciar, en la búsqueda de la verdad, con la progresiva tendencia a la objetivación, garantismo y apreciación de la prueba, lo cual sigue siendo, desde hace algún tiempo hasta hoy, un aspecto aún no zanjado en la administración de justicia.⁸

En Grecia, por ejemplo, la acusación pertenecía a todos los ciudadanos, siendo una consecuencia del principio de soberanía popular.

Por otro lado, en el Derecho germánico, se conocieron dos tipos

de procesos: el primero –para casos de ofensa pública– en el que el culpable podía ser muerto por cualquiera; y el segundo –en delitos privados– que podía dar lugar a la enemistad entre las familias. En el sistema jurídico germánico, tuvieron especial importancia las ordalías, que se basaban en la ignorancia de las relaciones causa y efecto, en los fenómenos de la naturaleza y en la superstición de que todo dependía de la voluntad de Dios.⁹

También en Roma existieron dos formas fundamentales de procedi-

5 Muñoz Sabaté: “Fundamentos de prueba judicial civil”, p. 34.

6 Ellero: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, p. 102.

7 La prueba ha constituido siempre uno de los puntos esenciales en el campo de la justicia y como tal ha sido considerada y estudiada por innumerables autores. He consultado, principalmente, las siguientes obras: Dellepiane: *Nueva teoría de la prueba*; Gascón Inchausti: “«El control de la fiabilidad probatoria», «prueba sobre la prueba» en el proceso penal”; Colectivo de autores: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*; Döhring: *La prueba, su práctica y apreciación*; Ellero: *Op. cit.*; Hedeman: *Las presunciones en el Derecho*; López Moreno: *Los indicios*; Mittermaier: *Tratado de la prueba en materia criminal*; Pastor Alcoy: *Prueba indiciaria y presunción de Inocencia*, y *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*; Serra Domínguez: *Estudios de Derecho procesal*; Stein: *El conocimiento privado del juez*; Kiraly: *Procedimiento criminal, verdad y probabilidad*; Viada López-Puigcerver: *Lecciones de Derecho procesal penal para jueces*, t. 2.

8 Arranz Castellero: “Cuestiones teóricas...”, pp. 24-25. Advierte un giro pendular de las concepciones puramente subjetivistas en lo que concierne a la búsqueda de la verdad judicial.

9 Montero Aroca: *La Prueba...*, pp. 54-55. Comenta que “en las ordalías de la cruz, del fuego, del duelo, de la suerte y tantas otras, independientemente de la crueldad que pudieran significar todos estos medios para establecer la verdad de los hechos, lo más destacable de los mismos es la irracionalidad en la que descansan, que es propia de las sociedades más

miento. La primera, el juicio arbitral, en el que cada persona exponía sus intereses ante un tribunal que decidía, pero no existía el concepto de parte, en sentido estricto. La segunda, surgida durante la República, donde el procedimiento penal público se transformó de juicio arbitral a juicio penal público, pues la acusación quedaba confiada a todos los ciudadanos y el acusador debía, además, reunir las pruebas necesarias para poder acusar.

En la época del Imperio Romano, se llegó a emplear la tortura para obtener las confesiones de los reos, transformándose el principio de que, si el culpable no era acusado, no podía ser condenado; y que, identificado el reo, debía procederse, aunque no existiera acusación sobre él.

Este período corresponde al sistema de enjuiciar acusatorio, cuyos rasgos más sobresalientes son: a) rígida separación entre el juez y la acusación; b) igualdad entre acusación y defensa; c) la publicidad y la oralidad del juicio; d) la jurisprudencia se ejerce por tribunales populares; e) la acción penal es popular y su ejercicio

es indispensable para la realización del proceso; f) la regla es la libertad del acusado durante la realización del proceso; g) el procedimiento es inmediato y concentrado; h) el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la litis; i) las pruebas deben ser introducidas por las partes, pues el juez carece de poderes autónomos para investigar los hechos; j) en la valoración de la prueba rige el principio de libre apreciación por el juez; y k) existe una sola instancia.

Las leyes romanas exigían que las pruebas fuesen *lucē meridiana clariores* (evidencia tan clara como la luz del día),¹⁰ tenían un elevado contenido técnico y, en el procedimiento criminal, procuraban la búsqueda de la solución justa, se oía a los testigos en público y en presencia del acusado, que podía responderles, interrogarles él mismo u oponerles un abogado. El procesado comparecía a una controversia caracterizada por la oralidad, la publicidad del debate y se admitía el examen de los medios de prueba. Percibían claramente que el derecho no era un conjunto arbitrario de normas, sino la forma de obtener la

arcaicas, sin perjuicio de que el elemento de la fe religiosa haya hecho que alguna de esas ordalías se mantuviera durante largo tiempo, tanto que todavía pueden encontrarse restos en la Edad Media”.

10 Voltaire: “Comentario sobre...”, p. 158. Además, puede consultarse Mir Puig (*Op. cit.*, pp. 13-14), quien, refiriéndose al Derecho elaborado por los juristas romanos, indica que “probó su virtualidad en la dilatada vigencia que consiguió durante la Edad Media y Moderna por obra de la recepción del *Corpus Iuris*. Vino a integrar así parte esencial del Derecho común que apareció como «El Derecho» por excelencia, desplazó a las leyes de la época en las Universidades y ocupó, incluso, un lugar decisivo en la práctica. Los textos en que consistía sirvieron de base a la elaboración de los juristas escolásticos, los cuales operaron no sobre la legislación positiva, sino con la exclusiva ayuda de los argumentos de autoridades”.

11 Fernández Bulté: *Teoría del Estado y del Derecho*, p. 7. Afirma que los romanos podían tener concepciones idealistas sobre el Derecho, pero percibían claramente que no era un conjunto arbitrario de normas, sino que estas constituían un cuerpo cargado de sentido; a saber, alcanzar la justicia frente a la iniquidad, imponer lo legal ante lo ilícito y, con todo ello,

verdad a través del conocimiento.¹¹ Existía, además, una jurisprudencia oracular, en la que los magistrados no tenían que indicar apriorísticamente el valor de los medios de prueba practicados, ni estaban obligados a indicar la *ratio decidendi* de sus decisiones. Estas características corresponden al sistema de la íntima convicción o apreciación en conciencia de la prueba.¹²

En general, se puede afirmar que la Criminalística se aplicó en el procedimiento penal del mundo antiguo, donde rigió el enjuiciamiento acusatorio. Los jueces percibieron los medios de prueba, los fundamentos y alegatos de las partes, valoraron y decidieron según esos elementos, mediante el debate oral, público, continuo y contradictorio.

LA PRUEBA EN EL DERECHO MEDIEVAL

Este período corresponde al sistema de enjuiciar inquisitivo y sus características más generales son las siguientes: a) iniciativa del juez en el ámbito probatorio; b) desigualdad de poder entre la acusación y la defensa; c) carácter secreto de la instrucción; d) la jurisdicción se ejerce por jueces profesionales y per-

manentes; e) no existe libertad de acusación, el juez al mismo tiempo se convierte en acusador, asumiendo las dos funciones; f) los poderes del juez son muy amplios; g) impera la prisión provisional o preventiva; h) el juez investiga de oficio los hechos; i) la tortura está legitimada como método de prueba y se usa comúnmente para obtener la confesión; j) los medios de prueba más utilizados son la confesión y el testimonio; k) el juez está limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba; l) el procedimiento es escrito, mediato y disperso; y m) consta de dos instancias, pero no se exige la motivación de la sentencia, lo cual dificulta el recurso.

El medioevo transitó por tres corrientes de pensamiento: la patrística, la escolástica y el renacimiento, con sus especificidades; el primero, como la expresión de la teología cristiana (siglos I al VIII), encaminado a defender el dogma cristiano contra el paganismo anterior, caracterizado (en sus comienzos) por una abierta oposición entre la filosofía clásica y el misticismo religioso. El segundo, se identifica, principalmente, por las relaciones entre la capacidad de conocimiento humano y la fe, distinguiéndose tres momentos en su desarrollo: la escolástica temprana

hacer mejores a los hombres, no solo por el miedo al castigo que podría arreararlos, sino mediante los premios, y buscando, sobre todo, la verdadera filosofía que, según su más puro origen etimológico griego, quería decir "la verdadera sabiduría". También es interesante consultar a Lizon González, "Presupuestos jurisprudenciales de la ciencia romanística actual", pp. 26-37, donde expone que, solamente combinando el método histórico con el dogmático, y asumiendo la evolución de estas a través de los tiempos, se puede arribar a la verdadera esencia de las instituciones jurídicas y políticas.

12 El sistema de enjuiciar acusatorio puro tiene su origen en Grecia y en el Derecho de la Roma republicana, donde no era necesario la fundamentación racional expresa.

(siglos IX y XII), la alta escolástica (siglo XIII), y la escolástica decadente (siglos XIV y XV).¹³ Por último, el renacimiento (siglos XV y XVI), exponente de la palingenesia que se produjo en esos dos siglos, fundada principalmente en la imitación de la antigüedad, evidencia las contradicciones del sistema feudal y la opresión espiritual de la Iglesia católica, entre otros supuestos.

En el proceso inquisitivo, el interés público es quien motiva la persecución del delito, y el desistimiento de la parte ofendida o agraviada no podría detenerla, pues la prueba tiene otro objeto mucho más elevado, el logro de la corrección religiosa del individuo (lo delictivo se entrelaza con lo divino y pecaminoso). Predominaron los más altos intereses de la justicia¹⁴ (la voluntad del acusado no podía tener influencia), ya que la manifestación de la verdad, objeto final del proceso, no se podía vincular a determinado espacio de tiempo.

En la primera fase del proceso penal (sumario), se podían aplicar al acusado algunas medidas que, en ocasiones, comprometían su libertad y no se podía sancionar sin

la debida justificación de los elementos de convicción que encierra la prueba.¹⁵

La ley no proporcionaba a los acusados ninguna garantía ni protección. Los delitos imputados de esta forma arbitraria se castigaban con penas terribles y, en los delitos contra la religión, eran aun más rigurosas. La tortura se ejercía en la persona del acusado, en toda su familia y en los testigos. La relación del hombre con Dios, el Santo Oficio y la Santa Inquisición tomó terreno en el derecho feudal, por el papel desempeñado por la Iglesia Católica, caracterizado, entre otras consideraciones, por las penas contra los herejes, los suplicios, crueles presunciones, fanatismo e intolerancia religiosa.

No existían, en este período, leyes fijas y determinadas para castigar los delitos y, a menudo, se sancionaba sin que existiera siquiera ley. La lista de crímenes era incierta y la acusación se dejaba en manos del juez, que actuaba de acuerdo con su conciencia. En el derecho feudal, todo era secreto; un solo juez —con el escribano— escuchaba a los testigos, uno después de

13 Sobre el pensamiento jusfilosófico en la patrística y la escolástica del Medioevo, puede consultarse a Fernández Bulté, *Filosofía del Derecho*, pp. 68-78.

14 Entrena Klett (*La equidad y el arte de juzgar*, p. 142) dice que la justicia, además de ser un imperativo categórico ético, tiene, como razón de ser práctica, la seguridad y la paz del ente social en que es aplicada.

15 Viada (*Op. cit.*, p.232). Refiere: “prueba levior, designando como tal aquella, que se refiere a la existencia de elementos probatorios que no adquieren el grado de eficacia completa o plena; de modo que se refieren más bien al concepto de probabilidad”. Así, puede afirmarse que “con la simple posibilidad de la existencia de un delito existe la base para la incoación de un sumario; con la idea de probabilidad existe la base para el procesamiento, y se requiere plena certeza para una condena en contra del imputado”.

otro; si volvían a ser oídos, por segunda vez, también era en secreto; y si, después de esa ratificación, se retractaban de sus deposiciones, o las cambiaban esencialmente, eran castigados como falsos testigos;¹⁶ el proceso judicial (exoficio) era una suma aritmética de razones de sospechas predeterminadas por la ley y admitidas con carácter de prueba, por lo que era necesario conservarlas por escrito; los medios de demostración estaban reglamentados (la confesión y el testimonio eran los más utilizados), no solo en su uso (para cada delito y juicio), sino en su propia calidad y grado de suficiencia. La tortura, además de ser un

método de prueba, se usaba para obtener la confesión de los acusados. Los recursos contra las sentencias eran frecuentemente autorizados, pero su ejercicio efectivo se veía entorpecido por el hecho de no exigirse la motivación de estas.

Tras el largo período de la Edad Media, durante el cual la cultura y los conocimientos científicos eran exclusivos de algunos eclesiásticos y de escasos laicos, los hombres se interesaban por renovar y transformar el mundo en que vivían.¹⁷

Hacia el siglo xvi, se inició y desarrolló la reforma religiosa, la cual tuvo claras repercusiones en el papel que había desempeñado la

16 Uno de los ejemplos de los procedimientos de la época, lo encontramos en el parlamento de Toulouse, donde se admiten las cuartas y octavas partes de pruebas. Por ejemplo, un *he oído decir*, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *he oído decir*, un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores, que no son, en realidad, más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa. (Voltaire: *Op. cit.*, p. 158). En este sentido, la obra de Montesquieu también refleja, de una manera amplia e interesante, pasión por la libertad, defensa a ultranza de los derechos del hombre, actitud laica en cuestiones de fe, condenación al obscurantismo y despotismo político. (Montesquieu: *El espíritu de las leyes*).

17 Vid. Colomer Hernández: *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, pp. 63-64. Explica que, entre los siglos xi-xiii, los juristas se dedicaban al estudio y enseñanza de los textos justinianeos a sus alumnos porque consideraban al derecho romano la única *ratio iuris* existentes. Esto se realizó a través de la técnica de la glosa. De ahí que, con carácter general en toda Europa, las decisiones judiciales no eran motivadas, pues bastaba con la indicación del brocardo para entenderlas justificadas. Sin embargo, en España, al margen de la praxis europea de aquel período, existían varias normas, en las que se hacía una defensa implícita de la motivación; se destacan: la Partida III, Título XVIII, Ley No. 110, y el Título XXI, Ley No. 1, en la que se establecía la obligación de motivar, cuando señalaban que "*deuen dezir los juezes que judgaren la alcada porque fallamos en tal razón*". Esta disposición, según Ortells Ramos ("Origen del deber de motivar las sentencias", p. 901), no impone realmente una obligación de motivar porque no se refiere a la manifestación exterior del iter formativo o de sus pasos más importantes. En el siglo xiii, el estilo jurídico de los glosadores fue sustituido por el estilo comentario, sin que tal cambio tuviese repercusión sobre la exigibilidad de justificar las decisiones judiciales. Durante los siglos xii-xvi, era práctica muy difundida el denominado *consilium sapientes iudiciale*, que ha permitido a la doctrina deducir que la sentencia también debía ser motivada en los casos en que se dictaba de acuerdo con esa práctica. Un fenómeno muy difundido en la Europa de los siglos xiii-xviii, esencialmente en Italia, era el conocido como *exprimere causam in sententia*.

Iglesia en la sociedad y a nivel del Estado. Ello se constató en un proceso de secularización de la maquinaria del poder, que trascendió al tratamiento del delito, el proceso y la pena.

Las ideas protestantes atenuaron la severidad de la sanción, dado que la relación del hombre con Dios se transformó en una visión renacentista y burguesa que va a cambiar el paradigma del hombre; la reforma religiosa vinculada al tema del humanismo abogó por un ser más independiente, reflexivo y profundo, que ahora tiene una nueva visión de cómo debe pagar su deuda con la sociedad, si comete un delito.¹⁸

El Derecho canónico, aunque precedió la forma del acusatorio, se distinguió, fundamentalmente, por la implantación del sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo, que responde a la concepción absoluta del poder central. Los jueces actuaban por delegación del titular del poder; sin embargo, este fue limitado por la prueba apriorística, que se basaba

en reglas predeterminadas del valor probatorio de todos y cada uno de los medios de prueba. Era tasado el resultado al que podía llegar el juez, al practicar las pruebas, y se disponía que el proceso fuera exclusivamente escrito, de modo que la sentencia no podía basarse en la inmediación, es decir, en lo visto y oído directamente por el juez, sino en el formalismo de las actuaciones.

En síntesis, en el Derecho medieval, lo importante era la noción de indicio en su primera acepción, como equivalente a sospecha; consistía en la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad, es decir, el juicio que, con ciertas probabilidades de acierto, uno se forma de las cosas o acaecimientos por las señales que se ven u observan. La presencia de estos, normalmente preceptuados en las leyes, permitía adoptar determinadas medidas, tales como la tortura o la cárcel. En los procesos de la época, el indicio sirvió solo para

18 Janáček (*La Reforma*; enciclopedia popular, pp. 33-35). La Reforma es un movimiento de carácter europeo, antieclesiástico, con importantes consecuencias sociales. Su programa se desarrolla con el tiempo y no alcanzó el mismo nivel en todas las regiones. Por su orientación contra la Iglesia medieval, este programa es también antifeudal. Su importancia histórica es múltiple. Hizo más rápida la desorganización de la Iglesia en la Edad Media; dio impulso a la liquidación de los bienes y así, también, del poder económico de aquella en la mayor parte de Europa; perturbó gravemente su dominio ideológico y paralizó el apoyo que la doctrina católica prestaba al régimen social feudal. Al rechazar la idea de la inmovilidad (eternidad) de la sociedad feudal, la Reforma impulsó la creación de las iglesias nacionales, ayudó a la consolidación de los estados nacionales y despertó o adelantó las luchas políticas, en virtud de las cuales la situación económica y política de Europa sufrió grandes transformaciones. En todos los países, la importancia de la Reforma, como proceso histórico, fue profunda y múltiple. Su desarrollo, y la importancia de sus impulsos, también tenían sus límites: se detuvo en su base religiosa y nunca pudo crear condiciones para las transformaciones sociales y económicas. Por el contrario, tuvo que adaptarse a ellas y, no bien surgió en Europa una nueva situación social y política, la Reforma perdió su eficacia.

someter a tortura y confesión (única forma de lograr la certeza absoluta en el proceso penal) para obtener sentencia condenatoria.

El procedimiento inquisitivo triunfó sobre el Derecho germano, y la organización señorial (feudal) de la administración de justicia, se extendió por toda Europa continental, desde el siglo XIII hasta el XVIII, perdurando hasta nuestros días la averiguación de la verdad histórica y la persecución penal pública de los delitos.

En este sistema de enjuiciar, la confesión fue considerada *reina de las pruebas*, los jueces no podían poner el conocimiento y la experiencia de la vida en función de la averiguación de la verdad, hubo ausencia de controversia, igualdad entre las partes, oralidad y publicidad, las máximas de la experiencia no se aplicaban para la subsunción del hecho y la ciencia era considerada como definitiva.

LA PRUEBA, DURANTE LA ILUSTRACIÓN Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Durante la segunda mitad del siglo XVIII, se acentuó la lucha contra los procedimientos inquisitoriales y por la abolición de la tortura corporal, iniciándose los estudios sistemáticos sobre las cuestiones del conocimiento y la verdad en el De-

recho procesal penal. Sus máximos exponentes fueron: Voltaire –reconoció la existencia independiente de las cosas, con respecto a la conciencia humana, el papel de la percepción en la formación de los conceptos y la importancia de la experiencia, y diferenció entre la probabilidad subjetiva y la verdad objetiva–, Beccaria –consideró, como una cuestión fundamental, la interpretación de la ley procesal; criticó el valor de la evidencia determinada por la ley y la confesión del acusado obtenida por tortura; planteó que la ley no podía decidir sobre la verdad, sino el juez, quien, mediante la prueba, debía llegar a la certeza y a la certidumbre moral, una certeza verificada por una larga experiencia humana–, y Filangieri –desarrolló el concepto y la importancia de la convicción interior del juez, e hizo un intento por definir la relación entre la verdad y la certidumbre moral.¹⁹

La reforma de la justicia criminal se convirtió en materia de discusión, y la sensibilidad de la época hacia la dureza de aquella se manifestó, muy especialmente, en la proliferación de ciertos escritos, cuya finalidad era rehabilitar inocentes injustamente condenados.

Una de las principales cuestiones de transformación en el Derecho, y de interés de la sociedad, fue crear un procedimiento criminal que tratara los problemas de la verdad y la búsqueda de la justicia social,

19 Se sigue a Király (*Op. cit.*, pp. 5-16). En las obras escritas por estos prestigiosos filósofos (Voltaire, Beccaria y Filangieri), iniciadores del movimiento que revolucionó el pensamiento en la disciplina del Derecho Procesal penal, se constatan las ideas expuestas.

triunfando finalmente la idea de la certidumbre moral, es decir, la convicción interna del juez como elemento esencial para establecer la verdad en los procesos criminales. Se deja atrás el criterio de verdad, definido por la ley de antemano (mayor criterio tasado de la prueba).

En la época de la Ilustración, la razón natural estuvo destinada a iluminar el pensamiento e indicó la forma de alejarse de la superstición, la ignorancia y el fanatismo religiosos e iniciar una nueva fase de desarrollo.²⁰ Lo adecuado para establecer la verdad era la evidencia que excluyese toda duda y ofreciera completa certeza.

En Francia, tuvo lugar una rápida consolidación política y, consiguientemente, legislativa de las ideas liberales; ello permitió el paso (desde finales del siglo XVIII) de una concepción metódico-iusnaturalista a las ideas iusracionalistas, lo que posibilitó una estrecha vinculación al Derecho vigente. Próximo al derrocamiento de la monarquía (1788), la legislación reconoció algunos cambios,²¹ derogando o limitando el poder del rey en los asuntos penales.

Así se gestó la Revolución Francesa, que representó el triunfo político del Iluminismo²² y la abolición de la monarquía absoluta en ese país. Con ella, se puso fin a los privilegios

de la aristocracia y el clero; los derechos feudales, la servidumbre y los diezmos fueron eliminados. El procedimiento judicial estableció la existencia de un tribunal de jueces y un jurado en las causas penales, fueron previstas disposiciones para la celebración de juicios justos regidos por la igualdad ante la ley, la asistencia letrada, el derecho de *habeas corpus* y el respeto a la presunción de inocencia.

DESPUÉS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Con posterioridad, la Asamblea Constituyente aprobó la ley de septiembre 1791, primera ley procesal penal de la Revolución Francesa, que derogó totalmente la Ordenanza de 1670 y organizó un nuevo sistema de enjuiciamiento penal, cuyo mérito principal fue la derrota de la Inquisición en Europa continental.

La experiencia acusatoria se extendió en el continente europeo, durante los años de la Revolución Francesa, y fue un motor ideológico en las colonias españolas en América Latina, que se independizarían durante el siguiente siglo.

Con la promulgación del Código de instrucción criminal francés, que estableció las normas de pro-

20 Hasta finales del siglo XVIII, el sistema de la pruebas legales reinó como soberano en la legislación de todos los países y es parte interesante en la evolución del Derecho procesal penal.

21 La abolición de la tortura para obtener la confesión o descubrir a los cómplices. Se estableció una mayoría de tres votos para poder imponer la pena de muerte. Se limitaron los poderes del juez de instrucción. También se obligó a motivar las sentencias, entre otras restricciones efectuadas a la Ordenanza francesa de 1670.

22 Escuela de la Exégesis que presidió el pensamiento jurídico francés durante el siglo XIX.

cedimiento penal (entraron en vigor en 1811),²³ se dio origen al sistema mixto de enjuiciar,²⁴ cuyas notas principales son dos fases bien delimitadas. La primera, instructiva o de investigación, caracterizada por la persecución penal pública, averiguación objetiva de la verdad histórica e instrucción preparatoria; en ella, priman, esencialmente, los principios de carácter inquisitivo relacionados con oficialidad, secretividad y escritura de las actuaciones. La segunda, de juicio oral, con todos los rasgos formales del sistema acusatorio: publicidad, oralidad de los actos de debate; presencia ininterrumpida en él del acusado y su defensor, del acusador y el acusado, plena libertad de defensa, correlación entre el objeto de la acusación, el debate, y la sentencia, rechazo del sistema de prueba legal en la valoración de los medios de prueba incorporados al debate, producción de la prueba mediante los medios legalmente apreciados en el juicio oral, valoración libre de la prueba, eliminación de la doble instancia y admisión de la revisión de las cuestiones jurídicas, mediante el recurso de casación.

La codificación francesa tuvo una gran repercusión en Europa,

al presidir la labor legislativa de la época y la actual, pues influyó en la separación entre Derecho material y Derecho procesal, en cuerpos legislativos diferentes, además de propiciar la transformación de todas las legislaciones nacionales de Europa continental, y sus colonias. Ello se produce a partir de la unidad nacional, como es el caso de Alemania en 1877, con la Ordenanza procesal penal, y España en 1882, con la Ley de enjuiciamiento criminal, que se extendió a Cuba y comenzó a regir en 1889. Casi un siglo después, el sistema mixto de enjuiciar llegó hasta el nuevo continente, desarrollándose en los países latinoamericanos.

Los cambios más generales del sistema mixto de enjuiciar se pueden sintetizar en lo siguiente: a) quedó prohibida la autotutela (los ciudadanos no podían tomar la justicia por su propia mano); b) la exclusividad de los órganos jurisdiccionales para la aplicación del Derecho por el Estado, los demás órganos (legislativo y ejecutivo) no pueden declarar la existencia de delitos ni imponer penas; y c) la decisión política de que el Derecho penal se aplica en el caso concreto y solo por medio del proceso, único instrumento para

23 Sobre las leyes procesales penales de la Revolución francesa, puede consultarse a Maier (*Op. cit.*, pp. 340-351).

24 Ferrajoli (*Op. cit.*, p. 566). Afirma que el código termodoriano de 1795 y, después, el napoleónico de 1808, dieron vida a aquel "monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo", que fue el llamado "proceso mixto", predominantemente inquisitivo, en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad en ella; tendencialmente acusatorio, en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral, y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera.

garantizar la legalidad del resultado final, de la sentencia y para asegurar los derechos del acusado.²⁵

También, el legislador reformista del siglo XIX fortaleció el ministerio público con el principio de heterotutela, que le concede el monopolio del ejercicio de la acción penal pública y persiguió, entre otros objetivos, la realización de la forma separada de las funciones de acusación y enjuiciamiento por parte de la fiscalía y de los tribunales, la investigación y dirección de guardián de la ley con respecto a la actuación estatal, el control jurídico-estatal de las investigaciones policiales por el ministerio público, ejercer la acción pública (principio de acusación) y la obligación de intervenir en cualquier hecho penal perseguible, siempre y cuando hubiese indicios suficientes (principio de legalidad).

Asimismo, la exclusión de los derechos subjetivos penales a favor de los ciudadanos convirtió al Estado en el único titular del *ius puniendi*, con lo que el “derecho de penar” fue, al mismo tiempo, el deber de penar.

Unido a la concepción garantista de la legalidad de las pruebas, se presumió la inocencia del acusado, hasta tanto una sentencia firme de condena no lo considerara culpable. Se reconoció la dignidad del imputado como persona humana y sujeto de derechos, durante el procedimiento, con facultad de defenderse desde el inicio de la instrucción y, como recurso único y típico aceptado, la casación. El sistema mixto representó el resultado político final, en la materia, emergente de la reforma del sistema inquisitivo en Europa continental durante el siglo XIX.²⁶

En torno a la prueba, se impuso la obligatoriedad en la búsqueda de la verdad objetiva, que fue una meta propuesta por el iluminismo en una época de crisis de la Inquisición y del redescubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria (heredada del ordenamiento inglés y del antiguo proceso romano). La crítica y la superación de las pruebas legales, que representó una conquista del pensamiento ilustrado y de la Revolución francesa,²⁷ pro-

25 Maier, J.B.J.: *Derecho Procesal Penal*, pp. 359-367.

26 Por otra parte, a partir del siglo XVI, en el derecho inglés, se fue perfilando un rígido sistema de reglas de exclusión, mientras se iban fijando los principios de un sistema procesal basado en la contradicción. El derecho probatorio (*law of evidence*), concebido como un sistema de normas de exclusión, es el resultado de un ordenamiento jurídico particular ligado a la distinción entre jurados y jueces, y muchas de sus reglas están en conexión con la institución del jurado, que aparece en el siglo XIII, y se abandona el procedimiento basado en los juicios de Dios. Recientemente, se ha llegado a la conclusión de que el edificio de la *law of evidence* fue construido en los siglos XVII y XVIII, en conexión con la idea de la verdad probable, contrapuesta al conocimiento cierto, propio de la matemática y las ciencias naturales. Al respecto, *vid.* Silva Melero, “La prueba procesal”, p. 20.

27 Ferrajoli (*Op. cit.*, pp. 136-137): “El decreto de la Asamblea constituyente de 8-9 de octubre de 1789 reformó radicalmente los principios del procedimiento inquisitivo codificados por la Ordonnance criminelle de 1670, imponiendo la publicidad y la defensa del imputado en todos los grados del juicio. Y dos años después el decreto de 16-19 de septiembre de 1791 suprimió por completo el viejo sistema al introducir desde la fase sumarial el rito acusatorio,

movió, en lo concerniente a la investigación de la prueba en el proceso penal, los principios de producción y el de libre apreciación de la prueba o íntima convicción en el juicio oral,²⁸ expresados en: a) concepción epistemológica del carácter probable de la verdad empírica; b) separación lógica entre los datos probatorios de los hechos probados que son aceptados argumentadamente con preferencias sobre otras; c) apreciación de los hechos en forma crítica, partiendo de los rastros y huellas dejadas por el delito y por su autor; d) valoración de la relación causa-efecto, o a la inversa, para desentrañar la realidad que no puede ser trasladada al proceso, directamente, en forma representativa; e) contraposición entre razones opuestas; f) discusión e investigación de las argumentaciones en conflicto; y g) se atribuyó gran importancia al principio de legalidad de los medios de pruebas (personales y reales).

En Alemania, por ejemplo, faltó la pronta cristalización política y,

consiguientemente legislativa, del Estado liberal, que en Francia tuvo lugar gracias a la Revolución de 1789, pues en la legislación penal todavía estaba presente el espíritu del régimen feudal. Por tanto, la ciencia mantuvo su atención en el Derecho natural racional, el único que reflejaba las aspiraciones de la época, lo que elevó al nivel ideal-racional la obtención de un Derecho penal ajustado a las convicciones de una nueva era.²⁹

La doctrina alemana pudo plantearse las bases científicas para elaborar su propio código, desde la raíz de los problemas teóricos y de fondo, sobre la base de que el proceso es una relación jurídica que afecta a las partes, haciendo surgir derechos, modificándolos y extinguiéndolos. Ello propició que, en ese país, se promulgara el primer código penal liberal,³⁰ que sirvió de punto de partida al desarrollo jurídico penal³¹ en el período del Estado liberal de Derecho, que prohibió los

al instituir el jurado popular, al abolir todo tipo de secreto, al vincular el proceso a la oralidad y la inmediación y, en fin, al suprimir las pruebas legales y consagrar el principio de la libre convicción del juez”.

28 En todos los países que siguen el modelo de justicia del *común law*, por la influencia del sistema acusatorio puro inglés, y en los que adoptan el *civil law*, a través de la repercusión del Código de instrucción criminal francés de 1808.

29 Para una mayor profundización sobre el tema, consultar: “El pensamiento jusfilosófico del siglo XIX (La filosofía clásica alemana y el romanticismo jurídico)”, de Fernández Bulté (*Op. cit.*, pp. 122-148). En cuanto a este tópico, se puede consultar a Janáček (*Op. cit.*, pp. 37-55), cuando expone: Martín Lutero y el nacimiento de la Reforma en Alemania y las condiciones favorables al nacimiento del movimiento reformador en Alemania.

30 Código Bávaro, de 26 de mayo de 1813, obra de Feuerbach, en la que desarrolló una concepción de la pena basada en la prevención general en forma de intimidación psicológica.

31 El desarrollo del pensamiento social, político y jurídico alcanzado en el siglo XIX florece en las ciencias jurídicas, mediante sus representantes más destacados: Christian Thomasius y Johann-Anselm von Feuerbach. Este último fue el encargado de difundir el programa penal del Iluminismo y de incorporar en la literatura jurídica los sistemas de enjuiciamiento inglés y francés, ya reformado. Se desarrolla el romanticismo como movimiento cultural

tribunales de excepción; condicionó la actuación de la jurisdicción; mantuvo el sistema de persecución penal pública; estableció el ministerio público. Nótese que también se protege al imputado exigiendo la orden judicial para su detención y encarcelamiento preventivo; la introducción de la publicidad y la oralidad del procedimiento principal o juicio oral.³²

El Derecho común alemán rechazó totalmente el tormento, la figura del juez inquisidor fue desterrada y ya no bastaba el convencimiento subjetivo del juzgador para que fuera posible la condena. Este convencimiento debía basarse ahora en elementos que pudieran considerarse prueba y que hubiesen sido obtenidos de forma lícita, introducidos o producidos en el proceso de forma respetuosa, con las garantías legales establecidas. La prueba, a partir de este momento, pasa a ser objetivamente incriminatoria y en su

valoración deben respetarse las reglas de la experiencia y de la lógica.

Volvió a imperar en Alemania el principio romano de *la evidencia luce meridiana clariores*, fundamentalmente por: a) marcado carácter acusatorio; b) publicidad y oralidad de los debates, como impedimento para recolectar información y asegurar los indicios del delito; c) imposibilidad judicial para producir prueba *ex officio*; d) mayor confianza a la pericia; e) examen de los medios de prueba, y f) interrogatorios públicos a los testigos, entre otras características.³³

En 1882, España consolidó el nuevo sistema mixto, caracterizado por un regreso a la jurisdicción, jueces populares, no profesionales, la persecución penal pública fue la regla, se reconoció la dignidad del imputado como persona humana y sujeto de derechos durante el procedimiento, con facultad de defenderse; se suprimieron todos los mé-

y, en su seno, la Escuela Histórica, donde el Derecho se entenderá como un producto histórico.

- 32 Además de los principios antes nombrados, se introducen: la inmediación, la concentración en el debate y, parcialmente, la instrucción dirigida por un juez de instrucción; esto se conoce en Alemania como proceso penal alemán reformado, pues constituyó la superación de la Inquisición, aunque conservó sus principios esenciales: la persecución penal pública y la meta inmediata del procedimiento, dirigido a averiguar objetivamente la verdad histórica.
- 33 Según Montero Aroca (*La prueba...*, pp. 58-59), "la ruptura con el sistema de la prueba apriorística se produce históricamente primero en el proceso penal y es obra de los ideólogos de la Revolución Francesa; esa ruptura estuvo íntimamente unida al establecimiento del jurado y acabó convirtiendo la valoración de la prueba en una declaración de voluntad y no de certeza o conocimiento. La íntima convicción se resolvía así en dos postulados: a) La valoración de la prueba no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad, y b) Esa declaración no tiene que ser motivada. Por este camino de la íntima convicción se acaba en la arbitrariedad y en la irresponsabilidad, y lo más grave es que se descubrió inmediatamente que la íntima convicción no tenía porque [por qué] ser exclusiva del jurado y del proceso penal, sino que podía también referirse a los jueces técnicos y al proceso civil".

todos crueles de investigación de la verdad o que afectaban la dignidad de la persona; la exigencia de certeza para arribar a una condena (*indubio pro reo*), es decir, no se impone al imputado la carga de verificar su inocencia, extendiendo a todas sus colonias el sistema de justicia continental europeo, en sustitución del anterior sistema de la prueba tasada.³⁴

LA PRUEBA EN CUBA

En 1889, comenzó a regir en Cuba la Ley de enjuiciamiento criminal española,³⁵ que estuvo vigente, con algunas modificaciones, hasta 1973³⁶ y, en su exposición de motivos, estaban implícitas las declaraciones de libertad y seguridad de la persona humana: “Sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe ver en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y, si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una

de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar a la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia, porque al cabo, el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales”.

Posteriormente, le sucedieron las leyes 1251 de 1973 y 5 de 1977, que solo introdujeron modificaciones muy precisas.³⁷

La verdad, en cuanto a los hechos, existe siempre que la idea que el juez o tribunal se forma respecto a ellos coincida exactamente con la realidad, de ahí la conveniencia de que el órgano jurisdiccional goce de completa libertad para ir a la verdad. Sin embargo, en épocas anteriores, como se refirió antes, bajo el nombre de sistema de las pruebas legales o de la verdad formal, la ley sujetó la prueba a ciertas condiciones que consideró necesarias para determinar la certeza, y los jueces necesariamente admitieron como verdadero, lo que, según la ley, estaba por ella demostrado.

34 Ya en 1882, en la exposición de motivos de la Ley de enjuiciamiento criminal, se advertía una falta de libertad judicial propia del proceso de tipo inquisitivo. *Vid.* Anexo 1 de esta tesis. Sobre las características específicas que se dan en Cuba, inmersa en el centro del movimiento transformador de la época y en la periferia del sistema, se puede consultar Torres Cuevas *et al.*, *La Colonia*, t. 1.

35 En adelante, LECrim.

36 Arranz Castillero: “Vigencia e influencia del Derecho español en el Derecho penal cubano”: “A diferencia de lo que ocurrió en otras naciones latinoamericanas, no supuso deshispanización, sino todo lo contrario, lo hispánico, y dentro de ello el Derecho penal como expresión cultural de una civilización, representó un elemento de continuidad y de contraposición a la dominación norteamericana”.

37 Si comparamos la LECrim con la Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977, se comprueba la similitud entre ambas, hasta en su redacción.

El principio de libre valoración de la prueba por parte del tribunal rigió en Cuba cuando entró en vigor la LECrim y, aunque en el Artículo 741 no se obligaba a mantener en secreto el proceso intelectual por el que el juzgador había alcanzado su convicción sobre el hecho, en la práctica jurídica, la valoración de la prueba permaneció oculta en la conciencia de los jueces y en el secreto de las deliberaciones durante casi un siglo. Ello se evidencia en la selección de fragmentos de sentencias del tribunal de casación analizados por Arranz Castellero,³⁸ donde subraya que este ya era un problema discutido en Cuba durante los años 40 de la pasada centuria (constatado en la obra del catedrático cubano Portuondo de Castro), destacando que, en todo juicio de carácter criminal, el juez fue soberano en la aprecia-

ción de las pruebas practicadas, y no estaba obligado a expresar en la sentencia los motivos que determinaban su convicción, ni a detallar los elementos de prueba valorados para alcanzar su convencimiento.

Este modo de interpretar la valoración de la prueba, Miranda Estrampes lo definió como “dictadura del subjetivismo judicial”, criterio que comparto³⁹ porque la obligación de razonar, por escrito, cual fue la prueba utilizada para la narración de los hechos probados, no solo sirve para explicar a las partes y a la sociedad, en general, que no hubo arbitrariedad al respecto, sino también para que el propio tribunal sentenciador pueda profundizar en las razones que pudieran existir, posibilitando, además, un mejor desarrollo de los recursos procedentes.

38 *Ibíd.*, pp. 195-196. Mediante fragmentos de sentencias, relaciona el pensamiento doctrinal que rigió en la praxis jurídico-penal cubana, en la etapa precedente a la adopción del Acuerdo No. 172 de 1985, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular: a) La apreciación de las pruebas practicadas en todo juicio de carácter criminal está confiada por la ley a la conciencia del tribunal sentenciador: es privativa de este la facultad de apreciar la prueba, en cuya materia es soberano y, consiguientemente, la de declarar probados aquellos hechos que, a su juicio, hayan sido importantes, o estimar que no han sido probados... b) Siendo de la exclusiva competencia del tribunal del juicio la apreciación de la prueba, no hay términos hábiles para imponerle un criterio distinto al que se ha formulado en la vista, ni para exigirle que los amplíe, o que declare probados aquellos hechos respecto a los cuales la sentencia indica que, para su esclarecimiento, no fue suficiente la prueba aportada al juicio, ni para que consigne determinados hechos; c) No es obligación del tribunal, ni siquiera le es permitido, consignar en la sentencia el resultado de los medios de prueba practicados, pues debe limitarse a apreciarlos con arreglo a su conciencia y con sujeción a lo que dispone el Artículo 741 de la ley procesal; por lo cual la omisión de sí, en un documento traído a los autos, se dice cierto particular relacionado con el hecho punible, o no, no es causa de quebrantamiento de forma; d) Siendo soberano el tribunal en la apreciación de la prueba, no tiene que expresar en la sentencia de cuál se sirvió para declarar probado un hecho ni los motivos que determinaran su convicción al respecto ni a detallar o expresar cuáles elementos han servido de base a su convicción; e) La audiencia no está obligada a consignar en las sentencias las manifestaciones de los testigos; f) No es lícito pretender que la audiencia consigne en las sentencias los medios de prueba de que se vale para formar juicio; la contradicción entre un hecho probado y un voto particular no es de las que dan lugar a la casación.

39 Miranda Estrampes: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, pp. 157-158.

Es a partir del Acuerdo No. 172,⁴⁰ de 27 de noviembre de 1985, promulgado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que los jueces tienen que explicar las razones que justifican su convicción, en su aspecto fáctico. De esta forma, se puede apreciar si su resolución se basa en la razón, en la lógica y no en el capricho o la arbitrariedad. Este acuerdo fue de extraordinaria trascendencia en el proceso penal cubano, pues exigió que, expresamente, el tribunal de instancia analizara, ponderara y valorara la prueba practicada.

zando y defendiendo los principios que fortalecen la estructura acusatoria del proceso penal: verdad judicial como idea probable, imparcialidad, lógica del razonamiento probatorio, discusión e investigación de las argumentaciones en conflicto, libre convicción del juez y garantías de la oralidad, publicidad y el contradictorio.

2. La prueba sigue siendo el medio más confiable, comprobable y demostrable para la búsqueda de la verdad, como fin inmediato del proceso penal.

CONCLUSIONES

1. Desde el siglo XIX, el Estado ha expandido su alcance, sus poderes y funciones sucesivamente y los parámetros de la vida de los ciudadanos han estado casi exclusivamente determinados por las acciones o inacciones de los Estados bajo estos temas.⁴¹ En lo fundamental, se sigue polemi-

BIBLIOGRAFÍA

Arranz Castellero, Vicente Julio: "Cuestiones teóricas generales sobre la prueba en el proceso penal cubano" (tesis en opción del grado de Dr. en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2003).

_____: "La prueba en el proceso penal", en Colectivo de autores, *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

40 Dictamen obrante en la Secretaría de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

41 Hobsbawm: *Historia del siglo XX*, t. 1 y 2. Realiza una panorámica sobre el siglo XX y reflexiona sobre algunos de los problemas que deja pendientes el período que acaba de concluir. No son desdeñables los indicios de que el mundo del siglo XXI será mejor. Si el mundo consigue no destruirse, por ejemplo, con una guerra nuclear, las probabilidades de ello son bastante elevadas. Confía en que el futuro nos depare un mundo mejor, más justo y más viable. También afirma que el viejo siglo terminó bien. (Montero Aroca: *El Derecho procesal...*, pp. 101-107): "El Derecho Procesal se ha caracterizado en la mayor parte del siglo XX por: a) el método, que sustituyó a la exégesis y los procesalistas tuvieron que estudiar la ley elaborando sistemas científicos y haciendo teoría del proceso como concepto base (relación jurídica. Estudia sus sujetos, los actos procesales, sus principios configuradores, sus bases: alegaciones, pruebas, conclusiones y efectos); b) la autonomía, pues los procesalistas elaboraron una rama autónoma dentro de la ciencia jurídica y se produce la ruptura con el Derecho material, la búsqueda de lo ajeno como la naturaleza procesal de las normas sobre la prueba, cosa juzgada, la acción, o la caducidad y la prescripción; por último, c) el contenido que radica menos en las materias estudiadas y más en la profundidad con que se abordan".

- _____: "Vigencia e influencia del Derecho español en el Derecho penal cubano" (conferencia en Segundas Jornadas Internacionales de Iberoamérica C.M.H. Hernán Cortés, *El 98: un punto de partida. España, Iberoamérica y Portugal*, Universidad de Salamanca, 4-6 de marzo de 1998).
- Asencio Mellado, José María: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Beccaria de Cesare: *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1986.
- Bentham, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. al español de Bravo y Destouet, Madrid, 1847.
- Binder, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Bodes Torres, Jorge: *Cuba, judicatura y procedimiento penal*, La Habana, 1996.
- Cafferata Nores, José I.: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Carnelutti, Francesco: *La prueba civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2.^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1982.
- Clement Durán, Carlos: *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Colomer Hernández, I.: *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- De la Cruz, Ochoa: "Crimen organizado. Tráfico de drogas y lavado de dinero", en *Ciabo*, La Habana, 2001.
- De la Vega Ruiz, J. A.: *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Colex, Madrid, 1994.
- Dellepiane, A.: *Nueva teoría de la prueba*, Temis, Bogotá, 1983.
- Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho procesal*, t. 2, 8.^a ed., ABC, Bogotá, 1984.
- _____: *Teoría general de la prueba judicial*, Findenter, Buenos Aires, 1972.
- Döhring, Erich: *La prueba, su práctica y apreciación*, MINJUS, La Habana, 1986.
- Ellero, Pietro: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, 7.^a ed. española, Reus, Madrid, 1980.
- Entrena Klett, C. M.: *La equidad y el arte de juzgar*, 2.^a ed., corregida y revisada, Aranzadi, Pamplona, 1990.
- Fenech Navarro, Miguel: *El proceso penal*, 4.^a ed., Madrid, 1982.
- Ferrajoli, Luigi: *Teoría del garantismo penal*, pról. de Norberto Babbio, Trotta, Madrid, 1997.
- Fernández Bulté, J.: *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1997.
- _____: *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Gascón Inchausti, F.: "«El control de la fiabilidad probatoria», «prueba sobre la prueba» en el proceso penal", en *Revista General de Derecho*. Valencia, 1999.
- Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, 10.^a ed., Madrid, 1987.
- Hedeman, Wilhelm J.: *Las presunciones en el Derecho*, trad. de Luis Sancho Seral, Madrid, 1931.
- Hobsbawm, E.: *Historia del siglo xx*, t. 1 y 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- Janáček, J.: *La Reforma*; enciclopedia popular, La Habana, 1966.
- Kiraly Tibor: *Procedimiento criminal, verdad y probabilidad*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

- Lizón González, J. L.: "Presupuestos jurisprudenciales de la ciencia romanística actual", en *Revista Jurídica*, año 5, número 9, La Habana, enero-junio de 2004, pp. 26-37.
- López Moreno, S.: *Los indicios*, Velasco impresor, Madrid, 1891.
- Maier, J. B. J.: *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- Manzini, Vicenzio: *Tratado de Derecho procesal*, 6.ª ed. italiana, trad. al español por Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1952.
- 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.
- Mir Puig, Santiago: *Por una dogmática penal creadora*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- Miranda Estrampes, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.
- Mittermaier, C. J. A.: *Tratado de la prueba en materia criminal*, 11.ª ed., Reus, Madrid, 2004.
- Montero Aroca, Juan: *El Derecho procesal en el siglo xx*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- _____: *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- _____: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Montesquieu: *El espíritu de las leyes*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1976.
- Muñoz Sabaté, Luis: *Los principios políticos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil*; Los poderes del juez y la oralidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- _____: *Técnica probatoria*, Praxis, Barcelona, 1983.
- Ortells Ramos, M.: "Origen del deber de motivar las sentencias", en *Revista de Derecho procesal Iberoamericana*, 1977.
- Ortells Ramos, M. et al.: *Derecho jurisdiccional III*, Bosh, Barcelona, 1991.
- Pastor Alcoy, F.: *Prueba de Indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- _____: *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*, Práctica de Derecho, S. L., Valencia, 1995.
- Rivero García, Danilo y Pedro Pérez Pérez: "El juicio oral", en Colectivo de autores, *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- Roxin, Claus: *Derecho procesal penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Serra Domínguez, M.: *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- Silva Melero, V.: "La prueba procesal", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963.
- Stein, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990.
- Torres Cuevas, E, et al.: *La Colonia*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Vegas Torres, J.: "Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal", en *La Ley*, Madrid, 1993.
- Viada López-Puigcerver, C.: *Lecciones de Derecho procesal penal para jueces*, t. 2, [s.m.d].
- Voltaire: "Comentario sobre el libro *De los delitos y de las penas*", en *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968.

EL ASESINATO EN EL ORDENAMIENTO PENAL CUBANO

Esp. Ileana Gómez Guerra

jueza profesional, Sala de lo Penal, TPP de Sancti Spíritus

INTRODUCCIÓN

S IEMPRE la vida y el hecho de la muerte ha sido una preocupación para el hombre, lo que se ha reflejado a lo largo de la historia en todos los ámbitos de la cultura, la literatura, la filosofía, las religiones de los pueblos y en el propio Derecho. De igual modo, lo ha sido todo aquello que está ligado a la muerte de un sujeto y los efectos que produce en sus familiares, o en otros, el miedo, el dolor, el sufrimiento.

De lo real de la muerte, como un hecho natural e inevitable, el hombre no se ha podido despojar, y menos aun cuando la muerte ocurre por un acto doloso, constituyendo, por tanto, el deceso por asesinato un fenómeno complicado: por un lado, se trata de un hecho individual y privado del ser humano y, por otro, tiene un gran impacto familiar y social. Sin embargo, su manifestación es universal y existe desde el origen de la humanidad.

Históricamente, se ha tratado de regular mediante normas escritas, o no escritas, la muerte causada por la acción dolosa de las personas, siendo la misma un reflejo de las concepciones imperantes en cada época, ya fueran estas religiosas,

filosóficas, científicas o de cualquier otro orden.

La vida, como bien más preciado, es constitucionalmente protegida, razón por la cual esa protección ha sido, y es, objeto de regulaciones jurídico-penales en las legislaciones de casi todo el mundo; sin embargo, el tratamiento penal que se ha ofrecido al delito de asesinato es muy heterogéneo, no solo en lo que respecta a su configuración, como ilícito penal y su ubicación en los textos legales, sino también en lo concerniente al marco sancionador y las circunstancias de cualificación del tipo penal. El de asesinato, en el ordenamiento penal cubano, su enfoque teórico y jurisprudencial y su relación con las modernas tendencias del Derecho penal, como vía para perfeccionar el tratamiento actual del ilícito, es de lo que trata el presente artículo.

EL BIEN JURÍDICO VIDA

El bien jurídico no es otra cosa que la relación de disponibilidad que una persona tiene de determinado objeto del Derecho (ejemplo: María con su vida, Juan con la casa, Pedro con su integridad física, etc.)

Bien jurídico es la posesión de bienes materiales en la medida en que se valora positivamente por la sociedad. *Substrato* será el patrimonio individual, como realidad social preexistente; formas concretas de manifestación de ese substrato son las capacidades de disposición por los respectivos poseedores de objetos con valor económico. *Objetos materiales* son esos objetos con valor económico. Visto de ese modo, el bien jurídico fundamental es la vida humana, en el grado de valoración positiva que merece por la sociedad; el fundamento de ese bien jurídico es la vida humana, como realidad social preexistente; las formas concretas de manifestación de esa base son los procesos existenciales individuales, y el objeto material es el organismo biológico.

Según lo alegado, y haciendo una correcta interpretación, se evidencia que la categoría de *bien jurídico* constituye un instrumento necesario para que los tribunales puedan declarar inconstitucional, en el caso concreto, la escala penal en abstracto de la norma, si esta resulta desproporcional con la entidad del interés que se pretende proteger.

El bien jurídico que ocupa el primer lugar, entre los valores tutelados penalmente, es la vida. Los demás bienes de que el hombre territorialmente goza proceden, según Arturo Rocco, de aquel bien supremo que es la vida humana.

Opinaba Maggiore que “la vida humana pertenece al individuo solo para ser conservada, mejorada físicamente y espiritualmente y puesta

al servicio de un ideal, de amor, trabajo y sacrificio por el bien común”. Por tanto, si aceptamos esta posición, que el fin de la tutela penal excede los intereses particulares de cada hombre, la vida humana viene protegida por el Estado, no solo en interés del individuo, sino también en interés de la colectividad, lo que da lugar a que el ordenamiento jurídico atribuya, también, a la vida de cada ser, un valor social que se refleja en sus deberes hacia su familia y al Estado.

El hecho delictivo puede atacar el particular, pero fundamentalmente el delito atemoriza, desestabiliza a la sociedad en su conjunto, conmueve su ordenamiento jurídico, cuya alteración debe restablecerse por el Estado, lo cual otorga privilegio a la voluntad y a los fines de este por sobre los de cada una de las personas e intereses particulares o de algunos segmentos de la población, en los cuales está presente la obligación de proteger y, en especial, a todas las personas que individual o colectivamente sufren un deterioro o afectación en algunos de los derechos legítimamente tutelados; y de esos derechos, *la vida como principal bien jurídico*. Devolver, entonces, a las partes, la solución de su conflicto conduciría, inevitablemente, a una peligrosa reprivatización de la justicia penal y a un reconocimiento expreso o implícito del fracaso del Estado en la aplicación de los instrumentos por él creados para la tutela del orden social y de la pacífica convivencia.

Determinar cuándo comienza la vida humana supone definir el ámbito de actuación del homicidio y del asesinato, respecto al del aborto. Determinar cuándo termina la vida marca el límite máximo de la responsabilidad penal, incluida también la inducción, la cooperación necesaria al suicidio y el homicidio pedido, que obviamente no guardan relación alguna con los problemas que plantea el límite mínimo (existe disputa actual en cuanto a este límite, se preserva al enfermo en estado precario de salud y al condenado a muerte).

El derecho a la vida no es un derecho absoluto, es un derecho sometido a límites, como el resto de los derechos fundamentales, ahora bien, no por ello, renuncia a tener preferencia en relación con otros derechos fundamentales; expresando su condición de piedra angular en la escala de protección jurídica, en su más amplio alcance.

TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL

La primera ley penal que reguló, en nuestro país, el delito de asesinato fue el Código penal español de 1870, el cual lo contemplaba dentro de la denominación de "Delitos contra las personas". Este cuerpo legal estuvo vigente hasta 1938, cuando se deroga y se promulga el Código de Defensa Social (CDS).

En el CDS aparece, como forma independiente del asesinato, el parricidio y el cuasiparricidio (artículos 432 y 433).

El parricidio se configura con la muerte de un ascendiente, descendiente o del cónyuge, y se sanciona como cuasiparricidio la muerte de hermanos afines, padre y madres adoptivos, excónyuges (dentro de los 180 días siguientes a la sentencia de separación, divorcio o nulidad de matrimonio), o una de las personas que haya criado o educado al ofensor, o el hijo adoptivo, o al criado o educado por este.

En 1959, con el triunfo de la Revolución, se instaura un proceso democrático popular antimperialista y agrario en nuestro país, que significó la liquidación del dominio neocolonial y, por ende, el comienzo de una serie de transformaciones en todas las esferas de la vida, incluyendo la judicial.

Fue debido a la constante agresión que sufría nuestro pueblo, tanto de los enemigos internos con externos, que se promulgó la Ley No. 988, en la que se planteaba:

"Se aplicaría como única sanción la de muerte a los responsables de los delitos de asesinato, consumados e imperfectos (cuando son perpetrados con propósitos contrarrevolucionarios), mientras por parte del imperialismo norteamericano persista la amenaza de agresión desde el exterior o la promoción de actividades contrarrevolución [sic] en el país".

Por el constante desarrollo de la Revolución, y por la necesidad de la existencia de un código que respondiera a los intereses de clase en el poder, fue aprobado por la Asamblea Nacional del Poder Popular, el primero de marzo de 1979, la Ley

No. 21 y, así, quedaba vigente el nuevo Código penal socialista. En el Título VIII, "Delitos contra la vida e integridad corporal", Capítulo III, se reguló el delito de asesinato en los artículos 316 y 317.

En el otro artículo invocado, también aparecía recogida la figura delictiva del asesinato por el grado de parentesco, eliminando las figuras del parricidio y el cuasiparricidio que regulaba el CDS, como figuras autónomas del asesinato. Quedó redactado de la forma que sigue: El que de propósito mate a un ascendiente o descendiente natural o adoptivo o a su cónyuge, sea por matrimonio formalizado o no, incurrir en las mismas sanciones previstas del artículo anterior, aunque no concurra ninguna circunstancia de cualificación.

El Código penal cubano de 1979 (Ley No. 21) transforma algunas de las circunstancias que aparecían en el Código anterior. Este señaló, entre las circunstancias calificativas, la alevosía, definida en el Artículo 41a), en sus dos modalidades:

La alevosía objetiva (apartado dos): los casos en que la víctima fuera un anciano de más de 70 años, una mujer en estado de gestación, un menor de 16 años, un inválido, un individuo normalmente enfermo, en general todo aquel que por las condiciones en que se encuentra no sea capaz de defenderse adecuadamente.

La alevosía subjetiva (apartado 1): cuando el agente utiliza medio, modos o formas de ejecución que tienden directamente a asegurar la ejecu-

ción del delito, sin riesgo para la persona del ofensor, que proceda de la defensa que pudiera emplear el ofendido.

En 1987, se promulgó en Cuba el nuevo Código penal (Ley No. 62), que tuvo como base dos premisas fundamentales: la necesidad histórica y su utilidad social; el pensamiento de la transformación estaba asociado de manera preliminar a la idea de progreso social, los cambios de la concepción de lo delictivo y lo punible solo se encuentran explicados cuando las condiciones sociales en su ascendente desarrollo así lo determinan y únicamente en la extensión y el sentido demandado por esas condiciones sociales.

La figura delictiva del asesinato se encuentra regulada en la Ley No. 62, en el Artículo 263 y se mantiene una formulación similar a la de la Ley No. 21, exceptuando lo siguiente:

El actual Código penal (CP) incluyó como elemento novedoso el inciso i) y cualifica la muerte de una autoridad o sus agentes, cuando estos se encuentren en el ejercicio de sus funciones, eliminando del derogado Código lo referido a ejecutar el delito, vistiendo ilegalmente uniforme militar o fingiendo ser funcionario público.

En el inciso j), se relata la circunstancia de cuando la muerte ocurre en ocasión, o como consecuencia, de estar ejecutando un delito de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia e intimidación en las personas, violación o pederastía con violencia. Estas circunstancias tienen sus antecedentes en los artículos

386 (3c), 353 (2ch), 353 (3), y 354, de la Ley No. 21.

El apartado 2 del Artículo 264, de la Ley No. 62, se refiere, también, al delito de asesinato. Resulta de nueva introducción, se trata de la madre que, durante las primeras 72 horas posteriores al parto, mate al hijo para ocultar el hecho de haberlo concebido.

Esta conducta tiene un marco sancionador atenuado (a pesar de considerarse un delito de asesinato), de dos a 10 años de privación de libertad; el antecedente más cercano de esta figura lo encontramos en el CDS, en el Artículo 438a) de la razón de honor; este apartado no se tenía en cuenta en la Ley No. 21, al considerarse, que con el desarrollo de la nueva sociedad, estas manifestaciones morales irían desapareciendo, pero la necesidad histórica ha demostrado lo contrario y, en la actualidad, no se comete por razón de honor (motivo que, en opinión de autores reconocidos, estaba amparado en la moral de hipócritas sociedades burguesas), sino cuando la madre puede sentirse abandonada por el esposo, la familia u otros factores, no atribuibles a la moralidad, sino dependientes de alteraciones psíquicas o de otra índole.

La Ley No. 87, de 26 de febrero de 1999 (*Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 15 de marzo), modificó la Ley No. 62 (CP), debido a que, en los últimos años, se había advertido un incremento de determinadas modalidades delictivas, y el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos, lo cual resulta-

ba totalmente incompatible con los generalizados principios éticos de la sociedad cubana, hecho que exigía una respuesta adecuada y enérgica en particular por el CP.

Al ser el delito de asesinato la conducta antijurídica más reprochable, entre los delitos contra la vida y la integridad corporal, no quedó incólume en estas modificaciones, pues resultaba de vital importancia la individualización de las penas en aquellas figuras delictivas que marcaban un aumento del índice criminal en nuestra sociedad, por lo que la reforma en esta conducta consistió en el marco sancionador, que, de 15 a 20 años de privación de libertad, se extendió de 15 a 30 años o muerte, y quedó la alternativa de privación perpetua de libertad por la pena de muerte, según lo determinado en el Artículo 30, apartado 2, de la parte general del CP.

El CP de Cuba ha mantenido el delito de asesinato entre los Delitos contra la vida e integridad corporal, que la Ley No. 21 y el CDS recogían como Delitos contra la vida y la integridad corporal, eliminando la diferencia que creaba este último cuerpo legal a la salud, pues estos, como en la Ley No. 21, están incluidos en el Título III, Delitos contra la seguridad colectiva.

El asesinato es un delito contra la vida de las personas, conforme establecen los artículos 263, y 264, ambos del CP.

- El primer tipo penal de este delito está previsto en el Artículo 263 y es el asesinato propiamente dicho, consistente en que una persona

mate a otra concurriendo cualquiera de las circunstancias previstas en dicho artículo. El hecho básico es exactamente igual que el homicidio, la diferencia está en la concurrencia de cualquiera de las 11 circunstancias de cualificación. El bien jurídico protegido es "la vida humana independiente".

El homicidio es el delito que alguien comete por acabar con la vida de una persona; el asesinato requiere de un mayor número de requisitos. En el asesinato existe una mayor intensidad del propósito criminal que en el homicidio, por los medios perjudiciales utilizados de un modo especial o por la inconfundible malicia y peligrosidad que se revela.

Se ha tratado de definir si el asesinato consiste en una forma de homicidio. Esto ha sido ampliamente debatido por la doctrina. La mayoría de los estudiosos lo ubican como una figura autónoma desde su propio surgimiento; ciertamente, posee muchos elementos comunes con el homicidio, pero su independencia está en el elemento subjetivo.

El sujeto activo es general, puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo es, también, general: "a otro", con excepción de los casos en que la circunstancia de cualificación señale a un sujeto pasivo especial. El elemento subjetivo de este delito es intencional, destacándose que el dolo del hecho de matar se extiende hasta las circunstancias de cualificación y, por ejemplo, se mata a una persona con conciencia de que se ejecuta este hecho mediante precio,

recompensa o beneficio de cualquier clase, u ofrecimiento o promesa de estos. Este delito, a diferencia del de homicidio, no se puede cometer de forma imprudente, ya que estas circunstancias exigen la referencia al dolo, porque comprenden el conocimiento (el elemento intelectual) y la voluntad (el elemento volitivo), se mata con alevosía, precio, enseñanza, etc., de igual forma, para la perfección del delito, es suficiente el dolo eventual, es decir, que al sujeto, como consecuencia de su acción u omisión, se le represente la posibilidad de que la muerte se produzca y, no obstante, persiste y asume el resultado. El aspecto objetivo tiene verbo nuclear (*matar*) y completa la descripción del precepto que sea a otro y la circunstancia de cualificación de que se trate en cada caso. El objeto de la acción es una persona. El resultado es de daño.

Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o beneficio de cualquier clase, u ofrecimiento o promesa de estos, junto a la de alevosía, es una de las primeras utilizadas para la agravación del homicidio o su cualificación en asesinato, y la más empleada en los códigos penales de América Latina. Es el asesinato del sicario, del latín *sicarios*, asesinato pagado; tiene que existir un convenio, contrato o acuerdo previo por el que una persona se obliga a pagar, recompensar, retribuir, y la otra a matar; el pago debe entenderse en un sentido amplio, mediante precio, recompensa, beneficio o el ofrecimiento o promesa de estos.

Se insiste en que el actuar asesino está determinado por el ofrecimiento o promesa realizada. Se fundamenta esta circunstancia en la existencia de una mayor culpabilidad, de una mayor reprobabilidad que el homicidio simple.

Cometer el hecho utilizando medio, modos y formas que tiendan directa y especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo para la persona del ofensor, que procedan de la defensa que pudiera hacer el ofendido, es una de las formas de alevosía, la alevosía subjetiva, es el actuar sobre seguro. Es sinónimo de perfidia, traición; se busca la superioridad mediante el engaño, la sorpresa, el abuso de confianza; el actuar del comisor incluye la perspectiva y/o aprovechamiento de dicha circunstancia.

Ejecutar el hecho contra una persona que, notoriamente, por sus condiciones personales o por las circunstancias en que se encuentra no sea capaz de defenderse adecuadamente, es la forma objetiva de la alevosía, el comisor ejecuta el acto asesino contra una persona que, evidentemente, por sus condiciones personales (ejemplo, un niño pequeño), o por las circunstancias en que se encuentra, no sea capaz de defenderse adecuadamente (una persona aguantada).

Aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima, causándole otros males innecesarios para la ejecución del delito, es la circunstancia de cualificación denominada *ensañamiento*. Se asocia con un estado de irritación, cólera, furia y con

deleitarse en hacer daño. Aunque tiene una adecuada descripción, se tiende a confundir conceptualmente. Se considera que concurre cuando en el hecho es grande el número de golpes, puñaladas o disparos; que no se configura el ensañamiento cuando estas eran necesarias para producir la muerte, y sí constituye esta circunstancia; aunque solamente sean dos heridas, disparos o golpes, si el segundo de estos o los restantes inferidos no eran necesarios para provocar la muerte, pero aumentaban el sufrimiento de la víctima.

Obrar el culpable con premeditación, o sea cuando sus actos externos demuestran que la idea del delito surgió en su mente con anterioridad suficiente para considerarlo con serenidad, y que por el tiempo que medió entre el propósito y su realización, esta se preparó previendo las dificultades que podían surgir y persistiendo en la ejecución del hecho, constituye circunstancia desarrollada de una forma descriptiva; se debate sobre la determinación del tiempo, ya que se asocia a un actuar calculado, frío y se nota una tendencia a su eliminación como circunstancia de cualificación.

Al ejecutar el hecho a sabiendas de que, al mismo tiempo, se pone en peligro la vida de otra persona u otras, esta cualificación explícitamente aumenta el elemento intencional del hecho base; la voluntad de matar está por encima de tal conocimiento (ejemplo, puede ser por el medio empleado o por el lugar de la ejecución del delito).

Cuando se realiza el hecho para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, el hecho de matar es un medio. Se parte de que hay un delito en preparación, ejecución o ya realizado y se mata a una persona en función de las necesidades o como consecuencia de ese otro delito.

Obrar por impulsos sádicos de brutal perversidad es una circunstancia que tiene dos variantes no graficadas, pues requieren de interpretación doctrinal y judicial. La primera se deriva de Donatiano Marqués De Sade, escritor francés (1740-1814), autor de novelas cuyos protagonistas viven obsesionados por el placer satánico de hacer sufrir. De su nombre, deriva el término *sadismo*, que se considera como una perversión sexual consistente en lograr el placer sexual mediante el sufrimiento y muerte de la víctima. La brutal perversidad es más abstracta, pero se asocia a la muerte con extrema crueldad, o sin racional justificación, con desproporción extrema entre la motivación y la muerte de una persona.

Haber privado ilegalmente de libertad a la víctima, antes de darle muerte, está adecuadamente explicado, pero debemos diferenciarla del delito de privación de libertad de una persona y, como consecuencia de ese hecho, resulta la muerte de la víctima, siempre que ese resultado haya podido o debido preverse por el agente. En la circunstancia de cualificación del asesinato que ahora evaluó, se priva ilegalmente de libertad a la víctima antes de darle muerte.

Ejecutar el hecho contra la auto-

ridad o sus agentes, cuando estos se hallen en el ejercicio de sus funciones, admite dos modalidades y convierte en delito de asesinato la ejecución de hechos de homicidios.

Cometer el hecho con motivo u ocasión o como consecuencia de estar ejecutando un delito de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia e intimidación en las personas, violación y pederastía con violencia, al igual que la circunstancia anterior, convierte la muerte en asesinato.

- El segundo tipo penal del delito de asesinato está contenido en el Artículo 264, apartado 1, del CP y se corresponde con el denominado parricidio, es decir, el hecho de que una persona, de propósito, mate a un ascendiente, un descendiente o a su cónyuge, sea por matrimonio formalizado o no.

El hecho básico es igual que el del homicidio y la diferencia consiste en que el sujeto pasivo es especial: un ascendiente o un descendiente, o el cónyuge. El propio precepto aclara que se tipifica, aunque no concorra en el hecho ninguna circunstancia de cualificación.

Son elementos o aspectos de este tipo penal los siguientes:

El sujeto activo es, en general, “el que”; puede ser cualquier persona, pero el propio texto legal señala la relación familiar que tiene que existir entre el sujeto activo y el pasivo, donde este es especial, tiene que ser ascendiente, descendiente o el cónyuge del sujeto activo, el aspecto subjetivo; es el delito intencional y se tiene conciencia de que se está

dando muerte a un ascendiente o a un descendiente o la cónyuge: el aspecto objetivo tiene verbo nuclear (*matar*), exactamente igual al homicidio, pero el sujeto pasivo no es cualquier persona, es un ascendiente, descendiente o el cónyuge; el objeto de la acción es una persona y el resultado es el daño. La sanción es la misma que la del tipo anterior, privación de libertad de 15 a 30 años de privación de libertad o muerte.

Algunos autores consideran que debe desaparecer como figura independiente de nuestro ordenamiento penal, criterio al cual me afilio; para ello, alegan que, en una sociedad como la nuestra, donde el respeto del hombre por el hombre debe ser razón básica, el ser humano debe ser capaz de sentir por sus semejantes el mismo respeto que siente por sus familiares.

Aunque no es objeto del presente trabajo, sí es importante destacar que, en la doctrina actual, se plantea con relación a la participación de terceros en estas figuras propiamente dichas y que son de sujeto especial, que se les aplican los principios de unidad de imputación y de la accesoriedad, donde la responsabilidad del partícipe depende de la responsabilidad del autor, puede ser cooperador necesario o cómplice, aunque en Alemania a este partícipe se le considera autor del delito en cuestión.

- La tercera variante del asesinato es una forma atenuada de la anterior. Está contenida en el Artículo 264, apartado 2, del CP, y se correspon-

de con el denominado infanticidio, también denominado homicidio por razón del honor. El hecho consiste en que una madre mate al hijo, dentro de las 72 horas posteriores al parto, para ocultar el hecho, de haberlo concebido.

Los elementos o aspectos de este delito, son:

El sujeto activo es especial: la madre; el sujeto pasivo también es especial: el hijo; el aspecto subjetivo es un delito intencional, de dolo específico, para ocultar el hecho de haberlo concebido; el aspecto objetivo tiene como verbo nuclear *matar* y completa el precepto: que sea dentro de las 72 horas posteriores del parto y que se realice para ocultar el hecho de haberlo concebido; el objeto de la acción es una persona y el resultado es de daño. La sanción es de privación de libertad y se enmarca entre dos y 10 años de privación temporal de libertad.

Este perfil que adquiere el delito de asesinato, como puede apreciarse en la evolución histórica enunciada, es muy antiguo y ya algunas legislaciones lo suprimieron. En nuestro país está recogido desde el Código penal de 1879, aunque fue eliminado en la Ley No. 21 de 1979 y volvió a formularse en el CP vigente.

Algunos autores estiman que no son aceptables los móviles por los cuales se privilegian los respectivos tipos de infanticidio en los códigos penales, dogmáticamente, considerando que dichos móviles no son suficientes para que la madre renuncie a su posición de garante, frente al nuevo ser que acaba de nacer, peor

aun cuando su rol de posición de garante como madre le exige proteger la vida de su hijo y no acabar con ella.

Esta figura debe desaparecer del ordenamiento penal cubano, pues las mismas causas históricas que hicieron posible su aparición, como una forma atenuada del asesinato, teniendo por razones el honor y la moralidad, son las que hoy las hacen excluibles en nuestra sociedad, donde la mujer y la madre han tenido una activa participación y lugar en el proceso revolucionario actual, sin limitación alguna a su condición o género; además, a consideración de las teorías modernas en torno a la distinción del bien jurídico, no es válido sobreponer unos derechos a otros. En este título se protege el derecho a la vida, sin condición para el sujeto pasivo, cualquiera que fuese su género, sexo, edad, parentesco, estatus social, etc. En este tipo penal no se protege la niñez ni las relaciones familiares, sino la vida

EL ASESINATO EN LA JURISPRUDENCIA CUBANA

El CP (Ley No. 62 de 1987) mantiene a la alevosía como agravante genérica y como cualificativa del delito de asesinato.

Existe alevosía cuando el agente comete cualquiera de los delitos contra la vida e integridad corporal, utilizando medios, modos y formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurar su eje-

cución, sin riesgo para la persona del ofensor, que proceda de la defensa que pudiera emplear el ofendido. Cuando la víctima del delito, en los que atentan contra la vida e integridad corporal, sea un anciano de más de 70 años o un inválido, o un individuo notoriamente enfermo y, en general, todo aquel que por las circunstancias en que se encuentra, no sea capaz de defenderse adecuadamente.

El concepto de la alevosía lo encontramos en las Partidas, como “actuación aleve o sobre seguro”, sinónimo de traición y, por lo tanto, equivalente al ataque artero, cobarde, sin riegos para el ofensor. El CDS innova en nuestra legislación, al agregar el párrafo segundo, o sea, la llamada alevosía objetiva, mientras la alevosía subjetiva, estaba recogida en el Código penal del año 1870.

Según criterio del Dr. Aldo Prieto, “Raggi yerra lamentablemente, cuando invierte los términos y llama objetiva a la del primer párrafo y subjetiva a la del segundo, porque es indudable que en el primero de los supuestos las circunstancias que rodean al hecho dependen íntegramente del análisis subjetivo del agresor, eligiendo los medios, modos o formas que tiendan a asegurar el hecho sin riesgo para él, lo cual implica un grado de reflexión en el agente para evitar la defensa del sujeto pasivo”.

En el párrafo segundo, aparte de los supuestos formales que incluye, se refiere, en general, al aseguramiento del ataque, precisamente

por las condiciones de indefensión del agredido, muchas veces ocasionales, es decir, que no dependen de la reflexión del agente, ni surgen de su análisis, sino que la hallamos en la víctima, o en las circunstancias en que la misma está, que no le permite una defensa adecuada. Supuestos y circunstancias objetivas que son aprovechadas por el comisor, pero no surgen de él, como es el caso del menor de 16 años, el anciano de más de 60 años, etc.

La alevosía es una circunstancia de agravación de los delitos contra la vida o integridad corporal, cualificativa del delito de asesinato y es, en general, en este delito donde comúnmente se aprecia.

A pesar de que hay autores que opinan que la alevosía subjetiva podría denominarse *juris tantum*, porque hay que probarla (y la subjetiva, *juris et de jure*, porque se presume su existencia cuando se dan en la víctima las características señaladas en el proceso), ello realmente no es así, y el Tribunal Supremo Popular, mediante sus sentencias, ha ido interpretando sus diferentes aspectos. Varios de los supuestos de alevosía objetiva han sido discutidos. El anciano de más de 60 años puede ser un hombre altamente vigoroso todavía; el menor de 16 años, un joven atleta; la mujer en estado de gestación, encontrarse en los primeros meses de embarazo, lo que no la incapacita, y sobre estos aspectos cuestionados, la jurisprudencia ha orientado y aclarado, para una correcta interpretación del precepto, siempre sobre el fundamento de

que la víctima sea realmente débil e inválida para la defensa que pueda oponer su agresor.

Sin embargo, la cuestión no parece tan sencilla, toda vez que la alevosía se fundamenta con el mayor reproche que supone la selección de un medio, modo o forma que tienda a asegurar el resultado y producir la indefensión de la víctima, selección que parece requerir una mínima reflexión en el autor que le permita planificar su modo de actuación. Y esto, a su vez, parece demandar una plena imputabilidad, es una completa "capacidad de autorregular la conducta, adecuándola a la norma". Si es discutible que pueda, en general, proclamarse la compatibilidad, aun lo es más si consideramos la afirmación de que el autor tenía, de modo importante, limitada sus facultades cognitivas e intelectivas, como consecuencia de un alcoholismo crónico, incidente en una situación de déficit intelectual, no se alude, aunque cabe imaginarlo, al grado de necesidad alcohólica en que se encontraba en el momento que la víctima pretendió arrebatarle la botella. Ciertamente, no aparecen compatibles estas circunstancias con la "frialidad de ánimo", a la que también la inveterada jurisprudencia se ha referido como característica de la alevosía.

En la jurisprudencia cubana, está sistematizada la dogmática de la alevosía objetiva y subjetiva, vistas como circunstancias que pueden haber sido preparadas con anticipación o simplemente aprovechadas en el momento de la ejecución del delito,

constituyen circunstancias que no requieren cálculo anterior, ni pensamiento deliberado, basta que se utilice o aproveche, en el momento de la ejecución, una situación de indefensión de la víctima, para que concurren los elementos que la integran.

El Tribunal Supremo ha dejado bien definida su posición, en cuanto a la alevosía en varias sentencias:

CONSIDERANDO: que es alevoso todo ataque dirigido contra una persona indefensa si se han escogido, o solo aprovechado, los modos, medios o formas de producirlo sin riesgo para el atacante; y mata con alevosía quien sabiendo que su víctima está enfrascada en un juego prohibido, se le acerca por la espalda, sin que este lo vea, y le dispara una ráfaga de ocho disparos por la espalda, alcanzándolo con siete disparos, pues aprovechó, aunque no hubiera seleccionado, ni elaborado ese procedimiento, que su víctima estaba, en esos momentos, incapacitada para defenderse, ya que la alevosía no ha de admitirse solamente cuando el sujeto elige medios eficaces para el ataque sin posible respuesta, sino también cuando los aprovecha en ocasiones en que las circunstancias del suceso los proporcionan de modo más o menos accidental, ya que, en uno u otro caso, se ha atacado a quien no está en aptitud de asumir una defensa más o menos eficaz contra quien ataca. (Sentencia No. 764, de 13 de febrero de 2004).

CONSIDERANDO: Como ya este Tribunal ha dicho en otras oportu-

tidades, la cobardía del atacante; dicho de otro modo, el ataque fue alevoso porque se previó por el agresor garantizar el objetivo y especialmente impedir o imposibilitar que el ofendido pudiera defenderse; se trata del empleo de un arma de fuego que el agresor llevaba oculta, instrumento altamente peligroso y efectivo, diseñado precisamente para matar, lo que le garantizó no correr riesgo alguno proveniente de la posible reacción defensiva. Por todo lo expuesto no existe el error de calificación denunciado, pues la posibilidad del delito de homicidio en que se empaña el recurrente no tiene concuerda [sic] con la realidad del suceso que se narra en la sentencia, razones suficientes para desestimar el motivo de fondo del recurso que se apoya en el artículo sesenta y nueve-tres de la Ley de Procedimiento Penal. (Sentencia No. 884, de 31 de marzo de 2006).

CONSIDERANDO: Que si el procesado se aprovechó para la realización de su crimen que el occiso se encontraba dándole la espalda y sin armas y que, en esas condiciones, con un machete de trabajo, le produjo una sola herida que le seccionó los músculos del cuello, las vértebras cervicales y grandes vasos sanguíneos: y, esa acción, por las circunstancias concurrentes, en punto a la súbita agresión, la situación del agresor y del occiso, el arma utilizada, reflejan objetiva y subjetivamente, que no existió riesgo alguno para el agresor de la defensa que pudiera provenir del agredido;

estando acertada la cualificación de la alevosía en este caso. (Sentencia No. 136, de 9 de junio de 1961).

Hay *ensañamiento* cuando se aumenta deliberadamente, o de propósito, el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución. Esta circunstancia tenía su análogo en el CDS. Se demuestra en la voluntad del agente de agravar el mal inicial de la transgresión con otros innecesarios para obtener el fin propuesto. Como circunstancia proveniente del hecho y para demostrar su existencia, o no, hay que ir a la relación sujeto-comisor y sujeto-víctima. Evidencia sadismo y crueldad en la ejecución delictiva, ya que el agente, antes de lograr el propósito inicial, que es el de dar muerte a otra persona, puede herirlo, con el afán de volcar sobre la víctima todo el odio almacenado, con el ánimo de producir en esta un mayor sufrimiento, antes de conseguir su eliminación.

Esta circunstancia, como la premeditación y la alevosía, es cualificativa o específica del delito de asesinato, y solo es estimable en los delitos contra la vida o la integridad corporal, aunque hay autores que opinan que nada más puede concurrir en el asesinato. De ahí que, al igual que la alevosía, pueda apreciarse en un delito de lesiones, cuando el propósito del agente no fue matar. Un ejemplo: el reo quiso lesionar nada más, pero aumentó deliberadamente las lesiones, dándole varios cortes de más a la víctima, con el propósito de agravar el dolor y desfigurarle el rostro.

¿Cuál es la diferencia entre el ensañamiento y el impulso de brutal perversidad? No existe respuesta en los autores consultados. Debe recordarse que el ensañamiento es una circunstancia concurrente en el hecho, y la otra es de carácter personal y de mayor peligrosidad; por lo que, como se expresó antes, para apreciar la primera, hay que ir siempre a los hechos, de donde se debe extraer la distinción entre el mal causado para obtener el propósito, digamos, de matar (que muchas veces se logra después de reiteradas lesiones a la víctima) del otro mal adicional e innecesario que el agente estima preciso. El ensañamiento no es, pues, móvil del delito y siendo el impulso de brutal perversidad, la circunstancia de agravación personal surge en el agente en su ámbito íntimo, biológico y revela un sujeto con instinto de bestia que rompe, con su actuación primitiva, los frenos creados por la sociedad para hacer posible la convivencia pacífica entre todos.

El que delinque animado por el propósito de dar rienda suelta a la brutal maldad que lleva en lo íntimo de su conciencia, a la satisfacción del impulso negativo que es *el verdadero* móvil del delito, rompe con todas las normas y principios de la sociedad civilizada y regresa al salvajismo más primitivo. Por ello, la ley penal, que protege el orden social establecido, no puede menos que estimarlo sumamente peligroso, aunque en el campo científico pudiera considerarse como afectado por alguna sicopatología definida.

Esta circunstancia de cualificación no se apreció en el resultando probado de una sentencia, según el máximo órgano juzgador porque:

El número de heridas, por sí sólo, no es bastante para apreciar esta circunstancia, sino que, además es necesario que aumente deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, lo cual no sucede cuando aparece que procedió con ira para privar de la vida lo más pronto posible a su víctima. (Sentencia No. 10, de diciembre de 1980, Tribunal Supremo Popular).

El máximo órgano de justicia, con relación al ensañamiento, definió:

CONSIDERANDO: Que aunque la agresión de que fue objeto la víctima muestra una cruel determinación en los victimarios de causarle la muerte, no revela, sin embargo que así lo agredieron con el fin de causarle males innecesarios al propósito que tenían de producirle la muerte, pues ensañarse el agresor con la víctima no es mostrar crueldad en el ataque, ni extender este cuando fuere necesario para lograr su propósito criminal, sino aumentar innecesariamente el dolor del ofendido, por placer o por desahogo de un bestial sentimiento de venganza, que no es, según es fácil observar del relato, la situación de autos, y que determina la desestimación del tercer motivo del recurso. (Sentencia No. 135, de 24 de mayo de 1868).

Por su parte, se concibe la *premeditación* cuando los actos externos del agente demuestran que la idea del delito surgió en su mente con anterioridad suficiente al hecho

realizado, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, el autor se preparó, previniendo las dificultades que podrían surgir y persistió en su ejecución.

Han existido prolíferos debates con relación a esta circunstancia en la doctrina. Nuestra jurisprudencia ha respondido a esta discusión; pero, en lo que todos han estado de acuerdo es en que la premeditación obedece a un dolo de propósito reflexivo, que se caracteriza por un razonamiento frío, sereno, calculador, tanto en la organización como en los detalles para la ejecución del delito, previendo las dificultades que pudieran aparecer para soslayarlas, y se insiste en su realización. Sobre el tiempo que tiene que transcurrir entre esta preparación del hecho y su ejecución, se ha debatido mucho, y la jurisprudencia, a veces, es contradictoria; pero, en definitiva, es el análisis cuidadoso de los hechos el que nos lleva a ofrecer el criterio acertado, sin una limitación matemática en el tiempo.

La premeditación, a diferencia de la alevosía y el ensañamiento, que nada más concurren en los delitos contra la vida y la integridad corporal, puede ser apreciada en otros tipos penales, como los delitos contra la propiedad, por ejemplo, aunque el tratadista Bernardo De Quirós mantiene el criterio de que “de ordinario, es inherente a los mismos”.

El concepto jurídico de la premeditación no exige el transcurso de un espacio de tiempo establecido entre la determinación de la voluntad del

agente y la realización del propósito criminal, sino que requiere solo del período necesario para que puedan la reflexión y la conciencia sobreponerse a la idea del delito y, no obstante lo cual, la meditación fría y persistente acerca de aquel haya continuado hasta su ejecución, estando bien apreciada tal circunstancia, si consta que el culpable, durante seis horas por lo menos, meditó reflexivamente sobre la realización de su criminal propósito, tiempo suficiente para que la conciencia pudiese vencer las determinaciones de su voluntad.

En cuanto a la premeditación, es sabido que nuestro CP se afilia a un criterio ecléctico, en cuanto a su definición, conciliando los diferentes criterios científicos que la definen, de cuyo análisis debemos desestimar su integración; esa circunstancia se constituye por un componente ideológico, la reflexión criminal sobre el hecho y la forma y modo de ejecución; un componente cronológico, pues debe mediar un lapso de tiempo entre la concepción y la ejecución del delito previsto; y otro componente psicológico: la frialdad del ánimo a través del tiempo de la meditación.

Luego si, bajo un estado pasional, un ejecutor de la acción lesiva se arma convenientemente, y sin solución de continuidad, en actos que se desarrollan en escasos minutos y en un mismo espacio, busca a la persona para vengarse de las heridas que este le causara, nunca podrá afirmarse que haya siquiera reflexionado seriamente sobre las

consecuencias posteriores de la acción emprendida, de que su ánimo sea sereno, de que haya preconcebido el modo de ejecución para asegurar el resultado y, siendo así, no estamos obviamente ante un suceso premeditado. Si no se advierte que la voluntad de matar la mantiene el agente en forma persistente, calculada y fría, es decir, que no es el propósito de una reflexión previa, resuelta e insistente, se aprecia entonces indebidamente la concurrencia de la agravante de premeditación conocida.

Obrar por impulsos sádicos o de brutal perversidad no es más que una especie de ensañamiento específico. “El sadismo homicida –dice Jiménez de Asúa–, aunque no es una forma muy frecuente, sí revela una elevada peligrosidad del sujeto, entra en el concepto del sadismo, que en su forma más aguda es una asociación extraña entre la sangre y el acto genital, convertida aquélla en imagen motriz excitadora de la sexualidad”.

El Tribunal Supremo, al evaluar una de las sentencias dictadas por los jueces de salas penales, expresó, en su Considerando, elementos en la conducta de una persona que revelan un actuar insano, y de tan salvaje y primitiva ferocidad que hicieron apreciar dicha circunstancia de cualificación.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados ponen de manifiesto que su autor tiene una personalidad antisocial, con tendencia a la realización de actos reprochables penalmente y que justifica su impulso de brutal perversidad, cuando sin motivo

conocido con ausencia de subordinación a los frenos inhibitorios que regulan la vida en la sociedad, acomete ininterrumpidamente y despiadadamente a un [sic] mujer débil, durante el lapso de tres horas, sin cejar en su empeño, a pesar de la indefensión de la víctima, todo lo cual realiza casi en estado normal, sin alteración, ni de conciencia, ni de su voluntad, por lo que no es aventurado afirmar que solo un placer insano y de una ferocidad salvaje y primitiva motivaron a ejecutar este siniestro designio. (Sentencia No. 87, de 6 de abril de 1961).

EL ASESINATO EN RELACIÓN CON OTRAS MODALIDADES DELICTIVAS

La ejecución del delito en la morada de la víctima era considerada una circunstancia de agravación punitiva en el CDS, y en el Artículo 41f) de la Ley No. 21.

El fundamento de esta agravante es, sin duda, la irrespetuosidad y desconsideración que implica la conducta del agente, que revela su peligrosidad al cometerse el delito en la morada de la víctima, con su desprecio para la inviolabilidad del domicilio; descansa, fundamentalmente, en la mayor perversidad que supone en el culpable y la mayor alarma que produce el atropello que significa el desprecio al respecto que impone el edificio, o la parte de este destinada exclusivamente a la habitación del ofendido.

La morada no es solo el domicilio, envuelve idea semejante a la del

hogar, lugar de reunión con personas familiares dentro de una casa, o lugar cerrado con el propósito de permanecer en él por un período de tiempo. He aquí el concepto de morada de una amplitud extraordinaria, a saber, comprende el portal, el patio y la puerta.

La violación de domicilio o allanamiento de morada se caracteriza por la entrada allí en contra de la voluntad de su morador, cuando no se tiene más objeto que violar el domicilio; no es de calificar dicho delito cuando el acusado tuvo otros móviles aun más criminales, sin que por ello pueda dejar de apreciarse la agravante de morada, sin las víctimas o la víctima no provocó el hecho.

El Tribunal Supremo ha dejado bien definida, en sus resoluciones, la tipificación de esta circunstancia del delito de asesinato, lo que se expresa también en sentencias de las salas penales del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus.

CONSIDERANDO: Que la tesis de ambos autores debían estar concertados para robar y para matar, para que se les considere autores de delito de Robo del que resultó homicidio, no es aceptable en ningún concepto, pues este inciso no exige que el concierto para robar sea con la decisión de matar, sino basta que con motivo u ocasión del robo resultare homicidio. Este delito constituye una figura especial de estructura compleja, pero indivisible, en que deben concurrir dos condiciones: una, que se cometa un robo, y dos, con motivo u ocasión del mismo resultare homicidio, no es menester que el culpable tenga intención

de matar, no se requiere ese ánimo, e incluso se da la figura especial si la muerte sobreviene por mero accidente, siempre que se produzcan en ocasión o con motivo de del [sic] robo, es decir aún y cuando el homicidio sea materializado por uno de los dos concertados para robar, son responsables de igual grado, y por excepción la jurisprudencia ha aceptado la individualización de la responsabilidad criminal en caso de concierto, exclusivamente, cuando pueda reconocerse que entre los propósitos y los actos de cada uno de los partícipes existe independencia y separación necesaria para juzgarlos aisladamente, pero en ningún modo si parece probada la unidad de acción y mutuo concurso para ejecutar el delito de robo, como sucede en el caso de autos (Sentencia No. 20, de 16 de enero de 1973, Tribunal Supremo).

La forma atenuada del Artículo 264.2

Sobre este tipo penal, el máximo órgano de justicia ha sido claro en sus resoluciones para demostrar su integración. En el período analizado en el presente trabajo en la provincia, no encontramos ningún proceso donde se sancionara esta forma atenuada.

CONSIDERANDO: *Que el delito de infanticidio requiere que la condición relativa al móvil quede debidamente justificada, de manera que este elemento subjetivo del tipo se aprecie de los hechos que se den por probados, debiendo existir una clara y precisa demostración de que*

el agente solo actuó para ocultar la deshonra [...] (Sentencia No. 225, de 7 de mayo de 1965, Tribunal Supremo).

De todo lo anteriormente planteado, se puede constatar que el delito de asesinato, en el ordenamiento penal cubano, se regula en dos tipos penales y una forma atenuada, que el primero de estos llega a relatar un número de 11 circunstancias de cualificación, demasiadas, pues muchas redundan en circunstancias históricas, no a tono con las tendencias modernas y muchos de los códigos penales estudiados. Con regular las principales circunstancias (alevosía, precio, recompensa o promesa, ensañamiento, premeditación), sería suficiente, además de no ser necesaria la inclusión del parricidio ni el infanticidio, en esta figura, ya que, como he reiterado, aquí se protege la vida como el mayor bien de la persona, *el bien jurídico protegido* es la vida, con independencia del valor social que esta pudiera tener.

Lo planteado es reafirmado por la práctica judicial del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus, donde, de las sentencias revisadas, mayoritariamente, fue frecuente el empleo de una sola de estas circunstancias cualificativas, a pesar de la existencia de elementos pertenecientes a otras, lo que fue desestimado. Fue poco frecuente la utilización del parricidio y nula la del infanticidio, como figuras jurídicas independientes, pues aunque la primera se encontró en la muestra tomada, por las características del hecho y su forma de realización,

bien pudo corporificarse entre las recogidas para el asesinato, como figura determinante.

CONCLUSIONES

1. Las circunstancias de cualificación del delito de asesinato que hoy aparecen enumeradas en nuestro Código penal resultan excesivas; predominan, en la práctica judicial, alevosía, premeditación y ensañamiento, que serían, junto a las de actuar mediante precio o recompensa, las circunstancias cualificativas que deben mantenerse en el Artículo 263.
2. La jurisprudencia cubana ha realizado una correcta apreciación de las actuales circunstancias de cualificación que recoge el delito de asesinato en el Código penal, definiendo las características de cada una de ellas y cuándo estas se ponen de manifiesto; no obstante, no es unánime en cuanto a la tipicidad como delito independiente o único, cuando concurre asociado con otras modalidades delictivas, como la portación y tenencia ilegal de armas o explosivos.

BIBLIOGRAFÍA

- Cobo del Rosal, Manuel *et al.*: *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996.
- Cuello Colón, Eugenio: *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- Grillo Longoria, José Antonio: *Los delitos en especie*, t. 2, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1982.
- Goite Pierre, Mayda: *Una visión desde la dogmática a figuras del Código penal cubano*, Universidad de La Habana, 1982.
- Larramendi Domínguez, Edmundo: *Derecho penal especial*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho penal especial*, 9.^a ed., revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Pérez Hernández, Lissette y Martha Prieto Valdés: *Temas de Derecho constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. 9.^a ed., Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 2003.
- Quiroz Pirez, Renén: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- Serrano Gómez, Alfonso: *Derecho penal*, 10.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- Vega Vega, Juan: *Los delitos*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1976.
- Legislación**
- Constitución de la República de Cuba*, Ministerio de Justicia, La Habana, noviembre de 1978.
- Código civil cubano*, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 15 de octubre de 1987.
- Código de defensa social*, Decreto Ley No. 802, de 4 de abril de 1936, Publicaciones oficiales del Ministerio de Justicia, La Habana, 1973.

- Código penal de Bolivia*, modificaciones por Gonzalo Sánchez Lozada Ediciones Cabeza Cura, La Paz, 1999.
- Código penal de Brasil*, 4.^a ed., Río de Janeiro, 31 de diciembre de 1996.
- Código penal de Chile*, texto electrónico.
- Código penal de Colombia*, 4.^a ed., Legis Editores, S. A., Bogotá DC, 1999.
- Código penal de Costa Rica*, en *Gaceta*, no. 257, de 15 de noviembre de 1970.
- Código penal de Ecuador*, legislación Conexa, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999.
- Código penal de El Salvador*, San Salvador, 1998.
- Código penal de España*, 2.^a ed., Editoriales Tecnos. S.A., 1996.
- Código penal de Honduras*, 4.^a ed., 1995, en *Gaceta Oficial*, 17 de septiembre de 1999.
- Código penal de Nicaragua*, Managua, 1998.
- Código penal de Uruguay*, 5.^a ed., Montevideo, 1999.
- Ley No. 62, Código penal cubano*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.
- Ley No. 21, de febrero de 1979, Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, de primero de marzo de 1979.
- Nuevo Diccionario Médico Forense*, t. 2, 3.^a ed., Editorial Larousse 3.^a ed., 1956.
- Tribunal Supremo de Cuba: Boletín* (de 1974 a 2008).

LA SANCIÓN PECUNIARIA

Lic. Lissy Valcárcel Gómez,
jueza profesional, Sala de lo Económico, TPP La Habana

ANTE una creciente economía de gestión, y como respuesta a la supremacía del contrato en las relaciones económicas, se promulga el Decreto Ley No. 304, “De la contratación económica”, de primero de noviembre de 2012, en el que se regula como principio la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, y la especialización se une a la integración, con las vigentes normas civiles; tal es así que, en la Disposición final primera, se define la aplicación supletoria de la norma civil, y es que el fin último del legislador resulta entender el contrato como un acto de comercio más allá de su distinción entre contrato civil o propiamente mercantil o económico.

A esta tendencia, no escapan las garantías crediticias, inicialmente reguladas en la norma civil, que encuentra correspondencia en el Artículo 50 de la normativa mercantil, la cual reconoce que las partes pueden incorporar a los contratos las ya reconocidas en la legislación e, incluso, “cualquier otra válida acordada por las partes”,¹ lo que amplía el espectro de garantías y las deja únicamente a la voluntad de las partes incorporadas al contrato; claro, con el límite de no contravenir ninguna disposición nor-

mativa vigente, o sea, con el límite del principio de la legalidad.

Especial intención se evidencia en cuanto a la regulación específica de la sanción pecuniaria, como única conceptualizada y delimitada en el nuevo Decreto Ley, y no debe perderse de vista la dispersión normativa que estuvo llamada a eliminar, toda vez que la regulación de esta garantía para los contratos económicos estaba contenida en el extinto Decreto Ley No. 15 de 1978, “Normas básicas para los contratos económicos”, con referencia a su inclusión en las Condiciones generales o especiales de contratación. A partir de esta norma, hasta hace muy poco rectora en materia de contratación, se derivaban una serie de decretos especiales para los principales contratos que se entendían *per se* incorporados a ella, en los que se reservaba un espacio para la regulación de la sanción pecuniaria que, considero, limitaba la autonomía de las partes, obedeciendo a una economía planificada. Esta institución estaba limitada en cuanto a los términos de prescripción, a su cálculo y determinación, marcada por un carácter porcentual por cada día de retraso en el cumplimiento, y

1 Artículo 50 del Decreto Ley No. 304/2012, de primero de noviembre de 2012.

estipulaba, como límite, hasta el ocho por ciento del valor total del producto, para unos casos, o fijaba una cifra predeterminada por cada día de demora, hasta un límite determinado, junto con otras deficiencias que la desvirtuaban como institución de garantía propiamente para el cumplimiento de las obligaciones.

En la actualidad, aun manteniéndose al contrato, como forma rectora del tráfico mercantil, su previsión y regulación se aleja de las viejas tendencias pragmáticas, y enfatiza, como principio, la voluntad de los sujetos económicos y un creciente sistema de gestión, frente a un control de los órganos de dirección empresarial.

EN ARAS DE SU DEFINICIÓN

Siguiendo la línea de sus antecedentes, se define la sanción pecuniaria como la suma de dinero pactada por las partes en el contrato; de ahí, su naturaleza pecuniaria, que no se reserva únicamente para el cumplimiento de obligaciones líquidas, sino que puede ser utilizada como garantía en cualquier tipo de obligación contractual.

La normativa contractual amplía su determinación, al establecer que se expresará en una suma alzada porcentualmente o mediante otro indicador que obedecerá, en primer lugar, al arbitrio de las partes y debe guardar relación con el valor de la prestación que garantiza. Válico aclarar que, si bien en la legis-

lación foránea la concepción de la llamada cláusula penal tiene meramente una expresión líquida, puede preverse una concepción diferente que no responda necesariamente al pago de una cuantía pecuniaria, sino gravarse el incumplimiento con otro tipo de obligación, lo cual sería una acertada inclusión futura en nuestra regulación contractual.

Tomando como presupuesto, para su existencia, el incumplimiento de las cláusulas contractuales, resulta este de obligada probanza en los procesos que se sustancian ante nuestras salas de lo económico, siempre estipulando como premisa, o requisito legal, su expresa inclusión en el negocio jurídico concertado, la cual no deberá conformarse únicamente con su definición, sino además, con la base del cálculo, que será el sustento para su solicitud y posterior estimación en sede judicial.

¿OBLIGACIÓN PRINCIPAL O ACCESORIA?

En aras de su función sancionadora, implica en todo caso una prestación accesoria ocasionada, como expliqué con anterioridad, por el incumplimiento de una obligación principal.² No obstante, resulta polémica la consideración de que se convierte en una obligación principal, cuando las partes pacten la sanción pecuniaria sustitutoria del cumplimiento, de forma tal que es-

2 Al respecto, autores como Ojeda Rodríguez opinan que la accesoriedad constituye un rasgo de las garantías crediticias, lo cual explica que dependen de la existencia de un derecho principal que, en este caso, será el derecho de crédito al cual se subordinan.

taríamos ante una novación, al extinguir la obligación de cumplimiento y crearse, como única obligación, el pago de la penalidad.

Si bien puede pactarse por las partes que sea sustitutoria, a tenor de lo preceptuado en el Artículo 52 de la citada norma contractual,³ no soy del criterio de que se convierta en una obligación principal, pues su nacimiento tiene como punto de partida el incumplimiento, y se erige íntimamente vinculada a este como una prestación accesorio, quizás ya no adicional al cumplimiento, en la medida de su exigibilidad.

En tanto obligación accesorio, tiene un carácter peculiar, toda vez que, ejercitada la acción judicial en la que la parte demandante interesa como pretensión el cumplimiento específico y el pago de la penalidad, si durante la sustanciación del proceso la parte obligada cumple la obligación principal, subsiste la posibilidad de su exigencia por el solo retraso en el cumplimiento.

¿GARANTÍA LEGAL O CONVENCIONAL?⁴

Prevista con anterioridad en el Decreto Ley No. 15, de 1978, y, de forma complementaria, en los decretos especiales, podíamos entenderla como una garantía legal, a pesar de que, en las Condiciones genera-

les de contratación legalmente concebidas, se entendían incorporadas a los contratos económicos que se suscribían. Marcaban su regulación caracteres como una fuerte delimitación conceptual y la fijación de su cálculo, de forma reiterada, en cada una de estas disposiciones normativas, ratificándose su carácter legal, en detrimento de cualquier manifestación de voluntad de las partes en su concepción contractual, defecto que no se aduce en la actualidad, cuando el único requisito es que se pacte expresamente en el contrato, sin importar el momento en que se realice; puede ser prevista al momento de su concertación o incorporada mediante suplemento, con posterioridad, lo que sí debe quedar claramente delimitada, toda vez que su aplicación no obedecerá a ninguna interpretación extintiva de las cláusulas contractuales, sino que, dada su naturaleza, será objeto de una interpretación restrictiva, careciendo el órgano jurisdiccional de la facultad de aplicar cualquier previsión legal anteriormente concebida a la relación contractual que se someta a su consideración, facultad esta que se reduce solo a su adecuación.

La resolución del contrato, como forma de extinción de este, si bien libera a las partes del cumplimiento específico, no las exime en sede

3 Artículo 52.- Cumplimiento de la obligación: El pago de la sanción pecuniaria no exime al infractor del cumplimiento de la obligación, salvo que expresamente se pacte lo contrario.

4 Estamos en presencia de garantías legales, cuando es directamente la ley quien impone una obligación de prestación de garantía; y de garantías convencionales, cuando su existencia resulta de un negocio jurídico concertado como resultado de la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes.

de responsabilidad de la reparación del daño ni de la indemnización de los perjuicios, por lo que, insertando la sanción pecuniaria dentro de este régimen de responsabilidad, no quedará eximida la parte infractora del cumplimiento de la cláusula penal, toda vez que no debe perderse de vista que la resolución implica situar a las partes en la posición que se encontraban al momento de la contratación y el pago de la sanción pecuniaria también va encaminada a mitigar los efectos del incumplimiento, aunque, por su esencia, tiene como fin *a priori* evitarlo.

EXIGIBILIDAD DE LA SANCIÓN PECUNIARIA

Su exigencia no se reserva únicamente a la sede judicial, sino que, como obligación contractual, basta con la ocurrencia del incumplimiento para que, en el ámbito privado de las partes, pueda exigirse, conciliarse e, incluso, facturarse, lo cual no sujeta al tribunal a estimar su valor sin un previo reconocimiento de la parte obligada, y la debida acreditación del incumplimiento y el cálculo de acuerdo con el contrato.

¿Puede exigirse conjuntamente con el cumplimiento? Especial atención merece su regulación en el Artículo 52 del Decreto Ley 304/12, al reservarse a la autonomía de voluntad de las partes la posibilidad de que su exigibilidad sustituya al cumplimiento de la obligación principal, como ya se expresó con anterioridad, de forma tal que pu-

diéramos hablar de una “novación”, como forma de extinguir la obligación principal y su conversión en el pago de la sanción pecuniaria como prestación, en cuyo caso, una vez determinado así en el contrato, no podrá la parte afectada instar al tribunal para obtener el cumplimiento específico de la obligación ni mucho menos pretender la declaración de nulidad de esta cláusula y, en consecuencia, el cumplimiento de la obligación principal, por cuanto estaría actuando contra sus propios actos.

Interesante resulta, entonces, esta posibilidad para el caso del cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, en las que, en muchas ocasiones, influyen otros factores, como el transcurso del tiempo o la posibilidad de su realización, que pudieran atentar contra la total satisfacción del acreedor, dada la especificidad de su cumplimiento, por lo que, al pactarse la aplicación de la penalidad en cierta forma, sería una expresión líquida de la obligación principal, al estar encaminada a mitigar el daño o indemnizar por el perjuicio causado.

No obstante, es una intención del legislador establecer como principio que su determinación, por sí misma, no sustituya el cumplimiento de la obligación; se enfatiza como obligación adicional a este, cuya exigibilidad podrá realizarse de forma conjunta con el cumplimiento, pero ello es, sin duda, un tema sensible en la actualidad, de necesaria atención por el órgano jurisdiccional y en el que debe primar el criterio de la racionalidad, en aras de que su apli-

cación no se convierta en una forma de enriquecimiento para los sujetos económicos que operan en el tráfico mercantil, lo cual guarda especial relación con la facultad de adecuación concedida a estos órganos.

FUNCIONES

Resulta reconocida la función coercitiva que cumple la sanción pecuniaria, cuando se precisa al deudor a que cumpla, ante la amenaza de tener que ejecutar la prestación accesoria, la función penal de conminarlo al cumplimiento con consecuencias onerosas y, finalmente, la función liquidatoria que será abordada con posterioridad, al predeterminar la ascendencia de los daños y perjuicios.

El acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación y el pago de una sanción pecuniaria, pero esta pena sustituye la reparación de daños e indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento y así se prevé en el Artículo 53.1 del Decreto Ley No. 304, cumpliendo en este caso una función de previa liquidación de daños y debe su determinación estar en correspondencia con el valor de la máxima afectación que, de incumplirse, sufriría la parte afectada, lo cual resulta un tema sensible y de especial atención por las salas de justicia, debiendo tener claramente definida las partes su previsión para que que el pago de la sanción pecuniaria mitigue realmente el daño que pudiera causarse; no obstante, ante una de-

ficiencia en su concepción, las consecuencias estarían condicionadas a muchos factores no existentes al momento de la concertación del contrato o de la inclusión de la cláusula penal, y podrá exigirse la reparación del daño o la indemnización por los perjuicios solo en la cuantía no cubierta por la sanción pecuniaria, lo que, si bien se reserva a la voluntad de las partes en cuanto a la exigibilidad, se impone un límite compensatorio con la sanción pecuniaria y constituye un acierto ante la exigencia de ambas, enfatizándose la función penal que debe cumplir.

LOS INTERESES MORATORIOS Y LA SANCIÓN PECUNIARIA

Reservado el primero solo para el caso de incumplimiento de obligaciones pecuniarias, y determinado durante mucho tiempo por normas reguladoras de carácter bancario o financiero, en correspondencia con las operaciones crediticias y el interés estatal, su conversión hacia la voluntad de las partes, en su inclusión en las cláusulas contractuales, ha provocado su creciente confusión con la institución de la sanción pecuniaria y ello obedece a varios factores. En primer lugar, a la concepción de dicha sanción, con una marcada influencia de su regulación en el Decreto Ley No. 15 y los decretos especiales, su sujeción al transcurso del tiempo y a una aplicación del cálculo porcentual por cada día de demora, su aparente reserva únicamente para los supues-

to de mora en el cumplimiento, pero estas son deficiencias que impactan y reducen su concepción y que todavía se evidencian en los contratos que se suscriben. No obstante, esta institución debe, poco a poco, despojarse de viejas formalidades o limitaciones que redundarán en su especificación y eficiencia en la función garante que está llamada a desempeñar.

Debe tenerse en cuenta que, para el caso de las obligaciones pecuniarias, el pago de los intereses moratorios excluye la sanción pecuniaria, ya que actúa como obligación accesoria, igualmente líquida; ante la ocurrencia del incumplimiento y la aplicación de ambas, sería una doble penalidad por encima, en muchos casos, del valor del daño o perjuicio que se causaría.

No debe perderse de vista la necesaria correspondencia entre el cálculo o determinación de la sanción pecuniaria y el valor de la prestación incumplida.

LA ADECUACIÓN

Debatida resulta esta facultad concedida al tribunal u órgano arbitral y constituye, sin duda, un límite a la autonomía de la voluntad que prevalece como principio en la regulación de la llamada cláusula penal. Si bien el vigente Código civil no define a quién corresponde la facultad de modificar la sanción pecuniaria, en aras de su adaptación a la medida del incumplimiento, la nueva ley de contratación, siguiendo las

nuevas tendencias en su regulación y tramitación, le otorga legalmente esta facultad a los órganos encargados de la solución de los conflictos derivados de incumplimiento contractual, en la jurisdicción arbitral o judicial, como parte de su función interventora y siempre en aras de restablecer el principio de equidad, una vez quebrantado, pero de ello pudiéramos derivar una serie de interrogantes, teniendo en cuenta que se trata de un tema muy polémico en la norma legal.

¿Cuáles serían los criterios de adecuación? ¿De oficio o a instancia de parte? ¿Implica la nulidad de la cláusula penal? ¿Qué se entiende por desproporcionada o abusiva?

En la respuesta a estas interrogantes, cobra una especial relevancia la actuación de las salas de justicia u órganos arbitrales, pues la facultad de adecuación está concedida, pero su eficacia dependerá de la adecuada ponderación de los jueces o árbitros en la toma de decisiones.

En cuanto a la primera interrogante, claramente se preceptúa en la norma que el criterio de adecuación obedecerá al grado de cumplimiento de la obligación, por lo que pareciera reservarse su aplicación para los casos de cumplimiento defectuoso y solo en la medida en que no se haya cumplido; de ahí que resulta desatinada la recurrente actuación de las partes que intervienen en los procesos judiciales, pretendiendo su aplicación sobre el valor de la totalidad de la prestación o sobre el inicialmente estimado en

el contrato y no sobre la parte de la prestación dejada de cumplir, en cuyo caso también habría un exceso desproporcionado de la pena y es susceptible de adecuación.

Distinto es este ejercicio de adecuación, que debe realizar el tribunal en función de la prestación incumplida, a la estimación que deberán realizar las partes al momento de concebir la cláusula penal, en correspondencia con el daño o perjuicio que sufrirían, en caso de incumplimiento.

Pero ¿qué ocurre cuando el artículo preceptúa “[...] o en los supuestos en que esta resulte desproporcionada o abusiva”?

Se amplía la posibilidad de su adecuación con independencia del grado de cumplimiento y, aunque resulte imprecisa su formulación, al no aclarar los términos “desproporcionada” o “abusiva”, constituye un límite al libre albedrío de las partes, a la hora de su concepción. Ahora, del análisis de este precepto, surgen nuevas interrogantes: ¿Debemos, los jueces, tener en cuenta solamente la medida de la prestación para su adecuación en estos casos? ¿Qué ocurriría con la función penal que constituye su esencia? Si la llevamos solo hasta la medida de la prestación, ¿no estaríamos en presencia de un cumplimiento específico? ¿Qué ocurriría con los daños? ¿Cómo cumpliría su función de previa liquidación de los daños?

Resultan más las interrogantes que las posibles respuestas. Ciertamente, si para determinar su desproporcionalidad, tomamos como referencia el valor de la prestación,

quedaría fuera la posible previsión de los daños que se originarían y estaríamos en presencia de un cumplimiento específico de la obligación, en la misma cuantía o por equivalente, obtenido de forma forzosa por la actuación del tribunal, y se anularía la función de previa liquidación de los posibles daños o perjuicios causados. Estamos hablando de una penalidad por un incumplimiento, por lo que debe contemplar, en cierta medida, un valor superior al de la prestación; de lo contrario, actuaríamos en contra de su naturaleza. Ante cualquier supuesto de adecuación, por no guardar correspondencia con el grado de cumplimiento o por resultar desproporcionada o abusiva, deberá realizarse ya no solo teniendo en cuenta el valor de la prestación, sino dejando un margen adicional que pudiera contemplar el cálculo de los daños o perjuicios causados, en cuyo supuesto se encaminaría el proceso hacia su demostración y un posible cálculo realizado por las partes, encontrándose inserta la sanción pecuniaria dentro del régimen de la responsabilidad y sería loable esta práctica para cualquier supuesto de adecuación.

¿De oficio o a instancia de parte?

Frente a la posibilidad de que los tribunales puedan actuar de oficio, en aras de la adecuación de la sanción pecuniaria, se erige como contrapartida su expresión, cual parte de la pretensión, y su correspondencia entre esta y lo dispuesto en el fallo judicial, lo cual informa como principio de congruencia en el debi-

do proceso. De tal forma, al instarse por las partes para el caso de la demandante, integraría de su pretensión y pudiera estar encaminada a la declaración de nulidad de la cláusula penal por resultar desproporcionada o abusiva, pero puede ser alegado, también, por el demandado al momento de la contestación a la demanda en forma de excepción, atemperándola a la tantas veces invocada “falta de derecho sustantivo material”, por no corresponderse los hechos a la regulación contractual que se le aplica, lo cual justificaría un pronunciamiento del tribunal en ambos casos. De lo antes planteado, se deriva la afirmación de que podrá realizarse a instancia de parte.

Si abordáramos el asunto, tomando como punto de partida el restablecimiento de principios, como el de legalidad o equidad contractual, sería sencillo ofrecer una respuesta positiva a una actuación de oficio, sin condicionarla a la formalidad de su expresión en la pretensión, como parte de la función interventora del tribunal, respaldada también en el articulado del vigente Decreto Ley “De la Contratación Económica”, pero ello obedece a un segundo análisis de índole procesal.

¿La adecuación implica la nulidad de la cláusula penal?

No necesariamente tiene que ser la adecuación una consecuencia de la declaración de nulidad, o viceversa; si no forma parte de la pretensión, no puede obtenerse una declaración del tribunal en el fallo sobre la nulidad, en cuyo caso se consideraría la inaplicabilidad de la

cláusula, por resultar desproporcionada o abusiva y, en consecuencia, deben fundamentarse en la sentencia los motivos por los cuales procedería la adecuación e ilustrar su cálculo.

De tal forma, si bien se justificaría una actuación de oficio, ante la existencia de una cláusula penal que se considerara desproporcionada o abusiva, considero que, para que pueda ser objeto de pronunciamiento judicial, debe ser colocado de alguna forma por las partes en la litis y debiera tenerse una concepción abierta en este sentido, en aras de no ignorar cuestiones que resultarían trascendentes en el orden jurídico.

PARTICULARIDADES DE SU TRAMITACIÓN EN LAS SALAS DE LO ECONÓMICO

Ante una creciente reestructuración del panorama económico, se ha producido una disminución de los pagos, como causales de los procesos que se interponen en los tribunales, lo que ha conllevado a una especialización y redirección de las pretensiones hacia otro tipo de incumplimientos contractuales, y las consecuencias que de ellos se derivan, como la indemnización por daños y perjuicios y el pago de las sanciones pecuniarias, lo cual nos ha permitido apreciar una serie de dificultades que obstaculizan la efectiva tramitación de los procesos en los que se solicita el cumplimiento de las cláusulas penales, tales como la ausencia de

una regulación específica y expresa en los contratos, pretendiéndose que se incorporen las anteriormente reguladas sanciones pecuniarias legales, cuya normativa no se encuentra vigente.

Se aprecia que, cuando se regula contractualmente, se realiza de forma imprecisa, al no determinarse su cálculo, por entenderse remitido a las derogadas condiciones generales de contratación de los decretos especiales y, en consecuencia, se incorporan a los contratos, como una réplica de su tratamiento en ellos, sin que se haga más pronunciamiento y quede limitada la autonomía de la voluntad. En muchos supuestos, se incluye la cláusula de los intereses moratorios en el acápite “penalizaciones”, lo que evidencia que existe una confusión entre estas dos instituciones.

Otra particularidad en su regulación se aprecia en contratos en los que no se pacta como una suma alzada o porcentualmente calculada (según lo regulado en la nueva legislación vigente), sino que se establece cual penalidad la obligación de que la parte infractora deba asumir los gastos en que haya tenido que incurrir el acreedor, como consecuencia del incumplimiento, o sea haciendo referencia a los daños, lo cual estimamos una defectuosa formulación.

Claro está que no deben reducirse las cláusulas penales únicamente a la condena al pago de sumas de dinero; pero ello no se contempla en nuestra legislación contractual, y debe analizarse que, en este su-

puesto, se confunde su regulación con la institución de los daños, y su previa estimación desvirtúa la propia naturaleza de la sanción pecuniaria, además de que la reparación del daño no necesita pactarse como cláusula penal, si siempre será una consecuencia derivada del incumplimiento, como parte del régimen de la responsabilidad.

Ante estas deficiencias, se solicita al tribunal que se estime su cálculo, computándose el tiempo en que transcurre el proceso, en cuyo supuesto se trata de pretensiones imprecisas susceptibles de subsanación; de igual forma, se realiza su cálculo sobre la base de la totalidad de la prestación y no sobre la parte que resultó incumplida, caso en el que se realiza la adecuación por el tribunal.

Con la anterior vigencia del Decreto Ley No. 15 y los decretos especiales, su tramitación estaba condicionada por el daño y, previamente, debía demostrarse la ocurrencia de este; ahora, recobra su naturaleza, como garantía de protección del crédito, de forma tal que, demostrado solo el incumplimiento, procederá su aplicación con independencia de la demostración del daño acaecido.

Otro asunto que revierte especial importancia es el aumento de procesos en los que se solicita, como pretensión, tanto el cumplimiento específico de la obligación como el pago de la sanción pecuniaria y la reparación del daño e indemnización de perjuicios, y lo sensible que resultan, a los efectos de que cons-

tituyen sumas adicionales que descapitalizarían a muchas entidades, por lo que precisan una particular atención de las salas de justicia.

CONCLUSIONES

1. La sanción pecuniaria se regula, en el nuevo Decreto Ley “De la Contratación Económica”, como expresión de la supremacía de la autonomía de la voluntad en la formación de los contratos.
2. Se concibe, en la normativa económica, como parte de las garantías del crédito, en consonancia con lo regulado en la legislación civil, en aras de una unificación del régimen legal aplicable a los contratos.
3. Se prevé como principio su accesoriedad, a pesar de que pueda pactarse sustitutoria del cumplimiento específico de la obligación.
4. Constituye una garantía convencional, al estar sujeta a la voluntad de las partes, su determinación y cuantificación, debiendo pactarse expresamente en el contrato.
5. Su determinación y cuantificación en el contrato debe estar en correspondencia con el valor de la máxima afectación que, en caso de incumplimiento, sufriría la parte afectada, cumpliendo, además, una función previsor.
6. Constituye la facultad de adecuación de la sanción pecuniaria, concedida a los órganos judiciales o arbitrales que diriman los conflictos, un límite a la autonomía de la voluntad de las partes.
7. La adecuación de la sanción pecuniaria deberá realizarse no solo teniendo en cuenta el valor de la prestación, sino, también, dejando un margen adicional que contemplaría el cálculo de los daños o perjuicios causados, en cuyo supuesto se encaminaría el proceso hacia la demostración de estos y un posible cálculo realizado por las partes, encontrándose, entonces, inserta la sanción pecuniaria en el régimen de la responsabilidad.
8. No necesariamente tiene que ser la adecuación una consecuencia de la declaración de nulidad, o viceversa; si no forma parte de la pretensión, no puede obtenerse una declaración del tribunal en el fallo sobre la nulidad.
9. Si bien se justificaría una actuación de oficio, ante la existencia de una cláusula penal que se considerara desproporcionada o abusiva, para que pueda ser objeto de pronunciamiento judicial, debe ser colocado de alguna forma por las partes en la litis y debieran los jueces tener una concepción abierta en este sentido.
10. Existen deficiencias en la concepción de la sanción pecuniaria dentro de los contratos económicos que se suscriben en la actualidad, que obstaculizan la efectividad de su sustanciación, como pretensión en los procesos económicos.

BIBLIOGRAFÍA

“Constitución de la República de Cuba”, de 24 de febrero de 1976 (modificada por la Ley de reforma constitucional, el 26 de junio de 2002), en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 3, La Habana, 31 de enero de 2003.

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 procedimiento civil, administrativo y laboral” (Ley No. 7/1977, de 19 de agosto), en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria,

no. 34, La Habana, 20 de agosto de 1977.

“Ley No. 82/1997, De los Tribunales Populares”, de 11 de julio, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 8, La Habana, 14 de julio de 1997.

“Decreto Ley No. 241/2006”, de 26 de septiembre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 33, La Habana, 27 de septiembre de 2006.

“Decreto Ley No. 304/2012, De la Contratación Económica”, de primero de noviembre de 2012, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 62, La Habana, 17 de diciembre de 2012.

TRATAMIENTO A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA NUEVA LEGISLACIÓN ECONÓMICA

Lic. Mercedes Carina Torres Hidalgo,
jueza profesional, Sala de lo Económico, TPP La Habana

EL país se encuentra inmerso en el reordenamiento económico necesario para lograr adaptar el modelo económico a las condiciones actuales y, en consecuencia, luego de someterlos a una discusión en toda la sociedad, se aprobaron los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, que deben ser implementados en todas las esferas de la sociedad cubana.

En estos lineamientos, se le ha dado un importante papel a las diferentes formas de producción que operan en la economía nacional y, en el trabajo de las empresas, se le confiere al contrato una gran relevancia, pero teniendo en cuenta que, para que puedan ser efectivos en la reordenación de la economía, deben crearse las herramientas para hacerlos cumplir.

En las salas de lo económico de los tribunales provinciales, con el actuar de las empresas en el nuevo ámbito, han comenzado a variar los tipos de procesos que se someten a su consideración, comenzando a reclamarse por otros incumplimien-

tos distintos al del pago que, por lo general, no se refieren al cumplimiento de la obligación, sino a la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios que se derivan de los incumplimientos, lo que me ha llevado a incursionar en esto, por la función de impartir la justicia que cumplimos los jueces, aplicándola, de manera racional, y teniendo en cuenta las particularidades de cada uno de los procesos, por tener las decisiones que se adopten, en materia económica en cuanto a la responsabilidad contractual, un impacto directo en los sujetos económicos.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL A TRAVÉS DEL TIEMPO

La responsabilidad civil tiene sus orígenes en el Derecho romano, en el que regía, como uno de los principios, el de no causar daño a otro (*alterum non laedere*), el cual se ha mantenido y reconocido hasta la actualidad, en la mayoría de las legislaciones del mundo, y con el que,

en definitiva, se busca lograr que, cuando una persona natural o jurídica cause daño a otra, la resarza.

En sus inicios, el fundamento de la responsabilidad del causante del daño era la culpa en cualquiera de sus grados (*In lege Aquilia et levissima culpa venit*) y nacía por acciones u omisiones, que podían ser voluntarias o negligentes; y, en todos los presupuestos, la concurrencia de culpa era el fundamento para su configuración, por lo que el autor del daño solo respondía si esta se producía por su culpa.

Con la revolución industrial, se inicia un cambio en esta interpretación, cuando un numeroso grupo de víctimas se encontraban insatisfechas, al ocasionársele daños que no eran resarcidos, y así empieza a verse la existencia de cierta objetivación de la culpa, y a tenerse en cuenta otros elementos para su determinación. Paralela con la existencia de la culpabilidad, comienza a manejarse la teoría del riesgo para determinar la responsabilidad, teniendo en cuenta que quien logra un beneficio con su actuar, o realiza una actividad determinada, debe asumir las consecuencias que de ella se deriven, de donde no es necesario presumir o probar la culpa, sino que con solo probar el vínculo entre el evento dañoso y la actividad que realiza el responsable, esta se configura, para así lograr el resarcimiento efectivo y real del daño ocasionado a todas las víctimas.

A lo largo de la historia del Derecho, han existido diferentes calificaciones de la responsabilidad civil, entre las que se encuentran la res-

ponsabilidad objetiva y la subjetiva. La primera va a perseguir la exigencia de la reparación de daños y la indemnización de los perjuicios sufridos, independientemente de las características del actuar del sujeto responsable, teniendo solo en cuenta la ocurrencia del daño en relación con el actuar del sujeto, y que exista el nexo causal entre dicho actuar y el resultado dañoso que provoca, mientras que la segunda se verifica por la existencia de un peligro latente o un daño reconocido que se produjo por el actuar doloso o culpable de una persona natural o jurídica.

Para que se configure la responsabilidad subjetiva, resulta necesaria la ocurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Producción de una acción u omisión ilícita: Se verifica cuando el agente comisor realiza una acción u omisión contraviniendo una norma, desarrolla una acción u omisión que esté prohibida o cuando deja de realizar algo a lo que estaba obligado por algún motivo.
- b) La existencia de dolo o culpa: En ella, debe tenerse en cuenta la culpa del sujeto al obrar o que exista una falta de diligencia en el actuar, ya sea por un actuar negligente o por imprudencia.
- c) La ocurrencia de un daño real y cierto: Tiene que ver con la certeza de la ocurrencia del daño, el cual debe estar constituido para que pueda ser exigible, al no proceder repararse el daño futuro y, por ende, incierto.

La responsabilidad civil, también, se clasifica en *responsabilidad con-*

tractual –se deriva de una relación jurídica existente entre el autor del daño y el perjudicado y nace del incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío de las obligaciones asumidas por el contrato– y la *extracontractual* –va a ser la que se deriva del deber general de no causar daño a otro, surge entre personas sin vínculo contractual alguno y, para su ocurrencia, resulta necesaria la existencia de una acción u omisión que viole lo establecido legalmente y que ocasione un daño (debe existir, obligatoriamente, un nexo causal entre la ocurrencia del daño y la acción u omisión que de ella se derive). En la primera, existe un vínculo contractual y, en la segunda, se inicia un nuevo vínculo.¹

De esto, se deriva que, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, resultan resarcibles los daños y perjuicios que se ocasionan, independientemente

del tipo de relación de la que surja y de la forma en que se relacionen el sujeto comisor y el sujeto que resulte perjudicado, al solo buscarse lograr la equidad que ha sido quebrantada y garantizar que quien resulte afectado busque, del agente causante de la afectación, la reparación, para lo que debe acreditarse la existencia del nexo causal entre la conducta que este desarrolle y el evento dañoso.

Teniendo en cuenta el tema del trabajo, y que la responsabilidad civil por la que se solicitan la mayoría de las reparaciones de daños e indemnizaciones de perjuicios que se conocen y resuelven por las salas de lo económico, se refieren, precisamente, las que se derivan de los incumplimientos contractuales. Centro este trabajo en tal responsabilidad, vista como uno de los efectos jurídicos del incumplimiento, entendido este en su sentido más amplio: incumpli-

1 La Sentencia No. 110, de 2 de noviembre de 1999, del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana (Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, ponente: Díaz Tenreiro) reconoció las diferencias entre ambos supuestos de responsabilidad civil: “[...] dando por valedero el concepto de responsabilidad civil que admite la doctrina moderna, que lo estima como la obligación que adquiere una persona cuando vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otra por una norma legal, a la reparación del daño producido, y que clasifica en responsabilidad contractual y en extracontractual o aquiliana, en franca referencia esta última a la *Lex Aquilia de damno*, diferenciándose éstas en que en la primera existe una relación jurídica anterior al daño entre el sujeto que lo causa y el que lo sufre, como ocurre en el caso del incumplimiento de un contrato, en tanto que en la segunda se adquiere igual obligación por la producción de un daño a una persona sin que exista una previa relación jurídica, pues implica la transgresión de una norma de derecho objetivo que impera entre las partes sin necesidad de su aceptación, y se trata, en última instancia, de la infracción del principio o deber general de no causar daño a otro (*neminem laedere*), es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás, habida cuenta de que la antijuricidad recae sobre una obligación de carácter genérico que pesa sobre las personas, y que para que ocurra precisa de la existencia de tres requisitos indispensables [los] cuales son: un comportamiento que al examinarlo, como punto de origen de toda responsabilidad civil, viole una norma de observancia general; que esa violación produzca un daño; y, por último, que exista una relación o nexo causal entre el comportamiento y el resultado, en otros términos, entre la conducta y el daño producido [...]”.

miento definitivo, cumplimiento defectuoso y existencia de mora en el incumplimiento.

En la responsabilidad contractual, a diferencia de lo que ocurre con la extracontractual, se debe partir de la existencia de un vínculo contractual y de que exista incumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas en el contrato. Se debe ver la prueba del daño y la relación de causalidad entre el incumplimiento que se imputa y el daño por el que se reclama, para que dicha obligación sea exigible, por lo que la determinación de si el incumplimiento ha ocasionado daños al acreedor resulta indispensable, al no responder por todo tipo de incumplimiento, sino solo por aquel del que se deriven los daños y en la cuantía de la que es responsable el deudor, si tenemos en cuenta que la posibilidad de que el incumplimiento no produjera el daño excluiría la indemnización en cualquiera de sus formas.

Del mismo modo, se debe dejar sentado lo que se considera *daño*, el cual ha sido conceptualizado como la diferencia entre la situación de la víctima antes de sufrir el acto ilícito y la que tiene después, por lo que siempre se va a verificar vinculado en el comportamiento de las partes en el proceso: por un lado, la parte incumplidora de lo pactado en el contrato; y, por la otra, la perjudicada que sufrió afectación. Y, en los daños, debe ser incluido tanto la

disminución que esta sufra, en los valores de su patrimonio, conocido por *daño puro* o *emergente*, como las ganancias que ha dejado de adquirir, denominadas *perjuicios* o *lucro cesante*, categorías cuyo comportamiento se valorará en la sala.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY No. 59

El Artículo 81² del Código civil define *acto ilícito*, aquel hecho que causa daño o perjuicio a otra persona, por lo que basta con que un acto concreto cause daño, para que sea calificado como "ilícito" y, de ello, se deriva, como consecuencia, que pueda ser exigida responsabilidad jurídica civil, conforme se regula en el Artículo 82,³ de que quien cause daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo.

En la práctica, el ordenamiento civil cubano, al referirse a conductas ilícitas, se aleja de la responsabilidad objetiva, puramente dicha, por estar dirigida al ámbito de la culpabilidad que se vincula a la responsabilidad subjetiva, resultando en la práctica que el perjudicado viene obligado no solo a probar la existencia de la afectación, sino también la relación de causalidad entre esta y el actuar del causante del evento dañoso, trasladándose a quien causó el daño la obligación de demostrar que actuó de manera diligente para evitar que ocurriera

2 Artículo 81.- Los actos ilícitos son hechos que causan daños o perjuicio a otro.

3 Artículo 82.- El que causa ilícitamente daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo.

este y, así, lograr que se le exonere de la responsabilidad que se le está imputando.

Conforme regula el Artículo 83,⁴ el resarcimiento de la responsabilidad civil comprende:

- a) La restitución del bien
- b) La reparación del daño material
- c) La indemnización del perjuicio
- d) La reparación del daño moral

Con la restitución del bien se busca reponer el bien a quien resultó perjudicado, siempre que ello resulte posible, con el abono del deterioro o menoscabo que sufriera, lo que está vinculado a un cumplimiento específico, pues, de no poderse realizar, se tendría que solicitar alguno de los otros resarcimientos a que se refiere el artículo citado, ya sea la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios.

Para el caso del daño, debe tenerse en cuenta que se refiere a los gastos específicos en que incurrió el afectado y que se derivan del incumplimiento, que provocó una lesión en su patrimonio, al sufrir un menoscabo o disminución. Para que ello sea apreciable, tiene el daño que ser cierto, lo que se debe demostrar de manera fehaciente, correspondiendo a quien sufrió la afectación la carga de la prueba de que se constituyó y que se derivó, en definitiva, del actuar de su contraparte, para que pueda proceder su reparación, mientras que al causante del daño

le va a corresponder desvirtuar su ocurrencia, su responsabilidad o que esta se extinguió.

En el caso de los perjuicios, se refiere a los beneficios o ganancias dejadas de percibir, como consecuencia del actuar de su contraparte; con ello, se busca indemnizar, de manera integral, el daño real causado y la afectación que se le produce por no obtener la utilidad que tenía prevista, lo que resulta más difícil de determinar, debido a la incertidumbre de si estas utilidades podrían ser obtenidas con seguridad.

La reparación del daño moral tiene un tratamiento limitado en nuestra legislación. El Artículo 88 determina que solo comprende la satisfacción al ofendido mediante retractación pública, y excluye el resarcimiento económico. Considero que esto rompe con la integridad que debe buscarse con la responsabilidad, en la que ha de resarcirse toda afectación que se produzca, pues una indemnización pecuniaria por un daño moral producido puede ser lícita y su compensación quedaría a la apreciación del tribunal que conozca el caso.

Como tal responsabilidad tiene una función reparadora por excelencia, por buscar la reparación de la afectación causada, en muchas ocasiones, en la práctica, no se determina, de manera específica, si lo que se pretende se refiere a la reparación de un daño o a la indemni-

4 Artículo 83.- El resarcimiento de la responsabilidad civil comprende:

- a) la restitución del bien;
- b) la reparación del daño material;
- c) la indemnización del perjuicio; y
- ch) la reparación del daño moral.

zación de un perjuicio, pero ello no limita el conocimiento y sustanciación de los procesos en la materia económica, al tener la posibilidad de la celebración de una audiencia preliminar, en la que se puede delimitar el objeto del proceso, determinar a qué conceptos se refiere la litis y, de esta manera, dirigir el debate en la forma adecuada, mientras las pruebas se van a dirigir a la demostración de uno u otro.

En nuestro ordenamiento legislativo, se encuentra regulada la responsabilidad civil contractual en los artículos del 289 al 295. En ellos, existe una similitud con lo que se regula en el citado Artículo 82, el cual obliga, al que incumpla con las obligaciones pactadas en los contratos, a la entrega de los bienes que, de no ser posible, debe resarcir los daños y perjuicios que ocasione;⁵ incluso, el Artículo 294 establece que, al incumplimiento de las obligaciones, le resultan aplicables las normas relativas a la responsabilidad por actos ilícitos, por lo que, aun cuando el Artículo 81 no hace distinción en si es de aplicación lo allí regulado a las relaciones contractuales o a las extracontractuales, en realidad, considero que existe una repetición en esta legislación, al regularse un tratamiento similar para las respon-

sabilidades contractual y extracontractual, en relación con el alcance de esta, y solo existe diferencia respecto a los términos para apreciar la prescripción, que el Artículo 114⁶ del Código civil regula (cinco años para la extracontractual, y uno para la contractual), conforme al inciso d) del Artículo 116⁷ de la propia norma.

TRATAMIENTO EN EL DECRETO LEY No. 304

Con la entrada en vigor del Decreto Ley No. 304, "De la contratación económica", de primero de noviembre de 2012, se logró la unificación, en un solo cuerpo legislativo, de todo lo concerniente a la responsabilidad. Derogó lo legislado en el Decreto Ley No. 15 y el resto de los decretos que regulaban las condiciones generales o especiales de contratación, incorporó aspectos y conceptos que con anterioridad no estaban regulados y dotó a la materia de una legislación especial de aplicación, por lo que comienza a ser menos necesaria la aplicación con carácter supletorio de lo regulado en la legislación civil que venía aplicándose hasta estos momentos, con lo que se produce una supletoriedad inversa, al ser de aplicación

- 5 Artículo 293.- En todos los casos previstos en los Artículos anteriores, cuando el acreedor no puede obtener el cumplimiento de una obligación o solo puede lograrlo de modo inadecuado, el deudor está obligado a reparar los daños y perjuicios resultantes salvo que el incumplimiento no le sea imputable.
- 6 Artículo 114.- Las acciones civiles prescriben a los cinco años si no se señala término distinto en este Código o en otras disposiciones legales.
- 7 Artículo 116.- prescriben al año las acciones:
d) para reclamar la indemnización de daños y perjuicios derivados de actos ilícitos.

a las relaciones civiles lo regulado en este.

Quiero enumerar, de manera sucinta, algunos de los principios generales que sustentan este Decreto Ley, por la importancia que algunos de ellos tienen en el desarrollo del trabajo.

- a) Autonomía de la voluntad. Se refiere a la facultad que tienen las partes de concertar los contratos que estimen pertinentes, para garantizar el cumplimiento de sus objetos sociales y determinar el contenido de estos.
- b) Buena fe. Es la obligación de las partes de actuar de buena fe y prestarse la debida cooperación en la negociación, concertación y ejecución de los contratos que suscriban y, en consecuencia, deben adoptar las medidas efectivas que tiendan a disminuir los efectos que pudiera producir el incumplimiento.
- c) Igualdad entre las partes. Las partes gozan de igualdad jurídica y ninguna puede imponer su voluntad a la otra, siendo nulas las cláusulas abusivas que se establezcan.
- d) Interés general. Las partes deben cumplir con las regulaciones administrativas que se encuentran establecidas y han de actuar en la forma que resulte más efectiva para la economía nacional y no dañar el interés público.

El Artículo 81⁸ establece que el incumplimiento de una obligación preestablecida constituye un ilícito civil, por lo que lo equipara a la responsabilidad objetiva, con similar tratamiento al que le da el Artículo 81 del Código civil; pero va más allá, al disponer la obligatoriedad de responder por el incumplimiento, excepto que se verifique la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, sin que ello libere a la parte infractora del cumplimiento de la obligación incumplida.

La responsabilidad contractual, según el Artículo 85 del Decreto Ley No. 304, comprende:

- a) el cumplimiento de la obligación;
- b) la reparación del daño;
- c) la indemnización del perjuicio; y
- d) el pago de los intereses moratorios, en el caso de las obligaciones pecuniarias.

En este artículo, se incluye el contenido de cada una de ellas. Para el cumplimiento de la obligación, se refiere a la obligatoriedad de ejecutar las obligaciones conforme se pactó en el contrato, pero, de no ser ello posible, da la alternativa de que se efectúe el cumplimiento por equivalente. En relación con el daño, comprende la afectación que realmente se ocasiona al patrimonio del perjudicado, y los perjuicios serán aquellos beneficios dejados de percibir; ambos derivados del

- 8 Artículo 81.1.- Disposición general: El mero incumplimiento de una obligación preestablecida constituye un ilícito civil.
 - 2.- La parte que incumpla un contrato asume la responsabilidad derivada de dicho incumplimiento, salvo que este tenga por causa la fuerza mayor o el caso fortuito.
 - 3.- La parte infractora no queda liberada del cumplimiento de su obligación, salvo por acuerdo de las partes o por declaración judicial.

incumplimiento de las obligaciones contractuales.

A diferencia de la legislación civil, en este Decreto Ley, se regulan los presupuestos que deben darse para que sea exigible la responsabilidad a título de daños o perjuicios, o ambos, incluyendo aspectos similares a los que se regulan por la doctrina, al tener que demostrar la parte perjudicada que están presentes los siguientes aspectos:

- a) existencia de una acción u omisión antijurídica;
- b) relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño o perjuicio ocasionado; y
- c) cuantificación.

En consecuencia, para que proceda esta indemnización, al referirse a la existencia de la acción u omisión antijurídica, es de entender que se contrae a la demostración de que existe un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contrato, que traiga consigo la insatisfacción de quien reclama, ya sea por incumplimiento total, cumplimiento moroso o cumplimiento retrasado o defectuoso, que los daños y perjuicios que se pretendan sean derivados de esta acción u omisión y que esté la cuantificación de las sumas que se están pretendiendo.

Otro aspecto regulado, cuyo análisis resulta interesante, es el referido a la concurrencia de responsa-

bilidad,⁹ en la que se debe tener en cuenta si existió mora, culpa o dolo, de la otra parte, en el incumplimiento de la obligación, de manera que, al demostrarse esta concurrencia, cada una de las partes es responsable del incumplimiento, atendiendo al grado de participación en el ilícito que tuvo lugar, lo que, en ocasiones, incluso, lleva a la exención de responsabilidad y, también, ocurre cuando el daño o perjuicio que se ocasiona se deba a la acción u omisión de la propia parte perjudicada,¹⁰ en la cual se reduce en resarcimiento, en la medida en que su actuar contribuyó a su ocurrencia. De ocurrir tal conducta, rompería con el presupuesto del nexo causal entre el incumplimiento y los daños y perjuicios que se reclaman y, en consecuencia, se daría una atenuación de la relación causa-efecto por la participación del propio perjudicado, lo que entrañaría una dificultad respecto a la distribución de la carga de la prueba, por tener cada una de las partes que aportar los medios de prueba necesarios para demostrar la forma en que su actuar contribuyó a la ocurrencia de la afectación, y la cuantificación de las sumas por las que responden.

De la misma manera, se verifica que no se responde de la afectación, teniendo en cuenta los principios que conforman esta legislación de contratación económica, cuando

9 Artículo 87.- Concurrencia de responsabilidad: Para la imputación de responsabilidad de una parte, se tiene en cuenta si existió mora, culpa o dolo de la otra parte.

10 Artículo 88.- Responsabilidad del propio perjudicado: Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro evento cuyo riesgo ella asumió, la cuantía de su reparación se reduce en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando para ello en consideración la conducta de cada una de las partes.

existe culpa exclusiva de la parte perjudicada, por estar las partes contratantes obligadas a reducir o evitar el daño o perjuicio¹¹ y, así, lograr que no se hagan extensivos estos. Se establece una limitación a la exigencia de responsabilidad, de la que no responde la parte incumplidora, si la perjudicada no adoptó las medidas para reducir los daños, por el deber que adquiere de mitigar las afectaciones, lo que se vincula con uno de los presupuestos de la responsabilidad regulados en el Artículo 86, respecto a la cuantificación de los daños. Solo se tendría derecho a recuperar los gastos razonables en los que incurrió para evitar o reducir la afectación, o el deber de evitar la afectación, al estar obligada a adoptar las medidas razonables para que no se produzcan, o cuando la conducta del propio perjudicado fue la que provocó la afectación, con lo que se rompería otro de los presupuestos para exigirla, regulado en el artículo citado, referido al nexo causal entre el actuar del demandado del proceso y la ocurrencia del daño.

Dada la redacción del artículo, las medidas que razonablemente resulten efectivas para evitar o reducir las afectaciones, se dejan en un ambiente subjetivo, pues quedarían a lo que cada una de las partes entendería que es suficiente para

ello, lo que podría generar que entren en contradicción las posiciones que se asuman por cada una de ellas y, en definitivas, de conocerse por las salas de lo económico estos tipos de litigios, sería a los jueces actuantes a los que les correspondería determinar si las medidas que se ejecutaron por la parte perjudicada fueron suficientes para disminuir la afectación, o no fue lo suficientemente diligente para hacerlo. Considero que, en esto, deben tenerse en cuenta todos los elementos que, de acuerdo con los principios de colaboración, buena fe y preservación del contrato que los rigen, y vinculan a ambas partes, y los usos y prácticas del comercio y actividad económica a que se refiere el caso específico de que se trate.

También se regula que las partes responden por los hechos e incumplimientos de los terceros que hayan intervenido en la relación contractual, como si fueran sus propios incumplimientos.

Aun cuando no se establece, en la responsabilidad contractual, la sanción pecuniaria, por llevar un tratamiento independiente de ella, y estar entre las formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, sí debe tenerse en cuenta que, aunque aquella persigue lograr la liquidación previa de daños y perjuicios que se ocasionen por el

11 Artículo 89.1.- Exención de responsabilidad por imprudencia del perjudicado: La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto esta podría haberlo reducido o evitado adoptando las medidas razonables que no adoptó, o cuando su conducta provocó el incumplimiento.

2.- La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente, tratando de reducir o evitar el daño.

incumplimiento, es sustitutiva de la reparación de los primeros y de la indemnización de los segundos,¹² salvo que se pacte lo contrario; pero se mantiene el carácter no solo sancionador de la penalidad, sino, también, el compensatorio, al restringir a las partes, a la hora de pactar el resarcimiento de la responsabilidad civil por daños y perjuicios, a pactarlas en la cuantía no cubierta por la sanción pecuniaria, limitándose, de esta forma, la autonomía de la voluntad de las partes, para evitar el enriquecimiento indebido de alguna de estas.

COMPORTAMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN PROCESOS ESTABLECIDOS COMO PRETENSIÓN

A continuación, realizo una breve exposición, en cuanto a los principales aspectos que se han observado en la Sala de lo Económico del TPP de La Habana, en los procesos en los que se ha pretendido la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios, teniendo en cuenta los aspectos tratados con anterioridad.

Primero, se fija el límite para la determinación de las sumas de los

daños y perjuicios que se pretenden, donde se tiene en cuenta a partir de qué momento se produce el incumplimiento, cuando comienzan a ser calculadas las sumas, hasta la fecha en que se interpone la demanda, para cuantificar las sumas con la cantidad específica, al ser de ello de lo que se va a defender la parte demandada y en torno a lo que se va a fijar la litis, no dejar esto para el trámite de ejecución de la sentencia, como se establece en el Artículo 147¹³ de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), de 19 de agosto de 1977.

En muchas ocasiones, verificamos que existe confusión en las partes que promueven el proceso, en relación con los conceptos por los que fijan la pretensión de la demanda, al no hacer distinción de si se refiere a daños o a perjuicios. Esto hace más difícil la comprensión de los asuntos y, sobre todo, la adquisición de las pruebas necesarias para demostrarlo, lo que no impide la tramitación del proceso, al contar con la audiencia preliminar, en la que puede ser saneado, establecer el objeto de este, y pronunciarse en cuanto a las pruebas. En definitivas, corresponde al tribu-

12 Artículo 53.1.- Carácter de la sanción pecuniaria: La sanción pecuniaria sustituye la reparación de daños e indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento, salvo pacto en contrario, en cuyo caso las partes pueden acordar el resarcimiento de daños y la indemnización de los perjuicios solo en la cuantía en que estos no estén cubiertos por la sanción pecuniaria pactada.

13 Artículo 147.- Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación.

Solo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro se hará la condena a reserva de fijar su importe y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia.

nal, en última instancia, advertir los fundamentos de hechos que se demuestran en la tramitación, el derecho que le resulta aplicable a cada uno de los procesos, al no vincular las alegaciones de las partes su actuación, y centrarse en interpretar, de manera correcta, lo que resulte de aplicación, en correspondencia a si la afectación sufrida se refiere a daños o perjuicios.

En cuanto a las cargas probatorias, se debe tener en cuenta que, por referirse generalmente a daños contractuales derivados de una relación contractual anterior entre las partes, y por la regulación que lleva en la legislación que resulta aplicable, estamos ante una responsabilidad objetiva, que se verifica al demostrarse la existencia de un incumplimiento, por ser lo pactado entre las partes la ley que le es aplicable, y a ello debe estar dirigida, en primer orden, la prueba. El tribunal debe probar que la obligación (u obligaciones) asumida(s) fue (fueron) incumplida(s) y en qué medida se incumplió, llevando la responsabilidad de demostrarlo la parte perjudicada, que sería la demandante del proceso, por lo que debe proporcionar todos los elementos probatorios, a los efectos de su demostración y, de no verificarlo, obligatoriamente, llevaría a que no se pueda entrar a valorar los daños o perjuicios reclamados y dictarse una sentencia adversa a sus pretensiones. En ello, se centran las principales dificultades en la tramitación de los procesos en nuestra sala asociados a este tipo de pretensio-

nes, en los cuales, a pesar de que se enuncian los incumplimientos, no se demuestran, de manera fehaciente, lo que trae como resultado que se no acojan las pretensiones.

En relación con los daños o los perjuicios, debe demostrarse que fueron causados por el incumplimiento y, para determinar su correspondencia, se ha de realizar la comparación entre la situación que tenía el patrimonio de la parte perjudicada antes de ocurrir el incumplimiento y cómo habría estado, de no haber existido este, con lo que se lograría probar no solo la existencia del daño, sino, también, se verificaría la relación de causalidad entre ambos y la posible procedencia del resarcimiento.

Para que proceda la indemnización, por un concepto u otro, resulta necesario que se demuestre, de manera clara, la relación causa-efecto entre el incumplimiento y la lesión patrimonial sufrida.

Por otro lado, vemos que solo pueden ser indemnizables los daños y perjuicios que realmente fueron ocasionados. Para ello, las partes deben demostrar su cuantificación, lo que resulta complejo, si tenemos en cuenta que han de probar que existieron y en qué cuantía se produjeron, vinculados al daño que realmente ocurrió, pues los daños futuros e inciertos y los perjuicios posibles, pero inciertos, no son susceptibles de resarcimiento.

Respecto a los daños, resulta más fácil su demostración, al estar determinados, generalmente, por una afectación cuantificada y demostrable, por referirse a algo que ya pasó,

acreditable con documentos de tipo contable financiero o de similar categoría, con los cuales cuentan las entidades y pueden ser aportados al proceso.

Algunos de los procesos de la sala en los que se ha pretendido la reparación de los daños, las partes han presentado dificultades, al no aportar lo que realmente acredita la afectación, con omisiones en la documentación necesaria para demostrarlo (como estados de cuentas de las entidades bancarias que acreditan la erogación que tuvo que realizarse, contratos que se tuvieron que suscribir para suplir los incumplimientos, facturas que le fueron emitidas por terceros y que se derivaron de los incumplimientos, dictámenes sanitarios para demostrar las afectaciones de los suministros efectuados, destinos finales que se les dan a los productos, y documentos en los que se acredita el valor de la afectación, entre otros), y determinar la real afectación sufrida.

En relación con los perjuicios, las pruebas que los acrediten resultan más controvertidas, si tenemos en cuenta que se trata de elementos para su determinación, en los que está presente la incertidumbre, por tratarse de supuestos estimados que, para ser probados, debe corroborarse que no son ganancias hipotéticas, que podían ser obtenidas de manera real. Ha de demostrarse que, por el momento, dadas

las circunstancias concurrentes y por lo planificado, ello era posible, lo que ha sido apreciado en varios fallos y ratificado por la sala de la especialidad del Tribunal Supremo Popular (TSP), en las que se ha tenido en cuenta que solo es resarcible la afectación patrimonial que sufrió la parte actora y que se derive de la actuación de la parte demandada.¹⁴

En este sentido, las principales dificultades que se han observado en los procesos radican en que se han pretendido como perjuicios las sumas resultantes de cálculos matemáticos de lo que no ha producido determinada entidad en un período, tomando como base las cantidades dejadas de entregar o de suministrar, con el precio de comercialización, pretendiendo la cantidad total de estas sumas, sin descontar de ellas los costos de producción u otros indicadores que significan gastos y que, en ningún momento, van a constituir las ganancias reales. En otros procesos, calculan determinados perjuicios partiendo de indicadores que no se corresponden con los planes de producción que les han sido aprobados y sin que se compruebe que se adoptaron las medidas para disminuir o atenuar estas supuestas pérdidas. Al no desglosarse todos los indicadores que conforman las sumas que pretenden, no se accede al resarcimiento que se interesa en el proceso, y se desestiman las pretensiones. Al respecto, hay pro-

14 [...] el perjuicio indemnizable –identificado como ganancia dejada de percibir por el incumplimiento contractual– solo cabe estimarlo mediante prueba de la afectación patrimonial sufrida por el perjudicado por hechos concretos [...] (Sentencia No. 334, 9 de junio de 2000, Sala de lo Económico, TSP, ponente: Rosario López).

nunciamientos de la sala de la especialidad del TSP.¹⁵

Los perjuicios se pueden demostrar con documentos que, de manera clara y precisa, los señalen, dependiendo de lo que se solicite y el tipo de perjuicio que se ocasionó; pero, teniendo en cuenta la incertidumbre para determinar la realización de hechos que ocurrirán en el futuro, las partes deben dotar a la sala juzgadora de las evidencias que determinan, de manera inequívoca, que las ganancias que alegan frustradas no eran imaginarias, sino que, realmente, iban a ser obtenidas, pues, de lo contrario, no resultaría válida la pretensión por este concepto.¹⁶

En ambos conceptos, se debe tener en cuenta que, según lo regu-

lado en el primer párrafo del Artículo 244¹⁷ de la LPCALE, las partes están obligadas, conforme al principio procesal de la carga de la prueba, a aportar el material probatorio para demostrar la existencia de las afectaciones que han sufrido, lo que no contradice lo que se regula en el segundo párrafo del Artículo 768¹⁸ del propio cuerpo legal, en el sentido de que, al ventilarse en nuestra materia procesos en los que priman intereses generales y se refieren a la economía nacional, el tribunal debe buscar llegar a la verdad objetiva de lo sometido a su consideración, exigiendo de las partes que se aporten los documentos que considere oportunos, lo cual ha ocurrido en muchos procesos, pero debe prevalecer el

15 [...] el margen comercial, que señala acertadamente, comprende entre otros componentes los gastos por concepto de almacenamiento, mermas, salarios, impuestos, depreciación del producto, en los que se incurriera por la comercialización, que no acontecieron por no haberse realizado esa actividad con motivo de la falta de entrega de la mercancía, para cuyo éxito debió hacer las minoraciones pertinentes al deducir la pretensión contenida en su demanda, que no debió identificarse íntegramente con el margen comercial [...] (Sentencia No. 224, 29 de noviembre de 2013, Sala de lo Económico, TSP, ponente: Andux Alfonso).

16 [...] de los dos conceptos de daño emergente y lucro cesante, es este último el que ofrece mayores dificultades, en orden a su determinación y límites. Mientras que el concepto de daño positivo tiene una base firme, pues se refiere a hechos pasados, el del lucro cesante participa de toda la incertidumbre propia de los conceptos presuntivos; siendo el aspecto más sólido de razonamiento la frustración de aquellos hechos de que hubiera brotado con seguridad la pérdida de la ganancia, a no haberse interpuesto el evento dañoso; pero siempre cabrá la duda, más o menos fundada, de si, a no ser por esa, otra circunstancia cualquiera hubiera venido a interrumpir el curso normal de las cosas. Más, por otra parte, la experiencia constante nos enseña que las demandas de indemnización más desmedidas tienen su base en este concepto imaginario de las ganancias no realizadas, por lo que incumbe al Derecho separar cuidadosamente estas presuntas ganancias de la verdadera idea y concepto del daño". (Sentencia No. 32, de 28 de abril de 2006, proceso de revisión, Sala de lo Económico, TSP, ponente: Rosario López).

17 Artículo 244.- A cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras, así como la vigencia del derecho extranjero cuya aplicación reclame.

18 Artículo 768.- El Tribunal, antes de dictar sentencia, puede disponer la práctica de las pruebas que estime indispensable sobre cuestiones de hecho que racionalmente le ofrezcan dudas, librando al efecto los mandamientos que procedan.

criterio de que los jueces no pueden pedir a las partes, de manera específica, las pruebas que demuestran sus posiciones.

Por otra parte, en un mismo proceso, se han solicitado pagos de sanciones pecuniarias de conjunto con indemnizaciones por daños y perjuicios, sin tener en cuenta que esta pena sustituye la reparación de daños e indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento, según se regula en el Artículo 53.1 del Decreto Ley No. 304, por cumplir una función de previa liquidación de los daños y perjuicios que sufrió la actora. Se ha verificado que, en la mayoría de los contratos que sirven de base a las demandas presentadas, las partes no previeron el pago de la sanción pecuniaria para mitigar realmente el daño; y, en los que se pactó la cláusula penal, no pactaron que se resarcieran estos, con independencia de la sanción pecuniaria, al resultar sustitutiva de aquella. No han tenido en cuenta, en sus pretensiones, que podrá exigirse la reparación del daño o la indemnización por los perjuicios, solo en la cuantía no cubierta por la sanción pecuniaria, según esta legislación que, como la anterior, establece un límite compensatorio de la sanción pecuniaria por la función penal que cumple.

En la práctica, se confunden estos conceptos y no se realiza el cálculo

conforme a lo que se pactó, sin tener en cuenta el carácter compensatorio que tiene la penalidad, lo que ha llevado a que el tribunal no acoja el pago de los daños o perjuicios pretendidos, o que solo disponga su resarcimiento en la suma no cubierta por la sanción pecuniaria.¹⁹

PROCESOS SIMILARES CON TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA

Entre los procesos tramitados por la sala, aquellos cuya pretensión ha sido la indemnización por daños y perjuicios, establecida por trabajadores por cuenta propia y que han tenido, como fundamento, la terminación unilateral, por parte de la entidad estatal, del vínculo contractual establecido por las partes, este fue establecido por contratos de ejecución de obra y en ninguno se ha pretendido, junto a la indemnización, su mantenimiento.

Luego de terminados los procesos, se pudo comprobar que, en los daños pretendidos, no se cumplía el presupuesto del vínculo causal entre la terminación unilateral del vínculo contractual (por parte de la entidad estatal) con las sumas pretendidas por este concepto, al referirse a gastos en que necesariamente debía incurrir el demandante y que no

19 [...] el pago de la sanción pecuniaria sustituye la indemnización de los perjuicios, salvo pacto en contrario, en que solo se resarcen éstos en la cuantía no cubierta por la sanción pecuniaria, solo debe asumir la parte demandada el pago de la suma correspondiente a la sanción pecuniaria por no pactarse cosa distinta en el contrato [...] (Sentencia No. 759, de 27 de marzo de 2013, Sala de lo Económico, TPP de La Habana, ponente: Torres Hidalgo).

dependían del incumplimiento, por ser los pagos de los impuestos que, como trabajador por cuenta propia, debía asumir con la Oficina Nacional de la Administración Tributaria, tuviera, o no, contratos suscritos y obtuviera, o no, ingresos derivados de estos contratos, refiriéndose otros gastos debidos al valor de la compra de materiales que no fueron utilizados y, en consecuencia, al quedar en poder del trabajador por cuenta propia, no se le ocasionó afectación por poder utilizarlos en posteriores trabajos.

En relación con los perjuicios, para calcular las cuantías que se pretenden, se toman como base supuestas ganancias dejadas de percibir, sin que se acrediten en la documentación aportada, por lo incierto de su obtención y abarcar períodos y cuantías que no lo justifican. Obtienen estas sumas de la realización de operaciones matemáticas de restar lo ejecutado del presupuesto que se pactó, sin tener en cuenta la incertidumbre de la realización de los trabajos y que, en el presupuesto pendiente a ejecutar, se encontraban incluidos los gastos necesarios en los que obligatoriamente debían incurrir para la terminación de lo pactado, por la utilización de mano de obra, materiales, transportación, pagos de impuestos y otros, que llevarían a la reducción de las cuantías que realmente debían obtenerse como ganancias reales, lo que, no desglosado, rompe con los presupuestos

que deben estar presentes para hacer exigible la responsabilidad civil.

CONCLUSIONES

1. Con la entrada en vigor del Decreto Ley No. 304, "De la contratación económica", de primero de noviembre de 2012, se unificó, en un solo cuerpo legislativo, la responsabilidad que puede derivarse de las relaciones económicas que establecen los diferentes sujetos que intervienen en la economía nacional, dejando a la autonomía de la voluntad el resarcimiento de los daños y perjuicios, cuando se pacte el pago de la sanción pecuniaria y, de pactarse ambas, solo resarcirlas en la cuantía no cubierta por aquella.
2. Aún persisten deficiencias por parte de los operadores jurídicos que intervienen en la tramitación de los procesos, en las salas de lo económico de los tribunales provinciales, que impiden la demostración de los incumplimientos y de los daños y perjuicios que de ellos se derivan.
3. Resulta necesario el estudio con profundidad del asunto por parte de los jueces que imparten justicia en la materia económica, para lograr una tramitación y resolución efectiva de los litigios en los que se pretenda la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Colectivo de autores: *Derecho de contratos. Teoría general del contrato*, La Habana, 2001.

Goyas Céspedes, Lianet: *El resarcimiento de los daños contractuales patrimoniales en el ámbito jurídico civil cubano*, Camagüey [s.m.d.].

Ojeda Rodríguez, Nancy de la C. y Teresa Delgado Vergara: *Teoría general de las obligaciones. Comentario al Código civil cubano*, La Habana, 2000.

Valdés Díaz, Caridad del C. (coord.): *Derecho civil. Parte general*, La Habana, 2002.

Legislación

“Constitución de la República de Cuba (de 24 de febrero de 1976, modificada por la Ley de reforma constitucional, el 26 de junio de 2002)”, en *Gaceta Oficial de la República de*

Cuba, ed. extraordinaria, no. 3, La Habana, 31 de enero de 2003.

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 procedimiento civil, administrativo y laboral (Ley No. 7/1977, de 19 de agosto)”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 34, La Habana, 20 de agosto de 1977.

“De los Tribunales Populares” (Ley No. 82/1997, de 11 de julio), en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 8, La Habana, 14 de julio de 1997.

“Decreto Ley No. 241/2006”, de 26 de septiembre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, no. 33, La Habana, 27 de septiembre de 2006.

“Decreto Ley No. 304/2012”, de primero de noviembre de 2012, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, no. 62, La Habana, 17 de diciembre de 2012.

VALORACIÓN JUDICIAL DE LA *TESTAMENTIFACTIO* ACTIVA

Lic. Marcos Aquino Marín,
vicepresidente, TPP de Sancti Spiritus

LA apreciación de la capacidad de testar es una temática que, si bien doctrinalmente no se caracteriza por grandes contrapuntos ni notables contramarchas, en la práctica que a diario ejerzo, como juez civilista, se manifiesta con algunas aristas contradictorias que la convierten en un tema más vulnerable de lo que podría pensarse.

La determinación de la *testamentifactio* activa, en los casos de los testamentos notariales, puede ser algo sudorosa para los fideifacientes; pero, sin lugar a dudas, deviene muy complicada cuando, una vez fallecida la persona del testador, los interesados impugnan el acto testamentario notarial alegando la falta de capacidad de aquella y exigen de los jueces un pronunciamiento concreto respecto a algo que, por el transcurso del tiempo y la imposibilidad de examinar en el presente al sujeto cuyas aptitudes se discuten, se hace engorroso concretar.

Entre los elementos más importantes en el análisis de la cuestión están: momento que debe tomarse para justipreciar la capacidad de testar; valoración de la información que arroja la práctica de la prueba en el proceso judicial sobre los estados pre, peri y postestamento del

otorgante; estimación judicial de la conclusión pericial; comportamiento de la presunción de capacidad (en este caso, la exigencia de previa declaración judicial de incapacidad, recogida en el Artículo 31b del Código civil cubano); y trascendencia y particularidades del juicio de capacidad notarial. De ahí que sean estas las dificultades que abordaré en el presente trabajo, para sentar mis consideraciones en torno a las peripecias que tienen lugar en la valoración de la capacidad de testar en los procesos que tienen por pretensión impugnar los testamentos notariales, atacando la *testamentifactio* activa.

Afiliado nuestro legislador al criterio de que la capacidad, en tanto aptitud concreta para ser sujeto de derechos y obligaciones, teniendo en cuenta relaciones jurídicas determinadas, se verifican, en las diferentes situaciones que pueden darse a través de su ejercicio, tres contextos en este sentido:

- Carencia total de capacidad.
- Posesión parcial de capacidad (capacidad restringida o limitada).
- Pleno goce de capacidad.

Así, la plena capacidad de obrar se alcanza en Cuba cuando se arriba a la mayoría de edad, que el Có-

digo civil (CC) fija en los 18 años cumplidos, o cuando el menor de esa edad contrae matrimonio, y se emancipa plenamente. A este efecto, debe tomarse en consideración que las hembras mayores de 14 años y los varones que sobrepasen los 16 años de edad pueden formalizar matrimonio, siempre que cuenten con la autorización de alguna de las personas que señala el Artículo 3 del Código de familia.

El Artículo 30 del CC define que quienes están en tal situación tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo los encaminados a satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria.

Partimos de que la regulación del CC, en torno al ejercicio de la capacidad, es de general alcance y, por lo tanto, de aplicación a cualquier acto jurídico, como es el testamentario.

De tal suerte, toda persona con salud mental y 18 años de edad cumplidos, o sin esta edad, pero que haya formalizado matrimonio,¹ tendrá plena aptitud para otorgar cualquiera de las modalidades para el testamento, previstas por la normativa civil.

En el ámbito sucesorio, la capacidad, como presupuesto del acto testamentario, la sugiere el legisla-

dor del CC en el Artículo 484.3, en ocasión de regular el tipo testamentario que es de nuestro interés, el notarial, al hacer constar la obligación del funcionario de cerciorarse de las aptitudes idóneas del otorgante.²

Analizando los supuestos de capacidad restringida regulados en el Artículo 30, considero que, si es la satisfacción de las necesidades normales de la vida diaria el criterio para establecer el margen de actuación válido en estos casos, no pueden reputarse eficaces los testamentos otorgados por personas que padezcan de enfermedad o retraso mental, aun cuando no les prive totalmente del discernimiento, como recoge el inciso b) del citado artículo, ni aquellas que por impedimento físico no puedan expresar su voluntad de modo inequívoco –inciso c)– pues la complejidad de este acto implica ejercicio pleno de capacidad, y el no poder otorgarlo válidamente debe estimarse como una de las privaciones o restricciones que supone esta situación intermedia del ejercicio de la capacidad jurídica.

Cuando se interpreta literalmente el texto del inciso b) del Artículo 31 del CC,³ se vislumbra una controversia entre la valoración casuística de las aptitudes de discernimiento

- 1 El Artículo 3 del Código de familia autoriza, para formalizar matrimonio, a la hembra que haya cumplido 14 años de edad y al varón de 16 años, previa autorización por las personas que la propia ley establece.
- 2 El apartado tercero del Artículo 483 establece: “El notario se cerciora de que el testador tiene la capacidad legal para otorgar testamento, y lo hace constar. En caso de duda, puede exigir dictamen pericial sobre la capacidad del otorgante”.
- 3 El inciso b) del Artículo 31 señala: “Carecen de capacidad para realizar actos jurídicos los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes”.

de la persona del testador y el criterio fijo de tener por incapaces a los que así hayan sido considerados previamente por pronunciamiento judicial.

Lo que sucede, a mi juicio y como ha sentado ya la doctrina,⁴ es que el pensamiento, la voluntad, la conciencia del deber y de la responsabilidad de los propios actos son en el hombre el resultado de un desarrollo gradual, por lo que se acepta el criterio de que, en tanto la capacidad legal es una presunción que no siempre responde a la realidad, son viables y necesarias, actualmente, las posibilidades de valoración de la capacidad de hecho, en relación con la índole de los actos realizados y las condiciones concretas de inteligencia y voluntad de los participantes en los actos jurídicos en cuestión.

Ahora bien, bajo la prueba consistente en la declaración judicial de incapacidad del testador, el acto se publicaría nulo como consecuencia natural e inmediata, en tanto rige el principio de la presunción *iuris tantum* de capacidad, pero ello no puede implicar que sea negada una verdad que impone la realidad y es que existen sujetos que intervienen en el tráfico civil en condiciones de incapacidad, aunque no lo haya declarado previamente algún tribunal, como también puede ocurrir que cierta persona incapacitada participe en un negocio hallándose en un intervalo lúcido. Lo cierto es que son realidades que no pueden

desatenderse, y es aquí donde el valor del material probatorio con que se cuente deviene decisivo.

Mas la escabrosidad del camino radica en la valoración de las aptitudes personales del testador, al momento de hacer valer el acto, que siempre será, dada su naturaleza, una vez muerto el sujeto cuya capacidad se cuestiona.

LA PRUEBA COMO PIEDRA ANGULAR

Los asuntos de refutación en sede de *testamentifacio* activa, ante los tribunales, tienen lugar comúnmente a través de los procesos de impugnación del acto testamentario acontecido ante notario.

En estos casos, deviene de particular interés el resultado de la práctica probatoria, en especial la pericial, no solo por la especificidad y dificultad del contenido a valorar, donde es preciso un conocimiento científico, sino además, por las tortuosas e imprecisas condiciones en que será realizada, pasando necesariamente por la retroacción a un momento anterior, sin que se cuente con la posibilidad de un examen vívido de las manifestaciones físicas e intelectuales del testador.

Aclaro que la dificultad de la prueba no puede redundar en la imposibilidad del crédito. La práctica judicial nos indica que existen casos donde sí es posible justificar con plenitud la ausencia de la *testamentifacio*

4 Vid. Caridad del C. Valdés Díaz et al.: *Derecho Civil. Parte General*, p. 110; Ludwing Enneccerus: *Tratado de Derecho. Parte general*, p. 123.

activa; otros, en los que las partes no logran rebasar, en la arena probatoria, el nivel de la conjetura o la sospecha; y, también, quienes devienen hijos adulterinos de la desconfianza de aquellos que fueron olvidados por el testador, pues lo que resulta del proceso es la total ratificación del juicio de capacidad emitido por el notario.

De cualquier modo, estimo que el órgano jurisdiccional deberá cuidar que sean llamados a la prueba un conjunto de peritos y no solo uno, procurando que confluyan la pericia médica en varias especialidades y, también, otras disciplinas.

No puede perderse de vista que toca al tribunal la responsabilidad de velar, de oficio, por la calidad de este tipo de prueba, independientemente de que las partes, atendidas al principio dispositivo que configura el proceso civil, sean quienes la propongan.

Algo importante es que, para los trabajos de elaboración del dictamen, el juzgador deberá proveer al equipo pericial de la mayor cantidad de datos posibles, que obrarán en su mayoría en los propios autos.

Las características del dictamen emitido por los peritos designados en estos procesos comprenderán la descripción de lo que haya sido objeto del dictamen, la relación de operaciones periciales llevadas a cabo, el resultado de estas y, por último, las conclusiones que se formulen, las cuales casi nunca serán categóricas, dado que la realidad

objeto de dictamen pericial no es susceptible de ser reducida a esquemas rígidos en estos casos, donde se concluye derivando consecuencias lógicas, a fuerza de pericia y racionalidad, a partir de hechos básicos acreditados, como prevén las reglas de la presunción.

Aun en estas condiciones, la misión pericial es únicamente asesorar al juez, ilustrándole sobre las circunstancias del caso, mas sin fuerza vinculante, solo sujeta su valoración a las reglas de la sana crítica.

LA TRASCENDENCIA DE LA CAPACIDAD DE TESTAR

En sede de actos *mortis causa*, resultan aplicables las disposiciones de la parte general del CC relativas al acto jurídico. Así, la voluntad sigue siendo elemento esencial del acto testamentario, diría que esencialísimo, cuando se trata el testamento de un suceso donde es la voluntad del testador la única que constituye el acto, tenido como el prototipo de negocio jurídico unilateral.⁵

Para la validez y eficacia de los testamentos, se exigen, de manera general, similares requisitos que para el contrato y otros actos jurídicos de naturaleza negocial, sin ignorar que su carácter unilateral, unido a su naturaleza *mortis causa*, conlleva a la apreciación de particularidades propias de esta figura, que se evidencian, también, en el trata-

5 Caridad del C. Valdés Díaz et. al.: *Derecho de sucesiones* (Capítulo IX).

miento doctrinal, jurisprudencial y legal de la ineficacia testamentaria.

Justamente, los distintos supuestos de nulidad de los actos jurídicos, en general, se regulan en el Artículo 67 del CC,⁶ aunque, teniendo en cuenta el tema tratado y las particularidades del acto testamentario, puede decirse que se verifica esta causal de manera específica.

Se trata, como ha de notarse, del segundo supuesto de nulidad regulado por el referido Artículo 67.

La teoría de la capacidad para testar posee ciertos particulares que le confieren especial distinción, si se le compara con la requerida para la realización de otros actos jurídicos. Así, para este negocio jurídico unilateral, la aptitud para testar va unida a la del ejercicio del derecho, sin que nadie pueda suplir o complementar tal capacidad ni hacer testamento en nombre de otro, de lo que se deduce la prohibición del testamento realizado por comisario o a través de representante.⁷

De forma especial, el Artículo 28 de la Ley de las notarías estatales regula este aspecto, al establecer que son incapaces para compare-

cer, en los actos que autoriza el notario, los menores de edad, excepto en los casos en que la ley lo disponga expresamente. Por lo tanto, al no existir precepto alguno que los autorice para ello, no podrán testar, por falta de capacidad, los menores de 18 años, salvo los emancipados por matrimonio, como ya fue apuntado. El testamento de un menor, por tanto, será nulo absolutamente, a tenor de lo dispuesto por el Artículo 67, inciso b), del CC.

EL JUICIO DE CAPACIDAD NOTARIAL

De cualquier modo, en el proceso destinado a la nulidad del testamento, alegando la ausencia de capacidad del testador al momento de su otorgamiento, resulta cuestionado el juicio de capacidad que concierne al fideifaciente, de acontecer ante él, como funcionario público, el acto cuya validez se impugna.

En efecto, corresponde al notario cerciorarse de la capacidad legal del testador, al momento del otorgamiento. Mas, distinto a lo que se

6 Según refiere el citado artículo, son nulos los actos jurídicos realizados:

- a) en contra de los intereses de la sociedad o el Estado;
- b) por personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica;
- c) con violencia física;
- d) en contra de una prohibición legal;
- e) sin cumplir las formalidades establecidas con carácter de requisito esencial;
- f) sólo en apariencia, sin intención de producir efectos jurídicos;
- g) con el propósito de encubrir otro acto distinto. En este caso, el acto encubierto o disimulado es válido para las partes, si concurren los requisitos esenciales para su validez: y
- h) por una persona jurídica en contra de los fines expresados en sus estatutos o reglamento.

7 Valdés Díaz *et al.*: *Op. cit.*

ha alegado con frecuencia, el documento carecerá de validez formal y, de antemano, cuando no conste en este el aludido juicio de capacidad; pero, obrando en el criterio al respecto, habrá que contrariar en la arena probatoria la certeza de aptitud que, en cuanto al otorgante, el funcionario ha hecho constar,⁸ aspecto que se complementa con lo regulado en el Artículo 58 del Reglamento de dicha ley, que señala la posibilidad de solicitar dictamen pericial, cuando el notario tuviera dudas acerca de la capacidad mental o volitiva del compareciente.

La apreciación que, sobre la capacidad del testador, realiza el notario deviene declaración por la cual solo se expresa la creencia o consideración del funcionario sobre las condiciones personales del otorgante, necesarias para que el acto produzca los efectos previstos; ahora bien, no hay duda de que, más que valoración subjetiva del notario, está y tiene que estar necesariamente investida del carácter de prueba, una herramienta de control de la legalidad y, como se ha enunciado, un requisito de validez de los testamentos.

No importa la fórmula en la que se exprese, ni las palabras que para ello se utilicen, será suficiente con su mención en el otorgamiento. La forma y el estilo son de libre elección por el notario.

No obstante y aun sin que tenga que dejar de ser apreciación de buena fe, el juicio de capacidad notarial

no es más que una presunción *iuris tantum* que puede echarse abajo con la prueba de que el testador carecía de la necesaria capacidad, cuando exteriorizó su voluntad en el acto realizado.

En algunos casos en cuya resolución he participado, se ha interpretado la concurrencia del criterio pericial al juicio notarial como una cuestión vinculante, criterio que no comparto, pues considero que con claridad el ya citado Artículo 483.3 sienta que la pericia la requerirá el notario para despejar las dudas que le merezca la capacidad del que vaya a testar, es de libre criterio del notario, no un deber jurídico que le viene impuesto por ley.

APUNTES FINALES

Como ya he planteado, en la práctica judicial, resultan frecuentes las impugnaciones de actos jurídicos que alegan las vicisitudes de la capacidad natural de los sujetos, al amparo del Artículo 67, inciso b), del CC, particularmente la ausencia de plena aptitud mental en el momento del otorgamiento del acto, pero reitero que, para ello, el promovente tiene ante sí el duro escollo que significa la presunción de plena capacidad de obrar operante a favor de las personas mayores de edad.

Agréguese a ello el beneficio de que se tengan por eficaces los actos jurídicos válidamente realizados, salvo prueba en contrario.

8 El Artículo 16, inciso b), de la Ley de las notarías estatales señala que será nulo el documento notarial en que no conste el juicio de capacidad.

Cuando se trata de la impugnación de un testamento notarial, que es lo que me ocupa, estas barreras se acentúan por la virtualidad y la fuerza que implica la fe pública notarial y, por tanto, todo exige del interesado un despliegue probatorio cabal, que no dé lugar a dudas y sea capaz de destruir tanta presunción en contra.

Dejo clara mi convicción de que un fallo estimatorio, nacido de la prueba de la falta de capacidad que, de hecho, ejercía el otorgante de testamento en el momento del acto, no modifica, o mejor, no crea estado civil con relación al sujeto que fue autor del acto impugnado, para lo cual habría que incoar el procedimiento encaminado al efecto, es decir, el especial de incapacidad, a tramitarse en las sedes municipales competentes. Como tampoco trascenderán los efectos ejecutivos de la sentencia más que al acto cuestionado, aunque se tenga conocimiento de que el naturalmente incapaz realizó otros negocios en el mismo estado.

CONCLUSIONES

1. La regulación del CC, en torno al ejercicio de la capacidad, es de general alcance y, por lo tanto, de aplicación al acto jurídico testamentario.
2. No pueden reputarse eficaces los testamentos otorgados por personas que se hallan en los supuestos de capacidad restringida regulados en el Artículo 30

del CC, pues la complejidad de este acto requiere el ejercicio pleno de la capacidad.

3. Son viables las posibilidades de valoración judicial de la capacidad que, de hecho, ejercitaba el testador al momento de realizar el acto testamentario, justipreciando sus condiciones concretas de inteligencia y voluntad, que pueden declararse no plenas e implicar la declaración de ineficacia del acto, aun sin que exista, en cuanto al sujeto, previa afirmación judicial de incapacidad.
4. La prueba constituye la piedra angular en la valoración judicial de la capacidad de testar.
5. El juicio de capacidad que hace constar el notario en los testamentos otorgados ante sí está investido del carácter de prueba, constituye un requisito de validez de los testamentos y reviste la fuerza de presunción *iuris tantum*.

BIBLIOGRAFÍA

- Clemente Díaz, Tirso: *Derecho civil. Parte general*, t. II, ENPES, La Habana, 1984.
- Díaz Pairó, Antonio: *Teoría general de las obligaciones*, vols. I y II, ENPES, La Habana, 1989.
- Enneccerus, Ludwing: *Tratado de Derecho civil. Parte general*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1953.
- Fernández Sessarego, Carlos: "Persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI", en *Persona*, no. 24, diciembre de 2003 (ed. digital).

Manresa y Navarro, José María: *Comentarios al Código civil español*, t. 2, 3.^a ed., Madrid, 1907.

Pérez Gallardo, Leonardo B.: "A propósito de las nulidades de los instrumentos públicos notariales", en *Boletín Especial* por el aniversario 35 de los bufetes colectivos, ONBC, La Habana, enero de 2000.

_____: *Derecho de sucesiones*, t. 1, 2 y 3, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

_____: *Temas de Derecho sucesorio cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.

Valdés Díaz, Caridad del C. (coord.): *Derecho civil. Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

_____*et al.*: *Derecho de sucesiones*, edición digital, 2004.

TRATAMIENTO LEGAL DE LAS SERVIDUMBRES EN CUBA

Lic. Dayana Javier Muñoz,
jueza profesional, TMP de Manicaragua, Villa Clara

MIS reflexiones acerca de las servidumbres han nacido de los conflictos judiciales. La problemática institución, sin duda una de las de más aplicación en la vida del Derecho, quedó sin amparo en nuestra codificación. Aun así, continúan resolviéndose en los tribunales numerosas situaciones con sustrato en este derecho real, y permanece para los operadores la titánica faena de ofrecer solución sin la herramienta para ello. En este texto, abordo los aspectos conceptuales, fundamentos, características de las servidumbres, sus diferencias con las denominadas limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, clasificación y el tratamiento ofrecido por nuestra legislación civil.

Las servidumbres, conocidas desde los tiempos de Roma, lejos de extinguirse, han adquirido matices que las revitalizan, por lo que, salvo raras excepciones, las legislaciones nacionales en el mundo procuran incesantemente perpetuarlas, sin hacerlas extravagantes al Derecho civil.

DEFINICIÓN

Resulta difícil dar un concepto específico de *servidumbre* que dife-

rencie esta institución del resto de los derechos limitativos de dominio. Doctrinalmente, algunos autores la han catalogado como un “fenómeno indefinible”; sin embargo, otros han dado un sinnúmero de definiciones. Después de haber realizado un detenido estudio, trato de ofrecer un concepto que, a mi juicio, sintetiza los criterios mas acertados al respecto.

Servidumbres: Son derechos reales establecidos sobre una finca, ya sea en beneficio de otra vecina o en provecho de varias o una comunidad de personas, que consisten en el ejercicio de un determinado uso de ella (la finca sirviente), o en la limitación de cualquiera de las facultades del propietario.

Este concepto reúne, en mi criterio, los caracteres fundamentales de las servidumbres, en su aspecto de derecho real, revelándolas como facultad de goce sobre cosa ajena, de carácter inmobiliario, de contenido y límites determinados, por la utilidad objetiva. Además, implica la intervención de personas, en tanto quien va a recibir el provecho de la servidumbre no es el predio dominante, sino el que tenga el goce de este, aunque no sea su propietario. Por último, y lo que me resulta de mayor importancia, deja claro que el

titular del predio dominante puede utilizar el sirviente para ciertos propósitos, haciendo una utilización de la cosa de carácter no pleno, limitada a servirse parcialmente de ella en algún aspecto.

FUNDAMENTO: CARACTERES COMUNES A TODAS LAS SERVIDUMBRES

A diferencia de lo sucedido con la definición del concepto, donde abundan disímiles formulaciones, en lo referente al *fundamento*, la doctrina ha coincidido en que las servidumbres tienen sostén similar al de todas las limitaciones del dominio, es decir, su sentido como institución estriba, se justifica y adquiere legitimación porque presta utilidad, ya sea a una persona o a un fundo. También, considero que su cimiento es la necesidad, debido a la función social que la propiedad debe cumplir y el máximo aprovechamiento de los suelos e inmuebles, ya sean rústicos o urbanos.

Aunque esta fundamentación tradicional es la que se ajusta a los objetivos de mi estudio, no puedo dejar de traer a colación la evolución que el devenir económico-social le ha impuesto.

El desarrollo de la propiedad inmobiliaria ha determinado que el derecho de servidumbre se adapte a nuevas exigencias, marcado sobre todo por la necesidad de intervención de los poderes públicos, el

surgimiento de una amplia escala de servidumbres administrativas, lo que significa un desplazamiento de la utilidad, como se le entendía ancestralmente, debido a las nuevas necesidades, por ejemplo de la propiedad horizontal, la edificación de grandes bloques de viviendas, de los que se derivan servidumbres con las canalizaciones, desagües, pasos, luces y vistas, todo ello dentro de un complejo urbanístico, siempre y cuando sean posibles y lícitas. En cuanto a la licitud, debe subyugarse a las normas prohibitivas específicas y, también, a la general de no atentar contra el orden público, salubridad, no contaminación, seguridad, integridad o intimidad familiar.

Un experto como Díez Picazo¹ se ha referido a la modernización del concepto de utilidad en la servidumbre con el surgimiento de las que llama de tipo industrial, diferentes a las rústicas o urbanas, donde la utilidad está dotada por el servicio que puede prestar el sirviente en función de esa industria.

Las servidumbres presentan algunos rasgos comunes, ya sean prediales o personales.

- a) Son derechos de naturaleza real, establecidos sobre la cosa ajena. Es imposible la servidumbre sobre cosa propia, pues estaría el mismo dueño limitando sus facultades de dominio. Se trata de una limitación al dominio, impuesta sobre un inmueble, en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

¹ *Sistema de derecho civil*, t. 3, vol. 3.º.

- b) Se constituyen en provecho de una persona o de un fundo exclusivamente y se vinculan a estos; si el fundo o inmueble es vendido, le siguen las servidumbres. Como consecuencia, la servidumbre no puede ser enajenada total ni parcialmente, ni gravada con independencia del fundo o inmueble.
- c) No significan para el dueño del objeto gravado la obligación de hacer, sino la de permitir que otro haga o de abstenerse de hacer.
- d) Por su carácter real, el titular podrá ejercer el derecho directamente y oponerlo a cualquiera; para defenderlo, tendrá la acción confesoria.

CLASIFICACIÓN

Existen diversos modos de clasificación de las servidumbres, atendiendo esencialmente a su naturaleza, sujeto, formas de constitución, razón del contenido o de su ejercicio, señales de existencia. Aunque debemos precisar que la realidad jurídica ha hecho imposible que exista una simple lista de clasificación, pues, en definitiva, pueden constituirse tantas servidumbres como utilidad pueda prestarse a una persona o fundo.

La primera distinción² debe atender al sujeto activo de estas, por lo que se les puede diferenciar en *prediales* y *personales*, entendiendo,

por las primeras, un derecho real en cosa ajena, en virtud del cual el sujeto del predio dominante obtiene para su fundo una ventaja a expensas del otro. Supone siempre la existencia de dos fondos, el sirviente sobre el cual se constituye la servidumbre y el dominante a cuyo favor se establecen. El titular de la servidumbre tiene derecho a ella, mientras conserve su relación con el fundo, al igual que el dueño del predio sirviente tendrá que tolerarla mientras conserve esa condición.

Las servidumbres prediales fueron diferenciadas por el Derecho romano, atendiendo a la naturaleza del predio dominante, en *rústicas* o *urbanas*: se consideran rústicas todas las relacionadas con los fondos, la agricultura; y urbanas, las que se corresponden con las construcciones.

Aún existe la distinción teórica entre rústicas y urbanas, más bien en función de las necesidades de las servidumbres, ya respondan a urgencias agrícolas y afines o de edificaciones. Al respecto, la doctrina³ considera que esta distinción se ha agotado ante las distintas utilidades de la servidumbre y *que han sido sustituidas por las continuas y aparentes o por otras de distinta institución jurídica*. Esta es la razón por la que, normativamente, en los códigos contemporáneos, no es recogida esta diferencia.

2 A esta distinción en prediales y personales, se le atribuye origen romano, propiamente en el imperio bizantino, mediante el Digesto.

3 Miguel Á. Cadenas Sobreira: *Ponencia, serie civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 4.

La diversidad de constitución de servidumbres prediales está en dependencia de las posibilidades que existan de que un fundo sea útil a otro, por lo que solo citaré, a modo de ejemplo, las que considero más importantes.

Rústicas

- Servidumbre de paso: Confiere al dueño del predio dominante el derecho de cruzar por el sirviente.
- De saca de agua: Facultad de sacar el agua del pozo o fuente del predio sirviente; supone, también, el paso para utilizarlo.
- De acueducto: Derecho de conducir el agua a través del predio ajeno por medio de tuberías; supone, también, el de cruzar para mantener los conductos.
- De verter aguas: Hacer pasar al predio sirviente las aguas del necesitado para desecarlo.
- De abrevadero: Antiguamente se conocía como el derecho de llevar el ganado a beber agua al fundo ajeno.

Urbanas

- *Tiani inmittendi*: Derecho de introducir una viga en el muro del vecino.
- *Oneris ferendi*: Apoyar la construcción propia en la pared o columna del vecino.
- *Stillicidii vel flumnis recipiendi*: Verter el agua lluvia en el predio ajeno.
- *Altius non tollendi*: Derecho de impedir al vecino que fabrique más allá de cierta altura.

- *Proiciendi vel protegendi*: Hacer avanzar sobre el predio sirviente, sin descansar en él, el vuelo de un balcón o cornisa.
- *No liminibus officiatur*: Impedir cualquier construcción proveniente del predio sirviente que disminuya la luz que proviene de aquel.
- *No propectui officiatur*: impedir cualquier construcción proveniente del predio sirviente que elimine la vista de que disfruta el predio dominante.
- Existen otras clasificaciones que no son enteramente romanas, nacidas de la interpretación y aceptadas por los códigos civiles contemporáneos, las que, por estar vigentes, me parece oportuno nombrar.

Por razón del contenido

Positivas y negativas: Las primeras imponen al predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o hacerla por sí mismo. Tendrá contenido negativo, cuando al dueño del predio sirviente le es prohibido hacer algo que sería lícito, de no mediar la servidumbre, es decir, es un deber de no actuar. Son positivas, por ejemplo, el sacar agua de un pozo, utilizar el pasto, apoyar la construcción propia en la ajena, el paso por el predio sirviente; y, por negativa, puedo citar el no fabricar más alto.

Por razón del ejercicio

Continuas y discontinuas: Son servidumbres prediales continuas las que se ejercen por un hecho de la

naturaleza, sin la intervención de ningún hecho del hombre, por ejemplo, en la de acueducto o la de luces y vistas que, una vez constituidas, la luz o el agua se recibirán sin la intervención humana. Las discontinuas se usan en intervalos más o menos largos y requieren para ejercerse de actos del hombre, donde puede ejemplificarse la servidumbre de paso.

Por las señales de su existencia

Aparentes y no aparentes: Se entienden aparentes las que revelan su existencia por algún signo visible, están permanentemente a la vista, como la servidumbre de acueducto, o la de paso. Las otras serán las no reveladoras de indicio de su existencia, pues no se ven, entre las que se encuentran la de no quitar luz o vista, la de no fabricar más alto.

Por su origen

Forzosas y voluntarias: Las servidumbres forzosas, conocidas también por legales, son las establecidas por la ley o impuestas por ministerio de la ley; por tanto, tienen su objeto en la utilidad pública (obras públicas, marítimas, defensa nacional) o el interés de los particulares (uso del agua, vistas y luces, desagüe, paso). No son solo las que están en la ley establecidas, sino también las que se imponen por resolución

judicial o administrativa, teniendo en cuenta la solicitud de un particular, constituyéndosele expresamente aun en contra de la voluntad del predio sirviente, debido a la necesidad estimada sobre el interés individual. Las voluntarias, como indica el término, se constituyen por acuerdo de voluntades de los propietarios, mediante título o negocio.

Para esta definición, corrijo el término *legales*, generalmente utilizado en la doctrina para clasificar, con lo cual me afilio al criterio de Castán.⁴

Las servidumbres personales son, también, derechos reales en cosa ajena, pero constituidas en favor de una persona determinada, sin que esta tenga que ser dueña de fundo, como ocurre en las prediales, y consiste en atribuirle a la persona una utilidad parcial determinada que un predio sea capaz de proporcionarle.

Por largo tiempo, el Derecho civil romano solo comprendió, entre ellas, el usufructo, el uso y, luego, se incorporaron la habitación y el trabajo de los esclavos, lo que el Derecho contemporáneo ha superado reconociendo la autonomía de las *servidumbres personales* y su diferencia con aquellos meros derechos. Para clarificar las diferencias entre una y otros, recurro al magistrado Cadenas Sobreiras,⁵ cuando refiere que “[...] en la servidumbre personal se funden servidumbre predial y usufructo, pero sin ser ni aquélla ni este: por un lado, no exi-

4 Castán Tobeñas: *Derecho civil español común y foral*, t. 2, vol. 2, Madrid, 1988.

5 Cadenas Sobreira: *Op. cit.*, p. 2.

ge predio dominante porque la utilidad de la finca gravada se atribuye a una persona y, además, «intuitu personae», y no por ser dueño de finca alguna; por otro, la aproximación al usufructo que supone esta consideración personal se difumina al limitarse la servidumbre a un concreto y determinado aprovechamiento del fundo sirviente”.

Entre las personales, se distinguen *las nominadas o típicas* (reguladas en los códigos) y las *innominadas* (no establecidas o descritas expresamente). Al referirse a las últimas, algunos códigos, como el de España, dejan una cláusula abierta en su creación por la vía del acatamiento a la autonomía de la voluntad, condicionándolas al respeto de las leyes y el orden público.

Los ejemplos encontrados en la bibliografía consultada son, en el caso de las nominadas, la de pastos y leñas y, como innominadas, el derecho de balcón y ventana, el derecho de hacer pastar el ganado en ciertas épocas del año.

Aunque ambas especies de servidumbre suponen un gravamen en beneficio de uno de los sujetos, las prediales indudablemente son menos limitativas, pues permiten que el dueño del predio sirviente continúe disfrutándolo; además, comúnmente, representan también beneficio general que incluso puede repercutir en la economía de una sociedad. Las personales son mucho más gravosas, en tanto determinan que el propietario se vea prácticamente impedido de obtener provechos de la cosa gravada.

Estas clasificaciones, resultado de un estudio doctrinal comparativo, en algún caso, incluyen las que no son verdaderas servidumbres, sino limitaciones al dominio derivadas de las relaciones de vecindad de los fundos, con el objetivo de asegurar la armonía en la convivencia.

SERVIDUMBRES Y RELACIONES DE VECINDAD

Aún a mediados del siglo XIX, las relaciones de vecindad no aparecían en la mayoría de los códigos civiles. Algunos años después, en los inicios del siglo XX, fueron incorporadas en los de Alemania, Holanda, España, extendiéndose, prácticamente, a todos los códigos existentes. Al menos el Código español de 1889, extendido a Cuba y del cual germinó, en parte, nuestra actual obra sustantiva civil, confundía las relaciones de vecindad con las servidumbres. Debido a las críticas que esta confusión generó en diversos autores, doctrinalmente, y también en la jurisprudencia foránea, llegó a conocerse y diferenciarse como lo que son, instituciones bien distintas.

Después de revisar parte de los criterios doctrinales y jurisprudenciales accesibles, defino una y otra.

Las *relaciones de vecindad* son, en realidad, límites legales del dominio, orientados a proteger intereses privados por razones de inmediación entre dos fundos, a fin de asegurar la convivencia pacífica entre estos. Afectan a los dos vecinos

en plano de igualdad y reciprocidad, pues son supuestos de derechos y obligaciones impuestos de manera directa, por ley, a todos los inmuebles para determinadas circunstancias. Es decir, partiendo de condiciones establecidas por el lugar, el uso y la finalidad del inmueble, se obliga a los colindantes, mediante una formulación legal a ajustar sus intereses, teniéndose como premisa la tolerabilidad de las necesidades sociales y la protección contra los usos anormales invasivos.

En cambio, las *servidumbres* no precisan una imposición de ley para considerarlas constituidas; también pueden surgir por la voluntad de las partes o reconocerse por el transcurso del tiempo (usucapión). A diferencia de las relaciones de buena vecindad, son verdaderamente una carga impuesta a determinada finca en provecho de otra (predios dominante y sirviente), no necesariamente colindante, aunque sí vecina. De manera que si, a pesar de los límites legales por interés privado, en las relaciones propias de vecindad, se conserva la libertad de ambos predios, en las *servidumbres*, no. Una vez constituidas, solo uno de los predios, se grava en favor del otro, sin reciprocidad. Precisamente por ello, como compensación, se admite para las *servidumbres* la obligación de indemnización para el predio sirviente.

El Código civil de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889, en su Título VII, definió, clasificó y reguló los modos de adquirir

y extinguir las *servidumbres*, y los derechos y cargas generados para el predio dominante y sirviente, respectivamente. Sin embargo, aunque esta ley mantuvo vigencia en nuestro país durante más de 100 años y fue referente indiscutible de la que le sustituyó, desde el 12 de abril de 1988, la Ley No. 59, en cuanto a las *servidumbres*, rompió con la sistemática preestablecida.

El Código civil español extendido a Cuba abordaba, en el título de las *servidumbres*, supuestos que, en realidad, configuran limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, confundiéndolas, por lo cual fue blanco de críticas. Nuestro ordenamiento agravó esta confusión en su redacción, cuando, lejos de mezclar ambas instituciones, omitió las *servidumbres*, conservando únicamente la predial de paso y alguna modalidad de la de aguas, en los artículos 171 y 173 y, para mayor desacierto, las intituló como limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, todo en su Libro Segundo, Título II, Capítulo IV.

Uno de los escritores consultados justifica la omisión de las *servidumbres*, refiriendo que han sido reguladas en otros textos administrativos, como las Ordenanzas de construcción de 1861 y 1963, las Ordenanzas sanitarias y la legislación de minas o ferrocarriles o que, en algunos casos, como en la de luces y vistas, su tipología es tan extensa que ha sido necesario abordarla en normas distintas y no en el Código civil.

No me afilio a estas posiciones, en tanto dichos textos solo com-

prenden algún tipo específico de servidumbre predial, quedando excluidas de toda la legislación nacional las que en sus normas no están presentes.

Tampoco la extensión de contenido de un tipo u otro de servidumbre explica su silenciamiento en la Ley No. 59, por ser, precisamente, la que, por esencia y naturaleza, tutela todos los derechos reales, entre ellos, el estatuto básico de la propiedad con sus límites y limitaciones. Las servidumbres, como parte de lo que deriva de esas propias relaciones, son materia esencialmente civil, con independencia de que han surgido otros tipos de ellas, como las administrativas o las industriales; pero, en cuanto a las clásicas, no han perdido ese carácter en el Derecho contemporáneo, por muy profusas que sean las normas administrativas sobre temas urbanísticos o ambientales.

Este vacío legislativo, en cuanto a la institución de la servidumbre, no solo implica la falta de adecuación de nuestra ley civil a las relaciones jurídicas que debe proteger, sino que limita la posibilidad de tutela efectiva en esta esfera de los derechos reales e incide en frecuentes errores judiciales, pues, ante el principio generalmente establecido para el Derecho civil, que obliga a los jueces a dictar sentencia sobre cuestiones litigiosas sometidas a su jurisdicción y en las que no puede aducir el silencio de la ley, la oscuridad o insuficiencia de esta, solo restan, como alternativas, la analogía o la jurisprudencia, aun cuando

no son fuente en nuestro sistema jurídico e, incluso, la consulta de la derogada ley sustantiva española, como referente en cuanto a las servidumbres.

En tanto las servidumbres no aparecen reguladas de forma independiente, sino que algunas están refrendadas en el propio Capítulo IV, "Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad" –de lo que se advierten las modificaciones del régimen jurídico de los derechos reales en cosa ajena–, con la entrada en vigor del Código civil cubano, se regulan taxativamente los derechos que asisten a los propietarios de los inmuebles colindantes y las obligaciones, desde el Artículo 170 hasta el 177, entre los que se encuentran: abstenerse de realizar actos que perturben, más allá del límite generalmente admitido, el disfrute de los inmuebles vecinos; la obligación de permitir el paso de las aguas que, sin la intervención del hombre, descienden de los superiores; y fijar límites entre los predios, cuando no están bien delimitados y existan contradicciones.

MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE

Comúnmente, cualquier derecho subjetivo puede ser reconocido o tutelado efectivamente por un órgano jurisdiccional que declare su existencia y establezca la obligación de respetarlo. La acción es el vehículo para lograrlo.

Algunos ordenamientos procesales⁶ plantean la necesidad de un lazo entre la acción y la situación jurídica, para la que se pide protección, conexión que denominan legitimación. Otros ordenamientos se afilian a lo que llaman teoría abstracta de la acción que, al contrario de la anterior, considera posible la independencia o escisión entre la acción y el derecho o situación jurídica que se pretenda tutelar.

En la sistemática del Derecho positivo cubano, observamos la conjugación de ambas teorías, pues, ciertamente, es posible suponer la doctrina abstracta de la acción, pero también es necesario relacionar la petición de tutela judicial con una situación jurídica específica y legitimadora.

En términos del derecho de servidumbre, las acciones representativas y tradicionales son, si se litiga la existencia del derecho mismo, para el dueño del predio dominante, la acción confesoria y, para el del sirviente, la negatoria. Y si lo discutido por ambos no es la existencia de la servidumbre, sino determinadas situaciones –como: forma de ejercicio, variación de su lugar, extensión, alteraciones o agravaciones del derecho, etc.–, podrán ejercitar la acción declarativa y/o de condena.

La *acción negatoria*, entendida tradicionalmente como acción real, compete al dueño de la finca libre, sobre la cual se pretende por otro disfrutar una servidumbre, para que se declare la libertad del predio, se

condene al perturbador a la indemnización de daños y perjuicios causados y se le aperciba de que en lo sucesivo se abstenga de perturbar el derecho del dueño con el uso de servidumbres que no existen. Para su ejercicio, requiere que:

1. El actor justifique su derecho de propiedad con el correspondiente título.
2. Pruebe la perturbación que el demandado le haya causado en el goce de su propiedad.
3. La perturbación haya sido realizada con la pretensión de ostentar un derecho real, pues, para reprimir perturbaciones de puro hecho, no hace falta recurrir a esta acción.

No es preciso que el actor pruebe la inexistencia de la servidumbre. Es un principio de Derecho que la propiedad se presume libre y es el demandado quien debe probar la existencia de limitaciones a esta.

La *acción confesoria* es aquella que se otorga al titular de la servidumbre para mantener y restituir el ejercicio de esta para la utilidad de su predio, la que ejercerá contra el titular del predio sirviente que se oponga a él. De ello se deriva que es una acción a la vez declarativa y de restitución, pues declara la existencia y trata de restablecer la situación de hecho, de conformidad con la situación jurídica. Aunque no siempre se piden ambas cosas, esta acción tiene los dos efectos, declaración de existencia y de man-

6 El Código civil holandés, en su Libro Tercero, Título 11, Artículo 304, afirma que: “la acción en justicia no puede ser separada del derecho al que sirve de protección”.

tenimiento de la servidumbre. Se requiere para su ejercicio:

1. Probar la existencia de la servidumbre.
2. Probar la lesión causada a ese derecho.

A mi modo de ver, en el mosaico de acciones personales, reales o mixtas, de nuestro derecho positivo, solo la acción personal de reconocimiento establecida en el Artículo 111a) del Código civil es afín al efecto declarativo de las acciones confesorias y negatorias, cuando se pretende lograr la certidumbre jurídica sobre la existencia, o no, de servidumbres, mientras que, con el inciso b) del propio artículo, puede reclamarse el efecto restitutorio que la acción confesoria requiera.

Que la acción de reconocimiento referida se nos torne útil para encausar asuntos relacionaos con el derecho de servidumbre, no debe motivar nuestra conformidad. Es necesario recuperar la acción propia en derecho, que encierre realmente el objeto de tutela, la situación jurídica, la consecuencia y los requisitos procesales que la institución de la servidumbre implica.

Por su parte, considero que, de acuerdo con el tipo de perturbación causada o, en su defecto, que el propietario se considere con derecho a reclamar por suponer que está afectado, en dependencia de lo normado en el Código civil cubano, en el capítulo dedicado a las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, reclamará su derecho como corresponde, teniendo así mecanismos de protección en la norma invocada y,

como norma auxiliar, se encuentran las ordenanzas de la construcción.

CONCLUSIONES

1. Aun cuando las servidumbres, en relación con su objeto y contenido, pueden consistir en las cosas más diversas, es posible dar una definición de ellas, como derechos reales en cosa ajena que son, y diferenciarlas de otros derechos limitativos del dominio.
2. El fundamento de la servidumbre supone, en primer orden, la utilidad o beneficio que proporciona el gravamen impuesto sobre el predio sirviente, en función del mejor aprovechamiento agrario o urbano de un fundo, extendiéndose actualmente al aprovechamiento de un inmueble destinado a actividades no tradicionales, como la industrial. Dicha utilidad deber ser posible y lícita.
3. La clasificación romanista de las servidumbres, fundada en el sujeto activo de estas, ha sido superada en el derecho contemporáneo, distinguiéndose que las servidumbres personales tienen autonomía respecto a las prediales. Actualmente, el régimen legal de las distintas clases de servidumbres está determinado por la utilidad que presta la servidumbre a una persona o fundo, las exigencias sociales y económicas.
4. Limitaciones legales del dominio y servidumbres no son términos idénticos. El uso o goce de una finca puede estar limitado en vir-

- tud de las relaciones de vecindad, sin que ello constituya servidumbre alguna, sino limitaciones genéricas que afectan a todas las propiedades por igual, colocadas así en plano de igualdad.
5. Mientras la servidumbre, como relación especial entre fundo dominante y sirviente, constituye un régimen de excepción, los límites fundados en relaciones de vecindad, establecen el régimen general de la propiedad inmueble, coordinadores de intereses de todos en beneficio mutuo.
 6. La Ley No. 59, Código civil cubano, omitió las servidumbres, conservando únicamente las prediales de paso y alguna modalidad de la de aguas, en los artículos 171 y 173 y, para mayor desacier-
 - to, las intituló como limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, todo en su Libro Segundo, Título II, Capítulo IV.
 7. La omisión de las servidumbres en la ley sustantiva no puede ser remediada con la extrapolación de esta institución hacia normas estrictamente administrativas. Las servidumbres, como derechos reales que afectan el estatuto básico de la propiedad, pertenecen, por naturaleza y esencia, estrictamente, a la materia civil.
 8. La acción confesoria y la acción negatoria han sido, por tradición, las reconocidas en diversos sistemas jurídicos para invocar la tutela ante situaciones derivadas de las servidumbres.

LA INVALIDEZ LABORAL EN SEDE JUDICIAL

Lic. Ludmila Collazo Rodríguez,
jueza profesional, TMP de Santo Domingo, Villa Clara

EL ordenamiento jurídico cubano no se compone del conjunto de normas jurídicas dirigidas a la regulación de las relaciones sociales, encontrándose entre sus ramas fundamentales el Derecho laboral, cuya esencia se enmarca en el direccionamiento de los vínculos que surgen en el ámbito laboral, a partir de la conexión del trabajador y la entidad, partiendo de la concertación de un contrato de trabajo o de cualquier otra vía que dé origen a las relaciones entre el empleador y el trabajador.

Esta rama del Derecho abarca diferentes instituciones que giran en torno a la figura de los trabajadores, no solo en pos de garantizar sus derechos fundamentales, sino también de fijar los deberes que deben cumplir con respecto a la entidad laboral, mereciendo especial atención, en ese marco, lo relacionado con la seguridad social, como protección que ofrece el Estado ante diferentes contingencias que pueden surgir en el propio desarrollo de las relaciones laborales.

La seguridad social, según varios autores, corresponde a la épo-

ca moderna. Hubo una etapa inicial de ahorro privado que, con posterioridad, se extendió al mutualismo, caracterizado por la asociación de varias personas con el propósito de sufragar riesgos tales como vejez, invalidez, enfermedad y muerte, lo que se lograba a partir de las aportaciones de cada uno de los socios; le siguieron otras variantes, que permitieron la intervención del Estado, al punto de establecerse regulaciones precisas en diferentes naciones.

Nuestro país no se encuentra alejado de esta situación. Existen normativas expresas y especiales para el tratamiento de todas aquellas instituciones que conforman el amplio régimen de la seguridad social, sin obviar el reconocimiento constitucional que se le ofrece en la Constitución, por lo que, en atención a la importancia que reviste esta temática y, en especial, en lo referente a la invalidez en sus principales modalidades, este artículo se encuentra dirigido a unificar las cuestiones fundamentales que giran alrededor del tema, con énfasis en algunas particularidades en cuanto a la actuación judicial.

EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social tiene por finalidad ofrecer protección a los ciudadanos, como sujetos que se desenvuelven en la sociedad, a partir del aseguramiento de las condiciones de vida, relativas a los trabajadores, sus familiares y la población en general, esta última estrictamente en la asistencia social, lo que se alcanza mediante el presupuesto del Estado y de las entidades laborales.

Existe un sistema de seguridad social que se ha definido como un conjunto de elementos que, constituyendo un todo, tiene la función de proteger a los trabajadores y a toda la población, cuando concurren causas que disminuyen o anulan su capacidad de ingreso-consumo o afectan su salud, con el objetivo de reparar o atenuar sus consecuencias, lo que representa una garantía fundamental ante las situaciones inesperadas que se presentan en la vida diaria. Esto garantiza que el trabajador no quede desamparado.

De manera conjunta, la finalidad de este sistema la indican los principios:

- De universalidad o generalidad: Es el relativo a las personas protegidas. En Cuba, incluye a toda la población.
- De comprensibilidad: Se refiere a todos los riesgos cubiertos. Mi interés aquí se centra en lo relativo a la invalidez.
- De integridad: Recae sobre la eficacia de las prestaciones que se brin-

den, en correspondencia con el riesgo de que se trate. Se materializa el efectivo cumplimiento de lo que se haya establecido legalmente.

- De solidaridad: Parte del funcionamiento del sistema de reparto. Se protege a aquellos que resulten incapacitados, tomando como base que los trabajadores de mayores ingresos contribuyen a los de menores ingresos.
- De tecnicidad y unidad: Se refiere a aspectos técnicos y estructurales, al tratarse de un sistema único, por lo que parte de la administración de la seguridad social.
- De igualdad: En torno a la obtención de prestaciones, este principio establece que deben cumplirse iguales requisitos en cada una de las personas.

La seguridad social, específicamente en Cuba, se basa en el pleno empleo, como posibilidad de los trabajadores de obtener un medio de sustento propio. Se ofrece asistencia básica a la población, con independencia de sus ingresos, y se brinda un sistema de salud con carácter gratuito. Para ello, la Constitución, en el Capítulo VII, relativo a derechos, deberes y garantías fundamentales, recoge lo referente a la significación del trabajo para la sociedad. En los artículos 47 y 48, se prevé la protección que ofrece el Estado a todo trabajador impedido por edad, invalidez o enfermedad, y que, en caso de muerte, se garantiza similar ayuda a la familia.

Se estipulan las cuestiones relativas a la asistencia social,¹ de ma-

1 Artículo 47. Mediante el sistema de seguridad social, el Estado garantiza la protección adecuada a todo trabajador impedido por su edad, invalidez o enfermedad. En caso de muerte del trabajador garantiza similar protección a su familia.

nera que claramente puede apreciarse su reconocimiento legal hasta la máxima expresión. Alcanza leyes específicas, como la Ley No. 49, de 28 de diciembre de 1984, Código de trabajo, disposición que, en el Artículo 3, establece los principios fundamentales que rigen el Derecho laboral cubano² –el inciso k) reconoce la protección que se brinda al trabajador, ante cualquier situación de las reseñadas con anterioridad, en los propios marcos en que se regula en la ley de leyes.³

Además de tales regulaciones, el 27 de diciembre de 2008, la Asamblea Nacional del Poder Popular promulgó la Ley No. 105, donde se establecen las reglas a tener en cuenta al respecto, como son la seguridad social propiamente dicha y la asistencia social. Mi interés se centra en el primero de estos. Tal sistema comprende tres tipos de prestaciones, en concepto de beneficios que percibe el trabajador y su familia, en correspondencia con la cuestión de que se trate, las que serán analizadas con posterioridad, teniendo en cuenta que, al manifestarse una situación de invalidez con

respecto a un trabajador, resulta procedente el pago de una pensión de carácter monetario, según se establece en el inciso c) del Artículo 11 del cuerpo de normas especiales.⁴

Modalidades desde el punto de vista doctrinal

Antes de proceder al análisis pertinente con respecto a las regulaciones cubanas, en este ámbito, se hace necesario puntualizar en las manifestaciones de la invalidez, los criterios doctrinales, nacionales y foráneos, lo que permitirá desenmarañar diferentes cuestiones que se verifican en la práctica judicial nuestra y que derivan de los propios marcos de la legislación laboral.

La invalidez laboral, como institución legal, se deriva de aquellas situaciones que se originan en los casos en que un trabajador padece de una enfermedad o que ha sufrido un accidente, por lo que presenta determinados padecimientos que le imposibilitan desempeñarse en su puesto de trabajo, situación reconocida en parte de la doctrina como *incapacidad laboral*, pues se

- 2 Ley No. 49 de 1984, Artículo 3: Los principios fundamentales que rigen el Derecho Laboral cubano son los siguientes: k) todo trabajador impedido de trabajar por su edad, invalidez, enfermedad o accidente de trabajo, recibe adecuada protección mediante las prestaciones en servicio, en especie y monetarias del sistema de seguridad social, y en caso de muerte del trabajador reciben esa protección sus familiares, de acuerdo con lo que establece la ley.
- 3 Esta protección se mantuvo entre los principios fundamentales del derecho del trabajo consagrados en el Artículo 2 de la Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013, Código de trabajo, vigente desde el 18 de junio de 2014, en cuyo inciso h) se reconoce “el derecho de los trabajadores y sus familiares a recibir la protección de la seguridad social, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente”.
- 4 Ley No. 105 de 2008, Artículo 11: Son prestaciones monetarias: c) la pensión por invalidez total o parcial.

centra en la carencia de capacidad del trabajador para asumir las funciones propias de su labor, sin que ello signifique que deba entenderse en sentido amplio como categoría jurídica, sino específicamente en los términos fijados.

Han sido varias las clasificaciones establecidas en cuanto a la incapacidad laboral, teniendo en cuenta diferentes aspectos, como puede ser su término de duración o el alcance de estas, en lo que se refiere a la posibilidad de que el trabajador mantenga su relación laboral.

En específico, de acuerdo con la duración en el tiempo, se consideran dos categorías: *incapacidades permanentes* e *incapacidades temporales*. Las primeras se refieren a la persona afectada por un proceso patológico o traumático, derivado de una enfermedad o accidente, que ve reducida o anulada su capacidad laboral de forma presumiblemente definitiva. Las segundas abarcan una alteración de la salud con efecto incapacitante de carácter transitorio, es decir, que incidirá durante un período variable de tiempo. Se producen, por ejemplo, cuando el trabajador, debido a una enfermedad o accidente, está imposibilitado temporalmente para trabajar y precisa asistencia sanitaria de la seguridad social.

El ordenamiento jurídico español ha distinguido algunos grados en la incapacidad permanente:

- Parcial para la profesión habitual: La que ocasiona una disminución no inferior al 33% en el rendimiento para dicha profesión.

- Total para la profesión habitual: La que inhabilita al trabajador para su profesión habitual, pero puede dedicarse a otra distinta.
- Absoluta para todo trabajo: Inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio.
- Gran invalidez: Cuando, además, el trabajador necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida.

También se ha tratado el término de *lesiones permanentes no invalidantes*, que se corresponden con aquellas lesiones, mutilaciones y deformidades causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir incapacidad permanente, suponen una disminución de la integridad física del trabajador.

Según su magnitud, se han calificado como *incapacidades parciales*, aquellas que afectan solo una parte de la función de un sentido, órgano o miembro, y *totales*, cuando afectan la totalidad de la persona.

De conformidad con la relación de trabajo, las incapacidades pueden ser *relativas* o *absolutas*. Las primeras son aquellas que se estiman o calculan en relación con una tarea laboral determinada, en tanto que las segundas son independientes de la profesión, oficio, tarea o empleo que realice la persona que la padece.

Por último, están aquellas que, según su cualidad, se denominan *incapacidades físicas* e *incapacidades psíquicas*. De acuerdo con esta manera de sistematizarlas, se produce una división artificial, pero

necesaria a los fines jurídicos e indemnizatorios, entre los dos aspectos de la persona, su *psique* y su *soma*. La incapacidad física se refiere a la pérdida parcial o total de la capacidad innata de un individuo, ya sea por causas relacionadas con enfermedades congénitas o adquiridas, o por lesiones que determinan una merma en las capacidades, especialmente en lo referente a la anatomía y la función de un órgano, miembro o sentido; generalmente, se asocian a accidentes ocurridos en oportunidad o circunstancia del trabajo, incluso algunas se desencadenan por secuelas deportivas.

Tales calificaciones son tratadas, en general, por la doctrina española, al punto de tratarse lo relacionado con su cuantificación, a fin de alcanzar una valoración exacta de su grado de repercusión sobre las posibilidades de desenvolvimiento de la persona afectada por una incapacidad, y el resarcimiento justo del daño que realmente recibió, para lo que se parte habitualmente de los criterios emitidos por un especialista designado como perito por el juez actuante, situación que ha conllevado a contradicciones notables, pues se trata de un criterio devenido de la experiencia personal y profesional del médico actuante.

La situación de incapacidad puede revisarse por agravación, mejoría, error de diagnóstico o por la realización de trabajos; puede dar lugar a la confirmación o modificación del grado o a la extinción de la incapacidad y, por tanto, de la pensión. Esta revisión es posible solo mientras no

se hayan cumplido los 65 años, y una vez transcurrido el plazo dictado en la resolución.

En cuanto a los requisitos para ser beneficiario de la prestación, cabe señalar que, en dependencia del grado de incapacidad, se exigen unos requisitos generales y de cotización. Si la incapacidad deriva de accidente, sea de trabajo, o no, o de enfermedad profesional, no se exigen cotizaciones previas.

En lo que a la cuantía se refiere, vendrá determinada por la base reguladora y el porcentaje que se aplica, según el grado de incapacidad permanente reconocido:

- **Parcial.** Aquella que deriva en una indemnización equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que sirvió para el cálculo de la incapacidad temporal.
- **Total.** Se refiere al 55% de la base reguladora. Se incrementará un 20% a partir de los 55 años cuando, por diversas circunstancias, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta a la habitual. Si el incapacitado permanente total fuese menor de 55 años, se le reconocerá el incremento del 20%, cuando cumpla dicha edad y así lo solicite; no obstante, este incremento quedará en suspenso durante el período en el que el trabajador obtenga un empleo.
- **Absoluta.** Se relaciona con el 100% de la base reguladora.
- **Gran invalidez.** Se desencadena en el 100% de la base reguladora, incrementado en un 50%, destinado a remunerar a la persona que atiende al gran inválido.

Los particulares reseñados demuestran la importancia que le confiere el Estado a este tema, pues se ha podido constatar que, por los elementos explicados, en España se han establecido regulaciones explícitas que permiten viabilizar cualquier conflicto laboral que surja ante una invalidez laboral, incluso al presentarse diferentes circunstancias.

En el ordenamiento jurídico cubano

Más allá de los cuerpos legales mencionados y que forman parte del conjunto de normas jurídicas existentes en nuestro país, en el año 2008, se promulgó la Ley No. 105, de seguridad social, modificativa de la que existía anteriormente, cuyo Artículo 47 reconoce, como formas de la invalidez, la parcial y la total, y que su determinación corresponde a la Comisión de peritaje médico laboral,⁵ sin que exista ningún otro precepto legal que catalogue otra de las modalidades reconocidas doctrinalmente, al definirse únicamente la invalidez parcial para los casos en que el trabajador presente una disminución de su capacidad física o mental, o ambas, que le permite continuar laborando bajo determinadas condiciones adecuadas a su estado de salud; y, en sentido diferente, se configura la invalidez total, cuando el trabajador presenta una disminución de estas capacida-

des, pero siempre que ello le impida continuar trabajando o cuando el trabajador tenga una capacidad residual de trabajo tan notoriamente reducida, además de que le impida desempeñar con asiduidad un empleo y sostenerse económicamente.

Para distinguir ambas modalidades de invalidez, no solo debe partirse de su definición, conformada por aquellos puntos que le dan origen, sino que también debe preverse el tratamiento, tanto laboral como salarial, que corresponde según el caso, cuestión esta que no ha sido obviada por el legislador cubano, al fijar la manera en que debe proceder la entidad en tales casos.

Se aprecia que, en correspondencia con el propio carácter de la invalidez, se ha estipulado correctamente el procedimiento a seguir, ya que al trabajador que se le dictamine la invalidez total, en efecto, se ve imposibilitado de trabajar, por lo que terminará su vínculo laboral con la correspondiente pensión, mientras que, en los casos de invalidez parcial, la última opción a seguir sería la culminación de los vínculos laborales, pues precisamente su carácter parcial indica la posibilidad de mantenerse laborando, de ahí que la Ley No. 105 haya previsto tres vías para adecuar al trabajador en correspondencia con la labor que realice y con el padecimiento que presente, pudiendo recaer en las modificaciones de su puesto o contenido de traba-

5 *Ibíd.*, Artículo 47. La invalidez para el trabajo puede ser parcial o total y se determina por la Comisión de peritaje médico laboral, al examinar al trabajador sobre su capacidad laboral.

jo, la reubicación en otra plaza o la reducción de la jornada de trabajo,⁶ siempre que respeten lo establecido en el dictamen correspondiente emitido por la Comisión actuante, como órgano facultativo para determinar la situación en que se encuentra el trabajador.

A mi juicio, una de las principales diferencias previstas en la ley, en cuanto a los dos tipos de invalidez reconocidos en el ordenamiento legal cubano, se centra en lo concerniente a las prestaciones a percibir por el trabajador, pues al realizar una interpretación de la Ley de seguridad social, puede concluirse que siempre correspondería el pago de una pensión, cuando se presenta la invalidez total, lo que, por el contrario, no acontece en la parcial, teniendo en cuenta que procede solamente una pensión provisional en los asuntos en que haya resultado imposible acoger alguna de las posibilidades previstas en el Artículo 49 del mencionado cuerpo legal, donde, además, se especifica que ello sería durante el término de un año, pasado el cual la entidad debe asumir los gastos con respecto al trabajador, mientras que se fijaría una pensión por invalidez parcial, cuando, al reubicarse el trabajador, sus ingresos hayan disminuido o por haberse reducido su jornada

laboral, criterios legislativos que se atemperan a la realidad social y que abarcan las principales situaciones que se presentan en la vida cotidiana, en gran medida, se evidencia el interés estatal de proteger a los ciudadanos y de respetar los principios constitucionales.

Otro aspecto de significación sería lo concerniente al cálculo de las prestaciones. En Cuba, tal asunto se determina a partir del salario promedio: se establece un porcentaje de acuerdo con la causa que dio origen a la invalidez y, para los asuntos relativos a la invalidez laboral, deben tenerse en cuenta los años de servicios, cuando posea origen común. A partir de estos particulares, puede precisarse que en Cuba no existen vías para calcular un porcentaje, de conformidad con el padecimiento propiamente dicho que sufra el trabajador, tal como acontece en el ámbito español.

Para tales asuntos, resulta fundamental la actuación de las comisiones de peritaje médico-laboral, como órgano al que se le han concedido facultades para la determinación de la capacidad física y mental de los trabajadores. Se requiere la presencia de todos los factores implicados, al momento de personarse el trabajador ante esta comisión, por lo que debe acompa-

6 *Ibíd.*, Artículo 49. Cuando la administración recibe el dictamen de la Comisión de Peritaje Médico Laboral declarando la invalidez parcial del trabajador, de conformidad con lo prescrito por ésta, procede de inmediato a aplicar alguna de las variantes siguientes: a) modifica las condiciones de su puesto o contenido de trabajo, en correspondencia con su estado de salud, de forma tal que pueda continuar desempeñándolo sin que se afecten sus ingresos económicos; b) lo reubica de forma priorizada en un cargo para el que se encuentre apto física y mentalmente; y c) reduce su horario de trabajo.

ñarse de un jefe administrativo, un representante de la sección sindical y uno de la Dirección Municipal de Trabajo, particulares que quedaron establecidos en el Decreto No. 283, de 6 de abril de 2009, "Reglamento de la Ley de Seguridad Social", específicamente en el Artículo 94, el que, de conjunto con las preceptivas que le siguen –donde se delimitan aquellos documentos que debe presentar la entidad en el acto, y la actuación de los comparecientes–, permite presuponer que existen exigencias encaminadas a la obtención de resultados favorables para ambas partes, empleador y trabajador,⁷ fundamentalmente en cuanto a este último, como sujeto posible de la atribución de la invalidez parcial o total.

Cuando se constata la existencia de la invalidez parcial, a partir del dictamen expedido por la comisión actuante, en el que se especifican las

limitaciones que presenta el trabajador, el empleador está obligado a:

- Procurar la adecuación de su puesto, cargo o contenido de trabajo, en correspondencia con las recomendaciones prescritas en el peritaje médico-laboral.
- Agotar las alternativas de reubicación, de modo priorizado en un cargo para el que se encuentre apto física y mentalmente.
- Reducir el horario de trabajo, cuando así lo posibilita el dictamen médico.

Las cuestiones planteadas aquí constituyen pautas de actuación en la práctica judicial, como la de algunos conflictos laborales, que serán analizados seguidamente, a partir de puntos referenciales contenidos en sentencias dictadas por el máximo órgano de justicia del país y que permiten al resto de los jueces cubanos ilustrarse sobre el tratamiento legal que debe aplicarse, sin que

7 Artículo 94.- Comparecen ante la Comisión de Peritaje Médico Laboral: a) el trabajador enfermo o lesionado; b) un jefe administrativo superior del trabajador; c) el funcionario designado por el Director de Trabajo Municipal; d) el representante designado por la organización sindical de base correspondiente. Para que la Comisión de Peritaje Médico Laboral dictamine sobre la capacidad física o mental del trabajador, tienen que estar presentes todos los factores implicados y cumplir con los requerimientos exigidos para su evaluación.

Artículo 95.- El jefe inmediato del trabajador que sea remitido a la Comisión de Peritaje Médico Laboral, está en la obligación de presentarle en el acto de su evaluación, un escrito en el que describa el contenido del cargo que desempeña el trabajador, el que debe ser firmado por éste y el representante del área sindical. Esta descripción debe encontrarse desprovista de formalidades y expresar, de forma clara y detallada, todas las funciones que realiza el trabajador durante su jornada laboral, de manera que proporcione a los peritos la información necesaria para determinar su aptitud para cumplir con su contenido de trabajo, a partir de la patología que presenta.

Artículo 96.- El funcionario que comparece en la vista de la Comisión de Peritaje Médico Laboral en representación de la Dirección de Trabajo Municipal, debe participar activamente en el acto de evaluación del trabajador enfermo o lesionado ante la citada Comisión, precisando, a través del interrogatorio al trabajador y representantes administrativo y sindical, los pormenores que considere necesarios para determinar las limitaciones que pueda presentar de acuerdo con la labor que realiza.

ello signifique que la administración de justicia en Cuba parta de la jurisprudencia.

LA INVALIDEZ PARCIAL Y TOTAL EN SEDE JUDICIAL

En cuanto a esta materia, han sido varias las decisiones adoptadas por la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular (TSP), ante injustos e irracionales fallos adoptados por los órganos judiciales que se le subordinan, aunque no siempre sucede de esta manera, lo que generalmente parte de conflictos suscitados entre empleadores y trabajadores por los tratamientos seguidos, en mayor medida cuando se procede a la reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo, ya que, en muchos casos, no se atemperan las condiciones laborales de ese puesto a las determinaciones establecidas por la Comisión de peritaje médico-laboral que dictaminó oportunamente.

Tal es el caso de la Sentencia No. 28, de 28 de abril de 2006⁸ del máximo órgano judicial, en la que se accedió al procedimiento de revisión establecido por un trabajador partiendo de que le hubo de ser dic-

taminada una invalidez parcial para el trabajo, definiéndose la imposibilidad de permanecer largas horas de pie y de realizar esfuerzos físicos, en lo que la entidad únicamente tuvo en cuenta que, en el nuevo puesto de trabajo, no realizaría esfuerzos físicos, y obvió el resto de los pronunciamientos dictaminados.

En similar sentido se proyectó la resolución de 30 de abril de 2010, correspondiente al procedimiento de revisión 580 de 2009, del referido órgano jurisdiccional, ya que no se procedió como era debido, con relación a la oferta de reubicación en una plaza que fue rechazada por el trabajador, al aludir circunstancias que, según dijo, por su invalidez, le imposibilitaban asumirla, debiendo valorarse que, aun cuando en nuestro país todo juez posee independencia en la toma de decisiones, debiendo obediencia solo a la ley, y que las resoluciones que se adopten poseen fuerza de ley, sí debe precisarse que los criterios emitidos por el TSP posibilitan la uniformidad en la administración de justicia.

En los casos relatados, se constata que los tribunales actuantes deben utilizar todos los medios probatorios que correspondan, según se ha determinado en el proceso la-

- 8 [...] que la ofertada, tal y como son realmente las funciones inherentes al puesto de sereno en varios establecimientos comerciales no se ajusta propiamente a las recomendaciones de la Comisión de Peritaje Médico, que bien claro sustenta que el trabajador no puede estar sometido a estancias de pie prolongadas y a esfuerzo físico, y si bien es cierto [que] la segunda condición se cumple con ese puesto, la primera no las cumple sino [que] se le preparan las condiciones necesarias, que no conlleven recorridos largos y disponga de mobiliario para descansar obviamente no puede acometer esas funciones, tal y como lo informa el especialista facultativo del trabajo que a instancias de esta Sala examinó el asunto controvertido, particulares que deben quedar consignadas en el contrato de trabajo que suscriban las partes [...].

boral, en aras de alcanzar la verdad material, de manera que el equívoco en que incurrieron los órganos judiciales de primera instancia se debió a la carencia de elementos que permitieran corroborar el alcance de la invalidez parcial que poseían los trabajadores involucrados, situación que resultó esclarecida por el máximo órgano, al ventilar el procedimiento de revisión, luego de apoyarse en los criterios de especialistas conocedores de la materia.

Con independencia de que, en acápites anteriores, se ventiló lo relacionado con las denominaciones reconocidas en la legislación especial, reducidas a los términos *invalidez parcial* y *total*, ciertamente no resulta ajeno a la judicatura cubana el resto de las calificaciones existentes en la doctrina internacional, pues en el cuerpo de las resoluciones se incluyen expresiones tales como *incapacidad* o *invalidez parcial permanente*.

En este ámbito, igualmente, en la Sentencia No. 92, de 30 de enero de 2012, de la citada sala de justicia, se aprecia que las entidades, luego del proceso de reordenamiento laboral, han utilizado medios que le permiten engañar a los trabajadores, sobre aspectos técnicos relacionados con el término de un año fijado en la ley, para la reubicación, a partir de la declaración de incapacidad, con el pago de la pensión provisional, lo que se cumplió

en este último aspecto, pero, a pesar de los elementos prescritos en el dictamen emitido, el empleador omitió acoger el resto de las posibilidades que ofrece el Artículo 49 de la Ley de seguridad social,⁹ quizás todo ello utilizado como ardid para luego proceder a la declaración de disponibilidad del trabajador en la nueva plaza en que fue reubicado, cuando apenas se le había notificado la reubicación dos días antes.

Lo más relevante, en este orden de cosas, recae sobre el necesario estudio y profundización de este asunto por los jueces que imparten justicia en el orden laboral, sin que ello demerite la preparación que posee la judicatura cubana; pero, en ningún sentido, debe obviarse que, al ser una temática sobre la que no abundan los conflictos laborales, no debe quedar a un lado del camino, pues las cuestiones esclarecidas demuestran claramente la sensibilidad que exigen los procesos de esta índole, con mayor fuerza cuando versan sobre trabajadores que presentan un padecimiento de una índole u otra, lo que precisamente le imposibilita mantener, como hasta ese momento, el buen desarrollo de las relaciones laborales.

CONCLUSIONES

1. La seguridad social está encaminada a la protección de las

9 [...] los cuales facultan a la administración a reducirle el horario de trabajo o reubicarlo en otro puesto de trabajo para el que se encuentra apto física y mentalmente, de no poder readecuarle el contenido de trabajo, en tal sentido queda responsabilizada con su reubicación dentro del término de hasta un año a partir de la fecha en que fue declarada la invalidez [...].

- condiciones de vida de los ciudadanos, abarcando no solo a los trabajadores, sino también a sus familiares y a toda la población, mediante un sistema compuesto de un conjunto de elementos que interactúan entre sí.
2. El ordenamiento jurídico cubano reconoce, como instituciones de la seguridad social, la invalidez parcial y la total.
 3. Los asuntos relativos a la invalidez, parcial o total, exigen de un profundo análisis por la judicatura actuante, debido a su complejidad, amén de que las dificultades han sido identificadas y salvadas en fallos emitidos por el TSP.

ACTUALIDAD JUDICIAL

Lic. Celaida Rivero Mederos
especialista judicial, TSP

ENERGÍAS RENOVADAS

El VII Encuentro Internacional Justicia y Derecho, celebrado del 21 al 23 de mayo de 2014, en el Palacio de Convenciones de La Habana, tuvo una vasta concurrencia de magistrados, jueces y otros juristas, procedentes de 21 países y una organización del Sistema de Naciones Unidas, con 230 delegados cubanos y 115 de otras nacionalidades, quienes, sumados a los invitados con pase a sesión, alcanzaron la cifra de 600 participantes.

Fue un espacio propicio, no solo para el debate de diferentes materias, sino, también, para el intercambio y la colaboración. Ofreció la oportunidad para consolidar las relaciones bilaterales entre el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba (TSP) y los representantes de delegaciones extranjeras oficiales que asistieron al cónclave.

Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, rubricó acuerdos con Fernando Ramón Vegas Torrealba, primer vicepresidente del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela; Valentín V. Ershov, Rector de la Academia Judicial del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia; Martin Ndong Nsue, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de

Guinea Ecuatorial, y Ozias Pondja, presidente del Tribunal Supremo de la República de Mozambique.

Del mismo modo, sostuvo conversaciones bilaterales con Xi Xiaoming, vicepresidente del Tribunal Supremo Popular de la República de China; Humberto Guadalupe Hernández, quien asistió al frente de la delegación de Gran Canarias; Sergio Muñoz Gajardo, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Chile; y Tong Anh Hao, vicepresidente de la Tribunal Popular Supremo de la República de Vietnam.

Además, el encuentro alcanzó niveles superiores en la difusión en los medios de comunicación, tanto en los habituales como digitales, en relación con espacios anteriores.

RUBRICAN CONVENIOS EL TSP Y LA CTC

El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Pública (SNTAP) y el TSP rubricaron varios documentos, entre los que se destacan los Lineamientos generales para la concertación de los convenios colectivos de trabajo, de aplicación para todas las estructuras del Sistema de Tribunales Populares, como parte del proceso de implementación de las indicaciones ema-

nadas de la Central de Trabajadores de Cuba, vinculadas a la puesta en vigor de la Ley 116, Código de trabajo. Firmaron estas normativas Dulce María Iglesias Suárez, secretaria general del SNTAP y Oscar M. Silvera Martínez, presidente en funciones del TSP.

El evento se efectuó el 17 de septiembre, en horas de la tarde, en sesión del Consejo de Gobierno del máximo órgano de justicia, ante la presencia de dirigentes políticos, sindicales, trabajadores destacados y directivos del TSP y estuvo precedido por consultas y análisis con los diferentes implicados, proceso que tributa a la actualización del modelo socioeconómico cubano.

Este acto bilateral tuvo la primicia entre de los colectivos obreros pertenecientes al SNTAP. Le sucederán otros 10, entre ellos, la Aduana General de la República, el Ministerio de Finanzas y Precios, y la Contraloría General de la República.

ENCUENTRO BILATERAL

El 14 de julio del presente año, Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, recibió, en la sede del máximo órgano de justicia, a Ousmane Batoko, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Benin, en visita de cortesía. En este acercamiento de camaradería quedó plasmada la voluntad de ambos dirigentes de establecer vínculos de intercambio y colaboración entre las instituciones que representan.

JUEZAS PROFESIONALES TOMAN POSESIÓN

En la sede de la institución, el 15 de enero de 2014, en horas de la mañana, la Esp. Rosaida Fong Rivera tomó posesión del cargo de jueza profesional del TSP. Del mismo modo, en la jornada matutina del 23 de julio del presente año se realizó el acto de juramento de la Esp. Aymée Fernández Toledo para asumir como jueza, en esta propia instancia judicial.

Ambas ceremonias tuvieron lugar en presencia de Rubén Remigio Ferro, presidente de este máximo órgano de justicia y demás miembros de su Consejo de Gobierno.

Fong Rivera, graduada, en 1991, de Licenciatura en Derecho, en la Universidad de Oriente, cuenta con más de 20 años en el Sistema de Tribunales Populares, donde se ha desempeñado, sucesivamente, como jueza profesional y presidenta del Tribunal Municipal Popular de Yateras, Guantánamo, hasta presidenta del Tribunal Provincial Popular de este territorio. En 2013 fue promovida a Directora de Cuadros del TSP, cargo que simultanea con esta designación.

Por su parte, Fernández Toledo, graduada de Licenciatura en Derecho, en la Universidad de La Habana, en 2001, comenzó su desempeño laboral en el Tribunal Municipal Popular de San Juan y Martínez, Pinar del Río, transitando por diferentes responsabilidades en el Sistema de Tribunales Populares. Al

momento de esta designación, se desempeñaba como jueza profesional suplente permanente del Tribunal Provincial Popular de La Habana.

El compromiso de ambas profesionales estuvo encaminado a cumplir y hacer cumplir la Constitución socialista, la legislación vigente y el Código de Ética Judicial, con el más alto sentido de modestia, sencillez, prudencia y firmeza.

CURSOS DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA

Como parte del intercambio y la colaboración entre las cortes su-

premas iberoamericanas, se otorgaron becas para diferentes cursos de formación judicial especializada para jueces cubanos. Los especialistas Alina Santana Echérri y Eldis Bailly Rodríguez, jueces profesionales del TSP, participaron en los cursos sobre *Violencia doméstica y de género*, y *La prueba penal y las nuevas tecnologías*, respectivamente, celebrados en Antigua, Guatemala. Asimismo, el M.Sc. Ranulfo A. Andux Alfonso, juez profesional de esta máxima instancia, asistió al curso *La respuesta judicial en el ámbito del derecho de la competencia*, celebrado en Montevideo, Uruguay.

EL UNIVERSO DE LOS NÚMEROS (II)

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez,
editor-corrector del TSP

AL concluir la primera parte de este enrevesado universo (no. 22, junio de 2014), dije que faltaba lo relativo a las llamadas o remisiones que allí se hacían y que eso lo trataría “en las próximas ediciones”, por lógicas razones de espacio. Dichas remisiones, siguiendo el texto, eran (son): → NUMERALES; → FECHA, 2 (y 2c); → HORA²; → CIENTO, 3; → ORDINALES; y → ABREVIATURA, 6d.

De esas seis remisiones, hoy incluyo cuatro (fecha,¹ hora,² ciento³ y abreviatura⁴), aunque, no en todos los casos, refiero solo lo que indican las llamadas. En las tres primeras, es preciso abordar otros elementos que, también, aportan a este asunto.

Antes de adentrarme en el quid de la segunda parte, debo referirme a cuestiones relativas al procedimiento que sigo aquí:

–Continúo reproduciendo textualmente la información que ofrece el *Diccionario panhispánico de dudas* (Madrid, 2005), siempre cotejando la información con lo indicado en *Ortografía de la lengua española* (México, 2012),

–Igual que en la primera parte: las palabras introductorias y finales, las presento en redondas blancas; lo citado textualmente, en *cursivas blancas*, sin comillas de inicio y cierre de párrafos; y las acotaciones que intercalo entre párrafos, en *cursivas negras*. Por supuesto, en cada una de estas partes, hay elementos (como los ejemplos y las estructuras nuevas) que exigen diferenciarse del resto, lo cual se logra cambiando el tipo de letras.

–Esta fuente usa el asterisco (*) delante de palabras, frases, cifras, etc., para indicar usos incorrectos, inadecuados o no recomendados. Conservo tal manera de presentarlos.

–Si, en la primera parte, el respeto al original incluía particiones de párrafos extensos, mediante el uso de tres puntos entre corchetes [...], ahora solo utilizo ese recurso para eliminar partes que no interesan aquí.

FECHA. 1. Es la indicación del día, mes y año en que sucede o se hace algo. El orden de mención de cada uno de estos elementos varía según distintos modelos:

1 Asociación de Academias de la Lengua española: *Diccionario panhispánico de dudas*, pp. 293-294.

2 *Ibíd.*, pp. 345-346.

3 *Ibíd.*, p. 136.

4 *Ibíd.*, pp. 8-10.

a) *En los países latinos se utiliza habitualmente el orden ascendente, esto es, día, mes, año: 31 de diciembre de 1992. Entre el día y el mes, [y] entre el mes y el año, se intercala la preposición de (→ 3c). Por razones de unidad, se recomienda utilizar este modelo en todos los países de habla hispana.*

b) *En los países anglosajones, el orden habitual es mes, día, año: diciembre 31 de 1992. En este caso, no se utiliza preposición alguna entre el mes y el día. Aunque este modelo tiene cierto uso en Hispanoamérica y cuenta con algunos antecedentes hispanos, se desaconseja su empleo en español, debido hoy al influjo del inglés.*

c) *Las normas de la ISO (International Organization for Standardization ‘Organización Internacional de Normalización’) recomiendan el orden descendente, esto es, año, mes, día, sin preposición alguna entre cada uno de los elementos: 1992 diciembre 31. Este modelo solo debe utilizarse en documentos de carácter científico o técnico de circulación internacional.*

En las tres publicaciones periódicas del TSP (la revista Justicia y Derecho, el Boletín y el libro anual dedicado a una personalidad de la judicatura cubana), se sigue la variante establecida en el inciso a), recomendada por la Asociación de Academias de la Lengua Española. La sugiero para todos nuestros textos, siempre que sea posible.

2. *Las fechas pueden escribirse enteramente con letras, con una combinación de letras y números o solo con números.*

a) *No es habitual escribir las fechas enteramente con letras: Veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y seis. Solo es normal en documentos especialmente solemnes, escrituras públicas, actas notariales o cheques bancarios. El primer día del mes puede escribirse, en este caso, con el ordinal primero [...], uso más habitual en América, o con el cardinal uno, uso más habitual en España.*

En los últimos tiempos –y cada vez con más asiduidad–, observo que, en numerosas publicaciones (y en varios textos del Sistema de Tribunales), se va imponiendo el uso de el día 1 del mes, como en España, cuando lo general, para nosotros, siempre ha sido el día primero del mes, criterio que siempre he seguido.

b) *El sistema más común combina letras y números; el día y el año se escriben con números arábigos, y el mes, con letras y siempre con inicial minúscula: 12 de octubre de 1492. En documentos antiguos era frecuente escribir con números romanos, a veces en minúscula, la identificación de día y año: «Esta carta fue fecha domingo, a xxvi días de setiembre, anno Domini mcdlviii» [...] Hoy solo es normal escribir los años con números romanos en los monumentos o placas conmemorativas, y siempre en mayúsculas.*

Lo de “siempre en mayúsculas” es relativo. Para ampliar al respecto, véase lo que se dijo en el acápite 3 de la primera parte de este texto (pp. 192-194).

c) Con mucha frecuencia, para abreviar, las fechas se escriben solo con números, separando las cifras correspondientes a día, mes y año con guiones, barras o puntos, y sin blancos de separación: 28-8-98; 16/III/1971; 8.6.00. Como se ve por los ejemplos, el año puede aparecer indicado con sus cuatro cifras o solo con las dos últimas, y el mes, en números arábigos o romanos. Cuando el número que indica el mes o el día es inferior a diez, se recomienda no anteponer un cero a la cifra simple, salvo que ello sea necesario por razones técnicas (por ejemplo, en formularios informatizados) o de seguridad (para evitar alteraciones en la fecha en documentos bancarios o comerciales); así, es preferible escribir 5.7.99, 2-9-1940, mejor que 05.07.99, 02-09-1940.

Aunque, ya definí mi posición y mi recomendación, en cuanto a la escritura de las fechas, si fuera imprescindible emplear una forma abreviada, sugeriría la variante con números arábigos y guiones.

3) En la expresión de las fechas se usan las preposiciones a, en y de.

a) La preposición a se antepone siempre a la indicación del día [...], cuando introduce un complemento del verbo estar [...]: Estamos a 28 de septiembre [...]. Si se utiliza el verbo ser para expresar la fecha, debe hacerse sin preposición y con el verbo en tercera persona del singular: Es lunes; Es 15 de julio (la pregunta correspondiente es ¿Qué día es hoy?). También se emplea la preposición a ante la indicación del día cuando este se menciona sin artículo y es complemento de un verbo expreso o sobreentendido: Expido el presente certificado a 3 de enero de 1998; [...] En Madrid, a 8 de junio de 2000. En el resto de los casos, la indicación del día va sin preposición y precedida de artículo: Te llamaré el lunes; Comienzo mis vacaciones el 20 de junio.

Aclaro que, para estos casos, he tomado las variantes que más se usan en Hispanoamérica. En España se siguen, además, otros criterios.

b) La preposición en antecede a la indicación del mes: Estamos en mayo; o del año, si este no va acompañado del mes: Nació en 1978. Hoy debe evitarse, por arcaico, el uso de en inmediatamente delante del día del mes: *La ley se aprobó en 3 de mayo; lo normal, en estos casos, es usar el artículo: La ley se aprobó el 3 de mayo.

Nos viene bien este último ejemplo porque, en algunos documentos —principalmente, sentencias—, he visto usada la variante arcaica que, como queda dicho, debe evitarse.

c) La preposición de se emplea entre la mención del día y el mes, y entre la del mes y el año: Murió el 15 de julio de 1957. También se usa la preposición de cuando se antepone al nombre del mes la palabra mes: Estamos en el mes de septiembre. No es necesaria esta preposición si se antepone a la expresión numérica del año la palabra año, aunque en estilo literario o formal se pone a veces: Murió en el año (de) 1974.

Más allá de usarse en el estilo literario y en expresiones de formalidad —excesiva, diría yo—, suele aparecer, algunas veces, en algunos textos

jurídicos, no solo los antiguos, sino también entre los que se escriben en la actualidad. Y, en los tres casos, considero que se trata de una sobrealvaloración de lo arcaico. Debemos desterrar este uso, pues es totalmente obsoleto.

4. En relación con el uso del artículo el (y, en consecuencia, de la contracción del) delante de la expresión de los años, hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) Del año 1 al 1100 es más frecuente el empleo del artículo, al menos en la lengua hablada: Los árabes invadieron la Península en EL 711. Pero no faltan abundantes testimonios sin artículo en la lengua escrita [...]

b) Del año 1101 a 1999 es claramente mayoritario el uso sin artículo: Los Reyes Católicos conquistaron Granada en 1492, si bien no dejan de encontrarse ejemplos con artículo [...] Si se menciona abreviadamente el año, suprimiendo los dos primeros dígitos, es obligatorio el empleo del artículo: En EL 92 se celebraron las Olimpiadas de Barcelona.

c) A partir del año 2000, la novedad que supuso el cambio de millar explica la tendencia mayoritaria inicial al uso del artículo: Fui al Caribe en el verano DEL 2000 o La autovía estará terminada en EL 2010.

Sin embargo, en la datación de cartas y documentos no son tan marcadas las fluctuaciones antes señaladas y se prefiere, desde la Edad Media, el uso sin artículo: 14 de marzo de 1420. Por ello, se recomienda mantener este uso en la datación de cartas y documentos del año 2000 y sucesivos: 4 de marzo de 2000. Esta recomendación no implica que se considere incorrecto, en estos casos, el uso del artículo: 4 de marzo DEL 2000. Naturalmente, si se menciona expresamente la palabra año, resulta obligado anteponer el artículo: 5 de mayo del año 2000.

Al principio de este inciso c), se indica que “el cambio de millar explica la tendencia mayoritaria inicial al uso del artículo”. Yo reitero lo de “mayoritaria inicial” porque, después, se habló y escribió bastante al respecto y se definió que, aunque la variante con artículo es válida, la recomendable es la que no lo contiene. El texto aquí citado deja un tanto abierta la variante más adecuada –solo es preciso respecto a cartas y documentos–; pero, por supuesto, la más generalizada, y la que sigo en todos los textos que reviso, es la que no incluye el artículo. Me sirve aquí este ejemplo: Comencé a escribir la segunda parte de “El universo...” el sábado 20 de septiembre de 2014.

[...]

6. En la datación de cartas y documentos es frecuente que, antes de la fecha, se mencione también el lugar en que se escriben. En estos casos, se pone coma entre el lugar y la fecha: Quito, 21 de febrero de 1967; Firmado en Madrid, a 3 de enero de 2003. También se escribe coma entre el nombre del día de la semana y la indicación del día, mes y año: Hoy es sábado, 18 de agosto de 2001.

A juzgar por los ejemplos presentados en este acápite, también los académicos prefieren la variante propuesta en 4c (sin artículo).

[...]

HORA¹ (No interesa, a los efectos de este trabajo, pues solo trata acerca de las locuciones que se forman con esta palabra).

HORA². 1. Es la indicación del momento en que sucede o se hace una cosa en relación con cada una de las veinticuatro partes en que se divide el día. La pregunta que corresponde a la indicación de la hora se formula, en la lengua general culta, en singular: ¿Qué hora es? (en ella, la palabra hora tiene el sentido genérico de 'momento del día'). Su formulación en plural (¿Qué horas son?) es admisible, aunque menos recomendable, y se da con cierta frecuencia en algunos países de América, especialmente en el nivel popular [...] Solo es normal el plural en la frase hecha de intención reprobatoria ¿qué horas son estas? [...] En la respuesta, el verbo va en singular si se trata de la una (Es la una y diez) y en plural en el resto de los casos (Son las diez y media; Son las dos menos cuarto).

2. Existen dos modelos diferentes para expresar la hora:

a) Aquel en que se emplean solo los números del 1 al 12 (o los numerales cardinales correspondientes), añadiendo, si es necesario, la indicación del tramo del día al que corresponde la hora expresada: «de la mañana» [...], «de la tarde» [...], «de la noche» [...]. El modelo de doce horas es el más utilizado cuando la hora se escribe con letras, y el más común en textos literarios y periodísticos. También puede usarse este sistema si se opta por escribir la hora con cifras; pero, en ese caso, para evitar ambigüedades, deben emplearse, tras los números, las abreviaturas a. m. [...] y p. m. [...] Para las doce de la mañana se recomienda el empleo de la abreviatura m. [...].

b) Aquel en que se emplean los números del 0 (para las doce de la noche) al 23 (o los numerales cardinales correspondientes), que presenta la ventaja de no requerir precisiones adicionales, ya que a cada hora del día le corresponde un número diferente. Este modelo se expresa con preferencia en cifras, en lugar de letras, y se usa especialmente en contextos en que se requiere la máxima precisión con el mínimo de elementos [...]. Aunque es menos común su empleo cuando la hora se escribe con letras, no faltan ejemplos de ello en determinados contextos [...]

3. La hora puede expresarse en letras o en números:

a) En textos literarios y periodísticos, [y] en cualquier otro tipo de textos en que la precisión horaria no es un factor de especial relevancia, la hora se escribe preferentemente con letras: Me llamó a las diez y media para saber si había llegado bien. En horarios, convocatorias, actas, informes técnicos o científicos y cualquier otro tipo de texto en que la precisión horaria es un factor relevante, se usan preferentemente los números [...]

b) *No es recomendable mezclar letras y números; así, es preferible escribir las diez de la noche que las 10 de la noche.*

c) *En el uso de letras o números influye también que se trate de horas exactas o aproximadas. En la expresión aproximada de las horas no suelen utilizarse números, sino letras [...]. Cuando se expresan horas exactas, pueden usarse letras o números, teniendo en cuenta las preferencias antes señaladas en función del tipo de texto [...].*

4. *Si la hora se escribe con números, debe tenerse en cuenta lo siguiente:*

a) *Para separar las horas de los minutos, se usa el punto o los dos puntos [...]*

c) *Las horas en punto se expresan mediante dos ceros en el lugar que corresponde a los minutos: 22.00, 22:00. Pueden omitirse los dos ceros si tras la indicación de la hora se escribe el símbolo h [...]. El acto comenzará a las 22 h.*

d) *Cuando se usan las abreviaturas a. m., m. y p. m. (→ 2a), no debe añadirse el símbolo h, por ser evidente que se trata de una referencia horaria: 17.30 h o bien 5.30 p. m.*

En cuanto a las situaciones presentadas en 1, 2, 3 y 4, en los textos que proceso para las publicaciones del TSP, en general, sigo lo indicado en:

2a) en su primera variante: con cifras (del 1 al 12), más las abreviaturas que se indican;

4a) los dos puntos para separar las horas de los minutos; y

4c) los dos ceros para las “horas en punto”.

CIENTO. 1. ‘Diez veces diez’. Este numeral cardinal (→ CARDINALES), usado como adjetivo, se apocopa en la forma cien cuando antecede al sustantivo, aunque entre ambos se interponga otro adjetivo: cien barcos, cien briosos corceles. También se apocopa ante sustantivos de significación numeral como millón, millardo, billón, trillón y cuatrillón: cien millones, cien billones, etc. Cuando forma parte de numerales compuestos, solo se apocopa ante mil: cien mil; pero se escribe en su forma plena en el resto de los numerales: ciento uno, ciento dieciséis, ciento treinta y cuatro, etc.

2. Usado como sustantivo para designar el número correspondiente (solo o en aposición a número), o cuando funciona como pronombre, en la lengua actual se prefiere claramente la forma apocopada cien: «Buscó con obstinación su gol número cien» [...]. Solo se mantiene hoy el uso de la forma plena ciento en locuciones, frases hechas y refranes, [y] en la expresión de los porcentajes (→ 3): cientos de + sustantivo (‘centenares de’: Cientos de personas acudieron a la manifestación) [...], Quien hace un cesto hace ciento, etc. [...].

3. En la expresión de los porcentajes ha de utilizarse siempre la fórmula por ciento: «En un noventa por ciento se trataba de cartas enviadas a los periódicos» [...]; no se considera correcto, en estos casos, el uso de la forma apocopada cien: *el noventa por cien. Pero cuando el porcentaje

expresa totalidad son igualmente válidas las expresiones ciento por ciento (preferida en América), cien por ciento y cien por cien (preferida en España) [...]. En todos estos casos por ciento se escribe en dos palabras, a diferencia del sustantivo porcientos ('porcentaje') [...]. Es incorrecta la apócope del numeral uno y sus compuestos cuando no van antepuestos a un sustantivo [...]; por tanto, no debe decirse *el treinta y un por ciento, sino el treinta y uno por ciento.

4. Para la concordancia con el verbo cuando el sujeto es un porcentaje (el diez por ciento de los encuestados contestó/contestaron) [...].

Claro, estas precisiones son importantes para saber cómo debe escribirse (y pronunciarse) ciento, en sus diferentes casos, pero sin olvidar que, en nuestro caso, la sugerencia concreta quedó determinada en el texto inicial que dio pie a esta llamada o remisión (específicamente, el acápite 1.2c –de la primera parte–, referido a los porcentajes superiores a diez, p. 190).

ABREVIATURA. 1 Es la representación gráfica reducida de una palabra o grupo de palabras, obtenida por eliminación de algunas de las letras o sílabas de su escritura completa y que siempre se cierra con un punto [...].

2. El uso de las abreviaturas convencionales tiene ciertas restricciones, de forma que no pueden aparecer en cualquier lugar del texto [...]; las abreviaturas de tratamientos solo deben usarse cuando anteceden al nombre propio (Sr. González, D.^a Juana, etc.); y no debe escribirse una cantidad en letras seguida de la abreviatura del concepto cuantificado: *veinte cts. por veinte centavos [**variante que sería la correcta, de escribirse con letras; pero, en tal situación, siempre voy a preferir el uso de cifras: 20 cts.**].

[...]

6. [...] d) Se escribe siempre punto detrás de las abreviaturas, salvo en el caso de aquellas en las que el punto se sustituye por una barra: c/ por calle, c/c por cuenta corriente, d/f por días fecha, d/v por días vista (no debe dejarse espacio entre las letras y la barra; si la abreviatura se compone de dos letras, el segundo elemento tampoco lleva punto, salvo que se trate del que marca el final del enunciado). Otra excepción son las abreviaturas que van entre paréntesis, que también se escriben sin punto: (a) por alias. En las abreviaturas que llevan letras voladas, el punto se escribe delante de estas: Sr.^a, 3.^{er}. Si una abreviatura coincide con final de oración o de párrafo, el punto de la abreviatura sirve de punto final, de modo que solo se escribe un punto y no dos. Los otros signos de puntuación (coma, punto y coma, puntos suspensivos, signo de interrogación, etc.) sí deben escribirse tras el punto de la abreviatura; por lo tanto, si tras una abreviatura, hay puntos suspensivos, se escriben cuatro puntos: Algunas abreviaturas con tilde son pág., cód., admón.... Las abreviaciones de las unidades de medida (m,

km, g, l, etc.) y las de los nombres de los libros de la Biblia (Gn, Ex, Lv, etc.) son símbolos, no abreviaturas; de ahí que se escriban sin punto [...]

En cuanto a este asunto, solo debo precisar un elemento: aunque la abreviatura pág. es correcta para indicar página, en las referencias bibliográficas, usamos p. y pp. (página y páginas), como establece la norma 4.19.1.1.6 (p. 42), de los Requisitos generales para la edición de libros (del Ministerio de Cultura), que incluye los correspondientes a las publicaciones periódicas.

Hasta aquí, lo referente a cuatro de las seis remisiones de la primera parte de “El universo...” que quedaron pendientes. Las dos restantes serán incluidas en la tercera y última parte.

Nos “vemos”.

BIBLIOGRAFÍA

Ministerio de Cultura: *Requisitos generales para la edición de libros* [s.m.d.].

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2005.

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Ortografía de la lengua española*, Editorial Planeta Mexicana, S.A. de C.V, México, 2012.