Edición y corrección: Fermín Romero Alfau
Diseño de cubierta: René M. Alfara Leyva

© Colectivo de autores
María Caridad Bertot Yero
Coordinadora, 2017
© Sobre la presente edición:
Organización Nacional de
Bufetes Colectivos, ONBC, 2017

Prohibida la reproducción parcial
o total de esta obra , por cualquier
medio o procedimiento,
sin la autorización expresa
de la Organización Nacional
de Bufetes Colectivos.

ISBN 978-959-7234-63-0

Obra editada e impresa por:
Ediciones ONBC
Ave. 41 No. 7208 esq. a 72, Playa
La Habana, Cuba
Teléfono: 214-4208
E-mail: jsuperacion@onbc.cu

reflexiones desde la **toga**

La justicia penal en Cuba

Ediciones ONBC

Prólogo

En la noche del 1 de agosto pasado recibí una llamada de la coordinadora del libro invitándome a esta colaboración. Lo primero que me vino a la mente fue el muy lejano en el tiempo bachillerato en Cienfuegos, en los primeros cursos, al estudiar el soneto, a Lope de Vega cuando le pidieron hiciera uno y lo comienza diciendo lo que le han pedido, y en el segundo verso, dice que «en mi vida me he visto en tal aprieto». No obstante, por el alto honor personal, inmerecido, que representa, lo intentaré, sabiendo de antemano que no pasará de una «tentativa», que no llegará nunca a «consumado».

El libro, por los temas tratados y la forma en que lo hace, me parece muy bueno, sobre todo de gran utilidad para los abogados y todos lo que se desempeñan en el ejercicio de la profesión, en cualquiera de sus perfiles; por la estructura recuerda al Código Penal, lo que lo hace más didáctico.

Los trabajos contienen una amplia base bibliográfica, con citas de autores y transcripciones textuales en algunas ocasiones amplias. Igual se puede decir de las menciones a Derecho comparado con legislaciones modernas de varios países de América Latina y de España; en este caso incluso se remonta al Código Penal de 1870, que rigió en Cuba hasta más de la mitad de la tercera década del pasado siglo, y el vigente de 1995, posterior al franquismo.

La selección temática se dirige a proveer al lector de medios teóricos y conceptuales imprescindibles para el ejercicio del Derecho Penal en Cuba. Un valor añadido tiene el texto con el acercamiento que realiza el catedrático español de Derecho Penal, Francisco Muñoz Conde, a un aspecto puntual de la historia del Derecho Penal español y europeo, luego que gustosamente aceptara participar en la publicación. Las cuestiones que trata en su artículo «La polémica causalismo-finalismo en el Derecho Penal español durante la dictadura franquista» coloca al lector en una mejor posición de comprender cabalmente el debate académico que sobre tan importantes problemas teóricos del delito se suscitaron en España y que, no hay dudas, trascendió en sus resultados, incluso a nuestra forma de encarar su estudio y de proyectar nuestras legislaciones. En un sentido similar se aboca el trabajo, muy revelador, sobre las tendencias del «Derecho Penal moderno» y la

legislación penal cubana, que realizara la jueza María Caridad Bertot, junto a los jóvenes juristas Harold Bertot Triana y Dayán Gabriel López Rojas.

Algunos de los aspectos abordados por el libro contienen una fuerte carga teórica que no debe verse ajeno o distante al ejercicio profesional del Derecho en nuestro país. En muchas ocasiones hemos escuchado ideas sobre lo prescindible de estas cuestiones en el ejercicio de nuestra profesión: «que la teoría es una cosa y que la práctica es otra». En mi modesta opinión es un error, pues además de no ser siempre así, por lo estrecho de la unión entre ambas, ello contribuye al incremento del acervo cultural general, y en la materia propia de la carrera, y dentro de esta, de la especialización, que le es exigible a todo graduado universitario.

Como se advertirá en el texto, muchas de estas cuestiones ya están siendo tomadas en cuenta por el propio Tribunal Supremo Popular (TSP), y ello exige que su lectura sea una invitación constante al aprendizaje, a la superación, a buscar más allá de la norma.

Con esa perspectiva tendremos que leer los trabajos referidos al acto reflejo y la función negativa del concepto jurídico penal de acción, que se realiza como comentario a una sentencia del TSP; del mismo modo, el complejo tema de la teoría de la imputación objetiva, que además de un enjuiciamiento crítico de sus postulados, lo motiva igualmente pronunciamientos del TSP; asimismo la posición del propio tribunal sobre la posibilidad de comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario; y también el trabajo sobre la no posibilidad de cometer el delito de malversación con dolo eventual, que se realiza a modo de comentario a partir de una propia sentencia de este órgano superior de justicia.

Todas estas aproximaciones, junto a los trabajos referidos a la actio libera in causa*, a la legítima defensa, a la atenuante de obrar bajo la influencia de una amenaza o coacción y a las circunstancias de nocturnidad y despoblado, deben verse como posiciones teóricas orientadas hacia la práctica, como productoras de un saber que no debe ser ajeno a ningún operador del Derecho en nuestro país.*

En la parte dedicada al Derecho Procesal Penal, véase lo útil y profundo que resultan los trabajos referidos a la eficacia probatoria de los registros de llamadas expedidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba, S.A. (ETECSA). Aquí el autor trata un tema

novedoso, como lo es la llamada sociedad de riesgo y la teoría del derecho de intervención que desvincula la relación entre libertad y seguridad, favoreciendo a esta; a la non reformatio in peius *en el nuevo juicio; a la no autoincriminación en el contexto sociojurídico cubano; a la doble conformidad en Cuba en el que se analiza de forma amplia y bien documentada el principio de recurribilidad de las sentencias para impugnarlas, ilustrándose con sentencias del TSP. La autora se cuestiona si la filmación o grabación de los juicios es necesidad o suntuosidad, y ofrece su respuesta; también se refiere a acuerdos del TSP sobre la incorporación y utilización en los procesos judiciales de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones; el principio del juez natural, y sobre la vulnerabilidad y el acceso a la justicia, que realizaran el presidente del Tribunal Supremo de Cuba, Rubén Remigio Ferro, y las juezas del propio tribunal Odalys Quintero Silverio y María Caridad Bertot Yero.*

Es de agradecer, por tanto, que jueces del Tribunal Supremo de Cuba y jóvenes profesores se hayan unido en este esfuerzo común para traernos aspectos teóricos y prácticos del Derecho Penal. El libro se inserta en los esfuerzos de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos por elevar la superación teórica de cada abogado, y operador jurídico en general, que advirtió como una necesidad cada vez más creciente en pos del perfeccionamiento de nuestro sistema de justicia.

Así, pues, invitamos a todos a leerlo y estudiarlo, y en la práctica diaria tenerlo siempre presente, para que no quede en el campo puramente cultural.

Mario Augusto C. Ceballos Arrieta

Presentación

Esta obra nace con la voluntad de contribuir, como herramienta de trabajo, a todos aquellos que se acerquen al estudio y a la práctica del Derecho Penal. Con ella se intenta resaltar cómo las más acuciantes problemáticas jurídicas a las que se enfrenta el penalista en el quehacer cotidiano deben solventarse con apoyo en criterios científicos, bajo la premisa de que solo así se disminuye el riesgo de interpretar el Derecho Penal de forma irracional, arbitraria o improvisada, y se amplían las posibilidades de una aplicación segura y calculable del ius puniendi.

Las distintas contribuciones que se compilan bajo el título Reflexiones desde la toga. La justicia penal en Cuba, *que hoy ve la luz gracias a la gentileza del sello Editorial de la ONBC, versan sobre temáticas que ameritan reflexión y estudio, y aunque obviamente no agotan todas las aristas o puntos de vista de la cuestión o instituto objeto de análisis (ya sea sustantivo o procesal), sí clarifican los puntos básicos que marcan el inicio del debate.*

Vale destacar que una buena parte de los trabajos que componen el libro, específicamente los de Dayán Gabriel López Rojas, Harold Bertot Triana y los de quien suscribe estas líneas, constituyen resultados de la actividad investigativa desarrollada en el marco del Grupo de Investigación «El Derecho frente a los nuevos cambios sociales», del Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas, del cual es responsable el profesor Dayán Gabriel López Rojas.

Agradezco especialmente a la ONBC por asumir el rol de cooperadora necesaria y garantizar que esta nueva entrega figure en la lista de los muy prestigiosos trabajos publicados bajo su sello Editorial; y asimismo a todos los valiosos colegas que han aceptado contribuir con este noble empeño.

Si en alguna medida estas reflexiones resultan útiles a quienes se interesen por ellas, aunque sea por haber despertado en el lector la duda o la polémica, estaremos muy satisfechos. No ha sido otro el propósito.

María Caridad Bertot Yero
Coordinadora

Parte General

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho Penal español durante la dictadura franquista

Francisco Muñoz Conde

1. Desde hace ya algun tiempo me vengo ocupando, entre otros temas, de la vinculación que tuvo en Alemania la dogmática penal con la política durante el régimen nacionalsocialista (1933-1945).

En realidad, mis conocimientos sobre esta materia tienen su origen sobre todo en la investigacion que emprendí, a raíz del Premio Humboldt de Investigación en Ciencias Jurídicas que me concedió la Fundación Alemana Alexander von Humboldt en 1999, sobre la vinculación que tuvo con el régimen nacionalsocialista uno de los mejores cultivadores de la dogmática jurídico-penal alemana de la primera mitad del siglo XX, el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Munich, Edmund Mezger. Como tuve ocasión de descubrir, a medida que avanzaba en mis investigaciones en la biblioteca de la Universidad de Frankfurt am Main, en la Nationalbibliotek de esa ciudad, y en el Bundesarchiv de Berlín, Edmund Mezger fue uno de los principales valedores y legitimadores del Derecho Penal nacionalsocialista. Y no solo en los trabajos teóricos de carácter dogmático que publicó en aquella época, en los que desarrolló conceptos como la culpa por la conducción de vida o la ceguera jurídica, para justificar el castigo con la pena del delito doloso (a veces la de muerte) a los que cometieran «delitos odiosos» (*crimina odiosa*), como, según él, el aborto, el «ultraje a la raza» y la realización de actos homosexuales, sino también como coautor, junto con su colega muniqués Franx Exner, en 1943-1944, de un proyecto para el tratamiento de los que él llamaba «extraños a la comunidad» (*Gemeischaftsfremde*). En dicho proyecto proponía, entre otras cosas, el exterminio (*Ausmerzung*) mediante su internamiento en campos de concentración de asociales, vagos, delincuentes, y la esterilización o castración de homosexuales.

Para mí fue realmente una sorpresa descubrir que este gran dogmático del Derecho Penal, en cuyo *Tratado de Derecho Penal* (1931-1933), excelentemente traducido al español por José Arturo Rodríguez Muñoz en 1935, había aprendido, como casi todos los penalistas de mi generación y de la generación anterior, los fundamentos de la actual teoría del delito; había llegado a colaborar

con el régimen nacionalsocialista y a legitimar las peores aberraciones y violaciones de derechos humanos que ese régimen cometió, utilizando precisamente para legitimar el arsenal teórico que le brindaba la dogmática. Pero mi sorpresa fue aun mayor cuando ya desde las primeras ediciones de mi libro *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo* (1ra. ed. Valencia 2000, 4ta. ed. Valencia 2004), en el que edición tras edición fui revelando las vinculaciones que tuvo Mezger con el nacionalsocialismo, empecé a recibir, en España, no en Alemania, ataques brutales e injuriosos de quienes se manifestaban directos discípulos de sus enseñanzas dogmáticas (¿también de su ideologia nazi?), y consideraban que poco menos había manchado con mi libro la reputación y la dignidad de este penalista. Tampoco dejó de sorprenderme, incluso hoy en día todavía me sorprende, el silencio que durante más de cincuenta años se había hecho sobre el pasado nacionalsocialista de quien, tras la Segunda Guerra Mundial, se destacó sobre todo por su polémica con otro penalista alemán, Hans Welzel, sobre el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo en la estructura de la teoría del delito, lo que en su caso parecía más bien una astuta maniobra de distracción para ocultar su vergonzoso colaboracionismo con el régimen nacionalsocialista. Mi sorpresa (e indignación) fue en aumento, cuando fui descubriendo, con documentos que así lo demuestran claramente, que incluso en 1944, tras la aprobación de su proyecto de tratamiento de los «extraños a la comunidad», llegó a visitar, con expresa autorización de Sección IV de las SS, los campos de concentración para observar, según se decía expresamente en el documento de autorización, *in situ* el «tratamiento» al que eran sometidos en dichos campos las personas allí internadas. En el momento de la terminación de la Segunda Guerra Mundial era decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich. Tras ser destituido del cargo, fue sometido a un proceso de desnazificación, en el que en principio fue acusado de ser uno de los principales responsables del aparato de poder nazi, aunque luego fue solo califcado como Mitläufer («compañero de correrías») y sancionado con una multa. También durante algún tiempo estuvo detenido como acusado en los Procesos de Nuremberg. Sin embargo, tras toda esta odisea, regresó sin mayores problemas a su cátedra en la Universidad de Munich; escribió un resumen (*Studienbuch*) de su tratado, que se convirtió en la obra estándar en la que se formaron multitud de jóvenes

juristas alemanes hasta bien entrados los años setenta; recibió un Libro Homenaje en 1953 con motivo de su jubilación; y fue vicepresidente de la comision para la reforma del Derecho Penal.

Pero sobre todo en los años cincuenta se hizo famoso por su polémica con Hans Welzel sobre el concepto ontológico de acción y sus consecuencias para el sistema de la teoría del delito. También recibió varios doctorados *Honoris causa*, en Tübingen y Coimbra, e incluso en plena dictadura franquista vino a España, impartiendo dos conferencias, una en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid y otra en el Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid.

Murió en 1962, sin que se sepa que se hubiese arrepentido, o al menos en algún momento admitido o confesado, su vergonzoso pasado nazi, y sin que nadie, al menos en el ámbito de los penalistas hispano-parlantes, ni entonces ni hasta que publiqué mi libro sobre él, conociera su pasado nazi, o, si lo conocía, hablara de él.[1]

2. La polémica sobre el concepto de acción como fundamento de una teoría del delito y las consecuencias sistemáticas que del mismo se derivaban dominó la ciencia alemana del Derecho Penal en los años cincuenta y sesenta y hasta bien entrados los setenta del siglo XX, y todavía hoy sigue siendo uno de los temas que se discuten a la hora de exponer en los tratados y manuales el concepto de acción del que se parte como fundamento de la teoría del delito. Esto se puede ver claramente en los tratados de Derecho Penal que se publican en Alemania y en los países de habla española, en los que todavía se dedica gran extensión a la polémica sobre el concepto causal y final de acción, con frecuentes citas y referencias a los principales protagonistas de esa polémica: Edmund Mezger y Hans Welzel. Durante mucho tiempo, esta polémica se convirtió en una especie de guerra civil entre los penalistas, que veían en ella una válvula de escape para no tener que enfrentarse con otros problemas que planteaba la realidad del Derecho Penal de sus países. Ello sucedió sobre todo en España durante la dictadura franquista, en la que durante un tiempo esta polémica dogmática fue el banco de prueba por el que tenía que pasar todo joven penalista que aspirase a alcanzar el más alto grado de la carrera académica: la plaza de catedrático de Derecho Penal. ¡Ay!, de quien en aquella época no dominase (o al menos pudiera fingir que dominaba) los más complicados vericuetos y entresijos del idioma alemán y de las construcciones más complejas de la dogmática jurídico-penal alemana

en relación con el concepto de acción y sus consecuencias en la teoría del delito. Y ¡ay! también de quien confesadamente causalista, tuviera la mala suerte de tropezarse en un concurso u oposiciones a una cátedra con un finalista, o a la inversa (por supuesto, en estas aparentes enemistades dogmáticas había también mucho de enemistades personales e ideológicas, que eran las que verdaderamente decidían el concurso académico).

La discusión sobre la posición sistemática del dolo en el sistema de la teoría del delito se convirtió así en los países de nuestro entorno lingüístico, pero también en Portugal y Brasil, menos en Italia,[2] en la polémica penal por excelencia. Es evidente que esto permitía también evitar el compromiso político en contra de los regímenes dictatoriales (en España la dictadura de Franco), y las posibilidades de criticar un Derecho Penal vigente que por esa época en España no tenía nada de santo o justo, o ni siquiera de mínimamente humano. Ello contribuyó a configurar también en el joven penalista aspirante a la carrera académica, una mentalidad que le permitía asumir, por así decir, todo lo que le echaran, sin criticar, protestar o decir nada contra una legislación excepcional que permitía la imposición de penas de muerte por tribunales militares o de excepción, y que violaba claramente derechos humanos fundamentales, convirtiendo en delito el ejercicio de derechos como el de asociación, manifestación o de la libertad de expresión. En aquella época lo único que podía hacer el penalista, como penalista cultivador único y exclusivo de la dogmática, era analizar si el dolo era un elemento de la tipicidad o de la culpabilidad, o si el concepto de acción base de la teoría del delito debía ser entendido como un concepto causal o como un concepto final. Para quienes creían, bien por oportunismo, bien por convicción científica, que la ciencia del Derecho Penal se debía limitar a la elaboración dogmática del mismo, la dogmática jurídico-penal se convertía así en un bastión contra las intromisiones político-criminales. Las decisiones político-criminales se adoptaban en otros ámbitos en los que la dogmática carecía prácticamente de influencia y de los que no tenía por qué ocuparse.

Desde luego, una dogmática basada solo en pretendidos datos ontológicos podrá ser todo lo neutra ideológicamente que se quiera, pero el objeto de referencia de la misma, el Derecho Penal, no lo es en absoluto, sino que, como el propio Welzel reconocía,[3] es el sector más ideologizado de todas las ramas del Derecho. Y de ahí

siempre surgirá una contradicción difícilmente superable que, en todo caso, impide, a mi juicio, darle a la dogmática jurídico-penal ese valor absoluto o casi exclusivo que tanto Mezger (a partir de 1950),[4] como Welzel (parece que, en todo caso, no en sus primeros escritos),[5] pretendían darle, basándola en pretendidas estructuras lógico-objetivas de la acción, sean estas entendidas de un modo causal (así Mezger) o final (así Welzel). Pero es que además con ello surge el peligro de que con unas bases tan evanescentes y abstractas, como las que se derivan de los planteamientos ontologicistas de las teorías causal y final de la acción, se puedan hacer todo tipo de valoraciones o asumirse cualquier decisión político-criminal. Algo que a estos autores no parecía ya preocuparles mucho, una vez que, al menos en la República Federal Alemana, se había asentada tras la Segunda Guerra Mundial un régimen ciertamente democrático, pero eminentemente conservador dirigido por el canciller Konrad Adenauer, caracterizado por un anticomunismo feroz y belicista, apoyado por Estados Unidos, con el que muchos prestigiosos juristas alemanes, que habían colaborado abiertamente con el régimen nazi, parece que se sentían satisfechos, y en todo caso seguros de que no iban a ser molestados por su pasado colaboracionismo, pues lo importante no era ya que hubieran sido nazis o hubieran colaborado estrechamente con el régimen nacionalsocialista, sino que fueran ferozmente anticomunistas (y un verdadero bastión frente a la otra Alemania, la República Democrática Alemana, la Unión Soviética y las tropas del Pacto de Varsovia). Y de eso en el caso de Mezger, y de tantos otros, no había la menor duda.

3. Por lo demás, la construcción sistemática de la teoría del delito elaborada por la dogmática penal alemana estaba ya perfectamente elaborada antes incluso de la publicación de la primera edición alemana del Tratado de Mezger en 1931. Ya su maestro y antecesor en la cátedra de Munich, Ernst Beling, había desarrollado en su *Die Lehre vom Verbrechen* (1907) una exposición en la que, partiendo del concepto de acción (y omisión), se comprobaba si esta se adecuaba al supuesto de hecho (*Tatbestand*) descrito en una ley penal como delito, es decir, si era típica. Luego se comprobaba si además de típica era antijurídica (*rechtswidrig*), es decir, si estaba amparada o no por una causa de justificación; y finalmente se comprobaba si el autor de la acción típica y antijurídica era culpable (*schuldig*), es decir, si además de ser una persona mentalmente sana o mayor de una determinada edad

había actuado respecto a su acción y al resultado que se derivara de la misma de forma dolosa, con conciencia y voluntad de hacerlo, o imprudente, infringiendo el deber de cuidado. La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad (y en algunos casos el cumplimiento de determinadas condiciones objetivas de punibilidad o procedibilidad) se convertían así, en el planteamiento de Beling, en las tres categorías fundamentales, cuya presencia había que probar para exigir una responsabilidad penal.

En esta construcción belingniana, enriquecida con las aportaciones posteriores de Frank con su concepto normativo de culpabilidad y de Max Ernst Mayer, se apoyó Mezger para elaborar su *Tratado de Derecho Penal*, que apareció en 1931 dos años antes del ascenso al poder del nacionalsocialismo, que coincidió con la aparición de la segunda edición del Tratado y con el traslado de Mezger a la Universidad de Munich, como sucesor de su maestro Beling. A partir de entonces Mezger no volvió a ocuparse de su Tratado, sino que inmediatamente publicó en octubre de 1933 una especie de *Tratado de criminología*, en el que ya desde el prólogo, firmado el 15 de octubre de 1933, el mismo día que cumplía cincuenta años y era nombrado miembro de la comisión para la reforma del Derecho Penal, planteaba la necesidad de adaptar el Derecho Penal al nuevo Estado, basándolo en las ideas de «pueblo» y «raza».[6] Prácticamente, a partir de ese momento hasta 1945 se esforzó sobre todo en elaborar un Derecho Penal acorde con esas ideas, y no volvió a ocuparse de la dogmática en la que había basado su Tratado de 1931-1933.

Fue a partir de su monografía *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*,[7] publicada en 1950, inmediatamente después de su reincorporación a su cátedra de Munich, que al mismo tiempo debía servir como complemento o apéndice a una tercera edición de su Tratado, idéntica a la segunda de 1933, cuando Mezger retomó el camino de la dogmática tradicional, a la que él tanto había aportado con sus trabajos anteriores a 1933. De forma bastante cínica decía ya en la primera página de esta monografía que «en los últimos años la dogmática penal había quedado ensombrecida por su más mundana hermana la política criminal» (paradójicamente ese era el título de su *Tratado de criminología* de la época nazi), pero que ya había llegado el momento de ocuparse de cuestiones más profundas. Y una de esas cuestiones más profundas era, en su opinión, el concepto de acción, que recientemente había sido

puesto en cuestión por su más joven colega Hans Welzel, con su teoría final de la acción.[8] Pero, ¿cuáles eran las diferencias entre ambas teorías y por qué tanta pasión en defender una u otra?

En el sistema causalista de Mezger la acción se entendía como una conducta humana voluntaria que causaba un resultado tipificado en la ley penal como delito: por ejemplo, la muerte de un ser humano como consecuencia de un disparo. Luego se examinaba si concurría alguna causa que justificara ese hecho y excluyera su antijuricidad, por ejemplo, porque hubiera legítima defensa. Y finalmente se pasaba a examinar si el que había causado la muerte con el disparo estaba en pleno uso de sus facultades mentales, había actuado dolosa o imprudentemente, es decir, si era culpable del hecho típico y antijurídico que había cometido, y en una situación en la que le era exigible que se comportara conforme a derecho.

La teoría final de Hans Welzel no discute esa tripartición de los elementos del delito, sino el contenido de los mismos. Para ello parte de un concepto ontológico final de acción, en el que esta no solo es un movimiento corporal voluntario, sino ese comportamiento dirigido a un fin, y, por tanto, debe incluirse también en el concepto de acción esa finalidad.

Efectivamente, tiene razón Welzel en lo que se refiere a la necesidad de tener en cuenta la finalidad del autor de la acción en la interpretación de su significado. Si ahora mismo oímos un disparo en la habitación de al lado o fuera de este edificio, en pleno campus, no podemos darle ningún significado y, por tanto, ninguna relevancia penal si no conocemos cuál es la finalidad del autor del disparo, si era una competición deportiva, una cacería o un intento de homicidio. Otra cosa es que esa relevancia de la finalidad se derive necesariamente de un concepto ontológico de acción, como Welzel pretendía, o se pueda fundamentar de cualquier otra manera, incluso desde el punto de vista de las necesidades prácticas de la Administración de Justicia. Pero esa es una cuestión de la que ahora no nos podemos ocupar.

En todo caso, según Welzel, si se admite que el concepto ontológico de acción es un concepto de acción final, habrá que admitir que el legislador a la hora de tipificar las acciones criminales está vinculado a esa estructura final y que, por tanto (y ahí es donde empieza la discusión con Mezger), que el dolo, que a grandes rasgos coincide con la finalidad de la acción, debe ser tenido ya

en cuenta a la hora de tipificar la acción como una acción penalmente relevante. Por tanto, en la construcción de Welzel, el dolo, por imperativo del concepto final ontológico de acción, al que el legislador está vinculado, pasa de ser un elemento de la culpabilidad, como mantenía Mezger, a un elemento de la tipicidad, constituyendo así una buena parte de lo que se llama el tipo subjetivo. Y desde luego, lo mismo habrá que decir de otros muchos hechos, cuya relevancia penal solo puede entenderse teniendo en cuenta la finalidad del sujeto que los realiza: tocar los genitales de otra persona, lo mismo puede ser objetivamente considerado un delito de abuso sexual que una exploración médica urológica o ginecológica. Utilizar un coche ajeno sin la voluntad de su dueño, lo mismo puede ser objetivamente un hurto propio que una utilización indebida temporal del vehículo. Una palabra o expresión peyorativa sobre las cualidades de otra persona, lo mismo puede ser una injuria que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión o información. En todos estos casos, la mera constatación de que existe una conducta voluntaria, sin referencia a la finalidad del autor de esa conducta, carece de trascendencia o significado penal.

Ya el mismo Mezger, en un trabajo de 1924[9] que sirvió de base a su Tratado de 1931, frente a la concepción estrictamente objetiva de la tipicidad de su maestro Beling, había admitido que en muchos delitos la tipicidad solo podía determinarse a través de la constatación de determinados elementos subjetivos trascedentes al dolo, como el «ánimo lascivo» en los delitos sexuales, o el «ánimo de apropiación» en el hurto; pero solo en esos casos, considerando que el dolo en general seguía siendo un elemento de la culpabilidad en todos los delitos. Y lo mismo siguió manteniendo en su Tratado. En su monografía de 1950, *Moderne Wege*, antes citada, Mezger llegó a admitir que el dolo es un elemento de la tipicidad de la tentativa del delito, pero que luego se convierte en elemento de la culpabilidad una vez que el delito se ha consumado.[10]

Sin embargo, ya para entonces parece que, por lo menos desde el punto de vista sistemático, el sistema causalista de la teoría del delito había perdido la batalla frente al finalista, y mayoritariamente los penalistas alemanes y los del ámbito de influencia de la dogmática alemana empezaron a admitir que por lo menos en la tipicidad de los delitos dolosos hay que distinguir entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo, sistema que ya acogí en mi tesis doctoral *El delito de alzamiento de bienes* (Barcelona, 1971, 2da.

ed., Barcelona, 1996) y sobre el que luego construí la exposición sistemática de mi *Derecho penal, Parte especial*, desde su primera edición en 1975 hasta la 19na. de 2013. Un sistema que por lo demás en poco se distingue de la adoptada por los penalistas de los países del *Common Law*, que distinguen entre *actus reus* y *mens rea*, para comprobar luego si concurre o no alguna eximente de la responsabilidad criminal, que en el ámbito anglosajón se llama Excuses, sobre todo a partir de la aportación fundamental de George Fletcher,[11] quien, siguiendo el modelo dogmático alemán, separa las *Excuses* entre *Justification and Excuse*, es decir, entre justificación y exculpación (*Rechfertigung und Entschuldigung*, en alemán), que es la base del sistema alemán de la teoría del delito.

Prácticamente a esto ha quedado reducida la polémica entre causalismo y finalismo, si bien hay que reconocer que la misma produjo un refinamiento de la sistemática de la teoría del delito, contribuyendo a posteriores matizaciones y distinciones, sobre todo en el ámbito del tratamiento del error (distinguiendo entre «error de tipo» y «error de prohibición», distinción bastante sutil y difícil de aplicar en algunos supuestos de error sobre los presupuestos de las causas de justificación y de error sobre elementos normativos de la tipicidad en algunos delitos económicos y medioambientales) y en el configuración del concepto de autor, por lo menos en los delitos de dominio, con la teoría del dominio (final) del acto. Y en el fondo, no deja de ser sintomático, y bastante cínico por lo demás, que en uno de sus últimos trabajos sobre esta polémica dijera Mezger que, en definitiva no eran más que Übungen am Phantom, es decir, fantasmagorías.[12]

4. Parece, desde luego, visto desde el momento actual, algo surrealista que en las etapas más duras de la dictadura franquista, en el que el Derecho Penal podía bien calificarse como un «derecho de sangre y de lágrimas», en el que todas las injusticias sociales y políticas tenían su asiento, los profesores de Derecho Penal, y precisamente los más cualificados o de más alto nivel académico, se ocuparan principalmente del concepto ontológico de acción y de la posición del dolo en el sistema de la teoría general del delito. Sin embargo, hay que reconocer que en el panorama cutre y desolador del mundo universitario del Derecho Penal durante la dictadura franquista, a la que, como ha quedado patente en este Congreso, sobre todo en los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo no le faltaron apoyos legitimadores

por parte del algún catedrático de la época, la polémica sobre la teoría causal y la final de la acción permitió que, como seguidamente vamos a ver, los profesores de mayor nivel intelectual y formación jurídica escribieran también importantes aportaciones sobre la misma que sirvieron de base al posterior desarrollo de la dogmática penal en España.

Entre estos profesores destaca sobre todo el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, José Arturo Rodríguez Muñoz, quien en 1952, en su lección inaugural del curso 1952-1953, expuso con gran profundidad no solo las principales características de la nueva teoría final de la acción, sino también las objeciones que, a su juicio, podían oponerse a la misma en la versión patrocinada en Alemania por Hans Welzel.[13] No deja de ser interesante destacar que este profesor había sido en 1935 el traductor del *Tratado de Derecho Penal* de Edmund Mezger, al que había añadido unas valiosas notas que fueron sin duda el comienzo de la elaboración dogmática del Derecho Penal español. También conviene destacar que en 1941 tradujo la *Kriminalpolitik* del mismo Mezger, en la que este autor exponía una criminología trufada de la ideología nazi, a la que, sin embargo, sintomáticamente Rodríguez Muñoz no añadió ninguna nota ni comentario. Un *no comment* que habla por sí mismo del alejamiento que sentía Rodríguez Muñoz por esta criminología filonazi de un autor, al que sin duda antes había admirado y seguido en los planteamientos dogmáticos expuestos en el Tratado.

Pero ¿cuáles fueron las observaciones más importantes que hizo Rodríguez Muñoz de la teoría final de la acción? Para este autor dicha teoría no cuadra con la naturaleza del delito culposo o imprudente, en el que el fin pretendido por el autor es generalmente irrelevante desde el punto de vista del Derecho Penal. Al Derecho Penal lo que realmente le interesa es la forma en que el sujeto quería conseguir el fin, y esto es ya el resultado de una valoración, que nada tiene que ver con el dato ontológico de la finalidad. Para decirlo con un ejemplo: si un alumno conduce su coche a más velocidad de la permitida para llegar a tiempo a un examen, el fin en sí mismo es irrelevante o incluso loable; pero si en la conducción a más velocidad de la permitida provoca un accidente en el que resulta herido o muerto un peatón, esta conducción imprudente es lo que realmente resulta relevante desde el punto de vista de una posible responsabilidad penal.

En definitiva, señalaba Rodríguez Muñoz, en el delito culposo la finalidad es irrelevante; lo importante es la forma en que se quiere conseguir el fin; por tanto, en la acción final hay que introducir un elemento valorativo, normativo, identificado como la «infracción del deber de cuidado» objetivamente establecido por normas de cuidado basadas en la experiencia o en una regulación jurídica de carácter extrapenal.

Lo mismo ocurre con la omisión, en la que una consideración puramente ontológica (un «no hacer») no dice nada sobre su relevancia penal. Omisión es un no hacer, pero inmediatamente hay que preguntar qué es lo que se omite, y sobre todo si el que omite está obligado a hacer algo; por tanto, de nuevo un elemento normativo que hay que añadir al puramente ontológico. Ahora mismo estoy omitiendo hacer infinidad de cosas: estar en mi casa, o en la playa; pero lo que importa es si omito lo que en este momento estoy obligado o me he comprometido a hacer: dar esta conferencia. Si no hubiera venido, ustedes podrían decir, con razón (y quizás con alivio), que he omitido dar esta conferencia. Obviamente también hay un componente ontológico en la omisión, y este no es otro que la posibilidad de poder actuar. La omisión antes que la omisión de una *acción esperada*, es la omisión de una *acción posible*. En este momento no estoy omitiendo salvar a alguien que se esté ahogando en el Mar Caribe, simplemente porque eso no está dentro de mis posibilidades. Pero este dato ontológico de la omisión apenas tiene relevancia penal y casi podemos darlo por supuesto.

A pesar de estas objeciones de fondo que Rodríguez Muñoz realizó, ya al final de su vida, en un momento en el que ni siquiera pudo leer tu lección inaugural, tarea que, aquejado de una grave enfermedad, tuvo que delegar en otro colega, la doctrina final de la acción fue calando paulatinamente entre los jóvenes penalistas españoles con mayores pretensiones científicas y académicas. En este sentido destacan los primeros trabajos del profesor José Cerezo Mir,[14] que estudió directamente con Welzel en Bonn a finales de los años cincuenta y llegó a traducir su monografía *El nuevo sistema del Derecho Penal*,[15] una breve pero brillante y clara exposición del sistema finalista de la teoría del delito. Y también las monografías del profesor Juan Córdoba Roda,[16] quien tradujo el *Tratado de Derecho Penal* de Reinhard Maurach, al que, siguiendo el modelo de Rodríguez Muñoz, añadió valiosas notas

muy útiles para interpretar y resolver conforme a los planteamientos de Maurach los problemas dogmáticos que planteaba el Código Penal español.[17]

A ellos siguieron (y ya en este caso puedo decir también «seguimos») otros penalistas españoles (y por supuesto, también de los países americanos hispano-parlantes), cuya influencia y prestigio determinaron que en los años posteriores las aportaciones de la dogmática penal alemana, enriquecida sobre todo con los planteamientos del más importante penalista alemán del siglo XX, mi maestro Claus Roxin,[18] se convirtiera en la piedra de toque y en la base de la formación de la mayoría de los penalistas de habla española. Pero eso ya no es historia, sino actualidad. La recuperación de la democracia en España a partir de la muerte del dictador Francisco Franco, en 1975, tras la aprobación de la Constitución, dio lugar a sucesivos proyectos y reformas del Código Penal que cuajaron en el Código Penal de 1995-1996, que se beneficiaron en parte del alto nivel alcanzado por la dogmática penal española en aquellos años, pero también de la preocupación y el compromiso con otros valores y problemas característicos de un Estado de derecho, que ya desde los inicios de la etapa democrática mostraron la mayoría de los profesores españoles de Derecho Penal. No puedo ocuparme en este momento de si ese alto nivel alcanzado por la dogmática penal española, que algunos, exageradamente en mi opinión, califican como superior en algunos aspectos al de la propia dogmática penal alemana,[19] ha dado lugar a un Derecho Penal más justo, eficaz y humanitario.

Lo que en todo caso queda claro es que la dogmática penal alemana, calificada recientemente por Silva Sánchez como «la gramática más profunda y elaborada de la imputación penal»,[20] por sí sola no es más que un instrumento para la interpretación y sistematización del Derecho Penal, pero no el único ni el más importante, y en todo caso, como ya dijo con claridad Fletcher, en un Congreso de Derecho Penal celebrado en Berlín en octubre de 1999, «los alemanes solo tienen que echar un vistazo al otro lado del Rhin para percibir que algunas culturas europeas de alto nivel atribuyen valores más elevados a su cocina que a su ciencia jurídico-penal. Y quizás con razón y buen gusto».[21] Y desde luego no deja de ser digno de reflexión el que, como también dijo Fletcher en esa ocasión, que esa dogmática haya tenido particular éxito en países en cuya tradición histórica abundan los regímenes

políticos autoritarios muy influenciados por el pensamiento más reaccionario y conservador de la Iglesia católica, como España, Portugal y la práctica totalidad de los países latinoamericanos. Desde luego, la Dogmática penal alemana puede ser, como dice Silva Sánchez, «la gramática más profunda y elaborada de la imputación penal» (que por cierto no es el único problema del que tiene que ocuparse el Derecho Penal), pero desde luego dista mucho de ser la única de las posibles, como lo demuestran que muchos penalistas, principalmente los de los países regidos por la tradición del *Common Law* (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Australia, etc.), la ignoren por completo y sigan siendo tan felices.[22]

Pero si volvemos a lo que muchos consideran una de las grandes virtudes de la dogmática penal: su pretendido «apoliticismo», una cualidad que según sus principales propugnadores es lo que le permite ser utilizada en cualquier país, por encima de su régimen político, e independientemente de si este es un régimen dictatorial o democrático, inmediatamente vemos que en la propia evolución de la dogmática penal, sobre todo en Alemania, muchas de sus construcciones y conceptos se elaboraron para legitimar y ofrecer una base jurídica a las decisiones que en materia penal adoptaba el régimen político de turno. Y no me refiero exclusivamente a la etapa nacionalsocialista, en la que la llamada Escuela de Kiel o el propio Mezger propusieron doctrinas y teorías afines al régimen nacionalsocialista, sino incluso a otras construcciones dogmáticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en las que teorías como la subjetiva de la participación se utilizaron para calificar como meros cómplices, y, por tanto, castigarlos con penas leves, a sujetos que habían participado directamente en el holocausto o en ejecuciones de miles de personas con los medios más crueles; y también para que luego, a través de una reforma legal de las reglas de la participación en los delitos especiales (entonces parágrafo 50, 2, ahora el 28, 2 del Código Penal alemán), se pudieran declarar prescritos esos crímenes, entendiendo que no eran asesinatos (que tardaban más en prescribir o incluso después se declararon imprescriptibles), porque faltaba en aquellos sujetos el elemento subjetivo del «móvil bajo» (racista) que solo tenían Hitler, Himmler y Heydrich, calificando sus hechos todo lo más como homicidios simples (que prescribían a los quince años, por tanto, en 1960).[23] Realmente no deja de ser todo esto una versión

aberrante de la dogmática en una época en la que la discusión dogmática principal en Alemania seguía siendo el concepto ontológico de acción.

5. Y para terminar, permítanme unas breves palabras sobre otro de los grandes mitos de la dogmática penal alemana a la que pomposamente se denomina en Alemania como *Strafrechtswissenschaft* (ciencia del Derecho Penal). ¿Es la dogmática penal realmente una ciencia, o la única posible ciencia del Derecho Penal? ¿O es simplemente un método para analizar sistemáticamente el Derecho Penal, para hacer clasificaciones y subclasificaciones, y reducir su complejidad de un modo que la haga fácilmente inteligible y utilizable en la praxis de los tribunales de justicia?

Hace ya un siglo el gran renovador del pensamiento y el arte musical, Arnold Schönberg, criticó las pretensiones científicas de la teoría de la armonía tradicional, a la que consideraba una mera técnica artesanal, que tenían que ser conocidas y dominadas por el músico lo mismo que el ebanista o cualquier otro artesano tenía que dominar las reglas de su oficio.[24] También otro gran músico contemporáneo de Schönberg, Paul Hindemith, decía en 1940 que ya era hora de que la armonía tradicional tenía que bajar de su pedestal en la que la habían colocado el respeto y la veneración de las generaciones anteriores[25] (ni qué decir tiene, que ambos grandes y geniales músicos murieron en el exilio, huyendo del régimen nacionalsocialista).

Entre nosotros, el penalista y filósofo del Derecho Penal, Tomás Vives, decía ya en la primera edición de sus *Fundamentos del Derecho Penal,* que la dogmática penal no puede ser ciencia «porque no se ocupa de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él».[26]

Pero sea ciencia o no, lo que en todo caso ha quedado claro tras la polémica iniciada hace ya casi setenta años entre los partidarios de la teoría causal y los partidarios de la teoría final de la acción, es que con los planteamientos puramente ontológicos de los que pretendían partir dichas teorías no se resuelven los verdaderos problemas que tiene planteados el Derecho Penal de ayer, de hoy y del futuro. Cuando Welzel decía, por ejemplo, que el Derecho Penal puede prohibir a las mujeres que provoquen sus abortos, pero no obligarles a tener un hijo a los cuatro meses de embarazo, porque esto iría contra la «naturaleza de las cosas» (*Die Natur der Sache*), un dato ontológico preexistente a cualquier regulación

jurídica,[27] olvidaba que en el Derecho Penal nadie discute ese dato ontológico, pero sí se discute y mucho sobre la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo, un problema que desde luego no se resuelve con ningún argumento puramente ontologicista, y todavía menos con una concepción causal o final de la acción. De nuevo podría responderse al argumento de Welzel con otra cita de Schönberg, cuando dice que «la naturaleza es tan multiforme que podemos insertar en ella nuestros artificios; y en la naturaleza, sin duda, pueden encontrar su fundamento muchos sistemas diversos […]. O bien encontrar razones que los invaliden».[28]

En la naturaleza específica del ser humano, la convivencia y la comunicación con sus semejantes a través del lenguaje, es decir, de un sistema de signos y significados, son la única razón por la que existe el Derecho, y por tanto, el Derecho Penal. Por eso, hoy en día me parece más apta para explicar el delito y la reacción social frente al mismo (algo que muchas veces olvida la dogmática de la imputación penal), teorías más acordes con la realidad social y con el Derecho Penal que tenemos, como, por ejemplo, la teoría significativa de la acción que propone entre nosotros Tomás Vives,[29] que cualquier otro planteamiento basado en pretendidas verdades ontologicistas, previas a cualquier valoración.

Pero la discusión sobre este y otros temas característicos de la dogmática penal, la dejo para otro momento. Lo que en todo caso queda claro es que, como ya indicó Hassemer en el Congreso de Berlín en 1999, «una ciencia como la nuestra no puede escapar a la política, y tampoco permanecer pura a través del silencio. Nuestra ciencia –decía Hassemer entonces– solo tiene dos opciones: o incluir en sus planteamientos científicos las consecuencias políticas que de ella se derivan y con ello facilitar la discusión, o hacerse la boba ante esas consecuencias».[30] Y no cabe duda de que la hipervaloración del concepto ontológico de acción en la dogmática penal alemana de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo contribuyó en España a un desinterés por la cuestiones político-criminales que en la dictadura franquista no fueron otras que la mayor represión posible contra los que cuestionaran dicho régimen, utilizando para su mantenimiento el ejército y el aparato policial, y para su legitimación un Derecho Penal pervertido, aplicado por una Administración de Justicia a su servicio y bendecido por el pensamiento más oscurantista y reaccionario de la Iglesia católica: el nacional-catolicismo. En el fondo el pretendido «apo-

liticismo» del Derecho Penal académico en aquella época no fue más que lo que Hassemer llama «política por omisión»,[31] es decir, en palabras de un penalista de entonces, «una dogmática apolítica total, de derechas de toda la vida».

Notas

1 Para más detalles sobre todo esto, me remito a mi libro *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, 4ta. ed., Valencia, 2004, y a los capítulos en los que se recogen el texto del proyecto para el tratamiento de los «extraños a la comunidad», con los dictámenes que escribió Mezger para ese proyecto, las pruebas documentales de su visita al campo de concentración de Dachau en 1944, y su posterior proceso desnazificación y regreso a su cátedra de Derecho Penal.

2 Respecto a Italia, es muy interesante e ilustrativa la monografía de Franco Bricola, *Teoria generale del reato*, publicada originariamente en el *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, recientemente traducida por Diana Restrepo Rodríguez, con una interesante introducción de Massimo Donini, *Teoría general del delito*, Montevideo/Buenos Aires, 2012. En esta monografía Bricola explica (pp. 81 y ss.) que el apego que tuvo la doctrina italiana durante el régimen fascista a un tecnicismo jurídico-formalista, patrocinado por Arturo Rocco, se debió sobre todo a que al tener ya desde 1930 un Código Penal conforme a los postulados ideológicos del régimen fascista, no era necesario desarrollar nuevas teorías, sino simplemente extraerlas del propio Código; mientras que los alemanes, al no tener todavía un Código Penal adaptado al régimen nacionalsocialista, tuvieron que elaborar teorías que no estaban recogidas en el Código Penal vigente desde 1870 (en realidad, el Proyecto de Código Penal elaborado durante la etapa nacionalsocialista, en cuya redacción participó Mezger, no llegó nunca a aprobarse. Sin embargo, sí se aprobaron y entraron en vigor leyes de carácter penal que reflejaban claramente la ideología racista nazi, como la ley del delincuente habitual, el delito de ultraje a la raza en las Leyes de Nuremberg, y algunas leyes de excepción aprobadas durante la guerra). En otro lugar me he ocupado de las relaciones existentes entre el Derecho Penal nacionalsocialista y el Derecho Penal fascista, reflejadas en el libro que los máximos representantes de ambas formas de entender el Derecho Penal, Mezger y Grispigni, escribieron conjuntamente (*Il diritto penale nacionalsocialista*, Milano, 1943). Sobre la vinculación de Grispigni con el Derecho Penal nacionalista, véase también mi artículo en *Revista Penal*, 33, 2014,

[3] Véase, por ejemplo, su artículo «Zur Dogmatik im Strafrecht», en el *Festschrift für Reinhard Maurach*, 1973, p. 1.

[4] En su monografía *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950 (traducción al español de Muñoz Conde, Valencia, 2000).

[5] Sobre las vinculaciones de Welzel con el nacionalsocialismo, véase Monika Frommel: «Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989.

[6] Edmund, Mezger: *Kriminalpolitik auf kriminologischer*, Grundlagen, 1934.

[7] *Op. cit*. en nota 5.

[8] Edmund Mezger: *Op. cit*.

[9] Edmung, Mezger: *Die subjektiven Unrechtselemente*, en Gerichtssaal, 1924.

[10] *Op. cit*.

[11] George Fletcher: *Rethinking Criminal Law*, 1979.

[12] Edmund Mezger: *Fetschrift für Rittler*, 1957.

[13] Véase Rodríguez Muñoz: *La teoría de la acción finalista*, 2da. ed., Valencia, 1978.

[14] Recogidos en Cerezo Mir: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982.

[15] Welzel Hans: *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1964.

[16] Véase, por ejemplo, Córdoba Roda: *Una nueva concepción del delito, la doctrina finalista*, Barcelona, 1963.

[17] Véase Maurach Reinhard: *Tratado de Derecho Penal*, tt. I y II, Barcelona, 1962.

[18] Fundamental en la orientación hacia una nueva visión de la dogmática penal fue su monografía *Sistema del Derecho Penal y política criminal*, Barcelona, 1972.

[19] Así, por ejemplo, lo dice Ricardo Robles Planas en su presentación al libro colectivo *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo/Buenos Aires, 2014.

[20] En la presentación de un número de la revista *Goltdammer´s Archiv*, 11, 2013, en el que se contienen diversas contribuciones de penalistas españoles.

[21] Véase Fletcher, en *Eser/Hassemer/Burkhardt*, *El Derecho Penal en el cambio de milenio*, versión española realizada por diversos autores, de las ponencias presentadas al Congreso de Berlín celebrado en octubre de 1999 bajo dicho título, coordinada por Francisco Muñoz Conde.

[22] Desde luego, tampoco los penalistas alemanes, con algunas excepciones, han mostrado el menor interés en las construcciones jurídicas que se hacen en otros países, incluyendo a los que siguen fielmente sus postulados, lo que refleja un cierto provincianismo jurídico, difícilmente compatible con su pretensión de «universalidad», salvo que se entienda por tal un «imperialismo dogmático alemán», que puede ser incluso ofensivo para los penalistas de otros países. Con gracia describe Fletcher esta actitud, cuando dice que

la sección dedicada al Derecho Penal extranjero (*Auslandsteil*) en la revista más prestigiosa de la dogmática penal alemana, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechteswissenschaft* (ZStW), le parece como el «Oscar a la mejor película extranjera» que otorgan en Hollywood (y lo mismo dice respecto a las exageraciones imperialistas americanas en el ámbito deportivo cuando hablan de la *World Cup* en las competiciones en las que solo intervienen los equipos americanos (véase Fletcher: *Op. cit.*)

23 De las razones por las que se mantuvo la teoría subjetiva de la participación que determinó la calificación como cómplices de verdaderos autores materiales de los crímenes cometidos por los nazis, y de la crítica que hizo a esta teoría Roxin en su monografía *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburgo, 1962, y en un artículo sobre el tema publicado en *Goltdammer´s Archiv*, 1963, me he ocupado expresamente en mi artículo «La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado», en revista *Penal* 32, 2013, y la versión alemana «Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtaaparate als Instrument der juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit», en *Festschrift für Wolter*, 2013. De la reforma del parágrafo 50 del Código Penal alemán, en el que en 1968 se introdujo un párrafo para rebajar la pena a los partícipes en los que no concurrieren los elementos subjetivos que concurren en el autor, y su utilización para evitar la calificación de asesinato a los que habían contribuido a los asesinatos cometidos en los campos de concetración nazis y poder aplicarles en consecuencia la prescripción que ya era aplicable al simple homicidio, me he ocupado brevemente en mi artículo para el *Festchrift fur Schünemann*, «Strafrechtsdogmatik udn Kriminalpolitik in der modernen Strafrechtsgeschichte und dem strafrechtlichen Zeitgeschehen», 2014.

24 Véase Schönberg: Armonía, 1962, p. 1.

25 Paul Hindemith: Prefacio a su libro *Armonía tradicional*, Buenos Aires (la versión original se publicó en Estados Unidos en 1943, también hay una versión alemana de 1949).

26 Antón Vives: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, p. 488.

27 *Cfr.* Welzel: Prólogo a *El nuevo sistema del Derecho Penal,* ciado en nota 16.

28 Schönberg: *Op. cit.*

29 Antón Vives: *Fundamentos del sistema penal*, citado en nota 27.

30 Winfried Hassemer, en Eser/Hassemer/Burkhardt: «El derecho penal en el cambio de milenio», citado en nota 22.

31 *Id*.

Las tendencias del Derecho Penal moderno. Breve acercamiento a la legislación penal cubana

María C. Bertot Yero
Harold Bertot Triana
Dayán Gabriel López Rojas

I. Introducción

En las últimas décadas del siglo XX se comenzó a evidenciar una tendencia expansiva del Derecho Penal, con asidero en las legislaciones de casi todo el mundo, dirigida a la introducción de nuevos tipos penales, a la agravación de los delitos existentes, a la restricción de los garantías básicas del Derecho sustantivo y procesal, a la creación de bienes jurídicos penales, a la flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales.[1]

Este fenómeno, que obedece a las lógicas consecuencias de la complejidad que alcanzaron las relaciones sociales con el desarrollo del sistema capitalista mundial, se patentiza con claridad en la aparición de delitos asociados a la seguridad del Estado o al orden público, a partir de un arreciamiento de la lucha de clases al interior de las sociedades, y la presencia de actores sociales con intereses diversos en el panorama político, no excepto muchos de ellos de lograr sus objetivos por métodos violentos de lucha. De la misma forma, el desarrollo tecnológico, que busca aprovechar las ventajas de la energía nuclear, así como la profusión de un sinnúmero de sustancias tóxicas y radioactivas en el proceso industrial, arrastran la aparición de fuentes de peligros de graves consecuencias por su capacidad destructiva, que han hecho aparecer delitos asociados al medio ambiente, a la utilización de la energía nuclear, etc., así como las políticas coloniales en la búsqueda de controles estratégicos en lo económico y político, con la proliferación de guerras y grandes desplazamientos, han hecho proliferar distintas modalidades del terrorismo, entre otras razones.

En la misma medida, el progreso técnico ha hecho que aparezcan nuevas formas de criminalidad asociadas a los medios informáticos y a internet (que algunos llaman la ciberdelincuencia),

que potencia su capacidad lesiva si estamos hablando de la llamada criminalidad organizada, de enorme peligro para la estabilidad y seguridad de los Estados.[2] En igual proporción se registran nuevas fuentes de peligro con la técnica para la configuración de los delitos por conductas imprudentes, ya sea en el ámbito industrial, farmacéutico, etc.

La premisa a abordar en estos predios se sustenta en que el Derecho Penal se hace cada vez más expansivo en una sociedad signada por la inseguridad que ha generado la sociedad posindustrial,[3] con el empleo de medios técnicos, la comercialización de productos o la utilización de sustancias –cuya nocividad no se conoce de modo seguro–, entre otros factores, que redunda en que la población experimente en el plano subjetivo una gran inseguridad respecto a la presencia de estos riesgos. A ello se suma que la complejidad de las relaciones sociales capitalistas en el mundo de hoy han disparado los niveles de desocupación, marginalidad, migraciones.

Acota el catedrático español de Derecho Penal, Silva Sánchez, que la expansión del Derecho Penal obedece igualmente al descrédito de otras instituciones de protecciones jurídicas y no jurídicas. Entre las primeras señala que en el ámbito del Derecho Civil de daños, que regula las relaciones sociales de carácter patrimonial en el ámbito de la responsabilidad por daños, se hace patente un decrecimiento de la eficacia preventiva, entre otras razones, por la evolución de un modelo de la responsabilidad hacia un modelo del seguro, donde si el daño está asegurado disminuyen los niveles de diligencia del agente, pues en todo caso el monto de la indemnización lo cubre la entidad aseguradora.[4] En igual medida, la corrupción y la excesiva burocratización en el ámbito de la Administración Pública se han sumado al descrédito de que el Derecho Administrativo pueda servir de medio de protección para enfrentar estos riesgos.[5]

Estos fenómenos consiguen que la tendencia expansiva del Derecho Penal se constate fundamentalmente en lo que se conoce como intervención anticipada de esta rama del ordenamiento jurídico, que define la existencia de delitos que sancionan conductas que no exigen una lesión o un daño que se pueda verificar, sino tan solo que se pongan en peligro –a partir de técnicas legislativas como los delitos de peligro abstracto, los delitos de tentativa, etc., sobre los que se volverá más adelante–, y que ha provocado grandes discusiones porque permite corroborar la perspectiva hacia una amplitud represiva del Estado que parece desbordar los mar-

cos de una política criminal ajustada a las exigencias de un Estado de Derecho. En desmedro de otras ramas del ordenamiento jurídico para enfrentar estos fenómenos, la naturaleza represiva del Derecho Penal aparece como un instrumento determinante y tenido primero en cuenta ante todo, lo que provoca un quebrantamiento del principio de intervención mínima y del *ultima ratio* del Derecho Penal defendido por años. Todo ello ha llevado a limitaciones en principios que sostuvieron teóricamente los límites del poder del Estado respecto al ciudadano (culpabilidad, legalidad, etc.), que deben regir para establecer sanciones punitivas.

Por su parte, las ideas asociadas a un Derecho Penal mínimo o minimalismo, cuyos exponentes más connotados son los autores de la llamada Escuela de Frankfurt, abogan por un Derecho Penal que se restrinja a lo básico, a tener por objeto las conductas dirigidas a atentar contra la vida, la salud, la libertad, y por el mantenimiento de las garantías de la ley y del proceso.[6]

Del mismo modo, a finales de la década de los noventa se puso en una fuerte discusión por los teóricos del Derecho, una tendencia político-criminal reaccionaria, denominada Derecho Penal del Enemigo, que abogaba por la conminación de los delitos con penas desproporcionadas, un recorte de las garantías procesales del acusado y la posibilidad de sancionar conductas alejadas de la lesión de un bien jurídico.

Las siguientes líneas pretenden brindar una breve aproximación a estos dos fenómenos en el mundo y el desarrollo de la legislación penal en Cuba en el contexto de estas tendencias.

II. Derecho Penal de la sociedad de riesgo

A finales de la década de los ochenta del siglo XX, en el marco de un desarrollo acelerado del capitalismo en los países del llamado primer mundo, el sociólogo alemán Ulrich Beck acuñó la sociedad capitalista actual de entonces como una sociedad de riesgo.[7] En una perspectiva fenomenológica, que captaba no obstante una gran realidad, define entender la sociedad actual como un escenario en que, a la par de un desarrollo científico-técnico, se potencia los problemas y los conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos. El proceso de modernización pasa a tornarse un problema en sí mismo, y las cuestiones del desarrollo

y la aplicación de la tecnología (en el ámbito de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento) son sustituidos por cuestiones de la «gestión» política y científica (administrativa, descubrimiento, inclusión evitación y ocultación) de los riesgos de tecnologías a aplicar.[8]

Esta perspectiva tuvo un efecto inmediato en el ámbito del Derecho Penal, que abrió intensas discusiones desde que el profesor de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt, Cornelius Prittwitz, publicó su monografía *Derecho Penal y riesgo* (*Strafrecht und Risiko*) en 1993.[9] Ello, porque desde la década de los setenta del siglo XX, sobre todo en algunos países de Europa, el Derecho Penal se había precipitado por una clara tendencia político-criminal a la anticipación de la intervención penal en momentos anteriores a la puesta en peligro concreta o la lesión de bienes jurídicos, cuyas causas se registran, fundamentalmente, por el auge del fenómeno terrorista –que provocó la aparición de bienes jurídicos de imprecisos contornos (seguridad interior del Estado o el orden público)–, y el desarrollo tecnológico e industrial, que trajo aparejado la generación de nuevas fuentes de peligro –como la contaminación ambiental, la energía nuclear, etc.–.[10]

Desde este nuevo enfoque, se hizo notar que el Derecho Penal se orientó a superar la función de *ultima ratio* e intervención mínima defendida por el pensamiento liberal, y se enroló en una dinámica de prevención general de los nuevos riesgos, en dimensiones sociales que no pocas veces definían espacios o ámbitos de relaciones con precisión para elevarlos a la categoría de bien jurídico que debían ser protegidos penalmente –como la paz colectiva, el orden público, o la seguridad colectiva– (como bien jurídico, entiéndase una categoría del Derecho Penal que hace referencia al concreto objeto de ataque que intenta proteger el Derecho Penal. Por ejemplo, el delito de homicidio, protege la vida humana como bien jurídico para el Derecho Penal), apareciendo de este modo una proliferación de delitos que no exigían para su punibilidad lesiones (materiales) a bienes jurídicos, sino solo suficientes con una puesta en peligro (delitos de peligro).

Así, para la anticipación de la tutela penal frente a conductas que ponían en peligro concreto o lesionan bienes jurídicos, se utilizaron diversas técnicas legislativas, como la formulación de los delitos de peligro abstracto, la creación de bienes jurídicos colectivos, la formulación creciente de los llamados delitos de tentativa, de emprendimiento, de preparación, etc.

Si bien los Códigos Penales de la primera mitad del siglo XX apenas contemplaban delitos de peligro abstracto,[11] estos hoy se ponen de manifiesto en gran parte en los delitos socioeconómicos, contra el medio ambiente, con el tráfico de estupefacientes.[12] Se desarrolla en el marco de una función preventiva en relación con riesgos de naturaleza colectiva, orientadas a tutelar bienes jurídicos denominados supraindividuales –colectivos o universales– (salud, seguridad pública). En estos delitos la consumación se realiza cuando se constata la aparición de una conducta que en los tipos penales aparece regulado como peligrosa. Se construyen para hacer punibles determinadas conductas que no provocan en la realidad una lesión, sino únicamente con la aparición de una conducta que genera peligro, la cual viene dada por la certeza de sus implicaciones lesivas o destructivas en ámbitos colectivos por la experiencia. Ligados a esto, están los delitos de emprendimiento o de empresa, que se caracterizan por constituir una tentativa de delito, pero que se sanciona como si el delito se hubiera consumado. A los efectos jurídico-penales de su tipicidad, la consumación de ambos se entiende cuando se lesiona o cuando se intente lesionar el bien jurídico.

Por su parte, también en la doctrina penal, cuando un delito supera la fase de actos preparatorios, sin llegar a consumarse o a realizarse, se habla de que este quedó en tentativa (por ejemplo: el sujeto que es atrapado porque pretende llevarse una ropa ajena tendida en el balcón de una vivienda, que no logra finalmente sustraerla porque resbala y cae), contempla una disminución de la pena. Ahora, se denominan delitos de tentativa a aquellas formas de delitos de consumación anticipada, donde el legislador sanciona (por considerar que se realiza plenamente el delito o se realiza el tipo), con la mera ejecución de actos que tienden a producir la lesión o la puesta en peligro concreta del bien jurídico; es decir, se castigan como delitos autónomos lo que en el plano de lo realidad no pasan de ser una tentativa.[13]

De la misma forma, existen delitos que sancionan como tal los actos preparatorios, que son aquellos donde el legislador considera punible aquellas conductas que establece las condiciones idóneas para la ejecución de un delito planeado –sin que se llegue a la tentativa–, que consistiría en no haber dado comienzo a la inmediata ejecución del delito.[14]

Las anteriores técnicas legislativas son las que han definido una tendencia expansiva en la fijación de los límites del Derecho Penal. Se constata una criminalización del ámbito previo de lo que se ha

considerado el núcleo del Derecho Penal, y de alguna manera se ha visto superado aquel entendido del Derecho Penal encaminado a la protección de bienes jurídicos frente a comportamientos que lesionan o ponen en peligro concreto, así como aquella configuración del injusto que englobaba tanto el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, constituido por la lesión o el peligro concreto para el bien jurídico. De este modo la punición de la tentativa toma como referente el desvalor subjetivo de la acción, es decir, cuando solo se manifiesta una voluntad contraria a derecho; se ha ampliado el ámbito punible de la tentativa en el campo propio de los actos preparatorios, se ha equiparado la pena entre tentativa y consumación, asimismo la punibilidad de la tentativa imposible. Todo ello en el marco de un alejamiento de la teoría objetiva de la tentativa, y aboga por la punibilidad del delito imposible.

El grupo de autores que conforman la llamada Escuela de Frankfurt (W. Hassemer, Naucke, P. A. Albrech, Herzog), han puesto en discusión la necesidad de revisar esta tendencia y el papel del Derecho Penal ante este nuevo escenario, y han hecho el llamado Derecho Penal de riesgo el objeto fundamental de sus valoraciones. En un sentido general, se pronuncian contra los intentos de combatir estos problemas de la sociedad moderna (medio ambiente, economía, drogas, criminalidad organizada, etc.), mediante un Derecho Penal preventivo.[15]

Para Winfried Hassemer, entre los rasgos característicos del Derecho Penal moderno[16] se encuentra que la prevención de un objeto colateral del Derecho Penal se ha transformado en un paradigma dominante, que resquebraja los principios de proporcionalidad e igualdad, se tiende a la proliferación de bienes jurídicos colectivos, y no individuales, que se formulan de forma especialmente vagas y amplias (protección de la salud pública, protección de la función; y de acuerdo a la formulación de los delitos de peligro abstracto se tienen a una disminución de las posibilidades de defensa por cuanto se reducen los requisitos para la punibilidad: dificultades para probar la producción de un resultado de lesión o peligro, o de establecer en ellos la relación de causalidad o el dolo de lesión en ámbitos como el Derecho Penal económico, o en los delitos contra el medio ambiente o la manipulación de alimentos (como en los famosos casos «Costergan» y «*spray* de cuero» en Alemania, o el «aceite de colza» en España, etc.[17]

El temor ha aumentado cuando se constata que se ha dado un vuelco hacia tendencias desarrolladas a su máxima expresión en regímenes como el nacionalsocialista alemán (1933-1945), el cual abogó por sustituir un «Derecho Penal de lesión» por un «Derecho Penal de peligro», que tomara como punto de arranque el comportamiento peligroso del autor; así como a un «Derecho Penal de voluntad», donde el objeto central de reproche se localiza en la puesta en marcha de la voluntad criminal del autor, es decir, el peligro de producción del resultado, y no el resultado producido, entre otras particularidades.

III. Derecho Penal del enemigo. La revitalización de un viejo fantasma

En un Congreso en Berlín en 1999, que reunió a varios catedráticos alemanes de Derecho Penal, el jurista alemán Günther Jakobs, de la Universidad de Bonn, esgrimió una tendencia político-criminal creciente e inevitable en el mundo de perfiles segregacionista y reaccionaria, que denominó Derecho Penal del enemigo. En su primera edición al español de sus conclusiones ante este nuevo fenómeno, publicado en España en 2003, adujo que «el legislador en ámbitos de la criminalidad económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, delitos sexuales, etc., estaba pasando a una legislación –denominada abiertamente de este modo– de lucha». Con esto, no solo se pronunció por la custodia como medida de seguridad para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, sino que había «otras muchas reglas del Derecho Penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona».[18] Sostenía que en un «Derecho Penal del ciudadano» la función de la pena es la contradicción, en el «Derecho Penal del enemigo» es la «eliminación de un peligro».[19] Y afirmaba: «Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido».[20]

En síntesis, Günther Jakobs consideraba inevitable la conminación de los delitos con penas desproporcionadas, un recorte de las garantías procesales del acusado y la posibilidad de sancionar conductas alejadas de la lesión de un bien jurídico. Como refiere el catedrático español de Derecho Penal, Francisco Muñoz Conde, desde el primer momento en dicho Congreso de Berlín, estas ideas de un «Derecho Penal excepcional», que derogaba los principios básicos del Derecho Penal liberal, y los principios básico del Derecho Penal del Estado de Derecho, contenidos en las declaraciones y convenios internacionales sobre derechos humanos, provocó un fuerte rechazo por parte de algunos presentes como Albin Esers e Ingebord Puppe, y posteriormente en Schulz y Schünemann.[21] Desde entonces las críticas hacia esta concepción de política criminal, de evidente naturaleza reaccionaria, xenófoba y arbitraria, que conoce antecedentes a lo largo de todo el siglo XIX y XX en Europa y América Latina (como las de Pinochet en Chile, Stroessner en Paraguay, Videla en Argentina), despertó las más disímiles críticas desde todas partes del mundo.[22]

Las manifestaciones más abiertas y conocidas de esta tendencia en los últimos años lo fueron aquellas que se sucedieron luego de los graves atentados a las Torres Gemelas en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, que llevó a la adopción de la *Patriotic Act* en octubre de ese año, y las órdenes militares aprobadas en Estados Unidos, limitadores en muchos de sus preceptos del derecho al debido proceso, a la intimidad, etc., con las consecuencias de los abusos y torturas de los presos iraquíes en la cárcel de Abu Craigh.[23]

De ahí que se cuestione un «Derecho Penal del enemigo» que justifique desplazar los límites jurídicos para valorar las pruebas en el proceso penal, a aquellos casos en que la autoinculpación sea conseguida a través de grabaciones de conversaciones privadas, escuchas telefónicas y domiciliarias, así como de la tortura para obtener pruebas incriminatorias.[24]

En los más recientes acontecimientos del mundo, que evidencia un retroceso hacia posiciones del «Derecho Penal del enemigo», se encuentra la reforma al Código Penal español en 2015[25] bajo el gobierno de Mariano Rajoy. Se recrudecieron algunas penas, al extremo que se introdujo la cadena perpetua revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, por cuanto se adujo que los «ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido»; igualmente se endurecieron las penas en la lucha contra la

libertad sexual y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y se elevó la edad del consentimiento sexual hasta los 16 años, salvo excepciones puntuales; se suprimió el libro dedicado a las faltas que pasan a ser consideradas delitos leves o sanciones administrativas, entre otras importantes modificaciones.

Hoy el Derecho Penal aparece como el instrumento político más eficaz para combatir los nuevos riesgos que surgen para el llamado primer mundo, y evidentemente se intensificará en los años venideros en Europa, sobre todo por la proliferación del terrorismo en Europa proveniente del llamado Estado islámico, o por la crisis de refugiados que atraviesa Europa, y que tuvo una primera respuesta en Hungría.[26]

IV. Un breve acercamiento a la legislación penal cubana en el contexto de estas tendencias

Después del triunfo revolucionario de 1959 hasta la actualidad, el proceso legislativo penal ha registrado una tendencia cada vez más creciente hacia un expansionismo penal. Con un momento de profunda reforma hacia la despenalización y el retroceso de la intervención del Derecho Penal en los finales de la década de los ochenta, la tendencia ha sido hacia la criminalización y la agravación de las penas. El Derecho Penal se constituyó en un instrumento político de primer orden en el marco de escenarios sociales y económicos conflictivos a lo interno y externo del país. En el ámbito del Derecho Penal de la sociedad de riesgo, su influjo en la legislación penal ha sido de una incorporación gradual, sobre todo desde finales de la década de los setenta del siglo XX.

Al triunfo de la Revolución se encontraba vigente el Código de Defensa Social de 1936 –vigente a su vez desde 1938–, que había derogado al Código Penal español de 1870, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879 para cumplimentar los acuerdos contenidos en el Pacto del Zanjón. Una amplia legislación promulgada desde el mismo inicio tuvo como objetivo principal combatir las actividades contrarrevolucionarias, con la aplicación de penas extremadamente duras para aquellos elementos de la dictadura batistiana, relacionada con las torturas y asesinatos, y para hacer frente a la contrarrevolución,[27] y que en no pocas ocasiones supusieron vulneraciones de varios principios

reguladores de la materia penal, como la retroactividad de la ley siempre que sean favorables al reo, el principio de legalidad (que entre otros impide sancionar si no hay establecido previamente el delito en la ley), la suspensión de garantías penales para los acusados de determinados delitos, etc.[28]

Según algunas fuentes, en este período se registran una disminución del porciento de los delitos económicos y contra la propiedad, y se evidencian igualmente esfuerzos contra el delito, se focalizan en áreas como la droga, el juego, la prostitución y las actividades relacionadas con estas.[29] El estado peligroso y las medidas de seguridad, previstos en el Código de Defensa Social para la conducta antisocial predelictiva, se constituyeron igualmente en instrumentos fundamentales utilizados por el poder revolucionario para neutralizar a los elementos peligrosos al sistema.[30]

Sin embargo, algunas fuentes señalan que a partir de 1963 y hasta 1973, la tendencia histórica de la estructura del delito empezaba a cambiar radicalmente, pues los hechos violentos se convirtieron en el 40 % de los hechos denunciados y las tasas de homicidio y asesinato disminuyeron a menos de 10 por cada 100 000 habitantes. La escasez que comienza a proliferar en el abastecimiento a la población repercute en delitos como la especulación y el acaparamiento, constituyendo entre el 70 y el 80 % de los delitos que se conocieron, y en el marco de la estatalización de la propiedad producto de la llamada ofensiva revolucionaria de 1968, provocó que llegada la década de los setenta se detectara un aumento en los delitos de malversación, y otros delitos económicos asociados a la propiedad socialista estatal, y que se intensificaría en la década de los ochenta.[31]

Casi finalizando la década de los setenta aparece el primer Código Penal realizado después de 1959, que derogaría el Código de Defensa Social, caracterizado por una tendencia hacia la represión necesaria de los primeros años de la Revolución, y con un acercamiento a la sistemática de lo que se conocería luego como el Derecho Penal de la sociedad de riesgo.

El signo más evidente de esta tendencia expansiva y el recrudecimiento de las penas opera cuando en el Código Penal de 1979 se agrupa bajo el título de delitos contra la seguridad del Estado, un gran número de delitos –vigentes aún la mayoría–, marcado por la severidad en las penas, y por una amplitud interpretativa de

sus formulaciones en muchos casos, cuyos antecedentes para su redacción estuvieron contenidos en el Código de Defensa Social y en algunas leyes puestas en vigor entre 1959 y 1974.[32]

En tal sentido se encara un aumento en la severidad de las sanciones en delitos tales como infracción de resistencia de los deberes de resistencia (que en la ley de los delitos militares contempla hasta la sanción de muerte), así como después de la experiencia del desembarco en Bahía de Cochinos en 1961, se contempla hasta la sanción de muerte para el delito de servicio armado contra el Estado, y así también para el delito de ayuda al enemigo; en otros aparecen delitos de fronteras muy amplias en su construcción típica, y que generan una gran inseguridad por lo poco preciso y manipulable de los verbos nucleares que utiliza, como en el delito de propaganda enemiga que prevé sancionar duramente a quien «incite», mediante propaganda oral o escrita, o en cualquier otra forma, contra el orden social, la solidaridad internacional o el Estado socialista, con penas de uno hasta ocho años (con supuestos que agravan las penas hasta 15 años), entre otros.

Como adelantamos, en estos finales de la década de los setenta la tendencia expansionista del Derecho Penal de la sociedad de riesgo se verificaría igualmente en el Código Penal de 1979. El Código Penal español de 1870, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879, consistía en un Código inspirado en el pensamiento clásico precedente a esa época, cuyos artículos no pudieron contemplar delitos relacionados con el transporte automovilístico y ferroviario. Los adelantos de la industria, entre otras razones, habían motivado su sustitución por el Código de Defensa Social –promulgado por el Decreto Ley 802, de 4 de abril de 1936–, cuya fuente de inspiración fundamental lo fue el Código Penal español de 1928, que prestaba mayor atención a las conductas lesivas de bienes jurídicos provocados por riesgos provenientes del sector industrial, incluyendo los delitos culposos.[33]

Pese a que Cuba clasificaba desde entonces dentro de los países denominados del tercer mundo, con un gran atraso tecnológico e industrial, el fortalecimiento de sus lazos económicos y políticos con el campo socialista de Europa del Este abrió las puertas para que se registraran nuevas fuentes de peligro con la incorporación paulatina de la técnica de estos países en el proceso productivo,

y que llegó incluso a que se trazara su línea de desarrollo económico en las fuentes de la energía nuclear, a partir de los acuerdos sobre colaboración económica y técnica entre Cuba y la Unión Soviética para el comienzo de la construcción de una central electronuclear, que formaba parte del programa de desarrollo de la energía eléctrica en la República de Cuba.[34]

Ello significó un replanteo a nivel legislativo en este sentido, que desembocó en la creación de bienes jurídicos penales, la introducción de nuevos tipos penales, la agravación de la pena para algunos delitos existentes, un incremento de los delitos de peligro (concreto y abstracto), marcados por un notable momento de intervención del Derecho Penal, y por consiguiente una flexibilización del ámbito de la imprudencia en la formulación de los delitos.

Bajo esta toma de conciencia, el Código Penal cubano de 1979 creó el título III, para agrupar aquellos delitos cuyo bien jurídico a proteger lo constituía la seguridad colectiva. En la Exposición acerca del Código Penal, se significaba:

«Las figuras delictivas enumeradas se caracterizan por constituir un peligro común, considerando este desde el punto de vista de los bienes materiales que pudieran ser afectados; la tutela penal, en estos casos, se dirige a la protección, en general, de los bienes de las personas, contra los actos creadores de una situación de peligro común e indeterminado».[35]

Entre las principales innovaciones estuvo equipar el marco sancionatorio de los denominados delitos contra la seguridad del tránsito por caminos y carreteras, y los cometidos por transporte ferroviario, aéreo o marítimo, lo que no hacía el CDS derogado. Respecto al delito de estragos, que sanciona el acto de poner en peligro la vida de las personas o existencia de bienes de considerable valor, mediante incendio, inundación, derrumbe, explosión u otra forma capaz igualmente de producir estragos, se superan las limitaciones de CDS, que restringía sus medios de comisión a los explosivos, y desvirtuaba la naturaleza del bien jurídico protegido al fundar la penalidad en los resultados ocasionados. En la propia Exposición de Motivos, se acotaba: «Las infracciones cometidas dentro de los delitos contra la seguridad colectiva se caracterizan por constituir típicas figuras de peligro común, en las que la represión es independiente de que los resultados se produzcan efectivamente».[36]

Se incluyó, además, el delito de omisión o remoción de señales de seguridad, que aparecía como una contravención en el CDS, por el cual se sanciona al responsable de una obra de fábrica o construcción de cualquier clase que omita colocar en ella las luces, señales, vallas o barreras necesarias para evitar daños o peligro, y al que sin causa que lo justifique, remueva o retire las señales de precaución antes referidas. Otra de las innovaciones del Código Penal de 1979 se relaciona con los delitos contra la salud, en lo que se refiere a la protección de las aguas y de la atmósfera.

Respecto al posible empleo de la energía nuclear, y la necesidad de ofrecer tutela penal, se incorporó el delito de infracción de las normas referentes al uso y conservación de las sustancias radioactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes (artículos 210 y 211), que pretendía proteger contra el indebido uso, conservación y tenencia de dichas sustancias.

No renuncia el nuevo Código igualmente a contemplar los delitos de emprendimiento o de empresa, que habíamos adelantado que se caracterizan por constituir una tentativa de delito, pero que se sanciona como si el delito se hubiera consumado, tales como el delito de salida ilegal del territorio nacional (artículo 216.1 del CP vigente), con antecedentes en el CDS, y en la Ley 1262 de 1974, en momentos en que salidas clandestinas de profesionales, médicos, o por agentes de la CIA,[37] que luego de cometer algún crimen pretendían salir del país, prevé la misma sanción para el que, sin cumplir las formalidades legales, «salga o realice actos tendentes a salir del territorio nacional»; del mismo para el delito de evasión de presos o detenidos, que sanciona con la misma pena a quien se «evada o intente evadirse», entre otros.

Por su parte, en la década de los ochenta, como producto de un movimiento de reforma penal internacional, influido por las corrientes alternativas del Derecho Penal desarrolladas fundamentalmente en España y Alemania –que abogaban por un Derecho Penal mínimo, de *ultima ratio* (que llevó a la realización de importantes eventos en nuestro país, donde en algunos participó la máxima figura política del país)–,[38] provocó una importante reforma en la legislación penal, con la promulgación del Código Penal de 1987, vigente hasta entonces, con importantes modificaciones introducidas posteriores.

Para dicha reforma penal se tuvo como fundamentos rectores ideas sobre un sistema de sanciones suficientemente flexible para permitir al tribunal una aplicación individualizada y diferenciada de la

sanción, sin vulnerar el principio de la igualdad real de todos ante la ley; la relación entre el nivel de la conminación penal señalado en la ley y las funciones de protección que incumben al derecho y la sanción penal, la limitación de la sanción de privación de libertad para los casos de infracciones más graves y para aquellos sancionados a los que su medio de vida social, laboral y familiar no sean favorables para su reeducación; y una reserva de la sanción penal para la prohibición, en la esfera del Derecho Penal, de aquellos comportamientos considerados intolerables por la sociedad, por amenazar o poner en peligro fundamentales relaciones sociales.[39]

Estas importantes ideas condujeron a que se despenalizaran conductas insignificantes, y que en esos momentos se constituían en incumplimientos de deberes laborales, administrativos, funcionales o profesionales; se incluyeran sanciones alternativas o sustitutivas de la privación de libertad que no accediera de tres años, como el trabajo correccional con o sin internamientos, y una utilización más amplia de la multa; un mayor arbitrio a los tribunales para considerar con carácter facultativo y no obligatorio la imposición de sanciones accesorias y para considerar la reincidencia y la multirreincidencia; la eliminación racional de la sanciones privativas de libertad de corta duración; la reducción de los delitos que se penalizaban por los actos preparatorios; la disminución de los límites mínimos y máximos en muchos delitos en que se consideraba la sanción excesiva; ampliación para ciertos delitos de la confiscación; la creación de nuevas figuras para combatir la corrupción como el enriquecimiento ilícito, entre otras.[40]

Asimismo, ya se habían puesto en vigor, además del conocido Decreto Ley 64 de 1982, en relación con los menores que cometían delitos, el Decreto Ley 80 de 1984, que estableció nuevas regulaciones para las infracciones administrativas, que permitió que delitos de escasa relevancia se convirtieran en contravenciones administrativas. También en 1986 se había promulgó el Decreto Ley 95, que creó las Comisiones de Prevención y Atención Social en la asunción de la importante tarea de coordinar las actividades de prevención de delitos en niveles nacional, provincial y municipal, junto a las organizaciones que de una forma u otra realizaban control social formal e informal.

Por su parte, la década de los noventa se presenta como un período convulso y muy complejo para Cuba en lo social y económico. La caída del campo socialista, el fortalecimiento del bloqueo y la

entrada en una profunda crisis económica –con reformas paulatinas en lo económico y social–, supuso un nuevo escenario para el Derecho Penal y la política criminal, sobre todo por los delitos que emergieron en el escenario cubano con el incremento del turismo y la inversión extranjera. El Decreto Ley 140 de 13 de agosto de 1993 despenaliza la posesión de moneda extranjera, y el Decreto Ley 150 de 6 de junio de 1994 se encamina a tratar el flagelo de las drogas, con la incorporación de delitos y la modificación de otros. Por su parte, el Decreto Ley 175, de 17 de junio de 1997, se dirige a combatir la corrupción económica y el turismo sexual, para lo cual incorpora los delitos de tráfico de influencia, exacción ilegal y negociaciones ilícitas, insolvencia punible y se aumentan las sanciones para los delitos de cohecho, malversación y abuso en el ejercicio del cargo, así como el proxenetismo y trata de personas, ultraje sexual, y aumenta las sanciones de los delitos de corrupción de menores. No obstante, el Decreto Ley 175 establece la posibilidad de sanciones alternativas a la prisión de libertad para las penas de hasta cinco años (en lugar de tres años), y se acoge el principio de oportunidad con la modificación del artículo 8 del Código Penal.[41]

En 1999, coincidente con el momento en que Günther Jakobs defendiera en un Congreso en Berlín la inevitabilidad de un Derecho Penal del enemigo, el fenómeno acelerado de la prostitución, el proxenetismo, el crimen asociado al narcotráfico internacional, la tenencia de drogas, las violaciones, los homicidios, etc., produjo a nivel legislativo un fuerte giro hacia una intervencionismo muy marcado del Derecho Penal en torno a la represión de estas conductas.

Sin que se renunciara completamente a la prevención como un paso importante para disminuir las actividades delictivas –que comprendía al enfrentamiento al delito desde un sistema institucional y organizacional coherente–, se destacaba por entonces la influencia negativa del exterior en la promoción de la comisión de delitos, el fenómeno del turismo asociado al nacimiento y proliferación de un grupo de delitos, tales como el contrabando, el tráfico de drogas, el proxenetismo y otros. En las nuevas circunstancias se acoge favorablemente la orientación hacia una mayor importancia de la pena en el nuevo marco social general y bajo la premisa de que se había «caído en ilusiones verdaderamente» y de que «a veces ha habido descuidos, blandenguerías en nuestras leyes», y de que había «algunos delitos que hay que combatirlos

con todos los hierros»,[42] hubo un retorcimiento de la tuerca en la severidad de las penas y en la criminalización de conductas verdaderamente lesivas.

Esto llevó a que mediante la Ley 87 de 1999 se modificara el Código Penal para incluir la sanción de privación perpetua de libertad y se contempla la posibilidad, para determinados casos, de sanciones mayores de 30 años de privación de libertad. En este orden se establece con carácter preceptivo para los tribunales de aumentar hasta el doble los límites mínimo y máximo previstos cuando el autor hubiera cometido el hecho (solo en los delitos intencionales) durante el cumplimiento de una sanción o medida de seguridad, o encontrándose sujeto a medida cautelar de prisión provisional, evadido de un centro penitenciario o durante el período de prueba correspondiente a la permisión condicional de la sanción; se produce un aumento de la sanciones en el delito de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas, hurto, violación, proxenetismo, corrupción de menores, drogas, pederastia con violencia, sacrificio ilegal de ganado mayor; así como se modifican delitos relacionados con el patrimonio cultural.

En esta misma línea agrega un título referido a los delitos contra el normal tráfico migratorio, que en sus artículo 347, delito de tráfico de personas, sanciona con pena de 7 a 15 a quien organice y promueva la entrada en el territorio nacional de personas con la finalidad de que emigren a terceros países, caracterizado por ser un delito de consumación anticipada, por adelantar la punición al solo requerir la finalidad de que las personas emigren a terceros países.[43] En igual sanción incurre el que sin estar facultado para ello y con ánimo de lucro, organice o promueva la salida del territorio nacional de personas que se encuentren en él con destino a terceros países. Por su parte, al que penetre en el territorio nacional utilizando nave o aeronave u otro medio de transporte con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas, la pena oscilaba entre 10 y 20 años, con la previsión de agravantes de 20 a 30 años o prisión perpetua (artículo 348).

En la misma ley se incorpora el delito de lavado de dinero (artículo 346.1), cuya regulación resulta asistemática respecto al resto de los preceptos del propio cuerpo penal, y sobre el cual se han vertido numerosas críticas,[44] y se agregó el delito de venta y tráfico de menores (artículo 316), que pena al que venda o transfiera en adopción un menor de 16 años de edad, a otra persona, a

cambio de recompensa, compensación financiera o de otro tipo, que podía comprender hasta de 7 a 15 si el propósito es relacionar al menor a las formas de tráfico internacional relacionadas con actos de corrupción, pornográficos, etc.

En igual medida, el empleo de las técnicas de intervención anticipada, y el recrudecimiento de las penas, se hizo patente en la contemplación de varios delitos para enfrentar la hostilidad del gobierno norteamericano, relacionada con los fenómenos del terrorismo, el secuestro de aeronaves y el tráfico de personas. Ante el peligro de la hostilidad del gobierno norteamericano, se puso en vigor la Ley 88 de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba, de 16 de febrero de 1999 –a raíz de los planes agresivos que siguieron a la Ley Torricelli y la Ley Helms-Burton– y la Ley 93 Ley contra Actos de Terrorismo, de 20 de diciembre de 2001. Ambas dimensionan un amplio perfil preventivo-general que comprende al Derecho Penal como un instrumento eficaz en la protección de bienes jurídicos, marcadamente amplios y poco precisos como el orden interior, la independencia nacional, la seguridad del Estado, la paz internacional, etc. En este sentido, se hizo mostrar el interés del Estado en punir conductas tendentes a la preparación de acciones contra estos bienes jurídicos, de ahí la intencionalidad de punir la asociación o la planeación de la acción para facilitar determinados objetivos.

En la Ley 88 la anticipación de la punición alcanza algunos casos extremos como la agravación de la pena para actos preparatorios, cuando considerara una agravante en su apartado 2 del artículo 8.1, al que «promueva, organice o incite a realizar las perturbaciones del orden público a que se refiere el apartado anterior», que hacía referencia precisamente a quien perturbe el orden público con el propósito de cooperar con los objetivos de la Ley Helms-Burton, el bloqueo y la guerra económica. En igual sentido, el artículo 10 sanciona con privación de libertad de dos a cinco años o multa de mil a tres mil o ambas, al que proponga o incite, por cualquier medio o forma, a ejecutar alguno de los delitos previstos en esa ley, o se concierte con otras personas para la ejecución de alguno de estos delitos.

En general, suministrar información o buscar información clasificada, acumular, reproducir o difundir material subversivo del gobierno de Estados Unidos, se relaciona con un peligro concreto de los bienes jurídicos independencia, orden interno y seguridad

del Estado, cuando con estas conductas se apoya, facilita o coopera con los objetivos de la Ley Helms-Burton, el bloqueo y la guerra económica.

Las particularidades del fenómeno del terrorismo en el largo historial de Cuba hizo coincidente con la práctica internacional de este período para enfrentar esta tendencia, un recrudecimiento extremo de las penas, al extremo de que se previera la sanción de muerte en siete de los diez delitos previstos en la Ley 93 Ley contra actos de terrorismo, y con penas de privación de libertad extremadamente duras.

A esto se suma que en la actualidad el Código Penal vigente contempla las anacrónicas instituciones vigentes en nuestro Código Penal del estado peligroso y las medidas de seguridad, rezagos del viejo Código de Defensa Social, mediante las cuales se han pretendido utilizar como un instrumento político de recomposición del tejido social (devenido forzado, coercitiva y, por ende, sin un impacto en las soluciones de fondo de los problemas), a partir de políticas criminales de contención, tendentes a regular los desplazamientos migratorios dentro del territorio nacional, que se relacionan con conductas proclives a cometer delitos; para aminorar el fenómeno de la prostitución (que no aparece como delito en el Código Penal).

En lo relativo al proceso penal, se demanda un mayor grupo de garantías para el imputado, que gozan de amplio reconocimiento en el ámbito convencional internacional. Luego de la derogación en 1973 de la Ley de Enjuiciamiento Penal española, y la puesta en vigor de la Ley 1251 de 25 de junio, Ley de Procedimiento Penal, con un influjo marcado del Derecho Procesal soviético, se mostró un evidente retroceso en los derechos del imputado, que atentaron de alguna manera contra los principios del debido proceso (contradicción, equilibrio de las partes, presunción de inocencia, etc.). Los más significativos resultaron, desde el inicio, la tardía entrada al proceso del abogado (se dispone que hasta siete días posteriores a la detención), o en otro caso la posibilidad de que el imputado esté ausente en el procedimiento investigativo seguido en su contra, y solo tener acceso en la fase judicial previa al juicio, cuando queda reservada la presencia del abogado para los trámites de las calificaciones. Y por otra parte, desde 1994, con el Decreto Ley 151 de 10 de junio, la adopción de medidas cau-

telares, incluida la prisión provisional del detenido, quedó en manos de la policía, la instrucción y el fiscal, eliminándose así el control judicial que en la LPP de 1973 establecía al tribunal como el órgano encargado de disponer las medidas cautelares dentro de las 72 horas siguientes del recibo de las actuaciones, previa audiencia verbal, con la presencia del fiscal y abogado, y la LPP de 1977, que si bien encargaba al fiscal de la adopción de la medida cautelar, se preveía una revisión judicial inmediata.

En el enfrentamiento a la criminalidad trasnacional, que cada vez tendrá más puntos de conexión con Cuba, hasta este momento no se contempla legalmente la utilización de las técnicas especiales de investigación criminal (la entrega vigilada, la intercepción de las comunicaciones, el agente encubierto) para la investigación de delitos de especial gravedad vinculados con el crimen organizado (como el tráfico internacional de drogas, de personas, el lavado de dinero, etc.), por lo que cualquiera de estas técnicas utilizadas hoy para obtener material probatorio en un proceso penal resulta nulo. En igual sentido carece de validez, por ejemplo, la observación y el rastreo que está presente hoy en la práctica en Cuba, donde en las diligencias investigativas acumuladas durante la etapa sumarial –previo al juicio oral– se incluyen informes y certificaciones emitidos por funcionarios pertenecientes a la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba, sobre informaciones que contiene un teléfono móvil ocupado (fecha, hora y duración de las llamadas realizadas; números de los teléfonos receptores e identificación de sus titulares, etc.), lo cual resulta lesivo del derecho al secreto de las comunicaciones, de rango constitucional.[45]

En este mismo ámbito hace algún tiempo se demanda proceder a un proceso de modernización de la administración de justicia con la incorporación y utilización en los procesos judiciales de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, como medios y herramientas para hacer más efectiva y menos costosa la actividad jurisdiccional, y que se suplan las deficiencias que impiden ingresar una prueba válida al proceso para su valoración por el tribunal en la decisión a adoptar, que de alguna medida ya está siendo suplido por dictámenes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo.[46]

Notas

1 Jesús-María Silva Sánchez: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2da. Edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 20.

2 *Id*., p. 28.

3 En la década de los sesenta el sociólogo francés Alain Touraine realiza un estudio de un nuevo tipo de sociedad distinto de los anteriores, que denominó la sociedad posindustrial, a partir de las profundas transformaciones sociales que se sucedieron en esos años, como el movimiento estudiantil, la aparición de nuevas clases sociales, la evolución de la empresa moderna, la participación social, etc. Alain Touraine: *La sociedad posindustrial*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

4 Jesús María Silva Sánchez: *Op. cit*., p. 64.

5 *Id*., pp. 64 y 65.

6 *Id*., p. 19.

7 Beck Ulrich: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 2013.

8 Trata de una perspectiva metodológica de acercamiento a la sociedad que hace primar un modelo interpretativo desde el cual no solo se analice, sino que actúe y se encaminen los estudios, de modo que para las sociedad del primer mundo la comprensión de la sociedad en los términos que problematiza la existencia de una «sociedad industrial» o de una «sociedad de clases».

9 Ver al respecto a Claus Roxin: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, 1997, p. 61.

10 M. Isabel Sánchez García de Paz: *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1999, p. 36.

11 Gonzalo Quintero Olivares: «Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo», en *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt,* Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 241-248.

12 *Id*., p. 37.

13 M. Isabel Sánchez García de Paz: *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1999, p. 47.

14 *Id*., p. 57.

15 Claus Roxin: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, 1997, p. 61.

16 Winfried Hassemer: «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV, fasc. I, ener.-abr., 1992, pp. 235-250.

17 En la década de los setenta, en Alemania la empresa farmacéutica Chemie-Grünenthal durante los años 1960-1962 distribuyó bajo el nombre comercial de Costergan un medicamento que servía como sedante, y que por su tolerancia era recomendado sobre todo para mujeres embarazadas, y se relacionó con malformaciones en las estructuras físicas en los fetos. En el caso de la colza, en España, los acusados figuraron como importadores y distribuidores de grandes cantidades de aceite de colza con exclusivos fines industriales, y como tal desnaturalizado con la sustancia venenosa anilina, en los marcos de las disposiciones jurídico-administrativas, se introdujo en el mercado comestible sin que los industriales, al parecer, hubieran podido eliminar la anilina del aceite, lo que provocó entre los consumidores la aparición de una nueva enfermedad denominada síndrome tóxico (provocadora de una lesión en los vasos sanguíneos) en más de 15 000 personas, de las cuales fallecieron 330. En estos casos, como en el problema del *spray* de cuero en Alemania, el problema resultó en la imposibilidad de identificar la toxina que, aparentemente, había causado los resultados típicos. Sin embargo, en el suscitado por el aceita de colza el Tribunal Supremo de España afirmó la relación causal entre el consumo de aceite y las muertes y las lesiones producidas, a partir de una fundamentación que se remitió expresamente a la tesis de la sentencia alemana del *spray* para el cuero, en el sentido de que, «si se ha comprobado de una manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto –aunque no sea posible una mayor aclaración– es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido, según un análisis y los conocimientos científico-naturales, el fundamento último de esa causalidad», rechazando la opinión «según la cual no existe causalidad mientras no se conozca el mecanismo causal» . *Cfr.* Enrique Bacigalupo: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pp. 259-269.

18 Jakobs Günther, Manuel Cancio Meliá: *Derecho Penal del enemigo*, Thomson, Civitas, Madrid, 2003, p. 38.

19 *Id*., p. 55

20 *Id*., p. 56. Acotaba Jakobs, además: «Un Derecho Penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho Penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho Penal del enemigo», p. 56.

[21] Francisco Muñoz Conde: «De nuevo sobre "el derecho penal del enemigo"», en *Revista Penal*, no. 16, 2015, pp. 123 y 124.

[22] Ver una fuerte crítica en este sentido a Luis Fernando Niño: «El Derecho Penal como instrumento de exclusión», en *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho Penal económico en el siglo XXI*. Libro homenaje al profesor Juan María Terradillos Basoco, Ed. UNIJURIS, 2015, pp. 89-122.

[23] Ver a Francisco Muñoz Conde: «De nuevo sobre "el derecho penal del enemigo"», en *Revista Penal*, no.16, 2015, pp. 123-137.

[24] Francisco Muñoz Conde: «De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal Penal del enemigo», en *Revista Penal*, no. 23, 2009, pp. 73-114.

[25] Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Publicado en BOE no. 77 de 31 de marzo de 2015, y vigencia desde 1 de julio de 2015.

[26] En septiembre de 2015, el gobierno húngaro del conservador nacionalista Viktor Orbán aprobó unas leyes que penalizan como delito el cruce de sus fronteras por la crisis de refugiados que vive en Oriente Medio, con penas de hasta tres años para aquel que solo pise territorio húngaro, y que pueda aumentar hasta cinco con la agravante de dañar la alambrada o entrar armado (*El País*, 15 de septiembre de 2015).

[27] Entre estas se encontraban la Ley 125 de 7 de julio de 1959, que endureció legalmente la definición de los delitos y sanciones, con el comienzo de la política criminal del gobierno revolucionario en la esfera de las actividades contrarrevolucionarias; la autorización de la aplicación de la pena de muerte con la Ley 33 de enero de 1959, que declaraba un carácter supletorio cualquier ley penal sustantiva y procesal que hubiera existido durante la guerra de independencia en los territorios ocupados por los mambises; la Ley 664 con la autorización de la confiscación de bienes en los casos de delitos contrarrevolucionarios y de actividades conspirativas; las Leyes 732 y 858 de 1960 en la agravación de los límites de la sanciones aplicables a los delitos de malversación de caudales públicos, fraude, exacciones ilegales, entre otras, así como las modificaciones del articulado del Código de Defensa Social en relación con los delitos contra la seguridad colectiva con la Ley 923 de enero de 1961. Después de Playa Girón, se promulgó la Ley 988 de noviembre de 1961, que extremaba el rigor de las sanciones penales, ante las amenazas y acciones del gobierno de EE.UU. en la promoción de actividades contrarrevolucionarias, ya fueran asesinatos, estragos, etc. En 1961 también se modificó por la Ley 992 la entonces vigente Ley de Ejecución de Sanciones y Medidas de Seguridad Privativas de Libertad, con la fundamentación de que se habían creado condiciones propicias para la aplicación

de nuevos métodos dirigidos a reeducar y rehabilitar a los delincuentes. Por su parte, la Ley 993 del mismo año autorizó al Consejo Superior de Defensa Social, órgano que se encontraba adscrito al Ministerio del Interior, la facultad de conceder y revocar la libertad condicional de los sancionados, con la reducción del cumplimiento mínimo de una cuarta parte de la sanción impuesta. También dicha ley modificó los artículos concernientes al Código de Defensa Social en lo concerniente al proxenetismo o a la aprobación de cualquier forma de prostitución. Ver Abel Enrique Hart Santamaría: *Delitos contra la seguridad del Estado*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988, pp. 60-99; José A. Grillo Longoria: *Delitos en especie*, t. I, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988, pp. 18-42.

28 En el propio año 1959, las modificaciones de rango constitucional introducidas en la Ley Fundamental de ese año, consistieron en prever la retroactividad de la ley penal que, entre otros casos, estableció en el art. 21 de la Ley Fundamental que los delitos cometidos en servicio de la tiranía derrocada el 31 de diciembre de 1958 podrían ser juzgados de acuerdo con las leyes penales que fueran promulgadas al efecto; se amplía la posible aplicación de la pena de muerte a imputados no militares relacionadas con las organizaciones afectas a la tiranía, así como a los confidentes (art. 25), entre otros. Por su parte, el Reglamento 1 del régimen penal del Ejército Rebelde, promulgado en la Sierra Maestra el 21 de febrero de 1958 para todo el territorio nacional, ratificado y ampliado por la Ley 33 de 29 de enero de 1959, se establecía en su art. 16: «Tanto para la definición de los delitos y sus circunstancias como para la fijación del grado y cuantía de las penas, así como para todo cuanto no esté previsto en este Reglamento y no lo contradiga, se tendrá en cuenta los principios inmanentes de justicia y equidad». Este Reglamento que establecía la aplicación de las leyes penales que rigieron en la República de Cuba en Armas durante la guerra de independencia, y modificado por dicha Ley 33, podía aplicarse supletoriamente a la jurisdicción de los tribunales revolucionarios para juzgar delitos contrarrevolucionarios, reestablecida por la Ley 634 de 23 de noviembre de 1959, que declaró nuevamente en vigor la Ley Procesal de Cuba en Armas de 1896. Ver Ley Fundamental de la República con notas de estudio comparativo respecto a la Constitución de 1940 y en Apéndice las leyes del Ejército Rebelde dictadas en la Sierra Maestra, sobre Inhabilitación Política y Reforma Agraria, Cuaderno Extraordinario, 2da. ed., Ed. Lex, La Habana, 1959; Enrique Corona Zayas, Guadalupe Ramos Smith, Francisco de la Nuez Marrero: *Teoría de la Ley Penal*, fascículo I, Ed. Pueblo y Educación, 1973, pp. 23 y 24.

29 Ver la investigación, hasta ese momento inédito, que realizó Guillermo Milán Acosta y que cita Ramón de la Cruz. Ramón De la Cruz Ochoa: «El deli-

to, la criminología y el Derecho Penal en Cuba después de 1959», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no.1.

30 De este modo, en la Ley 993 de 19 de diciembre de 1961 se derogó el art. 489 del Código de Defensa Social para convertir el proxenetismo en un índice de peligrosidad, y una vez que fueran considerados «peligrosos», aplicarle una medida de seguridad predelictiva, consistente en asignarles a una «casa del trabajo» o a una «colonia agrícola« o a un «taller» para su reeducación mediante el trabajo, por considerarse todavía en este etapa como una forma de «parasitismo social» –lenguaje del positivismo del siglo XIX–, como hizo el profesor Vega Vega en 1961, siguiendo al profesor de la Universidad de Múnich, Frank Exner, y su obra *Biología criminal*. Juan Vega Vega: «El proxenetismo como índice de peligrosidad. Un comentario a la Ley 993 de 1961», en *Revista Cubana de Jurisprudencia*, año I, marzo de 1962, no. 3, p. 33.

31 Ver la investigación, hasta ese momento inédita, que realizó Guillermo Milán Acosta, y que cita Ramón de la Cruz. De la Cruz Ochoa, Ramón: *Op. cit*. Igualmente en referencia que la Ley 1098 de 1963 agravó las sanciones para los delitos contra la propiedad y los calificó como delitos contrarrevolucionarios, entre otras disposiciones jurídicas referidas al comiso de ciertos objetos, efectos, materiales o mercancías, cuyo uso, comercio o tendencia podría firmarse perjudicial al orden social o idóneo para la ejecución de un delito. Para 1973 se promulga la Ley 1249, en relación con los llamados delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia, que pasaron a llamarse delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud, la cual además aumentó la sanciones por los delitos de violación, pederastia, abusos lascivos, escándalo público y proxenetismo. También se aumentaron las sanciones y se crearon nuevas figuras referidas a los delitos contra la propiedad y contra la economía nacional y popular.

32 Las Leyes 425 de 7 de julio de 1959; 923 de 4 de enero de 1961; 988 de 29 de noviembre de 1961; 1246 de 14 de mayo de 1973, y 1262 de 5 de enero de 1974.

33 Vicente Julio Arranz Castillero: «Vigencia e influencia del Derecho Penal español en el Derecho Penal cubano», en *Historia del Derecho en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, 2009, pp. 318-319 (307-328).

34 Dicha tarea se recogió en la Resolución sobre las directivas para el desarrollo económico y social en el quinquenio 76-80 por el I Congreso de PCC, reiterado en los Lineamientos del II Congreso. Todo ello en el marco del programa a largo plazo de cooperación en las esferas de la energía, combustibles y materias primas, aprobado en 1978 durante la celebración de la 32 Reunión del CAME, se acordó que los países miembros de la organización (con exclusión de la URSS), construir centrales nucleares con capacidad total de 37 000 MW (e). Se estimaba para entonces que la capacidad nuclear total de los países de la comunidad

socialista sería de unos 120 000 MW (e), aproximadamente; ello equivalía a economizar unos 240 millones de toneladas anuales de combustibles, de modo que las centrales nucleares suministrarían del 40 al 45 % de toda la electricidad que consumían los países miembros del CAME. Por tal motivo en Cuba se puso en vigor el Decreto Presidencial 3791 de 5 septiembre de 1974 (creó la Comisión Nacional para el Uso Pacífico de la Energía Atómica, adscrito al entonces existente Consejo Nacional de Ciencia y Técnica, hasta 1976, en que pasó a constituirse en Comité Estatal de Ciencia y Técnica, adscrito luego al Consejo de Ministros), y el Decreto 52 de 24 de octubre de 1979 del Consejo de Ministros, que modificó el anterior Decreto, para crear una Comisión de Energía Atómica de Cuba compuesta por varios organismos, que dio paso al Decreto Ley 56 de 25 de mayo de 1982 para la regulación del uso pacífico de la energía nuclear en Cuba. Ver a María E. Pubillones Marín: «Acerca del desarrollo de la legislación nuclear en Cuba», en *Revista Jurídica*, no. 4, jul.-sept., 1984, pp. 27-48.

35 José A. Grillo Longoria: *Op. cit*., p. 208.

36 *Id*., p. 209.

37 José Antonio Grillo Longoria: *Op. cit*., p. 288.

38 Por ejemplo, en la clausura de la VIII Conferencia de la Asociación Americana de Juristas, celebrada en el Palacio de Convenciones el 17 de septiembre de 1987, Fidel Castro aboga con profundidad por la despenalización y la posible modificación al Código Penal vigente tendente a eliminar figuras delictivas que podían tener un tipo de reacción social no penal. Sobre este tema, Harold Bertot Triana: «Una aproximación criminológica desde el pensamiento de Fidel Castro», expuesto en la Jornada Científica de la Facultad de Derecho en mayo de 2012 (inédito).

39 Renén Vera Quirós Pírez: «La modificación del Código Penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 33, abr.-jun., 1988, pp. 10 (3-26).

40 *Id*., pp. 10 y 11.

41 En aquellos delitos en los que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de un año de privación de libertad o de multa no superior a trescientas cuotas o ambas, la autoridad actuante está facultada para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al tribunal, imponer al infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del hecho.

42 Palabras de Fidel Castro en el acto por el 40 aniversario de la constitución de la Policía Nacional Revolucionaria, efectuado en el teatro Carlos Marx, el 5 de enero de 1999. Citado en Harold Bertot Triana: *Op. cit*.

43 María Caridad Bertot Yero, Oscar Manuel Silvera Martínez: «Apuntes acerca del delito de tráfico de personas en la legislación cubana actual», en

Migraciones internacionales, tráfico y trata de seres humanos. Una visión desde Cuba, Ed. UNIJURIS, 2015, La Habana, p. 143.

44 Dayán G. López Rojas y Mayda Goite Pierre: «Lavado de activos y delito determinante cometido en el extranjero (¿otra incoherencia del Decreto Ley 316/2013?)». Sin antecedentes en los diferentes cuerpos legales que han regido los destinos del Derecho Penal cubano, la criminalización del lavado de activos aparece por vez primera en el ordenamiento punitivo patrio, bajo en *nomen iuris* de lavado de dinero, de la mano de la Ley 87 de 16 de febrero de 1999. Esta disposición normativa introdujo al título XIV del Código Penal «Delitos contra la Hacienda Pública», el capítulo II «Lavado de Dinero»; recientemente modificado por el Decreto Ley 316, de 7 de diciembre de 2013 –Modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo–, y cuya redacción actual es la siguiente:

Artículo 346.1. El que adquiera, convierta, transfiera, utilice o tenga en su poder recursos, fondos, bienes, derechos, acciones u otras formas de participación a ellos relativos, o intente realizar estas operaciones, con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito, o con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el crimen organizado, la delincuencia trasnacional, el tráfico de artículos robados, o con los delitos de tráfico ilícito de drogas, fabricación, tráfico ilícito de armas, sus piezas o componentes, tráfico o trata de personas, venta y tráfico de menores, extorsión, terrorismo, financiamiento al terrorismo, proxenetismo, corrupción de menores, cohecho, exacción ilegal y negociaciones ilícitas, tráfico de influencias, estafa, falsificación de moneda, tráfico ilegal de monedas, divisas, metales y piedras preciosas, contrabando, transmisión, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural y falsificación de obras de arte, sacrificio ilegal de ganado mayor, falsificación de documentos públicos, falsificación de documentos bancarios y de comercio, evasión fiscal, insolvencia punible, enriquecimiento ilícito, malversación, apropiación indebida, actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación, lesiones graves, homicidio, asesinato, privación ilegal de libertad, toma de rehenes, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas y hurto, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

2. En igual sanción incurre el que encubra, oculte o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, fondos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, o debiendo conocer o suponer racionalmente, por la ocasión o circunstancia de la operación, que procedían de los actos referidos en el apartado anterior.

3. El que cometa los delitos previstos en los apartados anteriores, formando

parte de un grupo organizado, o cuando estos constituyan actos asociados a la corrupción o que dañen la flora o la fauna especialmente protegida, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.

4. Si los hechos referidos en los apartados que anteceden se cometen por ignorancia inexcusable, la sanción será de dos a cinco años de privación de libertad.

5. Los delitos previstos en este artículo se sancionan con independencia de los cometidos en ocasión de ellos.

45 Ver a Dayán Gabriel López Rojas: «¿La verdad a toda costa? A propósito de la eficacia probatoria de los registros de llamadas expedidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba (ETECSA)», en *Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del siglo XXI*, Ed. UNIJURIS, La Habana, 2014, pp. 350-376.

46 Como el reciente Dictamen 446, de 16 de julio de 2015, que orienta que «resulta oportuno establecer la pertinencia de que, en el transcurso de los procesos judiciales, tanto la fiscalía como el tribunal, según el momento procesal en que discurra el asunto, utilicen la videoconferencia como medio de realizar audiencias y recibir testimonios o declaraciones, en los casos en que resulte necesario y se garantice a plenitud el cumplimiento de las garantías procesales y constitucionales», en Gaceta Oficial, 19 de octubre de 2015, Edición Ordinaria, año CXIII, no. 47.

Bibliografía

Arranz Castillero, Vicente Julio: «Vigencia e influencia del Derecho Penal español en el Derecho Penal cubano», en *Historia del Derecho en Cuba, Editorial de Ciencias Sociales,* 2009.

Bacigalupo, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

Bertot Triana, Harold: «Una aproximación criminológica desde el pensamiento de Fidel Castro», expuesto en la Jornada Científica de la Facultad de Derecho, en mayo de 2012 (inédito).

Bertot Yero, María Caridad; Oscar Manuel Silvera Martínez: «Apuntes acerca del delito de tráfico de personas en la legislación cubana actual», en *Migraciones internacionales, tráfico y trata de seres humanos. Una visión desde Cuba,* Ed. UNIJURIS, 2015, La Habana.

Corona Zayas, Enrique; Guadalupe Ramos Smith, Francisco de la Nuez Marrero: *Teoría de la Ley Penal*, fascículo I, Ed. Pueblo y Educación, 1973.

De la Cruz Ochoa, Ramón: «El delito, la criminología y el Derecho Penal en Cuba después de 1959», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* no. 1.

Fernando Niño, Luis: «El Derecho Penal como instrumento de exclusión», en *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho Penal económico en el siglo XXI*. Libro homenaje al profesor Juan María Terradillos Basoco, Ed. UNIJURIS, 2015, pp. 89-122.

Hart Santamaría, Abel Enrique: *Delitos contra la Seguridad del Estado,* Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988; José A. Grillo Longoria: Delitos en especie, t. I, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

Hassemer, Winfried: «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* t. XLV, fasc. I, ener.-abr., 1992.

Jakobs Günther; Manuel Cancio Meliá: *Derecho Penal del enemigo*, Thomson, Civitas, Madrid, 2003.

López Rojas, Dayán Gabriel: «¿La verdad a toda costa? A propósito de la eficacia probatoria de los registros de llamadas expedidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba (ETECSA)», en *Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del siglo XXI*, Ed. UNIJURIS, La Habana, 2014.

Muñoz Conde, Francisco: «De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal Penal del enemigo», en *Revista Penal,* no. 23, 2009.

––––: «De nuevo sobre el derecho penal del enemigo», en Revista Penal, no.16, 2015.

Pubillones Marín, María E.: «Acerca del desarrollo de la legislación nuclear en Cuba», en Revista Jurídica, no.4, jul.-sept., 1984.

Quintero Olivares, Gonzalo: «Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo», en *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha Cuenca, 2003.

Quirós Pírez, Renén: «La modificación del Código Penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 33, abr.-jun., 1988.

Roxin, Claus*: Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, 1997.

Sánchez García de Paz, M. Isabel: *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1999.

Silva Sánchez, Jesús-María: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2da. ed, Civitas, Madrid, 2001.

Touraine, Alain: *La sociedad posindustrial*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

Ulrich Beck: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 2013.

Vega Vega, Juan: «El proxenetismo como índice de peligrosidad. Un comentario a la Ley 993 de 1961», en *Revista Cubana de Jurisprudencia*, año I, marzo de 1962, no. 3, pp. 33-36.

Legislación nacional

Ley Fundamental de la República. Con notas de estudio comparativo respecto a la Constitución de 1940 y en Apéndice las leyes del Ejército Rebelde dictadas en la Sierra Maestra, sobre Inhabilitación Política y Reforma Agraria, Cuaderno Extraordinario, 2da. ed., Ed. Lex, La Habana, 1959.

Dictamen 446, de 16 de julio del 2015, en Gaceta Oficial, 19 de octubre de 2015, Edición Ordinaria, año CXIII, no. 47.

Legislación extranjera

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Publicado en BOE no. 77 de 31 de marzo de 2015, y vigencia desde el 1 de julio de 2015.

Otras consultas

El País, 15 de septiembre de 2015.

Los actos reflejos y la función negativa del concepto jurídico-penal de acción

Harold Bertot Triana
Nibaldo Hernández Mesa

I. Introducción

La Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas, en la causa número ciento cincuenta y nueve del año dos mil trece, dio por probado el siguiente hecho:

«Que el acusado LPR en fecha 28 de enero de 2012 en el horario de las 10:00 a.m. se encontró con el ciudadano EGM en el área festiva conocida como Las Cuarenta, situada en el reparto que lleva el mismo nombre, en este municipio y provincia de Las Tunas, comenzaron a ingerir bebidas alcohólicas, consistente en cerveza de termo y ron casero, permaneciendo en dicho lugar hasta las 7:00 p.m., horario en el que, juntos y a pie, se marcharon para la unidad gastronómica La Arboleda, situada en las proximidades de la terminal de ferrocarril, entre las calles Lico Cruz y Lucas Ortiz, municipio de Las Tunas, sitio en el que no ingirieron alimentos y continuaron tomando cerveza, esta vez de botella y de un pomo que contenía ron casero, lo que hacían sentados a una mesa de las que existen en la citada instalación, y allí estuvieron hasta las 9:00 p.m., horario en el que salieron en dirección al crucero ubicado entre las calles Prolongación de Martí y Carlos Sosa Ballester, de la citada demarcación, lugar en el que existe un paso a nivel de la vía férrea y en el que se detuvieron, pues en ese instante pasaba un tren de carga, muy extenso, compuesto por dos máquinas locomotoras y 32 vagones. El acusado y EGM quedaron parados uno al lado del otro, el acusado en el lado derecho y EGM en el izquierdo. En un instante el acusado perdió el equilibrio, yéndose hacia delante, y para evitar ser alcanzado por el tren, se agarró del hombro derecho de EGM, con lo que él ganó en equilibrio, pero hizo que su acompañante perdiera el suyo, lo que tuvo que imaginarse que sucedería, pues al igual que él, su acompañante había ingerido bebidas alcohólicas durante todo el día, con lo que consiguió arrojarlo sobre el tren, provocando

el impacto del cuerpo de la víctima con las planchas componentes del mismo; producto al roce, EGM cayó fuera de la vía férrea y muy cerca del lugar en el que estaba parado. El acusado, consciente de lo que había provocado, salió huyendo del lugar al observar que se aproximaban algunas personas, pero luego regresó y, al escuchar decir que llevarían la víctima hacia el hospital, insistió en que este estaba borracho y que él lo llevaría para la casa; no obstante, como uno de los que acudió al lugar fue el oficial de patrulla OGS, este detuvo un vehículo en el que subió a la víctima y al acusado, a los que su conductor trasladó hacia el hospital Ernesto Guevara de la Serna, centro asistencial en el que la atropellada víctima recibió todos los requerimientos médicos necesarios, pues sufrió excoriaciones y hematomas en el hombro derecho, en el dorso del antebrazo derecho, en el lateral del hemiabdomen derecho, al dorso de ambas piernas y dorso del pie derecho, así como en la región dorsal de la columna vertebral, en la región escapular izquierda y en la región lateral del muslo izquierdo, sufriendo hemiperitoneo de 1800 mililitros y fractura de la pelvis en ambas ramas, con abundante sangramiento interno, una hematoma retroperitoneal de 20 centímetros de diámetro que le interesó el riñón izquierdo, todo cuanto le produjo una anemia aguda y a consecuencia de ello falleció en las primeras horas de la madrugada de fecha 29 de enero de 2012. Al momento de su deceso el ciudadano EGM no tenía personas dependientes económicamente de él y sus familiares, representados por la ciudadana LGM, incurrieron en gastos de funerales ascendentes a novecientos noventa y cinco pesos (995.00).

»Durante el proceso investigativo el acusado fue sometido a peritaje psiquiátrico en virtud del cual quedó demostrado que este padece de un retraso mental leve; pero en el momento de cometer los hechos, se encontraba en un estado de no enajenación mental, y en correspondencia con ello poseía capacidad para comprender el alcance de su acción y dirigir su conducta.

»El acusado LPR tiene 35 años de edad, caracterizado por ingerir bebidas alcohólicas frecuentemente, al extremo de colocarse en estado de embriaguez y bajo los efectos del alcohol se vuelve agresivo, le consta antecedentes penales por haber sido ejecutoriamente sancionado en la causa 678 de 1995 del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río, por el delito de robo con fuerza

en las cosas a un año de privación de libertad; en la causa 732 de 1999 del Tribunal Municipal Popular de Las Tunas por un delito de daños a multa de doscientas cincuenta cuotas de dos pesos cada una; en la causa 418 de 2002 del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas, por un delito de tráfico de drogas a cuatro años de privación de libertad, y en la causa 372 de 2004 del Tribunal Municipal Popular Las Tunas por un delito de denuncia o acusación falsa a multa de cuatrocientas cuotas de un peso cada una».

El Tribunal Provincial Popular calificó los hechos referidos como constitutivos del delito de homicidio por imprudencia, previsto y sancionado en el artículo 261 con relación al 9 apartado 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, e impuso al acusado LPR la sanción de siete años de privación de libertad, con las accesorias del caso.

Por su parte, el Tribunal Supremo dictó sentencia absolutoria, argumentando «que si el acusado, junto al amigo que resultó fallecido, habían ingerido bebidas alcohólicas desde horas de la mañana y ya en la noche salieron ambos en dirección a un sitio conocido por El Crucero, en el recorrido encontraron un paso a nivel del ferrocarril, donde se detuvieron a esperar que pasara un tren de carga, muy extenso, instante en que el acusado perdió el equilibrio y se fue hacia adelante, y para recuperarlo se agarró del hombro de su acompañante, lo que provocó que este perdiera el suyo e impactara con su cuerpo las planchas componentes de uno de los vagones que lo proyectaron hacia atrás, ocasionándole lesiones que provocaron la muerte. Es de concluir, que el movimiento corporal ejecutado por el inculpado para protegerse ante la caída inminente no califica como una acción, en el sentido jurídico-penal que exige el artículo 8 del Código Penal, porque responde a un movimiento reflejo, no dominado por su voluntad, manifestación del instinto de supervivencia inherente a todo ser humano, configurándose en el presente caso un típico supuesto de ausencia de acción, de ahí que debe acogerse el motivo de infracción de ley del recurso, establecido a tenor del ordinal primero, del artículo sesenta y nueve, de la Ley de Procedimiento Penal, aunque por argumento distinto al alegado por el recurrente».

II. Los problemas teóricos de la referida sentencia

Los hechos transcriptos de la referida sentencia nos ubican en el complejo tema de la exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de acción. La argumentación de la Sala hace alusión, en rigor, a la llamada función negativa de la acción, cuando concluye en la presencia de un «movimiento reflejo, no dominado por su voluntad, manifestación del instinto de supervivencia inherente a todo ser humano». La mayoría de los autores coinciden en significar que esta función negativa de la acción tiene lugar generalmente en tres supuestos: en casos de fuerza irresistible, que hace referencia a una condición de fuerza proveniente del exterior y que actúa materialmente sobre el agente (a quien atan fuertemente a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, no puede siquiera manifestar su voluntad); movimientos reflejos, que hace referencia a movimientos que se producen por estímulo del mundo exterior percibido por los centros sensores que lo transmiten directamente a los centros motores, sin intervención de la voluntad; y los estados de inconsciencia, como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc.[1]

Se ha sostenido, acertadamente, que si bien estos supuestos a nivel de los principios no ofrecen dificultades, se complica considerablemente al producirse su aplicación a la pluralidad de situaciones reales.[2] Ello porque en la realidad se suscitan movimientos de muy diversa naturaleza que se discuten si son actos reflejos o que, sin serlos, pueden equipararse en sus consecuencias jurídico-penales al acto reflejo, a los efectos de excluir la responsabilidad penal. La aceptación por algunos autores de determinadas teorías psicológicas conlleva a considerar actos no reflejos aquellos actos involuntarios enmarcados en la denominación de situaciones intermedias, que especifican en los llamados actos en cortocircuito (en los que la voluntad participa, así sea fugazmente),[3] movimientos instintivos, reacciones primitivas, reacciones espontáneas, etc. [4] Esta discusión alcanza nuevos matices para cada juzgador a partir de la concepción de acción que asuma teóricamente entre aquellas que se han discutido en la teoría penal por varios años. Y como tradicionalmente los conceptos de *voluntad* y *conciencia* del sujeto han supuesto el tronco del problema sobre el cual giran

cada una de ellas, se complejiza aún más cuando estas debe definirse y explicarse en el campo propiamente dicho de la psicología, la neurología y la psiquiatría.

En la definición de delito del artículo 8.1 del Código Penal cubano, «se considera delito toda *acción u omisión* socialmente peligrosa». Ya tendremos ocasión de significar que sienta las pautas para entender el fenómeno delictivo a partir de estructuras categoriales que diferencia a la acción de la tipicidad y la antijuricidad, y por tanto, la posibilidad de la exclusión de la responsabilidad penal si estamos ante supuestos de ausencia de acción. El propósito del presente trabajo es analizar la sentencia de referencia bajo la óptica de la intersección de un tema de la neurociencia, el de los actos motores inconscientes, con la función negativa del concepto jurídico-penal de acción. En la discusión se interrelacionarán los elementos del Derecho Penal –sobre todo en los criterios sustentadores de la acción como categoría autónoma– con los de la neurología, psicología y psiquiatría, enfatizando cuatro hipótesis potentes de la neurociencia, transdiciplina que posibilita por primera vez en la historia de la ciencia el análisis del cerebro en tiempo real durante la actividad humana.

II.1. Sobre la autonomía de la categoría acción. La conciencia y la voluntad como determinantes de su contenido

Varios autores coinciden en que la capacidad de existir de la categoría acción depende de si logra cumplir con las funciones encargadas a las categorías en Derecho Penal. Estas son: una función clasificatoria, como elemento común que puede caracterizar a todas las formas de manifestarse el delito; una función de enlace o unión, cuyo contenido material atraviesa con entidad propia las distintas valoraciones que se suceden en el campo del resto de las concretas categorías del delito como concreciones o adiciones; y una función negativa o de delimitación, que excluye de las consecuencias jurídico-penales a todas aquellas manifestaciones de la vida que no comportan consecuencias jurídico-penales, como pueden ser los daños causados por animales o los actos humanos realizados por procesos psíquicos que escapan del control, como las convulsiones o los ataques epilépticos, entre otros.[5]

En el marco de las concepciones causalista-naturalista, finalista, social, negativa y personal, la búsqueda de una concepción

de la acción que cumpla con estas tres funciones ha sido intensa, llena de contradicciones y de debates por los autores, al igual que la búsqueda de un concepto general de acción, que englobe tanto los hechos comisivos como omitivos.

Existe cierto consenso en apuntar el fracaso de la teoría causal de la acción dentro del llamado sistema clásico para servir de elemento base común a todas las manifestaciones del delito. El modo que encuentra este sistema para construir una categoría autónoma fue demarcar un ámbito propio, libre de las valoraciones que se indicaban pertenecían al campo del resto de las categorías. Su conceptualización fue tendente a que se entendiera o se viera este momento (el de la acción) como una simple relación causa-efecto, sin necesidad de llevar a este escalón valorativo del delito alguna que haga referencia a su ilicitud (lo que se hace en la antijuricidad) o sobre el aspecto subjetivo (valorado en la culpabilidad). La acción se conceptualizaba como un movimiento corporal, causado por un impulso de la voluntad, o como una contracción muscular resultante de la enervación de los nervios motores; pero la apelación al impulso de la voluntad no se tomaba en el sentido de considerar el impulso de la voluntad dirigida a producir el resultado. Esta solo se tomaba como causa de la conducta externa, sin importar la dirección final de la voluntad, pues lo importante no consistía en el contenido de la dirección de la voluntad, sino tan solo que el comportamiento obedeciera a una voluntad, sin importar si se dirigía o no a producir el hecho. La dificultad sobrevino cuando se intentó explicar entonces cómo definir a la omisión, donde precisamente no había «contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores», y fue cuando no pudo construirse si no haciendo referencia a la antijuricidad, pese a que Ernst Beling pretendió conceptualizarla en el marco de un proceso causal como distensión muscular».[6]

La introducción de la idea de valor en la metodología jurídico-penal, con el influjo del neokantismo de Stammler, Rickert y Lask, provocó una perspectiva diferente a la sostenida por la posición naturalística. La defensa de comprender, junto a las ciencias de la naturaleza, la existencia de la ciencia del espíritu, venían a indicar la necesidad de no solo observar y describir los hechos, como caracterizaba a las ciencias de la naturaleza, sino también comprender y valorar el sentido de los hechos. En este sentido, Edmund Mezger asume entender un denominador común en la acción y en la omisión. Se trataba de entender a ambas como con-

ductas humanas que diferían en cómo se valoraban cada una de ellas respecto a la exigencia de la norma penal, es decir, como motivadoras a no hacer o a hacer: el que hace quiere algo, y el que omite no quiere algo. La acción abarcaba toda conducta humana concreta, signada por el fundamento de la voluntad de la acción, como fenómeno psíquico, como acto subjetivo de voluntad.[7]

Mezger sostiene el fundamento de la voluntad de la acción como conducta dirigida a un fin, pero aclara que este contenido de la voluntad no es objeto de valoración en la acción, sino en la culpabilidad. Los motivos se aducen en dos aspectos: para lograr el carácter neutral de la categoría, y que pueda servir de base de todas las investigaciones jurídico-penales, y no permitir un recargamiento de la teoría de la acción de difícil comprensión.[8] Destacaba a la acción como un concepto ontológico, el ser jurídico, mientras que la apreciación normativa de sus distintos elementos tenía lugar en el resto de las categorías, como la antijuricidad, la culpabilidad.

De esta manera, bajo el influjo del neokantismo el concepto de *acción* no dejó de ser *causal,* pues aunque se insistía en que la acción era causada por la voluntad, no se exigía que esta estuviera dirigida a causar el resultado. Este contenido de la voluntad se valoraría en la culpabilidad. Las críticas desde entonces se dirigieron a destacar la necesidad de un concepto autónomo y superior. En esta dirección, Gustav Radbruch entendió que el concepto natural de acción no lograba brindar un supraconcepto común, y que el concepto superior del sistema jurídico-penal se encontraba en la tipicidad.[9]

En este sentido, la teoría de la acción final, creada por Hans Welzen, defendió entender que ese movimiento corporal o distensión muscular había que comprenderlo en el marco de un movimiento voluntario dirigido hacia una finalidad, que tiene su base en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso casual, y por consiguiente de dirigirlo a la consecución de un fin. «La finalidad o actividad finalista de la acción –sostiene Welzen– se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos».[10] Argumentaba Welzen, en consecuencia, que «el defecto fundamental de la acción causal consiste en que no solo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad,

como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera (acto voluntario). Desconoce que toda acción es una obra (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige el suceder causal».[11]

Las críticas vertidas sobre la concepción finalista de Welzen advirtieron como una de sus principales debilidades no servir de elemento común para la comisión, la omisión y la culpa.[12] Roxin se hizo eco de los propios finalistas como Armin Kaufmann y Hirsch sobre la falta de adecuación de la teoría del Welzen a los delitos de omisión, «pues, como el omitente no es causal respecto del resultado, y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final».[13] En este punto consideramos con Roxin que si la voluntad consciente del fin, se constituía en la espina dorsal de la acción y rectora del acontecer casual.[14] En verdad se creaban serios problemas para englobar un comportamiento de omisión, sobre todo en la culpa.

En el desarrollo de la teoría de la acción se suelen igualmente advertir la teoría social y negativa de la acción, la primera con un enfoque que la define como una conducta dirigida a la lesión de bienes sociales (Maihofer) o toda conducta socialmente relevante (Jeschek), a las cuales se les objeta que no cumplen un rol adecuado como función delimitadora y de enlace,[15] sobre todo cuando exigía que el punto de vista debía ser la «perspectiva social», donde sería acción todo «comportamiento humano socialmente relevante». La finalidad y la posibilidad de finalidad son los dos criterios, que junto al de trascendencia exterior, conceden relevancia social a un comportamiento humano: la finalidad en los hechos dolosos y la posibilidad de finalidad en la imprudencia.

Por su parte, la concepción personal de la acción defendida por Claus Roxin, hasta donde alcanzo a ver, sufre de una exposición incoherente o al menos no comprensible del todo. En cierta medida vacía el contenido valorativo que otorga a su concepto de acción cuando entiende a la acción como manifestaciones de la personalidad dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia[16] (en eso estamos de acuerdo), y sostiene en otro momento –como veremos más adelante–, que puede haber actos no conscientes, que no excluyen la acción, porque se presentan como un «movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo».[17]

Una primera idea a sostener, en el marco de todas estas tendencias, radica en entender el Derecho Penal como una construcción

teórica sobre las conductas de los seres humanos, y que ninguna formulación teórica sobre hechos delictivos puede prescindir de entender el comportamiento humano como el elemento común o la base que sostiene todo el sistema jurídico-penal, en complejas interrelaciones con las finalidades políticas en momentos determinados del desarrollo social.

Partiendo de estos presupuestos, a nuestro criterio la función de elemento común o base en la estructura del delito tiene en consideración que cuando hablamos de acción en sentido jurídico-penal, nos referimos a una conducta humana, a un sujeto que consciente y voluntariamente actúa en un medio social determinado. En tal sentido no encuentro inconvenientes en asimilar ambos conceptos (acción u omisión) como formas de manifestarse la conducta humana. Se hace preciso tomar como base esta realidad para elevarlos a una concepción general de la acción que sirva de punto de partida para el resto de las valoraciones que exige la existencia de un delito, y según las propias exigencias de la norma penal para cada caso, en tanto permita la concurrencia o no de un comportamiento omisivo (como puede ser el homicidio imprudente por algún comportamiento omisivo), o cuando la conducta que se sanciona comprende la no realización de una acción exigida por la ley (delito de simple omisión). En ambas se trata de conductas humanas que difieren únicamente en el modo en que el sujeto se posiciona respecto a su realidad objetiva, y donde la significación jurídico-penal constata una transformación de la realidad objetiva con conciencia y voluntad del sujeto que actúa u omite.

Quirós sostiene que en la definición del artículo 8.1 del Código Penal cubano no se instituyen las características integrantes del delito, sino la definición de lo delictivo, o sea, qué es delito y no qué acciones concretas representan un delito determinado. Por tanto. no se alude a la acción y a la omisión ya delictuosa (típica) sino «a la acción u omisión del hombre que, desde este plano (el prejurídico), se lleva al terreno del Derecho Penal por reunir la cualidad esencial enunciada en el artículo señalado».[18] Resulta cierto que esta definición no hace mención a acciones concretas de un delito determinado, pues resulta lógico que no se hace mención aquí a una acción concreta de un delito, por ejemplo, de homicidio. Sin embargo, no es correcto que se asuma esta definición de la acción u omisión desde un plano prejurídico en la forma planteada por Quirós. La acción y la omisión no solo se lleva al terreno del Derecho Penal por reunir la cualidad esencial enunciada en el artículo seña-

lado, es decir, ser socialmente peligrosa, típica y antijurídica, según la definición del artículo 8.1. La acción u omisión que le importa al Derecho Penal para que reúna esa cualidad esencial en el artículo señalado no es aquella que se deriva de cualquier comportamiento humano, sino de aquella que depende de las exigencias del Derecho Penal de no punir cualquier comportamiento humano que no esté movido consciente y voluntariamente hacia el fin propuesto. De tal modo, se excluiría de plano valorar si es socialmente peligroso, típico o antijurídico cualquier comportamiento humano inconsciente e involuntario. Esta es la razón por lo que hay que entender los conceptos de *acción* y de *omisión* en la definición del artículo 8.1 como conceptos jurídicos y no prejurídicos.

En relación con su función de enlace o unión, se relaciona puntualmente con una conclusión: si obviáramos entender a la acción como categoría autónoma de la estructura de delito, no pudiéramos entender entonces qué es aquello que se define como típico, antijurídico y culpable. El fenómeno delictivo se presenta en principio como una conducta humana que transita por los escalones valorativos del resto de las categorías del delito, hasta concluir que se trata de una acción típica, antijurídica y culpable.

Por su parte, el concepto de acción como conducta humana, dotada de conciencia y voluntad, tiene su cometido en su función de delimitación, para distinguir entre acción y falta de acción o no acción. En principio, para excluir de pena a aquellas consecuencias generadas por animales, o de aquellos pensamientos o actitudes internas que se quedan en el plano de ideación, del ámbito interno del sujeto, o en caso en que hay una manifiesta falta de conciencia y voluntad del sujeto, como pueden los llamados hasta ahora por la doctrina penal –y que más adelante cuestionaremos–, movimientos impulsivos, actos reflejos, automatismos, actos en cortocircuito, etc.

Para evitar algún tipo de confusión debe diferenciarse la exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de acción, de los estados de inimputabilidad como elemento de la categoría culpabilidad. La distinción más importante, a nuestro entender, radica en la cualidad del sujeto que interviene: en la inimputabilidad el sujeto comete el hecho delictivo sin que exista una supresión completa de la conciencia y la voluntad del sujeto, sino que no hay facultades psíquicas suficientes para ser motivado racionalmente. En la ausencia de acción es un sujeto que comete un hecho delictivo por movimientos corporales con ausencia completa de conciencia

y voluntad. En esta diferencia resulta problémica el alto grado en la coincidencia entre los criterios médicos y legales para delimitar con precisión cuando hay supresión total o no de conciencia y voluntad.

Si suscribimos la opinión que se excluye la culpabilidad, y no la acción, cuando hay ausencia total de conciencia y voluntad, asumimos que la categoría de acción pierde todo su alcance y contenido valorativo como una unidad física y espiritual del sujeto dentro del análisis teórico del delito. Desde su *Programa del curso de Derecho Criminal,* Francisco Carrara sostenía que «cuando la conciencia falta, como en el sueño, sonambulismo, sugestión hipnótica, fiebre y embriaguez, entonces puede decirse que nos encontramos frente a una causa de inimputabilidad».[19] El propio Código de Defensa Social cubano –vigente desde 1938 hasta 1979– consideraba inimputable en su artículo 35 B) a la embriaguez plena, concebida como «un trastorno mental de tal naturaleza que haya privado por completo de razón al agente».

En Cuba, no menos de un autor, como Renén Quirós Pírez, ha sido presa de esta confusión –que es extensivo en la práctica judicial cubana–[20] cuando, por ejemplo, después de afirmar correctamente que la «acción y la omisión se caracterizan por la unidad de lo objetivo y lo subjetivo»,[21] y «concebibles solo en el sentido de actos volitivos»,[22] sostiene luego como causas de inimputabilidad o de ausencia de culpabilidad, y no de acción, a lo que entiende como «perturbaciones de las facultades mentales de índole pasajera, de corta duración y de tal intensidad que anula las facultades cognoscitivas y volitivas del individuo» en el trastorno metal transitorio.[23]

Esta confusión ha estado presente desde la primera mitad del siglo XX en la propia práctica judicial en Cuba, como da cuenta la sentencia 184 de 18 de junio de 1957 del Tribunal Supremo, cuyo ponente fue el ilustre magistrado Evelio Tabío, e integrada la Sala además por Santiago Rosell, presidente; Miguel A. Rodríguez Morejón, Miguel A. Busquet, Gonzalo Alvarado, Joaquín del Río Balmaceda y Gilberto Mosquera.

«Considerando que en mérito de lo que se deja expresado, es evidente que la procesada, bajo un intenso estado emocional, generado por la desgracia que la acosaba desde hacía tiempo y que por su condición de madre tenía gran intensidad con su proclividad patológica, según se ha probado, y víctima de choques psíquicos intensos, perdió momentáneamente la razón y sin conciencia alguna envenenó a sus dos hijos y atentó finalmente contra su propia vida, presentando así

un cuadro de una personalidad anormal, que a través del tiempo sufrió fuertes choques emocionales que afectaron su mente y la impulsaron al crimen para liberarse de algo que gravitaba sobre la vida de ella, y de sus dos seres más queridos sin asomo alguno de perversidad, que no acogió en modo alguno el tribunal de instancia, por todo lo cual, evidenciado según los hechos probados que la procesada actuó sin control volitivo, por uno de esos misteriosos impulsos que llevan al ser humano a situaciones inconcebibles, es visto que la tesis tanto del fiscal como de la recurrente en el tercer motivo del recurso por infracción de ley debe prosperar porque es de apreciarse la concurrencia de la causa de inimputabilidad contenida en el aparatado A del artículo treinta y cinco del Código de Defensa Social, sin que sea necesario entrar en el análisis de los demás motivos del recurso de la procesada dada la forma en que se resuelve el motivo en examen que elimina los demás problemas planteados».

Por tal motivo, Danilo Rivero García subrayó que son incorrectas ciertas declaraciones jurisprudenciales en el sentido de exigir para la inimputabilidad una «ausencia total de las facultades cognitivas y volitivas», un «estado de inconsciencia absoluta», o una «pérdida total y absoluta de conciencia y voluntad, o una «privación total de facultades intelectivas o volitivas». Por su parte, se hace eco de lo correcto de las expresiones que exigen «plena perturbación de las facultades intelectivas para conocer la antijuricidad o de la voluntad para orientar la actividad conforme a dicho conocimiento» o de la «capacidad de conocer el alcance antijurídico o autodeterminarse en el sentido de la norma».[24] En este terreno gana fuerza la sentencia del profesor Claus Roxin cuando expuso que «solo es preciso examinar la inimputabilidad cuando no se puede negar ya la existencia de una acción en sentido jurídico. De ahí surge el problema de la delimitación entre la incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad… (que) depende también de qué concepto de acción se adopte».[25]

III. Cuestiones polémicas en torno al acto reflejo y a otros actos involuntarios en la determinación de la ausencia de acción. La solución del Tribunal Supremo de Cuba en el caso objeto de análisis

Los conceptos de conciencia y de voluntad discuten muchas veces sus contenidos en los campos de la neurología, la psicología

y la filosofía, sobre todo cuando nos adentramos en intentar determinar y relacionar qué es la conciencia, la psiquis humana, la voluntad, entre otras. Las concepciones sobre cada una de ellas, en terreno del Derecho Penal, encuentran que las delimitaciones entre acción y no acción mediante criterios normativos han aumentado indudablemente estas confusiones. Como adelantamos, se suelen adoptar criterios expuestos por varias teorías en el campo de la psicología para hacer un fuerte rechazo a equipar lo que denominan un acto instintivo o un movimiento defensivo brusco a un acto reflejo –como han argumentado algunas sentencias alemanas y españolas–, y por su parte se alude a determinadas zonas intermedias para significar aquellos actos que no se caracterizan por los que denomina actos reflejos en sentido estricto, y que por tanto constituyen acción en sentido jurídico-penal,[26] porque en ellos hay, aunque en menor medida, algo de voluntad y conciencia.

En el marco de estas tendencias, y retomando una idea expuesta por Schewe, el referido autor español Silva Sánchez alude a que acción y no acción no son conceptos alternativos, que puedan diferenciarse uno y otro, sino conceptos tipológicos, sin fronteras claras, unidos entre sí por una línea continua, entre los que se presentan determinados procesos que debe identificarse con más o menos carácter de acción, porque se ubican entre los tipos ideales de acción y no acción. En los marcos de esta zona intermedia asume exponer dos posiciones para delimitar uno y otro: «La primera, seguida, según parece, en la psicología y psiquiatría forenses, consiste en partir del supuesto ideal de acción y negar la existencia de una acción allí donde comienzan a darse divergencias de cierta relevancia con aquel modelo ideal. Tal planteamiento conduce a un concepto relativamente estrecho de acción y amplio de no acción. La segunda perspectiva, más comúnmente seguida por los penalistas, opera de modo contrario. Así, pues, consiste en partir del supuesto típico de no acción (p. ej. el movimiento reflejo puro), y conduce a la afirmación de la concurrencia de acción desde el momento en que se advierte la presencia de factores que muestran una superación de aquel esquema elemental. Tal punto de vista conduce a construir un concepto amplio de acción y limitado en lo que se refiere a la no acción. Expresando el balance de lo anterior en otros términos, resultaría que los penalistas se conforman con menos propiedades de acción para afirmar la existencia

de una acción, y los psicólogos y psiquiatras exigen más propiedades de acción para estimar su concurrencia».[27]

Estas tesis, con apoyo del esquema de la teoría de la estructura estratificada de la personalidad[28] hacen que Silva Sánchez no considere que haya un acto reflejo, y por su parte se esté en presencia de un acto en cortocircuito –dentro de la llamada zona intermedia–, el hecho de que mientras una persona permanecía de espalda y con las piernas un poco separadas, alguien le agarra con fuerza los genitales con el propósito de gastarle una broma, y al sentirse dolorido esta persona gira bruscamente su cuerpo empujándole con el codo de tal modo que la otra persona cayó golpeándose fuertemente la cabeza contra el suelo de cemento.[29] En tal sentido considera que se da un proceso con carácter de acción en sentido jurídico-penal, donde si bien se excluye la responsabilidad penal, discrepa en cuanto el nivel concreto de la antijuricidad que se excluye, pues aduce en este caso que se está en presencia de una falta del tipo objetivo y subjetivo del homicidio consumado.

Claus Roxin también discute la zona límite entre los movimientos reflejos, los automatismos, los hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez sin sentido. En punto considera de que únicamente no constituye acción los movimientos reflejos cuando «la excitación de los nervios motores no está bajo influencia psíquica», sino que el estímulo corporal se transmite directamente del centro sensorial al del movimiento, como puede suceder en el involuntario cerrar de ojos por chocar un objeto contra ellos, en las convulsiones por una descarga eléctrica o en las comprobaciones médicas de los reflejos. En el caso donde un automovilista tomó una curva, y de repente entró desde fuera del vehículo un insecto que se lanza contra su ojo y hace un movimiento defensivo brusco con la mano y, por ello, pierde el control del vehículo, provocando un choque, Roxin aduce que pese a no ser percibible una voluntad consciente, no se puede excluir la acción, porque se está en presencia de un movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, y eso basta para admitir que hay una manifestación de la personalidad.[30]

Cada una de estas posiciones, que muchas veces se plantean sobre la base de objetar la ambigüedad de los propios conceptos de *voluntad* y *conciencia*, hace depender la delimitación de acción y no acción en criterios que se alejan potencialmente de lo que la neurología ha comprobado son actos voluntarios y conscientes de

aquellos actos que no lo son, capaz de brindar mejores herramientas conceptuales a los juzgadores. Cuatro hipótesis de la neurociencia, muy sólidas, y con suficiente apoyo experimental, pueden explicar un acto motor que ha sido mediado por la voluntad (acto consciente) y distinguirlo de otros actos motores llamados involuntarios que se realizan automáticamente sin la participación consciente de su realizador. Estas cuatro hipótesis son los reflejos, los tres cerebros, la especialización hemisférica y la conciencia.

Los reflejos se constituyen en el modo automático de actuación ante estímulos, y su desarrollo es inconsciente. Esta hipótesis se ha conformado con aportes diversos desde Descartes en el siglo XVII, y ya en el siglo XX los Premios Nobel de Ivan Patrovich Paavlov (1903), sir Charles Sherrington (1931) y Erick Kandel (2000), significaron el establecimiento definitivo y aceptado como una hipótesis potente.

La tesis de los tres cerebros en un funcionamiento integrado, elaborada por Paul Mclean,[31] consiste en: a) cerebro automático inconsciente, típico de los reptiles. Su función es la supervivencia y mantener el equilibrio homeostático. En los humanos se corresponde con regiones subcorticales como el tronco cerebral y el hipotálamo, entre otras; b) cerebro emocional, que corresponde con estructuras corticales (como el cíngulo) y subcorticales, como la amígdala, el hipocampo que determina la integración de emociones; c) el cerebro cognitivo, los dos hemisferios cerebrales responsables de la función de conciencia. Una hipótesis tentativa que se conformó a partir del siglo XIX con Broca, y su descripción del lóbulo límbico, y a partir de la neurología y la neurofisiología a mediados del siglo XX, el sistema límbico emocional sentó las bases para el alza de la hipótesis.

En las diferencias del funcionamiento hemisférico, tenemos que los dos hemisferios funcionan coordinados debido a las conexiones establecidas a través del cuerpo calloso (fibras comisurales que unen los hemisferios). Las experiencias de Sperry confirmaron la especialización del hemisferio izquierdo en el razonamiento analítico y el lenguaje, característico de la conciencia. En cuanto al hemisferio diestro es intuitivo, sintético, incapaz de comprender la comunicación del lenguaje e inconsciente. La hipótesis tiene un desarrollo histórico comenzando con Broca y la descripción de las afasias, y tuvo su establecimiento definitivo en los estudios de Sperry, que le ganaron el Premio Nobel en 1981.[32]

Por su parte la conciencia se define como el conocimiento del mundo circundante y de uno mismo. Es la actividad del cerebro

en conjunto y no de una parte en especial. El hemisferio izquierdo está particularmente muy activado. El hemisferio derecho en ese contexto es inconsciente pero intuitivo, y tiene influencia sobre los actos que desarrolla un sujeto según su voluntad. Es una hipótesis tentativa con base firme en observaciones neurológicas como sucede con las demencias.

Estas hipótesis tienen actualidad y están siendo verificadas y confirmadas por técnicas *in vivo* de la neurociencia, como las imágenes de resonancia magnética funcional (RMNF), tomografía por emisión de positrones (TEP), mapeo de la actividad eléctrica cerebral (EEG) o magnética (MEG). Cuando se analiza la acción de esa manera resulta fácil descubrir si en el desarrollo del acto hubo o no participación de la conciencia del sujeto.

Aun cuando cada uno de los ejemplos expuestos en este trabajo no hayan tenido monitoreo, y se estudie *a posteriori*, esas cuatro hipótesis pueden ser, aunque no la regla de oro, un auxiliar valioso para la toma de decisiones. Por ejemplo, la solución brindada por Silva Sánchez en su artículo citado resultan muy discutibles. Los actos motores referidos tienen una primera fase en la que la persona que sufrió el dolor en los genitales adopta una posición con piernas separadas que le da apoyo y equilibra la fuerza de gravedad. En esa situación el apretón de los testículos (altamente doloroso) provoca, aun antes de tenerse la conciencia del dolor, una serie de reflejos que incluyen los de la retirada brusca de la causa del estímulo de dolor unido con el mantenimiento del equilibrio. En estos casos opera ante el estímulo de dolor una respuesta instintiva. No existen evidencias que permitan plantear el acto desarrollado tras el apretón de testículos como consciente, o dentro de una zona intermedia de dudosa conceptualización y ubicación, para no excluir la responsabilidad penal, pues el dolor que se produce no necesita para su percepción de establecer conexiones en los hemisferios, y generalmente se quedan los impulsos en el tálamo (núcleo subcortical). Es muy probable, visto en la distancia, que desde la óptica del cerebro triúnico, cuando se produjo el apretón testicular doloroso la actividad del cerebro reptil, predominó e indujo la emoción de miedo en el cerebro límbico nublando la cognición.[33]

En lo referido puntualmente al caso objeto de este comentario, un momento discutible pudiera ser –que no lo fue de la Sala que juzgó el caso– si el actuar imprudente del acusado pudo consistir en la capacidad de prever (se trata de una persona con retraso

mental leve y que había ingerido bebidas alcohólicas) la creación de una situación de peligro como consecuencia de colocarse en un lugar de riesgo (es decir, detenerse después de haber ingerido bebidas alcohólicas en un lugar en el que existe un paso a nivel de la vía férrea en el instante que pasaba un tren de carga). Por su parte, no parece correcto, a nuestro entender, que el Tribunal Provincial que juzgó el caso sostenga que en ese momento el acusado, con el movimiento de agarrar al que resultó fallecido, «ganó en equilibrio, pero hizo que su acompañante perdiera el suyo, lo que tuvo que imaginarse que sucedería, pues al igual que él, su acompañante había ingerido bebidas alcohólicas durante todo el día, con lo que consiguió arrojarlo sobre el tren».

La representación de lo ocurrido indica que estamos ante la presencia aparente de los reflejos de equilibrio que no tienen que ver, al igual que los demás reflejos, con la conciencia del sujeto. Estos reflejos pueden ser iniciados en varios sistemas de receptores que detectan el desequilibrio entre el tono muscular de los músculos que mantienen la postura normal erecta contra la fuerza gravitatoria que siempre está presente. Por ejemplo, nos mantenemos de pie cuando estamos despiertos porque existe contracción tónica de los músculos paravertebrales y de la región posterior de las extremidades inferiores. Esta es una acción involuntaria –pero no típicamente refleja–, pues se debe a comandos motores procedentes del cerebro automático, y específicamente desde una región del tronco cerebral conocida como formación reticular del tronco del encéfalo. Estos comandos llegan finalmente a través de neuronas intercaladas hasta las motoneuronas espinales que controlan la actividad de las fibras musculares del huso neuromuscular, un órgano ubicado entre las fibras musculares que responde al estiramiento del músculo, provocando un acto reflejo conocido como de estiramiento o miotático.

Cuando en el hecho se narra que el acusado y el fallecido «quedaron parados uno al lado del otro», partamos de entender que en la estancia de pie equilibrada de una persona, se utiliza el arco del reflejo miotático, que no constituye en sí un acto reflejo aunque resulte involuntario.[34] Ahora, si cuando estamos de pie alguien nos empuja hacia delante, o por cualquier razón perdemos el equilibrio, los receptores cutáneos y musculares, así como los órganos vestibulares, detectan la alteración y se producen acciones reflejas con variación del tono muscular y contrac-

ciones de otros músculos que compensan la fuerza de gravedad, ahora en la posición variada, donde la fuerza gravitatoria tiene siempre la misma dirección. De modo que cuando se pierde el equilibrio, cualquier sujeto de nuestra especie pone en marcha reflejos que son involuntarios, independientes de la conciencia, tratando de contrarrestar la fuerza de gravedad. Si el acto es exitoso, el sujeto no cae, como usualmente ocurre en algunos deportes y actos de circo, pues entrenan y aprenden cómo inhibir el reflejo incondicionado.

En el caso analizado, el sujeto, sin ese entrenamiento previo, y bajo los efectos del alcohol (inhibe al sistema nervioso y, por ello, los reflejos de equilibrio no funcionan normal bajo el alcohol), no fue capaz de tener éxito con el acto reflejo y, por ello, como ocurre cuando caminamos sobre una cuerda, comenzó a mover sus extremidades, y encontrando el apoyo del amigo lo agarró empujándolo, al igual que una persona que se está ahogando puede dañar a quien trata de salvarlo. Esos movimientos buscan un punto de apoyo y no se puede interpretar conciencia, porque esta se manifiesta mediante la actividad cerebral que, por un lado, demoraría mucho tiempo por la cantidad de sinapsis entre las neuronas corticales y las de las vías vestibulares. Un acto consciente de ese tipo, lejos de beneficiar al reflejo, lo perjudicaría, debido a que existen vías inhibitorias del reflejo procedentes del cerebro y, por ello, la evolución de los mamíferos terrestres no ha fijado, mediante la selección natural de Darwin, esa característica no demostrada de interrumpir a la inconsciencia con un instante de conciencia fugaz.

Un ejemplo que puede ilustrar de manera indirecta esta idea es el del salto o huida involuntario inconsciente de un primate o persona cuando aparece una serpiente o un león. El sujeto huye sin tener la percepción consciente de por qué se está escapando, y la razón demostrada en experimentos es que la información visual requiere para ser consciente viajar hasta el cerebro a través del tálamo. La explicación es que existen vías muy rápidas que llevan la información visual desde el propio tálamo, pero no hacia el cerebro, sino hacia la amígdala, un núcleo subcortical que provoca entonces la huida y el miedo acompañante. Tiempo después es que el sujeto comprenderá la razón de su miedo. En ese ejemplo, si hubiera que esperar a la conciencia para operar la acción refleja, la serpiente o el león lo alcanzarían con facilidad. Estos experimentos

fueron realizados por Ledoux en 1992 y referidos por Goleman en un *best seller* sobre la inteligencia de las emociones.[35]

Por tales razones, nadie durante una acción refleja, que es independiente de la voluntad, y ante un peligro como el que supone el caso objeto de comentario, se pone a imaginar con su cerebro cognitivo, sino que actúa con su nivel subcortical (cerebro reptil de la autoconservación), y solo después que sucede un hecho como ese es que ocurre una reflexión, de modo que cuando el sujeto extendió su mano y tomó por el hombro al que concluiría fallecido, no lo hizo conscientemente, sino instintivamente, como lo hace el que pierde el equilibrio en una cuerda floja.

IV. A modo de conclusión

A nuestro entender la solución al caso brindado por la Sala del Tribunal Supremo fue correcta en todos sus extremos. Se aleja de aceptar determinadas teorías psicológicas que hicieron a autores como Silva Sánchez definir la existencia de zonas intermedias entre una acción y no acción, y definir un concepto de acto reflejo que diferencia de actos en cortocircuitos, donde se estima que hay algo de voluntad y conciencia –como en el ejemplo citado–, o que permiten en la concepción personal de la acción de Roxin una confusa diferencia entre una voluntad consciente y movimientos que se transmiten psíquicamente y dirigido a un fin. La solución de la Sala del Tribunal Supremo tiene validez desde la neurociencia, pues no existe duda neurofisiológica alguna de que en la pérdida de equilibrio (como la analizada en este caso), no hay posibilidad de que la conciencia actúe durante el acto reflejo (aunque fuera por un flashazo), desencadenado por las vías vestibulares. Plantear intervalos de conciencia en medio de actos inconscientes, sean reflejos o no, es una especulación sin base en la experiencia de la neurociencia.

Estas ideas son concluyentes en afirmar que con esta solución la Sala no hizo uso de un criterio extensivo para considerar el movimiento corporal del acusado como un movimiento reflejo, a los efectos de enmarcarlos en esta definición por no corresponderse a un modelo ideal de conducta voluntaria y reflexiva para el Derecho Penal. Por el contrario, desde un criterio neurológico los hechos se pueden corresponder con un movimiento reflejo no dominado por su voluntad, manifestación del instinto de supervivencia

inherente a todo ser humano, y por tanto suponer una exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de un acción en sentido jurídico-penal, al que se llega por acogerse una concepción de la acción cuyo contenido exige como requisito fundamental un movimiento de la persona dominado por la voluntad –que hay que entender se hace extensivo a un criterio de la presencia de conciencia–, y con ello se insufla de un contenido valorativo correcto la definición de acción del artículo 8 de nuestro Código Penal.

Notas

1 Ver a modo de ejemplo, Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán: *Derecho Penal, Parte General,* 8va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 219-222.

2 Jesús María Silva Sánchez: «La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIX, fasc. III, sept.-dic., 1986, pp. 906 y 907. Ver del mismo autor un artículo posterior sobre este mismo tema, «Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIV, fasc. I, ener.-abr., 1991, pp. 1-24.

3 Francisco Muñoz Conde: Mercedes García Arán: Derecho Penal, Parte General, 8va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 221.

4 En tal sentido se hace muy difícil, y poco práctico, establecer exactamente en los Códigos Penales aquellas conductas que no son productos de la voluntad. En 1952 el *American Law Institute* de Estados Unidos, conformado por jueces, abogados y académicos, comenzaron la redacción de un modelo de Código Penal como base para las legislaciones estatales, donde si bien no define el término *voluntad*, se limita a exponer cuatro ejemplos de actos que se consideran voluntarios, a saber: un reflejo o convulsión, un movimiento del cuerpo en inconsciencia o durante el sueño, conductas durante hipnosis, o un movimiento corporal que no es el resultado del esfuerzo o determinación del actor. Los comentaristas se limitaron a expresar que se trataba de una «conducta que escapaba del control del actor». Sin embargo, fueron vagos en brindar una mejor interpretación para el requisito del acto voluntario. Publicado en 1962, se actualizó en 1970,

sin que se haya sometido a ulteriores revisiones, lo que ha creado grandes confusiones en las cortes norteamericanas por su atraso con respecto al desarrollo de la ciencia en este sentido, además de que el requerimiento de acto voluntario se aplica tanto para los estados mentales como para cualquier acto. Ver a Deborah W. Denno: «A mind to blame: new views on Involuntary Acts», en *Behavioral Sciencies and the Law*, 21, 601-618, 2003. Para ver un acercamiento a los problemas que suscita el acto involuntario en el sistema judicial norteamericano, consultar también a Bernadette McSherry: «Voluntariness, Intention, and the Defence of Mental Disorder. Toward a Rational Approach», en *Behavioral Sciencies and the Law,* 21, 2003, pp. 581-599.

5 La mayoría de los textos dedicados a la teoría del Derecho Penal destacan estas tres funciones. Ver a modo de ejemplo a Claus Roxin: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, 1997, pp. 233-235.

6 Eugenio Zaffaroni: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 2002, p. 402.

7 Edmund Mezger: *Op. cit*., p. 88. Como expresó Roxin, al menos el «concepto natural de acción cumple muy bien la función de delimitación, excluyendo de antemano actividades de animales y de personas jurídicas, pero también los pensamientos y las consecuencias de meras excitaciones sensoriales». Claus Roxin: *Op. cit*., p. 237.

8 Edmund Mezger: *Op. cit*., p. 89.

9 Edmund Mezger: *Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 87. Ver también a Juan Manuel Lacruz López: «En el centenario de la publicación de Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung fur das Strafrechtssystem de Gustav Radbruch ¿Fractura de la teoría jurídica del delito?», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LI, 1998, pp. 177-217.

10 Hans Welzen: *Derecho Penal, Parte General*, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 39.

11 Hans Welzen: *Op. cit*., p. 51. En realidad, el verdadero cambio de perspectiva respecto a la concepción positivista del delito, que escindió radicalmente lo objetivo (acción, tipicidad, antijuricidad) y lo subjetivo (culpabilidad), lo constituyó la valoración del aspecto subjetivo, confinado hasta entonces en la culpabilidad, en el ámbito de lo que hasta entonces se entendía como lo objetivo en la concepción del delito, que se limitaba a significar únicamente los elementos objetivos o externos del delito.

12 Ver a Eugenio Zaffarroni: *Op. cit*., pp. 406 y 407.

13 Claus Roxin: *Op. cit*., p. 240. Sin embargo, hay criterios en Welzen que no son nada desdeñables, como cuando defiende que la voluntad «forma el futuro, no

solamente en los rasgos que modifica positivamente, sino también en aquellos que deja libres. Porque la voluntad no es solamente un factor causal, sino un factor finalista, vale decir, formador conciente del objeto; su dominio del hecho comprende también lo que deja acontecer. También esta es su obra, en cuanto el respectivo campo de realidad estaba confiado en la vida social a su formación finalista, si él fue garante para la formación del porvenir en el respectivo sector de realidad [...] la omisión no puede causar nada en el sentido naturalista, pero la voluntad como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada de realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él». Hans Welzen: *Op. cit*., pp. 211 y 212. Tomados en su sentido literal, cobran estas reflexiones cierta validez en los llamados delitos impropios de omisión o comisión por omisión (por ejemplo: el médico que con la finalidad de que muera un paciente no lo interviene quirúrgicamente), si bien no resultan idóneos para explicar la omisión en los delitos por imprudencia, donde precisamente no hay finalidad alguna de causar el resultado con el actuar omisivo, y que en modo alguno puede explicarse en los términos aludidos anteriormente por Welzen. Se argumenta, por tal razón, que la teoría finalista fracasó en brindar un concepto que sirviera de elemento base común.

14 Hans Welzen: *Op. cit*., p. 42.

15 Claus Roxin: *Op. cit*., pp. 244 y 245.

16 Claus Roxin: *Op. cit*., p.252.

17 *Id*., p.262.

18 Renén Quirós: *Manual de Derecho Penal*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 94 y 95.

19 Carrara, Francisco: *Programa del curso de Derecho Criminal*, vol. I, traducido de la 10ma. ed. italiana, adicionada con el Derecho Penal moderno y español por Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 1922, p. 643.

20 Renén Quirós: *Op. cit*., t. III, p. 179. El propio Quirós expone argumentos de sentencias que apoyan su opinión.

21 *Id*., p. 93.

22 *Id*., p. 94.

23 *Id*., p. 179.

24 Danilo Rivero García: «La capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Su ausencia en el momento de la comisión del hecho delictivo», en *Boletín ONBC*, no.9, may.-agost. 2002, p. 9.

25 Claus Roxin: *Op. cit*., pp. 837 y 838.

26 Jesús M. Silva Sánchez: «La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 908.

[27] *Id*., p. 920.

[28] *Id*., p. 914.

[29] *Id*., p. 911.

[30] Claus Roxin: *Op .cit*., p. 262. Como advertimos anteriormente, Roxin constriñe el concepto de acción a un acto psíquico que diferencia de un acto consciente, pese a que la acción como manifestación de la personalidad aparecía en su obra como dominable por la voluntad y la conciencia.

[31] J. Panksepp: Foreword to Cory, G. and R. Gardner, *The Evolutionary Neuroethology of Paul MacLean: Convergences and Frontiers*, 2002.

[32] Ottoson, D.: «Sperry has given us a new dimension on views of the higher functions of the brain». *Lakartidningen* 78 (43): 3765–3773, 1981.

[33] M. Alan Kazlev *et al*.: «The Triune Brain», *Kheper*. Retrieved 2007-05-25. CS1 maint: Explicit use of *et al*.

[34] Una tendencia errónea fue la de considerar a partir de los resultados de Pavlov y de una interpretación reduccionista de la definición de Lenin de materia que se emplea en la teoría del conocimiento como válida por muchos filósofos marxistas de que todas las acciones, incluyendo las voluntarias, eran actos reflejos. La experiencia en neurofisiología cognitiva demostró que no todos las acciones humanas son reflejas, incluyendo acciones involuntarias como la estación de pie o la marcha en fase automática que utilizan los arcos desde ciertos patrones motores que son circuitos neuronales que interactúan con otros más complejos.

[35] D. Goleman: *Inteligencia emocional*, Ed. Kairós, 1996.

Bibiografía

Beling Ernst: *Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo*, Librería El Foro, Buenos Aires, Argentina, 2002.

Carrara, Francisco: *Programa del curso de Derecho Criminal,* vol. I, traducido de la 10ma. ed. italiana, adicionada con el Derecho Penal moderno y español por Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 1922, p. 643.

Denno, Deborah W.: «A mind to blame: new views on Involuntary Acts», en *Behavioral Sciencies and the Law*, 21, 601-618, 2003.

Gimbernat Ordeig, Enrique: «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento», en *Anuario de Derecho Penal*, t. XL, fasc. II, sept.-dic., 1987, pp. 579-581.

Girstenbrey, W.: «The different faces of the hemispheres. The presentation of the Nobel Prize for Medicine and Physiology 1981 to the neurobiologists Sperry, Hubel and Wiesel», *Fortschritte der Medizin* 99 (47-48), 1982.

Goleman, D.: *Inteligencia emocional*, Ed. Kairós, 1996.

Hamilton, C. R.: «Paths in the brain, actions of the mind: Special issue in honor of Roger W. Sperry», *Neuropsycholo-gia* 36 (10): 953-954, 1998.

Kazlev, M. Alan *et al*.: (2003-10-19). «The Triune Brain», *Kheper*, Retrieved 2007-05-25.

Lacruz López, Juan Manuel: «En el centenario de la publicación de Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung fur das Strafrechtssystem de Gustav Radbruch ¿Fractura de la teoría jurídica del delito?», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LI, 1998.

McSherry, Bernadette: «Voluntariness, Intention, and the Defence of Mental Disorder. Toward a Rational Approach», en *Behavioral Sciencies and the Law*, 21, pp. 581-599, 2003.

Mezger Edmund: *Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958.

Ottoson, D.: «Sperry has given us a new dimension on views of the higher functions of the brain». *Lakartidningen* 78 (43): 3765–3773, 1981.

Panksepp, J.: Foreword to Cory, G. and Gardner, R. (2002) *The Evolutionary Neuroethology of Paul MacLean: Convergences and Frontiers*.

Patton, Paul: «One World, Many Minds: Intelligence in the Animal Kingdom», *Scientific American*. Retrieved 29 December 2008.

Quirós Pírez, Renén: *Manual de Derecho Penal I*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007.

Reiner, A.: «An Explanation of Behavior», *Science* 250 (4978): 303-305. doi:10.1126/science.250.4978.303-a. PMID 17797318, 1990.

Rivero García, Danilo: «La capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Su ausencia en el momento de la comisión del hecho delictivo», en *Boletín ONBC*, no. 9, may.-agost. 2002, pp. 2-21.

Roxin, Claus: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, 1997.

Silva Sánchez, Jesús María: «Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIV, fasc. I, ener.-abr., 1991, pp. 1-24.

––––: «La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIX, fasc. III, sept.-dic., 1986, pp. 905-934.

Striedter, G. F.: *Principles of Brain Evolution,* Sinauer Associates, 2005.

Welzen, Hans: *Derecho Penal, Parte General*, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

Zaffaroni, Eugenio: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

Sobre la actio libera in causa. *Una aproximación necesaria*

Harold Bertot Triana
María Caria Bertot Yero

I. Introducción

La realización de un hecho delictivo por una persona en estado de inimputabilidad, situación que fue provocado en un momento anterior por el sujeto plenamente capaz o imputable, se conoce en la doctrina con la denominación de *actio libera in causa*. La estructura de la figura comprende dos momentos: la llamada *actio praecedens,* que entiende la conducta previa al comienzo de la ejecución del delito y que coloca al individuo en estado de inimputabilidad, y la realización del hecho típico y antijurídico por un sujeto que es ya incapaz de acción (en sentido jurídico-penal) o inimputable.

Encontramos que varios autores ubican el comienzo de la construcción de la figura de la *actio libera in causa* en las obras de canonistas, posglosadores y en la doctrina alemana del Derecho común. En el Derecho canónico se enfocaba en el problema del tratamiento del autor embriago, para quien el delito perpetrado en ese estado es imputado como consecuencia de una acción en sí misma ilícita, a partir de exigir la voluntad en el acto como condición previa indispensable para derivar la responsabilidad por ese acto, que se ha identificado con una concepción subjetiva de la responsabilidad, bajo la forma de una responsabilidad moral. Sobre la base de la clasificación de los canonistas, en embriaguez voluntaria e involuntaria (y dentro de la primera la clasificación en preordenada y en simplemente voluntaria), los prácticos italianos del siglo XIII, recurriendo al principio del Derecho canónico *in maleficio voluntas espectatur non exitus*, resolvieron los casos de embriaguez preordenada con la remisión de la responsabilidad a la etapa anterior en que el sujeto provocó libre y voluntariamente la incapacidad, a partir de entender la imposibilidad de punir el delito cometido en estado de incapacidad.

El antecedente legislativo más cercano de regulación de esta figura en nuestro país lo encontramos en el artículo 35 B) y C) de Código de Defensa Social de 1936, cuando reguló en referencia a

los inimputables: «B) El que se encuentre en estado de embriaguez, con tal de que esta sea plena, fortuita y no habitual ni preordenada»; y «C) El que se encuentre en estado de perturbación mental igualmente plena, fortuita, no habitual, ni preordenada, por la ingestión, absorción o inyección de sustancias narcóticas o estupefacientes».

En esta formulación se dada cabida a las modalidades de *actio libera in causa* dolosa e imprudente. «De modo –como explicó en su momento Nicasio Hernández de Armas– que quien se embriaga para cometer un delito (embriaguez preordenada), o el que bebe sin medida (no fortuita, culposa), o el que bebe por hábito o costumbre (embriaguez habitual), no estará favorecido por esta causa de inimputabilidad».[2]

La actual regulación de esta figura en el artículo 20.3 de nuestro Código Penal vigente,[3] en lo referido a la eximente de responsabilidad penal por enfermedad mental, reproduce en todos sus extremos la formulación que de ella hiciera la Ley 21 de 15 de febrero de 1979,[4] la cual tiene relación directa con las circunstancias agravantes de los incisos 1) y 11) del artículo 53 del CP: «Las disposiciones de los dos apartados precedentes no se aplicarán si el agente se ha colocado voluntariamente en ese estado de trastorno mental transitorio por la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias sicotrópicas, ni en ningún otro caso en que pudiera haber previsto las consecuencias de su acción».

La anterior definición, como se comprueba, supuso un paso de avance respecto a sus antecesores en una mejor comprensión de la naturaleza y alcance de esta figura, si bien adolece de una asistematicidad en su técnica jurídica cuando pretendió advertir la posibilidad de la *actio libera in causa dolosa*, arrastrando de posiciones doctrinales antiguas el incorrecto vocablo de *voluntariamente* en lugar de *intencionalmente* o *de propósito*; así también en la *actio libera in causa imprudente* se limita la propia definición de la imprudencia del artículo 9.3, a la situación en que solamente el agente «pudiera haber previsto las consecuencias de su acción».

II. Ámbito de aplicación de la actio libera in causa *en la legislación cubana*

Para algún sector de la doctrina la construcción de la *actio libera in causa* no solo debe referirse al ámbito de la culpabilidad cuando el sujeto realiza el hecho típico en situación de inimpu-

tabilidad, sino que también debe referirse a los casos de ausencia de acción,[5] de ausencia del tipo o cuando concurre alguna causa de justificación que excluye la antijuricidad. En nuestro CP, sin embargo, la figura de la *actio libera in causa* constriñe el campo de aplicación al ámbito de la culpabilidad (imputabilidad), cuando acepta la ejecución del hecho en estado de trastorno mental transitorio por ingestión de bebidas alcohólicas o por sustancias sicotrópicas, provocada con ánimo de delinquir (dolo) o debiendo prever que daría lugar a la lesión (imprudencia).

En algunas ocasiones se sostiene que un punto problemático en la doctrina de la *actio libera in causa* para fundamentar su punibilidad tiene relación con el principio de *nullum crimen sine actione.* Para este sector, en el momento en que el sujeto actúa en estado de inimputabilidad no hay acción típica. Sin embargo, consideramos que con esta posición no se ha logrado una correcta distinción entre lo que constituye una falta de acción en sentido jurídico-penal y la inimputabilidad, como eximente de la responsabilidad penal, que no implica una ausencia total de la conciencia y la voluntad del sujeto que actúa. La distinción más importante, a nuestro entender, radica en la cualidad del sujeto que interviene: en la inimputabilidad el sujeto comete el hecho delictivo sin que exista una supresión completa de la conciencia y la voluntad del sujeto, sino que no hay facultades psíquicas suficientes para ser motivado racionalmente. En la ausencia de acción es un sujeto que comete un hecho delictivo por movimientos corporales con ausencia completa de conciencia y voluntad. Esta diferencia resulta problémica el alto grado en la coincidencia entre los criterios médicos y legales para delimitar con precisión cuando hay supresión total o no de conciencia y voluntad.[6]

Por tanto, la *actio libera in causa* se refiere a un estado de inimputabilidad donde no existe una ausencia total de las facultades cognitivas y volitivas, un estado de inconsciencia absoluta, o una pérdida total y absoluta de conciencia y voluntad, o una privación total de facultades intelectivas o volitivas; existe, en el trastorno mental transitorio, una plena «plena perturbación de las facultades intelectivas para conocer la antijuricidad o de la voluntad para orientar la actividad conforme a dicho conocimiento» o de la «capacidad de conocer el alcance antijurídico o autodeterminarse en el sentido de la norma».[7]

III. Fundamento de la punibilidad de la actio libera in causa. *La excepción al principio de* nulla poena sine culpa

Un punto problemático en la doctrina de la *actio libera in causa* para fundamentar su punibilidad tiene relación con el principio de *nulla poena sine culpa.* Esta preocupación cobra sentido, si tenemos la exigencia de que en la realización del hecho punible concurra temporalmente cada uno de los elementos del delito (objetivo y subjetivo), y que la realización de un elemento se refiera a la relación de otros. Este parece ser el sentido del artículo 15.2 del CP, al prever como «el momento de la comisión de un delito» cuando «el agente ha actuado o ha omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca». De este modo, se reconoce la exigencia de que el sujeto debe ser capaz de acción y de culpabilidad en el momento de la realización del hecho típico, es decir, al tiempo del hecho, y ello no sucede en los casos de *actio libera in causa*.

En la medida en que se pretende evitar desde un punto de vista dogmático las consecuencias negativas que implicaría la ausencia de un elemento del delito al tiempo del hecho (en este caso la culpabilidad) –y que al decir del autor alemán Hruschka pugna con el principio de simultaneidad (*Simultaneitdtsprinzip*), que exige que concurra temporalmente cada uno de los elementos del delito con los restantes para que pueda hablarse con rigor de hecho punible, y con el principio de referencia (*Referenzprinzip*), que exige que la realización de cada elemento esté referida a la realización de los otros–,[8] la tendencia ha sido a provocar una anticipación de la realización del tipo al actuar precedente del autor. Se busca con ello no vulnerar la vigencia de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*. Por ello, no han faltado autores enfilados en destacar el serio problema de tipicidad que entraña la figura de la *actio libera in causa*, cuando no solo extiende la culpabilidad a una conducta anterior a la conducta típica, sino que extiende la tipicidad misma a la conducta de procurarse la inculpabilidad.[9]

Sin embargo, este último criterio es el que ha conformado el llamado modelo de la tipicidad, caracterizado por anticipar el comienzo de la acción típica a la producción de la propia incapacidad de acción o inimputabilidad. Pese a ello, los criterios sostenidos por este modelo comportan problemas dogmáticos puntuales –como

veremos más adelante–, porque implica adelantar el comienzo de realización del tipo a acciones que no suponen todavía un peligro para el bien jurídico protegido. Es decir, entienden el momento de realización típica en la *actio praecedens*, donde consideran que ya se está presente en un comienzo de la ejecución, y por tanto concluyen que el solo hecho de embriagarse con la finalidad de lesionar a otra persona, se constituye en un acto de tentativa, porque representaría la causación dolosa del resultado y se constituiría en el fundamento de la pena por el delito que se comete.

En este sentido, el profesor de la Universidad de Munich, Claus Roxin, es del criterio que «para el delito consumado doloso-culpable solo es necesario que el sujeto ponga en marcha el comienzo de la ejecución en estado responsable. Ha de ser por tanto imputable al comienzo de la tentativa, de modo que el hecho de colocarse a uno mismo en estado de inimputabilidad con el dolo de cometer posteriormente el delito ha de representar no unas lesiones, injurias, etc., pero sí su comienzo (es decir, el comienzo de la tentativa)».[10]

En la búsqueda del fundamento de la punibilidad de la *actio libera in causa*, en esta línea, se encuentran fundamentalmente dos teorías: la teoría de la autoría mediata y la teoría del nexo causal.

III.1. Autoría mediata

El fundamento de la punibilidad de la *actio libera in causa* ha pretendido encontrarse en los fundamentos de la autoría mediata. Si en esta última una persona se sirve de un sujeto inimputable como instrumento para cometer el delito, en la *actio libera in causa* el sujeto se sirve de su propio estado de inimputabilidad, se convierte en un instrumento de sí mismo para cometer el delito.

Esta posición, como se avizorará, lleva a extremos incompatibles la equiparación de ambas figuras. Por ejemplo: la autoría mediata requiere al menos dos personas, y en la *actio libera in causa* una misma persona se entiende por dos. En la *actio libera in causa* la identidad de la misma persona permite que esta figura se admita en los delitos especiales propios y de propia mano, lo que no se permite en la autoría mediata; la *actio libera in causa* puede ser cometido por dolo e imprudencia, mientras que no se admite la autoría mediata imprudente;[11] en la autoría mediata el autor mediato tiene el dominio de la situación en todo momento, mientras que en la *actio libera in causa* el sujeto pierde el control y dominio durante la ejecución del hecho.[12]

III.2. Teoría del nexo causal

Para esta teoría el fundamento de la punibilidad se debe a la existencia de un enlace físico y psíquico entre el hacer precedente y la acción u omisión, y para ello se auxilian del principio de que *causae est causa causati*. La solución es que el sujeto es ya responsable penalmente por la conducta anterior, previa a la ejecución del hecho, en tanto el sujeto pone en marcha, con voluntad y conciencia, la cadena causal que conduce al resultado, coloca una causa decisiva, eficiente, que se realizará cuando se encuentra en estado de inimputabilidad. En la doctrina cubana Quirós acepta esta posición y entiende que la conducta precedente constituye un «punto de partida antijurídico y culpable, y se halla comprendido en la definición contenida en la figura delictiva». En este sentido argumenta: «La acción precedente cumple con todos los requisitos de cualquier acción delictiva, por su vínculo causal: ella resulta la causa de la inimputabilidad (efecto) y este, a su vez, la causa de otro efecto (la acción delictiva). La culpabilidad del sujeto (su actitud frente al hecho) está presente en el inicio de la cadena causal: el sujeto prevé el resultado. Con esto se afirma la naturaleza solo aparente, del carácter excepcional del principio de culpabilidad, de los casos de *actio libera in causa*».[13]

III.3 El modelo de la excepción. Finalidades político-criminales en la construcción de la figura

Frente a las profundas implicaciones negativas del modelo de la tipicidad para el principio de culpabilidad, se levantó el modelo de la excepción para defender que la realización del tipo tiene lugar en situación de incapacidad de acción o culpabilidad, y por tanto la *actio praecedens* es típicamente neutra. Como ha sostenido Mercedes Alonso, con el modelo anterior se produce un distanciamiento de la esencia misma del instituto de la *actio libera in causa*, que presupone una «acción no libre *in se* (en sí misma considerada), sino *in causa*. Por ello, los autores que consideran a la *actio libera in causa* un comienzo de la ejecución, cuando tratan de fundamentar la responsabilidad por acción libre *in causa*, la transforman sorprendentemente en una acción *libera in actu*.[14]

Sin embargo, el modelo de la excepción, dirigido fundamental a sostener la excepcionalidad de la imputación en un sujeto incapaz en el momento de la ejecución del hecho, se le achaca que no

solo vulnera la vigencia del principio ya aludido de *nullum crimen sine actione,* sino que se ha destacado por Hruschka que supone una verdadera imputación extraordinaria.[15]

En nuestro criterio, no hay dudas de que la figura de la *actio libera in causa* supone una situación excepcional impuesta por la ley, que implica que no se pueda comprobar la unidad de sus elementos objetivos y subjetivos en el momento del hecho. Por ello, nos hemos decantado por razones de política criminal para explicar la situación de hacer imputable a un sujeto que realiza un hecho delictivo siendo inimputable, pero que ha interpuesto una causa cuando todavía es imputable. Las consecuencias negativas que se registrarían en el orden punitivo para su función preventivo-general se extenderían si el Derecho Penal tolera aquellas situaciones que no implican de momento una lesión o un daño que se pueda verificar (como embriagarse para cometer un delito o conociendo que tendrá que conducir después), pero de la cual se derivarían hechos delictivos provocados por un sujeto que se vale de una situación de inimputabilidad para justificar una conducta objetivamente imputable o para provocar una lesión que pudo prever.

IV. ¿Acto preparatorio o tentativa en la acción precedente?

Especial interés cobra la discusión que en el ámbito de la *actio libera in causa dolosa* se sigue para encauzar la conducta precedente o *actio praecedens* en una fase ya de tentativa o de acto preparatorio. El Código Penal cubano, siguiendo una tendencia legislativa mayoritaria en el mundo, considera como tentativa en su artículo 12.2, «si el agente ha comenzado la ejecución de un delito sin llegar a consumarlo». Ello ha exigido un esfuerzo teórico importante para delimitar correctamente los actos preparatorios de aquellos actos que dan comienzo a la ejecución del delito.

Las dificultades en la delimitación de los actos preparatorios y la tentativa en el Código Penal cubano se complica, como bien expresa Quirós, porque la definición de los actos preparatorios no se reduce a la organización del plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión o asociación, sino que se extiende de manera imprecisa al «desarrollo de cualquier actividad encaminada inequívocamente a la perpetración de delito». Si esta definición prescindiera de este último elemento, no habría

grandes complicaciones para delimitar los actos preparatorios de los actos ejecutivos, pues con la aplicación de un método de exclusión, acto preparatorio sería toda conducta que no rebasara en el *iter criminis* las acciones de organizar el plan, adquirir o adaptar medios e instrumentos, reunirse o asociarse.[16]

Sin embargo, la presencia del último elemento aludido exige aplicar un método más preciso y seguro, que a nuestro entender lo encontramos en la teoría objetivo-material, con las correcciones realizadas por la doctrina alemana desde un punto de vista objetivo-subjetivo: es decir, para esta variante la determinación del comienzo de la ejecución parte de tomar en consideración el plan del autor, pero a partir de criterios objetivos, que se explican por la puesta en peligro inmediata y la inmediatez temporal. El primer criterio sostiene el comienzo de la tentativa cuando se produce una inmediata puesta en peligro del bien jurídico, mientras que el segundo, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o alguno de los elementos del tipo, es decir, cuando se da principio directa o inmediatamente a la ejecución del tipo.[17]

Tomando en cuenta que las acciones previas que contempla la figura de *la actio libera in causa* en nuestro Código Penal, es decir, el acto de colocarse en situación de inimputabilidad por la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias psicotrópicas, queda excluida de los actos preparatorios definidos puntualmente en el artículo 12.3 (la organización del plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión o asociación) cabría la pregunta si en la expresión seguida como «el desarrollo de cualquier actividad encaminada inequívocamente a la perpetración de delito» puede entenderse la conductas antes mencionadas. En nuestro criterio, el rechazo a esta posición toma fundamento en dos razones fundamentalmente.

La consideración de acto preparatorio al «desarrollo de cualquier actividad encaminada inequívocamente a la perpetración de delito» lleva en su amplitud y poca precisión a la exigencia de establecer los criterios para su delimitación de aquellos actos sin ninguna relevancia jurídico-penal. En nuestra doctrina este no ha sido un tema abordado con profundidad, pese a sus indudables implicaciones prácticas. En ausencia de esto, se requiere una elaboración teórica siguiendo el sentido del artículo 12.3 *in toto,* y el sentido que se sigue con la punición de los actos preparatorios en los específicos tipos penales, a partir de un principio de rechazo a un adelantamiento excesivo de la punición.

En mérito a lo anterior, dicha expresión debe implicar un juicio de valor en el que se debe tener en cuenta un plano subjetivo y otro objetivo: en el plano subjetivo, la preordenación del sujeto, de acuerdo a un plan para cometer el delito; y en el plano objetivo la constatación de acciones materiales que, sin llegar al comienzo de la ejecución de delito, puedan constituir una futura potencialidad lesiva o peligrosa. Este último aspecto podrá verificarse a partir de una situación cierta o real de progresión material hacia el comienzo de la ejecución, y de que pueda constatarse un control y dominio posterior por parte del agente de su desarrollo.

En este orden, el acto de colocarse en situación de inimputabilidad por la ingestión de bebidas alcohólicas para cometer un homicidio conlleva la realización de acciones preordenadas por el sujeto, de acuerdo a un plan; sin embargo, este no es un acto que conlleve *per se* una futura potencialidad lesiva o peligrosa, porque no implica una situación cierta o real, de progresión material hacia el comienzo de la ejecución, sino una posibilidad, entre tantas, de progresión material hacia la preparación del comienzo de la ejecución, que tendrá a un sujeto, ya en estado de inimputabilidad, sin control y dominio para su desarrollo.

Se suma a esta consideración el estrecho margen establecido por el legislador en la figura del desistimiento del artículo 13 de CP, para que podamos entender el acto de no proseguir (dejar de beber o de ingerir alguna droga psicotrópica) hacia el estado de inimputabilidad, como un acto de desistimiento de un acto preparatorio, cuando parece que la intención del legislador fue conceder especial consideración a aquellas situaciones que hemos de llamarles ciertas o reales de progresión material hacia el comienzo de la ejecución, como es la destrucción de los medios dispuestos, la anulación de la posibilidad de hacer uso de los medios en el futuro, la información del hecho a las autoridades.

Estas consideraciones nos ahorrarían de soluciones verdaderamente insostenibles –y de indudables dificultades prácticas en el orden probatorio– como sancionar, según las reglas del artículo 12.5, a quien, con la finalidad de fabricar monedas imitando la legítima de curso legal en la República (artículo 248.1 a), o para confeccionar, en todo o en parte, un documento público falso o alterar uno legítimo (artículo 150.1 a), se embriague con tales propósitos, y ni siquiera pueda levantarse de la silla en que estuvo bebiendo por haberse quedado dormido.

V. La aplicación de la *actio libera in causa* dolosa e imprudente

Abordado el tema de la *actio libera in causa* como una excepción legal de fundamento político-criminal al principio *nullum crimen sine culpa*, y a la exigencia del artículo 15.2 del CP, es decir, a la presencia de todos los elementos subjetivos y objetivos en el momento de la comisión del delito, exige su comprensión de acuerdo al cometido de las dos formas existente de tipo subjetivo*:* el tipo subjetivo doloso y el tipo subjetivo imprudente.

Para algún sector de la doctrina en la *actio libera in causa dolosa,* el principal reparo reside en que el sujeto inimputable no puede saber lo que hará o sucederá en estado de inimputabilidad, y por tanto la tipicidad activa dolosa, donde en el agente tiene dominio del hecho desde el momento de colocarse incapacidad, se trata de actos de tentativa, y por ello no es necesaria la figura.[18] El mismo argumento se esgrime para los casos que se resuelven por la *actio libera in causa* imprudente, donde se concluye que la figura carece de utilidad, pues llega a los mismos resultados por aplicación de la sistemática normal de la imprudencia. Ello se hace extensivo a la *actio libera in causa* omisiva*:* si el sujeto que se coloca en situación que le impide actuar o realizar el acto debido, se puede solucionar en la estructura típica omisiva, sin que la figura juegue ningún papel. En este caso la punición se fundamenta ya en que la incapacidad para la acción debida es un acto de tentativa y no es necesaria la figura.[19]

Como hemos adelantado en líneas anteriores, no compartimos esta posición, pues advertíamos que en las situaciones comprendidas en esta figura, si bien las soluciones son reconducibles a las reglas de la imprudencia y del dolo, se trata de una situación excepcional que ciertamente demanda una construcción dogmática puntual. No se trata de un sujeto que realiza en el momento del hecho delictivo todos los requisitos objetivos de la figura penal imputables a título de dolo o imprudencia, sino que razones de política criminal exigen una construcción jurídica excepcional para fundamentar la punibilidad de un agente que en el momento del hecho se encuentra en estado de inimputabilidad.

La admisibilidad de esta figura en su variante dolosa e imprudente en la práctica judicial cubana ha sido reconocida en varias ocasiones, como da la cuenta la sentencia 1869 de 16 de mayo de 2008 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de Cuba:

> «Considerando: Que del relato histórico de la sentencia impugnada se advierte que las libaciones etílicas realizadas por el acusado le produjeron afectación en sus movimientos, en el lenguaje y en el equilibrio, todo lo que es propio de una embriaguez alcohólica. Así mismo se constata que se trata de un adulto joven de buena conducta moral y social, trabajador integrado al proceso revolucionario y respetuoso de sus obligaciones; luego, su proceder irreverente ante la autoridad estuvo en directa relación con el estado mentalmente desorganizado en el que se hallaba, por lo que su conducta delictiva fue propia de una desorganización psicológica producida por el alcohol, que colocó al sujeto en un trastorno mental transitorio que no fue intencionalmente autoprovocado, con el propósito de cometer los ilícitos o que hubiera podido prever los efectos de su estado de incapacidad, toda vez que estos se produjeron de manera accidental. Es por ello que no debió justificarse la decisión de la Sala sentenciadora en la escasa peligrosidad del hecho, porque realmente una conducta de irrespeto a la autoridad que emana del presidente del Consejo de Estado o de los agentes del orden, sí evidencia un descomedimiento a la envestidura que aquellos representan; de ahí que contrario a lo expresado por el recurrente, debió fundarse el fallo de la sentencia en la eximente que contempla el artículo veinte apartado uno del Código Penal, sin que sea posible apreciar las reglas de la *actio libere in causa* porque el acusado no pudo prever las consecuencias de su acción, aunque se haya colocado voluntariamente en el estado de incapacidad señalado, y como en definitivas la decisión a la que se arriba es justa y legal, no procede acoger el único motivo de fondo alegado».

Por supuesto que las complejidades de esta figura se advierten en el criterio de que la preordenación se debe dirigir hacia un delito determinado. De tal manera no deja de ser cierto que resulta cuestionable en la *actio libera* dolosa la congruencia del delito querido y el delito que resulta, es decir, la dominabilidad de un hecho que se resquebraja por un sujeto que no es capaz de comprender el alcance

de sus actos, de dominar conscientemente su actuar o la forma de conseguir o realizar el hecho ya en estado de inimputabilidad. Pero como dijera en su momento Jiménez de Asúa: «De ordinario, aunque no exclusivamente, son las omisiones las que pueden ser cometidas en esta forma: más raro son los delitos culposos por omisión; y rarísimos y muy dudosos serán los casos en que una comisión dolosa se presente como *actio libere in causa*».[20]

De ello puede colegirse que la posibilidad de cometer un delito genéricamente queda excluida de la figura, que exige una correlación entre el delito representado y el efectivamente producido. En la *actio libera in causa* imprudente, esta exigencia se explica en que el agente haya podido o debido prever un delito determinado, derivado de la exigencia del deber de cuidado. De acuerdo a este criterio, el sujeto debe abarcar los elementos integrantes del tipo, y la misma exigencia opera para las circunstancias cualificativas del tipo, pues si el sujeto no tiene conocimiento de estas circunstancias en el momento en que aún es imputable, sería de aplicación el tipo básico del delito.

La *actio libera in causa* abarca, por tanto, aquellas conductas cometidas por dolo directo, dolo de segundo grado o dolo eventual. Y si bien el acto de beber o de ingerir sustancias psicotrópicas para colocarse en estado de incapacidad, no constituye elemento objetivo del tipo (por ejemplo, del delito de homicidio), no hay dudas de que en esta construcción jurídica de carácter excepcional se demanda que el sujeto conozca y quiera también realizar tales actos en el propósito de cometer el delito, por lo cual la constatación de la presencia del dolo (como conocer y querer estos elementos) pudiéramos decir que se extiende también a estos elementos configurativos de la *actio libera in causa.*

En igual sentido sucede con el dolo de segundo grado, donde el sujeto actúa con pleno conocimiento de que su conducta conllevará al resultado típico que se extiende a las consecuencias directamente queridas, relacionadas directa y necesariamente; y así también para el dolo eventual, donde se equipara un «no querer» el resultado o la realización típica, a como si el sujeto «hubiera querido» por haber asumido el riesgo.

Se admite igualmente en la *actio libera in causa* las situaciones de *aberratio ictus*, error *in objecto* o la preterintencionalidad. En casos de error *in objecto,* la situación no ofrecería dudas: el sujeto que se coloca en estado de inimputabilidad para dar muerte a

una persona, respondería penalmente por homicidio doloso si dirige su actuación contra persona distinta contra la que se proponían su ataque inicial cuando aún era imputable. En igual sentido respondería en aquellos casos en que la acción del sujeto recae sobre objeto o persona distinta por desviación del curso causal (*aberratio ictus*): A, con la intención de dar muerte, a veces se embriaga y sale a buscarlo a lugar público donde lo encuentra, y cuando dispara, producto de su estado, yerra el disparo y alcanza a C a quien mata.

En el caso de la preterintencionalidad, resulta cuestionable su aplicación debido a que no es posible aplicarle las reglas de la imprudencia el resultado más grave no querido, por encontrarse el sujeto en el momento del hecho en estado de inimputabilidad.

Notas

1 Ver una breve evolución histórica en Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho Penal*, t. II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 231 y 232; Eugenio Alejandro Slokur Zaffaroni y Alejandro Alagiu*: Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, pp. 703 y 704; Mercedes Alonso Alamo: «La acción *libera in causa*», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc I, 1989, pp. 68 y 69; Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán: *Derecho Penal, Parte General*, 5ta. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 427; Carlos Creus: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Astrea, De Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 3ra. ed., 1992, pp. 270-272; Enrique Bacigalupo: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ra. ed., Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pp. 161 y 162.

2 Nicasio Hernández de Armas: *Teoría del delito*, Ministerio de Justicia, 1975, p. 36. Ver también en este sentido a Juan J. Casasús: *Código de Defensa Social y Derecho Penal complementario*, t. I, 2da. ed., Molina y Compañía, La Habana, 1950, pp. 232-235.

3 Ley 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.

4 Ley 21 de 15 de febrero de 1979, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, de 1 de marzo de 1979.

5 Santiago Mir Puig: *Derecho Penal, Parte General*, 4ta. ed., Barcelona, 1996, p. 196.

6 Harold Bertot Triana y Nibaldo Hernández Mesa: «Los actos reflejos y la función negativa del concepto jurídico-penal de acción. (Comentario a la sen-

tencia 1269 de 13 de mayo de 2014 del Tribunal Supremo de Cuba. Ponente: Jueza Maria Caridad Bertot Yero)» (Inédito).

7 Santiago Mir Puig: *Op. cit*., p. 596.

8 Mercedes Alonso Alamo: *Op. cit*., p. 56.

9 Eugenio Alejandro Slokur Zaffaroni y Alejandro Alagiu: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, pp. 704 y 705.

10 Claus Roxin: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, 1997, p. 852. Ver igualmente «Observaciones sobre la *actio libera in causa*», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. I, 1988, pp. 21-38.

11 No desconocemos diversos puntos de vista en torno a este punto, donde algunos autores dan cabida a la autoría mediata imprudente. Ver en este sentido a M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón: *Derecho Penal, Parte General*, 3ra. ed., Ed. Tirant lo Blanch, p. 576.

12 Roxin sostiene: «Así, de igual modo que en la autoría mediata, la tentativa comienza con la actuación sobre el "instrumento" y concluye con la salida de este del propio ámbito de dominio; la tentativa comienza en la a.l.i.c. con la colocación de la propia persona en estado de inimputabilidad: el sujeto se convierte en su propio instrumento irresponsable y, a partir de la producción de la inimputabilidad, no tiene ya en sus manos el ulterior acontecer». Claus Roxin: *Op. cit*., p. 853.

13 Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho Penal*, t. II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, p. 237.

14 Mercedes Alonso Alamo: *Op. cit.*, p. 64.

15 *Id*., p. 60.

16 Renén Quirós Pírez: *Op. cit*., pp. 127 y 128.

17 Santiago Mir Puig: *Op. cit*., pp. 366 y 367.

18 Eugenio Alejandro Zaffaroni Slokur y Alejandro Alagiu: *Op. cit*., pp. 704 y 705.

19 *Id*., p. 707.

20 Luis Jiménez de Asúa: *La ley y el delito*, Ed. Andrés Bello, Caracas, 1945, p. 424.

Bibliografía

Alonso Alamo, Mercedes: «La acción *libera in causa*», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc I, 1989, pp.55-108.

Bacigalupo, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General,* Tercera Reimpresión, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

Bertot Triana, Harold y Hernández Mesa, Nibaldo: *Los «actos reflejos» y la función negativa del concepto jurídico-penal de acción. (Comentario a la Sentencia 1269 de 13 de mayo de 2014 del Tribunal Supremo de Cuba. Ponente Jueza Maria Caridad Bertot Yero)*. Inédito.

Casasús, Juan J.: *Código de Defensa Social y Derecho Penal complementario,* t. I, 2da. ed. Molina y Compañía, Muralla 313, Habana, 1950.

Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal, Parte General,* 3ra. ed. corregida y actualizada, Ed. Tirant lo Blanch.

Creus, Carlos: *Derecho Penal Parte General,* Ed. Astrea De Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 3ra. ed. actualizada y ampliada, 1992.

Hernández de Armas, Nicasio: *Teoría del delito*, Ministerio de Justicia, 1975.

Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, Parte General,* 4ta. ed. corregida y puesta al día con arreglo al Código de 1995, Barcelona, 1996, p. 196.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: *Derecho Penal, Parte General,* 5ta. ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Quirós Pírez, Renén: *Manual de Derecho Penal,* t. II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007.

Roxin, Claus: *Derecho Penal, Parte General* (traducción y notas, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Viecente Remesal), t. I, Civitas, 1997.

Roxin, Claus: «Observaciones sobre la *actio libera in causa*», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* fasc. I, 1988, pp. 21-38.

Zaffaroni, Eugenio Alejandro Slokur y Alejandro Alagiu: *Derecho Penal Parte General,* 2da. ed., Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina.

Legislación consultada

Ley 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 21 de 15 de febrero de 1979, en Gaceta Oficial la República de Cuba de 1 de marzo de 1979.

Reflexiones sobre la eximente de legítima defensa

María Caridad Bertot Yero
Dayán Gabriel López Rojas

1. La justificación en el Derecho Penal

El delito comporta una relación de contradicción, valorada en términos jurídicos, entre la conducta y la sociedad con arreglo a lo expresado en la ley –antijuricidad formal–; pero también conforme a las exigencias de todo el ordenamiento jurídico, principios y normas de la ideología y la cultura reconocidas por el Estado –antijuricidad material–.

Cuando esta contradicción no existe porque a pesar de darse la antijuricidad material (la conducta coincide formalmente con la definición contenida en la figura delictiva), no se constata la violación del Derecho por adecuarse la conducta a una norma permisiva, entonces falta el elemento de la antijuricidad como elemento del concepto de delito y no exista infracción punible.[1]

Después de constatar la tipicidad de la conducta que se enjuicia (su adecuación a algún tipo penal previsto en la Parte Especial del Código Penal), determinar si tal comportamiento resulta antijurídico o no constituye un segundo momento valorativo.

Establecer la antijuricidad de una conducta significa comprobar su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico, lo cual se determina constatando, por una parte, la afección del bien jurídico imputable a la situación de riesgo que el autor ha creado con su actuar típicamente relevante; y, por la otra, evaluando si en realidad la conducta típica no ha sido realizada bajo ciertas y determinadas circunstancias que, anulando su ilegalidad, podrían constituir los presupuestos de una causa de justificación.

Refiriéndose a la esencia de la justificación, y en especial a la problemática de las normas permisivas en el Derecho Penal, explica Zaffaroni que aquellos preceptos (los permisivos) son fruto de la inevitable necesidad de reconocer que la injerencia del poder punitivo es irracional cuando el agente realiza la acción antinormativa como parte de su ejercicio de libertad. La abstracción

esquemática del tipo penal permite que el tipo fáctico (o supuesto de hecho fáctico) asuma todas las formas posibles cuyas particularidades no interesan a la prohibición, pero no puede menos que admitir que en ciertos casos, esas particularidades hacen que, precisamente la acción típica sea parte del ejercicio de la libertad del agente. El relevamiento particularizado de estas circunstancias se expresa en los preceptos permisivos.[2]

En este propio sentido concluye Bacigalupo que la teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no, activa u omisiva) no es contraria al Derecho. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.[3]

Las causas de justificación constituyen entonces normas permisivas que excluyen la antijuricidad de una conducta subsumible formalmente en un tipo penal; y los supuestos fácticos que resultan amparados por estas no generan responsabilidad alguna –ni penal, ni civil, ni de ninguna índole– en virtud de su acomodamiento al orden legal vigente. Se trata de circunstancias de índole objetivo, relacionadas con la naturaleza del hecho en sí, y como consecuencia de ello, en los casos de participación en un hecho delictivo en el que concurra una causa de justificación, esta favorece a todos por igual.[4]

Resulta importante destacar, tal y como advierte Zaffaroni, que los preceptos permisivos neutralizadores del juicio de antijuricidad (causas de justificación o de licitud) no proceden solo del campo penal, sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico.[5]

1.1. Las causas de justificación en el Código Penal cubano

El Código Penal cubano compendia en el capítulo III del título V correspondiente a la Parte General –Libro Primero– el catálogo de eximentes de la responsabilidad penal que rigen en el ordenamiento patrio. Sin embargo, el legislador no establece distinciones entre estas circunstancias exentivas atendiendo a su naturaleza jurídica, y deja al intérprete la tarea de distinguir, con apoyo en la doctrina científica, cuáles son causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de exculpación.

Las causas de justificación, como antes se explicó, son aquellas que excluyen la antijuricidad del hecho y lo cubren por el manto de la licitud. Dentro de ellas se inscribe la legítima defensa (artículo 21), el estado de necesidad justificante (artículo 22) y el ejercicio legítimo de derecho, profesión, cargo u oficio (artículo 25).

Los supuestos fácticos que resultan amparados por estas justificantes no generan responsabilidad de ninguna índole y, dado el carácter objetivo, son apreciables en todos los sujetos que participen en el hecho por imperio del principio de accesoriedad limitada de la participación, en cuya virtud el partícipe responde del hecho cometido por el autor solo cuando este configura una acción típica y antijurídica.

2. La legítima defensa

De todas las anteriores causas de justificación, solo será objeto de análisis la legítima defensa, circunstancia de tradicional presencia en los cuerpos punitivos que han regido en Cuba, y que, al decir de Jiménez de Asúa, es la más típica de las causas de justificación. Su origen se remonta a Roma, donde se le concibió como derecho individual originario; y ya en el Derecho germánico se consideró desde una perspectiva colectiva como un derecho a la defensa del orden legal.[6]

2.1. Definición y fundamento

Una conceptualización sencilla, comprensible y al tiempo completa de la eximente objeto de estudio la ofrece el profesor Quirós, quien la define desde la óptica de nuestro derecho positivo como «la reacción necesaria, legalmente autorizada, para rechazar, de manera proporcionada, una agresión ilegítima, inminente o actual, y no provocada, dirigida contra la persona o derechos del que se defiende o de un tercero, o contra la paz pública o los bienes o intereses estatales o sociales».[7]

Sobre el fundamento de la analizada eximente se ha pronunciado el destacado profesor español, Santiago Mir Puig, sosteniendo que su justificación se apoya en la existencia de un conflicto de intereses que se resuelve en virtud del principio del interés preponderante.

Ante una eventual situación de conflicto, agresor y defensor no se hallan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico, pues mientras que el agresor niega el Derecho, el defensor

lo afirma. Siendo así, el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho, de modo tal que aquella situación genera para el agresor el deber de tolerar la conducta típica justificada. He aquí el fundamento del aforismo de cuño hegeliano que explica la esencia de la legítima defensa: «el Derecho no tiene por qué ceder al injusto».[8]

3. La legítima defensa propia. Requisitos

3.1. La agresión como requisito *sine qua non* de la eximente. Características

Existe acuerdo por parte de la doctrina tradicional en el sentido de entender que la agresión supone un acto de fuerza, de acometimiento físico contra el agredido; una actuación o ademán significativo de un dañoso propósito revelador de un riesgo real, inminente, inesperado e injusto para la vida o la integridad personal del que lo sufre, no provocado por este.

No obstante, tomando en cuenta que también pueden defenderse no solo la persona, sino también los derechos, necesariamente la ciencia del Derecho penal más actual defiende la idea de que la entidad de la agresión deberá evaluarse en el caso concreto y tomando en consideración cuál es el objeto de ataque, pues un derecho puede lesionarse sin necesidad de que exista necesariamente acometimiento físico y, en tales casos, habrá que considerar que está siendo objeto de una agresión.

Respecto a los criterios que configuraban la noción básica de agresión, rigió durante mucho tiempo una postura restrictiva, que entendía que no podía confundirse la agresión ilegítima con la ofensa del derecho mismo por el insulto, la injuria, el agravio, pues ello jamás autorizaba el empleo de un acto de fuerza para repelerlos o impedirlos, toda vez que la agresión ilegítima debía estar constituida por actos materiales de acometimiento.

Sin embargo, esta postura ha sufrido cierta evolución desde la óptica de su entendimiento, en relación con los bienes jurídicos defendibles, pues mientras se admitió tradicionalmente la reacción defensiva justificada respecto a la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, entre otros intereses de naturaleza material,

hoy se defiende por un sector mayoritario de la comunidad científica la posibilidad de que resulten igualmente defendidos bienes inmateriales como la honestidad y el honor, que antes resultaban excluidos de esta posibilidad.[9]

De la formulación normativa de la eximente en el Código Penal en uso –artículo 21.1–, se deduce la asunción de este criterio por parte del legislador cubano, en tanto reconoce la posibilidad de defender la propia persona o los «derechos»; sin que quepa interpretar ello con matices restrictivos, pues cuando el legislador ha querido limitar el ámbito de protección de algunos bienes o derechos, lo ha hecho siempre en forma expresa,[10] y donde no ha hecho distinciones el legislador, no tiene el intérprete por qué hacerlas. Esta posición parece corroborarse, además, con la propia formulación legislativa contenida en el apartado 4 del artículo 21 del Código Penal cubano, que reconoce la legítima defensa del que impide o repele de forma adecuada, un peligro o daño a la «paz pública»,[11] noción que se incardina dentro de los bienes jurídicos inmateriales.

Sobre el contenido y alcance de la ilegitimidad de la agresión, se ha aclarado que equivale a agresión antijurídica, aunque provenga de un sujeto que actúa sin culpabilidad (un inimputable o un sujeto que actúa bajo error de prohibición, por ejemplo). Sobre el contenido de la antijuricidad, en este caso la doctrina ha exigido que al menos en los supuestos de agresión a bienes jurídicos materiales como la vida y la integridad corporal, el acto agresivo deba constituir materialmente una infracción penal, con independencia de que luego no resulte reprochable a su autor.

En cuanto al tiempo de la agresión, vale resaltar que esta puede ser inminente –entendiéndose como tal el intento idóneo de producir una lesión– o actual –cuando se ha consumado efectivamente la lesión al bien jurídico–. Un comportamiento presuntamente defensivo frente a un ataque aún no iniciado o cesado daría lugar a un supuesto de inactualidad de la agresión que impediría apreciar el requisito básico de esta circunstancia (casos de agresión no iniciada o agresión cesada).

Es por ello que se afirma que la agresión ilegítima debe reunir las notas de realidad, seriedad, gravedad y no justificación, además de actual o inminente, como se deduce de los términos legales «impedir o repeler» que se emplean en la redacción del apartado 2 del artículo 21, lo que significa que el defensor o el que se defiende no es necesario que aguarde estoicamente a que la agresión se inicie,

en cuyo caso no sería posible la defensa, por lo que basta entonces que el citado ataque se augure o presagie como próximo o inmediato, siendo lícito, en tales casos, conjurar el peligro que se cierne, recurriendo a vías defensivas siempre y cuando concurran también los demás requisitos exigidos en el precepto.

Un sector importante de la doctrina apunta que la agresión en todo caso ha de ser dolosa y debe reflejar el ánimo del agresor de lesionar derechos del agredido, lo que excluye de antemano la posibilidad de apreciar legítima defensa frente a conductas lesivas imprudentes por ausencia de ánimo lesivo en el sujeto.

Asimismo exige la ley que la agresión no haya sido provocada por quien luego se defiende de ella. Al respecto, se ha sostenido por un sector de la doctrina española que queda excluida la legítima defensa cuando la provocación hace justa la reacción, es decir, la provocación tendría que constituir una verdadera acción ilegítima que justifique como defensa necesaria la reacción del provocado. No debe entenderse como provocación suficiente para excluir la defensa legítima aquellos actos leves e insignificantes, respecto a los cuales ha anotado el profesor Quirós que, en esos casos, «el derecho de defensa no se pierde porque la agresión de la otra persona es verdaderamente ilegítima, ante la falta de proporcionalidad entre la provocación y el ataque del provocado».[12]

Particular polémica ha generado en la doctrina y en la práctica judicial lo que tiene que ver con el estado de riña y su efecto excluyente de la legítima defensa.[13] El criterio mayoritariamente asumido en este sentido ha sido el que sustenta que la riña –entendida como la lucha violenta entre dos o más personas que recíproca y voluntariamente se cambian golpes con potencialidad lesiva en su intención– excluye la eximente en comentario, y ello así en virtud del razonamiento de que en los supuestos de riña cada uno de los contendientes debe responder del resultado que se derive de su actuar, porque el recíproco acometimiento elimina la legitimidad de la defensa, no pudiendo estimarse a ninguno de los dos contendientes como agredidos, sino como agresores.

No obstante, este criterio no puede aplicarse de forma mecánica a todos los casos, y requiere ciertas matizaciones en atención a las particularidades del hecho y sus circunstancias. Al respecto, Quirós reseña tres supuestos en los que la jurispru-

dencia cubana se ha mostrado sensible a admitir la configuración de la legítima defensa a pesar de existir estado de riña entre los contendientes:

a) Cuando la riña no es aceptada voluntariamente, sino que resulta consecuencia de la imposición, o sea, cuando el sujeto es llevado a ella por el otro contendiente, en el contexto de una situación en que resulta inevitable para el que se ve envuelto en el combate a causa del acoso del otro (sentencias 120 de 23 de abril de 1959,[14] 1037 de 12 de noviembre de 1975).[15]

b) Cuando la riña es consecuencia de la agresión de uno de los contendientes contra el otro, por cuanto al resultar objeto de una agresión ilegítima y repelerla, puede surgir una riña que en sí misma no excluiría la responsabilidad penal (sentencias 235 de 19 de agosto de 1960,[16] 547 de 24 de octubre de 1968).

c) Cuando, aceptada la riña voluntariamente, en el curso de ella surge alguna circunstancia imprevista de índole extraordinaria, que variando de manera sustancial las condiciones del combate coloque a uno de los contendientes en una situación de mayor peligro que el que pudiera deducirse del propio combate en la forma en que se aceptó y del cual se aprovecha el otro contendiente (sentencias 120 de 22 de octubre de 1962, 695 de 19 de noviembre de 1966, 280 de 5 de julio de 1975).

Otro tema ampliamente debatido, y sobre el que hay consenso en la doctrina, es el reto o desafío expresado por uno de los contendientes, cuando es aceptado por el otro. En tales casos también se afirma la exclusión de la estudiada causa de justificación, pues ninguno de ellos se encuentran en una situación que requiera defenderse, porque dado el estado de violencia de hecho en que voluntariamente se encuentran colocados, es indiferente, a efectos de dicha exención, la prioridad en el ataque, y ambos deben ser conceptuados en él como autores ilegítimos.

3.2. La necesidad de defenderse por parte del agredido

En punto a la necesidad objetiva de la defensa se ha seguido el criterio de que si falta toda necesidad de defenderse, no cabe apreciar la eximente, ni en su forma completa ni de modo incompleto, por tratarse de un elemento fundamental de esta causal de justificación.

Sin embargo, distintas son las consecuencias cuando, existiendo una verdadera necesidad de defensa por parte del agredido, este,

por ejemplo, se excede en los medios empleados para repeler la agresión. En este supuesto, si bien no podría apreciarse la eximente en toda su virtualidad, sí subsistiría su forma incompleta.

En el primer caso (ausencia total de la necesidad de defensa), la doctrina alude a un supuesto de exceso extensivo que tiene lugar cuando la defensa se prolonga más allá del tiempo que dura la agresión; a diferencia de lo que acontece en el segundo supuesto, denominado exceso intensivo, en el que a pesar de la existencia y actualidad de la agresión, la defensa asume una intensidad lesiva mayor que la realmente requerida en el caso.

De cara a la apreciación de este requisito, la jurisprudencia tradicional evaluó que en los casos en los que el agredido podía huir quedaban excluida la necesidad objetiva de la defensa. Desde entonces la huida o fuga de quien se defiende ha sido una cuestión sobre la que la doctrina ha polemizado.

Sobre el origen histórico de las valoraciones en torno a la huida, tuvo oportunidad de pronunciarse Nicasio Hernández Armas, ilustre hombre y eximio magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, quien explicaba que «el derecho canónico, por su parte, con la *moderamen inculpata tutela,* desdibuja la legítima defensa tal como ya la había construido el Derecho romano. Reconocía, sin embargo, la necesaria defensa contra la agresión injusta y actual; pero exigía que el ataque no fuera evitable de otro modo, como la fuga, a la que, desde luego, puso límites, no imponiéndola si constituía deshonra».[17]

La posición con la que simpatiza la doctrina dominante defiende la inexigibilidad de la huida frente a situaciones de agresión ilegítima, porque ello equivaldría a restringir el alcance de la legítima defensa, convirtiéndola exclusivamente en un derecho subsidiario.

Varias razones apoyan esta postura. En primer lugar, la obligación de fuga impuesta al agredido haría casi ilusorio el reconocimiento de esta eximente, por cuanto son muy pocos los casos en los cuales después de su ocurrencia, no pueda sostenerse que era posible la huida. Por otro lado, no es este un medio seguro para evitar o sustraerse del peligro de agresión, por el contrario, puede ser infructuoso; y por último, la elección para distinguir y elegir entre los distintos medios para evitar el ataque exige la serenidad en la persona del agredido, condición que rara vez se cumple por cuanto ante situaciones límites todas las personas no reaccionan del mismo modo.

3.3. La proporcionalidad entre la agresión y la defensa

Entre el acto agresivo y la actuación de quien se defiende debe existir una relación de proporcionalidad para que pueda apreciarse la eximente en su forma completa. Se trata de una exigencia que opera como un requisito no esencial para la vida jurídica de la figura, pues aun ausentándose este elemento, podría apreciarse la regla de atenuación que genera su forma incompleta.

Esa ponderación deberá llevarse a cabo por el tribunal con arreglo a las circunstancias existentes en el momento del hecho (*ex ante*) y no mediante una valoración realizada con posterioridad (*ex post*).

No existe una medida legal cuantitativa que permita apreciar, objetivamente, la necesidad racional del medio empleado. Hay que atender en cada caso, más que a las proporciones de los instrumentos vulnerantes de que se haga uso, a las circunstancias del hecho, ocasión y lugar de su desarrollo, y muy especialmente a la peligrosidad del agresor, para deducir que fue adecuado el medio empleado, teniendo en cuenta el estado de confusión que la agresión hubiera producido en el ánimo de quien se defendió.

En la práctica judicial, la problemática relativa a la proporcionalidad se presenta esencialmente respecto al análisis de los medios empleados por quien se defiende de la agresión ilegítima. El medio empleado en la defensa ha de ser idóneo para hacer cesar el ataque o, por lo menos, el oportuno y conveniente para preservar a la persona agredida del riesgo que la amenaza y, en su caso, el único que se tenga al alcance. El carácter «razonable» de esa proporcionalidad significa que la recta razón deberá graduarla sin atender a reglas predeterminadas, ni sujetarse a medidas o tasas, o sea, que la proporcionalidad debe ser evaluada, en el caso concreto, tomando como baremo que quien se defiende no debe excederse de los límites que la razón, las reglas de la lógica, los dictados de la experiencia y la prudencia aconsejan en cada caso para impedir o repeler la agresión.

Al respecto, resulta ilustrativo un insigne voto particular suscrito por Diego Vicente Tejera, ilustre magistrado de la otrora Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba, en el que razonó atinadamente los elementos a tener en cuenta para ponderar la proporcionalidad: «La legítima defensa como elemento de exención otorgada a los ciudadanos no es un medio de permitir una

contienda o una lucha, esto es, un medio de tolerar que se conteste en la misma forma a una agresión, surgiendo entonces una reyerta, sino una facultad que se concede para hacer cesar la agresión injusta que amenaza la integridad personal del que se defiende, y por ello es lícito que esa defensa que tiende a hacer agotar la agresión pueda hacerse con cualquier elemento que se tenga a mano, siempre que sea eficiente para evitar el estado de cosas que se crea con el ataque injusto, porque la legítima defensa no es un castigo autorizado, sino un elemento que tiende a evitar males no buscados, por lo cual la racionalidad del medio no indica una igualdad en los medios de defensa con los de ataque, sino que sea un medio racional para defenderse, esto es, medios corrientes y generalmente usados en contiendas personales».[18]

4. Algunos pronunciamientos recientes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular sobre la eximente de legítima defensa

A continuación se transcriben algunos pronunciamientos contenidos en sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, con el propósito de mostrar cómo la práctica judicial cubana ha ido delineando los contornos y alcances de eximente estudiada. En la sentencia 2763, de fecha 18 de agosto de 2009, el Tribunal Supremo razonó:

> «Considerando: Que es perfectamente posible apreciar la legítima defensa cuando la riña es consecuencia de un acto agresivo y se suscita para repeler dicho acto, el agredido no está obligado a huir ante una agresión ilegítima, actual y no provocada, y en la medida en que la defensa sea respuesta proporcionada a esa agresión injusta, no caben dudas de que cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado, de ahí que sea de rechazar el motivo de fondo articulado por el fiscal a tenor del ordinal quinto del artículo sesenta y nueve de la Ley de Procedimiento Penal».

Dos cuestiones esenciales se derivan de este pronunciamiento. En primer lugar, el criterio de que no siempre resulta posible sostener que la riña resulta excluyente de la legítima defensa, lo que dependerá en última instancia de la dinámica del suceso en sí; y

en segundo lugar, se deja sentado el criterio de que la huida no es una opción exigible a quien se defiende si ciertamente es objeto de una agresión ilegítima, inminente o actual, y no provocada. Sobre la necesidad objetiva de la defensa se pronunció la sentencia 3944, de fecha 20 de octubre de 2011:

> «Considerando: Que de la revisión de las actuaciones y de la sentencia impugnada se concluye que no le asiste razón al reo en su apreciación de que la sala de instancia incurrió en error de derecho al no apreciarle en su favor la eximente de la responsabilidad penal consistente en legítima defensa, porque del contexto de los hechos probados y la forma en que estos sucedieron no se aprecia que el acusado para defenderse tuviera la necesidad de armarse y darle una cuchillada a la víctima, porque en el pasaje histórico consta que esta última estaba desarmada y aguantada por detrás por la madre del acusado, cuando él esgrimió contra este el arma, por tanto no hay racionalidad en su actuación, ni se observa necesidad objetiva de defensa de su persona, o de terceros. Sin que se pueda entender que actuó justificadamente cuando disponía de la posibilidad de ejercer otra conducta menos lesiva, por tal razón no se le puede justificar la conducta típica ilícita ejecutada en el caso en examen, en consecuencia se rechaza el recurso de fondo con base en el apartado quinto del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal».

Se deja sentado en la sentencia que no puede entenderse legítimo, en términos hábiles, aquel comportamiento presuntamente defensivo frente a una agresión cesada; y ello así porque la inactualidad de la agresión excluye la necesidad objetiva de la defensa, requisito esencial para entender configurada la analizada causal de justificación. En la sentencia 1468, de fecha 21 de junio de 2012, el máximo órgano de justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la proporcionalidad entre la agresión y la defensa:

> «Considerando: Que la Sala de instancia dio por probado que el acusado VR, debido a que su señora madre estaba siendo víctima de reiterados robos en su domicilio, ubicado en la carretera de Jobabo, en el municipio y provincia de Las Tunas, decidió ponerse en vigilia, hasta que el día 7 de febrero de 2011 a las 9:00 a.m., aproximadamente, encontrándose dentro del inmueble, sintió primero un ruido y se percató después que un ciudadano había penetrado a uno

de los cuartos de la vivienda por una ventana de dos hojas que acababa de forzar, por lo que procedió a tomar en sus manos un tubo metálico de 73 centímetros de largo por 3 centímetros de diámetro con el cual le propinó un solo golpe en el rostro que le produjo fractura de fosa anterior izquierda y herida frontal bilateral de 8 y 4 centímetros de longitud, sin otras consecuencias, procediendo el intruso a forcejear con él, teniendo el acusado que coger entonces una mocha con la que lo golpeó por un brazo sin causarle lesiones, dando lugar a que el intruso se retirara, no sin antes ser reconocido por el acusado. Siendo así, es evidente que el recurrente actuó en legítima defensa de su persona y derechos, y lo hizo prudencialmente, tanto por haberle dado un solo golpe con el tubo, como por la moderada fuerza del golpe propinado, que ni siquiera privó a la otra persona del conocimiento, ni puso en peligro su vida, y en segundo lugar por el no uso inicialmente del machete que tenía a su disposición, que es un arma más efectiva, y después la ponderación cuando tuvo que usarlo, al no haber causado siquiera lesiones leves con él. Los delitos de robo con fuerza en las cosas y hurto se agravan cuando ocurren en viviendas habitadas, hallándose presentes los moradores, precisamente por el peligro que suponen no solo para los bienes, sino también para la intimidad del domicilio y la integridad física de sus moradores, pues el legislador da por sentado que quien se arriesga a penetrar a robar a una vivienda asume la posibilidad de ser sorprendido por sus moradores y por consiguiente de tener que enfrentarse a ellos. El acusado, al actuar como lo hizo, obró en defensa de su persona, de la de su madre y de los derechos de ambos, impidiendo y repeliendo una agresión ilegítima, actual y no provocada, existiendo necesidad objetiva de la defensa y proporcionalidad entre la agresión y la defensa, analizada de acuerdo a las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar. Objetivamente, no le era exigible al impugnante un comportamiento más moderado ante una situación tan peligrosa, en las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos, siendo procedente acoger el recurso, casar y anular la sentencia y dictar una nueva en la que se aprecie la legítima defensa y se le absuelva del delito por el que resultó sancionado».

Nótese cómo los jueces *ad quem* corrigen el error de derecho en que incurrió el tribunal de mérito, evaluando el suceso objetivamente, de acuerdo a las concretas circunstancias que lo rodearon relacionadas con las características del medio defensivo y el peligro conjurado, así como la peligrosidad demostrada por el agresor; criterios de valoración que se ratifican en el pronunciamiento contenido en la sentencia 1767, de fecha 24 de julio de 2012:

> «Considerando: Que del examen de la base fáctica de la sentencia cuestionada se aprecia que le asiste razón al acusado en pretender que a su favor sea acogida la circunstancia eximente de legítima defensa, porque constando probado, que su primera intervención se limitó a halar al que posteriormente resultara occiso, porque agredía con un arma blanca a un tercero que no había provocado el incidente, cuando se encontraba acorralado y sin posibilidad de defenderse, lo que conllevó a que el agresor se virara con el arma y realizara contra el reo varias acciones para afectar su integridad física, y si bajo estas circunstancias de agresión y de acorralamiento de las que era objeto que describe el tribunal de juicio en el primer resultando, el acusado tomó un cuchillo que le quedaba cerca y lo esgrimió contra su atacante, es evidente que están presentes de manera completa todos los elementos de la causa de justificación de legítima defensa prevista en el artículo 21 del Código Penal, por tanto no obró con acierto el tribunal de instancia cuando solo la apreció de manera incompleta, porque en el caso de autos no se advierte desproporción entre el medio de defensa empleado y el peligro suscitado en el ataque, sino total correspondencia entre ellos, sin que el elemento que se valora por ese órgano, relacionado con que el reo esgrimió contra su atacante en dos ocasiones el cuchillo, pueda ser el sustento de la apreciación incompleta de la eximente analizada, en primer orden, ya que no tiene respaldo legal como invalidante, y en segundo, porque en el propio hecho consta que el ciudadano FLR, después de haber resultado herido por el encausado, continuó su ataque contra este, e incluso lo persiguió con el arma, todo lo que nos lleva a concluir que en el caso de marras el acusado repelió una agresión ilegítima, inminente, actual, no provocada, en condiciones y circunstancias en las que existía una necesidad objetiva

de defensa y adecuada proporcionalidad entre la agresión y la defensa; en consecuencia, debe ser acogido el motivo de fondo del recurso».

Sobre las características que ha de revestir la agresión que habilita la legítima defensa se pronunció la sentencia 1541, de fecha 17 de mayo de 2013:

> «Considerando: Que entre los requisitos de la eximente de la legítima defensa destaca la agresión ilegítima, sin cuya concurrencia no es dable apreciar positivamente esta causa de justificación; así, equivale la agresión a todo ataque, acometimiento o embestida, de índole física o violenta, y ha de ser real, grave, directa y actual o inminente. En el caso en examen, consta de los hechos que se estimaron probados, que al llegar el acusado a la vivienda que compartía con su exesposa, observó a esta discutiendo, por motivos personales, con quien resultó víctima, ocasión en la que él, que tenía rencillas con este sujeto a consecuencia de los celos que mutuamente se provocaban por amar a la misma mujer, intervino, estableciéndose entre ambos un combate cuerpo a cuerpo en el se acometieron mutuamente, de lo cual se advierte, que si bien la víctima estaba importunando a la fémina y ambos se proferían palabras fuera de tono, no existió un acto de fuerza de aquel que requiriera de la intervención violenta del acusado, es decir, no había necesidad de la defensa; por eso, más que el ánimo defensivo, al que alude el recurrente, se evidencia realmente en su actuar el ánimo vindicativo, impropio de la reclamada justificante, lo que determina el rechazo del motivo de infracción de ley establecido al amparo del ordinal cinco del artículo sesenta y nueve de la ley rituaria».

Se deja esclarecido en este pronunciamiento judicial qué se entiende por agresión, a los efectos de permitir una lesión a un bien jurídico en defensa de otro, la que debe revestir un acto de fuerza o acometimiento material, sin que puedan conceptuarse como tal los meros gritos o palabras fuera de tono. Además, se aclara que cuando la cuestión versa sobre ofensas recíprocas, que más que una reacción en la dignidad revela un propósito de venganza, no puede manifestarse esta eximente.

Con relación a la improcedencia de apreciar la legítima defensa frente a actos justificados se pronunció la sentencia 1482, de fecha 11 de mayo de 2010:

> «Considerando: Que se entiende como agresión ilegítima la que no tiene razón o causa legal que la justifique, y no puede calificarse como tal, la que pretendió enfrentar la víctima contra los acusados, porque ella estuvo precedida por acciones agresivas ejecutadas por estos contra la suegra de aquel, madre y tía, respectivamente, de los comisores; luego, no cabe legítima defensa contra quien está justamente defendiendo a un tercero, por demás mujer, frente a la violencia de dos sujetos que atacaron la integridad física de aquella y sus bienes; luego, la acción ofensiva de este debe reputarse lícita y justificada, por responder a un ataque previo, es decir, que la réplica de los encausados no tiene justificación en las acciones defensivas de quien, definitivamente, resultó agredido cuando actuó en defensa de otro, de ahí que con adecuado acierto desestimó la Sala de instancia la causa de justificación ahora alegada por ambos impugnantes, en el motivo de infracción de ley del recurso, amparado en el ordinal primero del artículo sesenta y nueve de la ley rituaria».

Se asume por el Tribunal Supremo el tradicional criterio de que no cabe apreciar la exención de legítima defensa frente a actos lesivos en sí mismos justificados, pues en tales casos falta la ilegitimidad de la agresión; de tal suerte que si una persona se defiende de un ataque o acometimiento, la réplica del agresor nunca podrá encontrar justificación en las acciones defensivas del agredido que se defiende, por muy enérgicas que estas sean.

Los efectos excluyentes de la legítima defensa que genera el estado de riña mutuamente aceptado se reconocen en el pronunciamiento contenido en la sentencia 1372, de fecha 26 de octubre de 2009:

> «Considerando: Que entre los requisitos de la eximente de la legítima defensa destaca la agresión ilegítima, sin cuya concurrencia no es dable apreciar positivamente esta causa de justificación, esto es, sin causa legal que justifique o legitime el ataque. En el asunto en examen, precedieron a la agresión acciones demostrativas de un propósito ofensivo por parte de la recurrente, al colocar los maderos recosta-

dos contra la ventana de la vivienda de su adversaria, restándole ventilación e iluminación al inmueble de aquella; luego, las acciones ofensivas de esta última deben reputarse como justificadas por responder al referido precedente. Otro elemento que de valorarse para refutar la invocada eximente es que ante las ofensas de su adversaria, la impugnante subió a la azotea al encuentro de aquella, y al augurarse la inmediata materialización de los insultos que aquella profería, lanzó el ladrillo contra la hija de su antagonista, a la que alcanzó en la cabeza, estableciéndose así la contienda física entre todas, de ahí que hubo una situación de riña mutuamente aceptada, con mutuo acometimiento y recíproca agresión, todo lo que determina el rechazo del motivo de fondo que al amparo del ordinal quinto del artículo sesenta y nueve de la ley de trámites se alegó».

Se valora que ciertamente queda excluida la posibilidad de apreciar la justificante de legítima defensa en aquellos casos en los que se producen acometimientos recíprocos aceptados voluntariamente entre los contendientes, que degeneran en un estado de riña donde cada uno de ellos se erige en agresor.

5. A modo de conclusiones

- Los supuestos fácticos que resultan amparados por las causas de justificación no generan responsabilidad de ninguna índole y, dado el carácter objetivo, son apreciables en todos los sujetos que participen en el hecho por imperio del principio de accesoriedad limitada de la participación, en cuya virtud el partícipe responde del hecho del autor solo cuando este configura una acción típica y antijurídica.
- Actualmente se defiende por un sector mayoritario de la comunidad científica la posibilidad de que resulten igualmente defendidos bienes inmateriales como la honestidad y el honor, que antes resultaban excluidos de esta posibilidad.
- La jurisprudencia cubana se ha mostrado sensible a admitir la configuración de la legítima defensa a pesar de existir estado de riña entre los contendientes en tres supuestos: a) cuando la riña no es aceptada voluntariamente, sino que resulta consecuencia de la imposición, o sea, cuando el sujeto es lleva-

do a ella por el otro contendiente; b) cuando la riña es consecuencia de la agresión de uno de los contendientes contra el otro, por cuanto al resultar objeto de una agresión ilegítima y repelerla, puede surgir una riña que en sí misma no excluiría la responsabilidad penal; c) cuando, aceptada la riña voluntariamente, en el curso de ella surge alguna circunstancia imprevista de índole extraordinaria, que variando de manera sustancial las condiciones del combate coloque a uno de los contendientes en una situación de mayor peligro que el que pudiera deducirse del propio combate en la forma en que se aceptó y del cual se aprovecha el otro contendiente.

- La posición con la que simpatiza la doctrina dominante defiende la inexigibilidad de la huida frente a situaciones de agresión ilegítima, porque ello equivaldría a restringir el alcance de la legítima defensa, convirtiéndola exclusivamente en un derecho subsidiario.
- No existe una medida legal cuantitativa que permita apreciar, objetivamente, la necesidad racional del medio empleado. Hay que atender en cada caso, más que a las proporciones de los instrumentos vulnerantes de que se haga uso, a las circunstancias del hecho, ocasión y lugar de su desarrollo, y muy especialmente a la peligrosidad del agresor, para deducir que fue adecuado el medio empleado, teniendo en cuenta el estado de confusión que la agresión hubiera producido en el ánimo de quien se defendió.

Notas

[1] Particularmente clara resulta la explicación ofrecida por Hans Welzel en punto a la relación entre los elementos antijuricidad y tipicidad. Al respecto explicaba el maestro alemán que «quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuricidad del hecho; de modo que huelga otra fundamentación positiva de la antijuricidad. Esta relación de la adecuación típica con la antijuricidad se ha caracterizado llamando a la adecuación típica el "indicio" de la antijuricidad. Cuando exista esa relación, solo surge problema en los casos en que la antijuricidad está, una vez por excepción, excluida, a pesar de darse la adecuación típica; p. ej., porque el autor actuó en defensa legítima o con

el consentimiento del lesionado. En tales situaciones de excepción, un actuar adecuado al tipo es adecuado al Derecho. Por eso, aquí la antijuricidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento, etc.». *Cfr.* Hans Welzel: *Derecho Penal, Parte General*, Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 86.

2 *Vid*. Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Ed. Ediar, Argentina, 2002, p. 589.

3 Enrique Bacigalupo Zapater: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 117.

4 De esta opinión, Bacigalupo, para quien «la característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no solo penal, sino también civil, administrativa, etc.; no solo respecto del autor, sino también de quienes lo han ayudado o inducido». *Vid*. Enrique Bacigalupo Zapater: *Op. cit.,* p.117.

5 *Cfr.* Raúl Zaffaroni, Eugenio: *Op. cit.,* p. 590.

6 *Cfr.* Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 459.

7 Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho Penal General*, t. III, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, p. 132.

8 *Vid*. Santiago Mir Puig: *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2005, p. 428.

9 *Id.,* p. 430. Luzón Peña, quien ha desarrollado un minucioso estudio sobre el estado de la cuestión dentro de la ciencia del Derecho Penal español, reconoce que en la doctrina dominante existe un acuerdo unánime en estimar que el honor es un bien susceptible de ser defendido frente a una agresión ilegítima, pues, en principio, se admite la defendibilidad de todos los derechos, bienes jurídicos, etc.; y explica que la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando un amplísimo catálogo de bienes concretos a los que se aplica dicho principio, señalando que «cabe legítima defensa contra las agresiones antijurídicas a la vida, integridad corporal, salud, integridad o salud psíquica, a la honestidad, honra sexual, pudor, decoro, castidad, moralidad o sentimiento de moralidad, libertad sexual, al honor, honra y reputación». *Cfr.* Diego Manuel Luzón Peña: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Ed. Bosch, Madrid, 1978, pp. 354 y 355.

10 De esta opinión, Ordeig Gimbernat, quien es citado por Ignacio Berdugo-Gómez de la Torre: *Honor y libertad de expresión*, Ed. Tecnos, Madrid, 1887, p. 34.

11 La defensa de los intereses públicos estatales ha sido una cuestión controvertida en sede académica, de ahí que no todas las legislaciones lo prevean. Zaffaroni se inclina por la viabilidad de este tipo de defensa y explica, citando a

Blasco y Fernández de Moreda: «Una cosa es la defensa del Estado en su existencia y otra la defensa del régimen político del Estado». La inadmisibilidad de la legítima defensa de tercero es respecto de este último. La defensa de la existencia misma del Estado está perfectamente justificada, así, por ejemplo, quien la ejerce en caso de invasión cooperando por su cuenta con las fuerzas armadas. Por otra parte, ninguna duda cabe en nuestro contexto legal de que se pueden defender legítimamente bienes del Estado de la misma forma en que pueden defenderse aquellos que pertenecen a particulares.

12 *Vid.* Renén Quirós Pírez: *Op. cit.*, p. 138.

13 El estado de riña que excluye la legítima defensa es aquel que se pacta o se acepta y no el que surge de manera natural, con un ataque injusto y una defensa justa. Sentencia 326 de 1 de diciembre de 1939 (*J. al Día*, p. 628), citada por Mariano Sánchez Roca: *Leyes penales de la República de Cuba,* vol. I., Ed. Lex, 1943, p. 110.

14 Sentencia 120, de 23 de abril de 1959. «Considerando: que el acto realizado por la víctima, profiriendo frases amenazadoras e insultantes para el procesado diciéndole que "se cagaba en su madre y que lo iba a matar", esgrimiendo un cuchillo de punta que fue ocupado todo lo que dio lugar a que entre ambos se entablara una reyerta, a la que fue llevado el referido procesado, por las circunstancias, logrando arrebatarle, en el forcejeo el arma que esgrimía, con la cual a su vez lo agredió, causándole herida que produjo la muerte, es evidente que concurre en el hecho de autos, la primera de las circunstancias de la causa de justificación contenida en el apartado A, inciso primero del artículo treinta y seis del Código de Defensa Social, porque la agresión fue injusta, no provocada, ni buscada de propósito por el agente».

15 Sentencia 1037, de 12 de noviembre de 1975. «Considerando: que no obra en legítima defensa el que mata a otro en un desafío aceptado, aunque el retador haya insultado, vejado y perseguido al desafiado, pues la aceptación de la riña, cuando en verdad lo es y no resulta impuesta en el contexto de una situación en que es inevitable para el que se ve envuelto en ella a causa del acoso de otro, excluye la legítima defensa por la razón conocida de que en la pelea no hay agresión injusta, sino recíproco acometimiento; y como el agente fue víctima de insultos, improperios y provocaciones por el interfecto, y, al fin, salió de su casa armado de un machetín y le agredió con este, pese a que el otro solo dependía de sus manos para la riña, no le asiste la justificante de legítima defensa, aunque es de apreciarle la atenuante proveniente del hecho de haber obrado en vindicación próxima de una ofensa grave, pues el occiso le dirigió palabras cuyo poder ofensivo queda fuera de duda, amén de haberle hecho objeto de otras ofensas de hecho».

[16] Sentencia 235, de 19 de agosto de 1960. «Considerando: que el recurrente en su primer motivo por infracción de ley sostiene, al amparo del número ochocientos cuarenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en la sentencia dictada por el tribunal *ad quo*, se incidió en error cuando no acogió su tesis de legítima defensa; y basta leer el hecho probado para negar esa pretensión, pues en ninguno de sus pasajes, ni se infiere tampoco del sentido general de la cláusula, se advierte la existencia de la agresión ilegítima, que es el generador, la base y fundamento esencial del derecho de defensa; pues, en este caso, no puede encontrar apoyo el recurrente en el hecho probado, que se limita a expresar que "comenzando a reñir y en los momentos en que Tamayo alcanzó con una bofetada en el rostro al procesado", ya que este relato evidencia un estado de riña que excluye toda legítima defensa, salvo aquellos casos en que pueda determinarse, que la misma no fue sino la consecuencia obligada de la agresión, de uno contra otro, lo que no ocurre en este caso; y faltando la "agresión ilegítima", se hace forzoso rechazar el motivo».

[17] *Cfr.* Nicasio Hernández Armas: «Apuntes para un estudio de la legítima defensa», en *Revista Cubana de Derecho* no. 9, año 4, ener.-jun. 1975, p. 76.

[18] *Cfr.* Mariano Sánchez Roca: *Leyes penales de la República de Cuba*, Ed. Lex, La Habana, 1943, p. 118.

6. Bibliografía consultada

Bacigalupo Zapater, Enrique: Manual *de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

Berdugo-Gómez de la Torre, Ignacio: *Honor y libertad de expresión*, Ed. Tecnos, Madrid, 1887.

Hernández Armas, Nicasio: «Apuntes para un estudio de la legítima defensa», en *Revista Cubana de Derecho* no. 9, año 4, ener.-jun. 1975.

Jescheck, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

Luzón Peña, Diego Manuel: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*,Ed. Bosch, Madrid, 1978.

Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2005.

Quirós Pírez, Renén: *Manual de Derecho Penal General*, t. III, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007.

Welzel, Hans: *Derecho Penal, Parte General*, Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Ed. Ediar, Argentina, 2002.

Acerca de la teoría de la imputación al tipo objetivo. Observaciones críticas

Harold Bertot Triana

I. Introducción

La determinación de la responsabilidad jurídico-penal de una conducta respecto a un resultado comporta en ocasiones casos realmente complejos. El ejemplo más sencillo tal vez resulte en la llamada causalidad homogénea, como el disparo con el revólver para matar a una persona, en el que sin grandes contratiempos, y con ayuda de sencillas regularidades mecánicas, se puede describir y explicar el curso causal relevante entre apretar el gatillo y la bala en el cuerpo de la víctima. En un nivel más complejo aparecen aquellos casos en que está presente la llamada causalidad heterogénea, donde resulta difícil comprobar las regularidades que interviene en el resultado lesivo por aparecer mediado en una combinación de disímiles factores. En este último se encuentran, por ejemplo, los problemas asociados a la llamada responsabilidad por el producto,[1] donde tribunales alemanes y españoles, para establecer la relación de causalidad, rechazaron el criterio de que «no existe causalidad mientras no se conozca el mecanismo causal», que equivalía a decir que se hacía responsable a sujetos de provocar resultado lesivos, aun cuando no hubieran sido concluyentes las verificaciones científicas de las causas naturales que en el campo de la física, la química o la biología provocaban las lesiones.

En los debates actuales que se promueven en el mundo académico sobre estos temas, la teoría de la imputación al tipo objetivo ocupa un lugar importante.[2] Esta no solo ocupa un lugar en la solución de los diferentes casos que se agrupan en la dirección de las diferentes teorías sobre el nexo causal, sino que se puede comprobar en sus intenciones una perspectiva que en el fondo concibe, aunque en ocasiones solo se reconozca implícito, la determinación general de la existencia de un delito como un problema de imputación objetiva.

La complejidad que supone para los operadores del Derecho su exacta comprensión, ha conspirado para su aceptación y aplicación consecuente en la práctica judicial de muchos países, entre ellas la práctica judicial cubana. Por ello, con suma sorpresa recientemente encontramos dos sentencias del Tribunal Supremo Popular que apela a los criterios de la teoría de la imputación objetiva en sus razonamientos (como haremos alusión oportunamente), lo que representa, sin lugar a dudas, un intento por complementar el aparato categorial con que tradicionalmente ha razonado esta instancia en cuestiones tan puntuales como la determinación de la responsabilidad jurídico-penal en los delitos relacionados con el tránsito o en la propia determinación de la existencia de la imprudencia.

Todos los inconvenientes anteriormente aludidos pudieran tener causa en que no solo se demanda del operador jurídico otras herramientas en el orden del conocimiento –como la filosofía–, sino porque todavía existen problemas dogmáticos asociados en su construcción que están en profunda discusión. Resulta cierto cuando se habla de que pese a los esfuerzos desarrollados a lo largo de varias décadas, todavía no se ha conseguido dar un contenido preciso a la teoría de la imputación objetiva.[3] Y a esta realidad se suma con pavor que diversos problemas dogmáticos puntuales suelen reconducirse para su solución, por muchos teóricos del delito, a las fórmulas que brindan los vagos e imprecisos conceptos de *creación de riesgo no permitido* y *realización del riesgo* –como veremos más adelante– con abandono del instrumental construido por la teoría penal durante años, como las causas de justificación, la dogmática de la imprudencia, etc.

Por ello, la novedad que supone el acercamiento de esta teoría en nuestro país tiene señales muy claras. En la doctrina penal cubana esta teoría no encontró recepción en los principales manuales dedicados a la enseñanza,[4] y solo en el fundamental y meritorio *Manual de Derecho Penal General* de Renén Quirós Pírez, se encuentra un pequeño esbozo en lo referido a las teorías del nexo causal.[5]

El siguiente trabajo, aunque modesto, pretende acercar los aspectos esenciales de esta teoría a todos los interesados en este mundo inacabable del estudio del Derecho Penal y de su perfeccionamiento. Para ello considero importante conocer, ante todo, cuáles han sido los antecedentes que llevaron a sus formulaciones generales, pues de lo contrario sería violentar el orden lógico de su construcción histórica para su exacta compresión.

II. Antecedentes de la teoría de la imputación objetiva

En el marco del positivismo se desarrolla la teoría de la equivalencia de las condiciones, que partía de considerar causa toda condición sin la cual el resultado producido no hubiera sido posible.[6] Todas las condiciones, de esta manera, se mostraban equivalentes como causas, constituyendo el fundamento de la responsabilidad penal, que se intentaba limitar a partir del requisito de la culpabilidad, una vez que se constataba la presencia de dolo o imprudencia.[7] Para esta teoría el resultado se explicaba en una suma de factores que actuaban con valor equivalente en la producción del resultado. En la búsqueda por lograr una aplicación práctica y sencilla, se apeló a la fórmula de la teoría de la condición, que partió de distinguir las condiciones positivas, que son las acciones en sentido estricto, y las condiciones negativas, referidas a las omisiones.

Para el primer caso (las condiciones positivas) se considera una condición todo aquello que no puede ser suprimida mentalmente, sin que el resultado no se produzca. Por ejemplo, en un caso donde A dispara un arma de fuego contra B, quien muere, la solución se encuentra en suprimir mentalmente (hipotéticamente) la acción de A, para determinar si B no hubiera muerto de esa manera y en ese momento. En los delitos de omisión la operación se realiza en sentido contrario, pues se entendía una omisión como casual si cuando se agregaba mentalmente la acción omitida, se eliminaba el resultado. Por ejemplo, se supone casual una conducta respecto a un resultado, si se supone mentalmente que con una conducta de salvataje no hubiera muerto a quien se le negó, aun cuando podía hacerlo.

En la práctica judicial cubana esta teoría fue reconocida en distintos momentos, como da cuenta la sentencia 555 de 24 de diciembre de 1952:[8]

> «Considerando que es incuestionable la manifiesta imprudencia con que conducían sus vehículos ambos recurrentes, el uno porque imprimió al automóvil una velocidad excesiva, no obstante saber que los frenos no funcionaban bien, y el otro, porque debiendo detener el ómnibus que guiaba al llegar a la carretera, vía preferente, no lo hizo, y por ello no pudo percatarse de la proximidad del otro vehículo, evidenciándose por lo consignado que los dos choferes faltaron a los deberes de cuidado que les incumbía en el desempeño

de la actividad que realizaban, afrontando un riesgo grave sin causa ni razón que lo justificara; y esas dos conductas antijurídicas están tan directa e íntimamente ligadas al resultado producido, que si se suprimiera una de ellas, cualquiera, el evento no se hubiera producido, porque si bien el que conducía el ómnibus lo hubiera detenido firme, como su deber, antes de intentar cruzar la carretera, no se hubiera producido la colisión, por más que el automóvil, que el procesado conducía llevara una velocidad excesiva y no pudiera detener la marcha por el mal estado de los frenos, porque hubiera podido darse cuanta de su proximidad; y si el automovilista que transitaba por la carretera hubiera moderado la velocidad que traía, como correspondía hacer a la entrada de una ciudad, y sus frenos se hubieran hallado en buen estado de funcionamiento, no se hubiera producido tampoco el desgraciado accidente, aun cuando el ómnibus hubiera interceptado súbita e inesperadamente la vía, ya que hubiera podido detener a tiempo el vehículo».

Pero como exponen varios autores,[9] esta fórmula resultó incorrecta en muchos sentidos. Por ejemplo, solo es posible saber si con la supresión hipotética de la acción desaparecería el resultado si se conoce ya de antemano la causalidad. «Para responder a la pregunta de si el resultado no hubiera tenido lugar en caso de suprimirse mentalmente la acción realizada –sostiene Enrique Bacigalupo–, es preciso saber previamente si la acción ha causado el resultado. Quien no sepa que el disparo de un arma de fuego puede producir la muerte de una persona, no puede saber tampoco si, al suprimirse mentalmente la acción de disparar, el resultado no se hubiera producido».[10]

Un modo de suavizar los resultados insostenibles a los que arribaba esta teoría, consistió en advertir para el caso de intervención de terceros, la consideración de que si esta era imprudente el resultado se imputaba a ambos. (Por ejemplo, si una persona al entregar un abrigo en el guardarropa del teatro, deja en el bolsillo un revólver cargado y un acomodador coge el revólver, que se había caído, y en broma aprieta el gatillo apuntando a otro, ambos responden por imprudencia). En el ámbito de la intervención dolosa de terceros se desarrolló la teoría de la prohibición de regreso, fundada por Frank, que consideró que si la condición puesta por el tercero era libre y consciente, no debían tomarse en conside-

ración las condiciones anteriores.[11] El nexo causal se interrumpe por el hecho doloso de otra persona, y por tanto no puede tenerse como condiciones (causas) aquellas que precedieron al hecho doloso. (Por ejemplo, si una amante entrega veneno a su amigo, que a su vez este utiliza para matar a su esposa, se interrumpe el nexo causal entre la muerte y la entrega del veneno de la amante, y por tanto no se le exige responsabilidad penal).

Esta fórmula indudablemente se sometió en su desarrollo a posturas teóricas que pretendieron hacer selecciones entre las condiciones, y poner correctivos a la extensión excesiva de la responsabilidad jurídico-penal. Ellas se conocen como las *teorías individualizadoras*. Spendel propuso que se apelara a la supresión mental para determinar la causa, pero desde el resultado concreto, teniendo en cuenta solamente las circunstancias que fueron efectivamente concretas, lo que devino que se criticara como una fórmula que fallaba por su amplitud. En igual sentido nació la teoría de la causa eficaz o de la condición más eficiente por Birkmeyer, que en fórmula sencilla propuso que se considerara causa para el Derecho toda condición que hubiera contribuido en mayor grado a la producción del efecto. Para ello era necesario conocer cualitativa y cuantitativamente todas las condiciones para determinar la contribución que cada una de ellas tuvo respecto al resultado.[12]

Veamos un intento por adherirse a la teoría de la causa eficaz en la jurisprudencia cubana antes del período revolucionario, a partir de la sentencia 399 de 23 de septiembre de 1952 del Tribunal Supremo de Cuba:[13]

> «Considerando que no acontece así en el extremo referente al otro inculpado Juan de Dios Mario Domínguez y Fuentes. Efectivamente: conforme al artículo diecinueve del Código de Defensa Social, existe la culpa en cualquiera de sus grados, cuando se realiza una acción o se incide en una omisión por imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de los reglamentos, pero siempre que se produzca un efecto dañoso no querido por el agente ejecutor y que este efecto esté unido directamente por un nexo de causalidad con la acción u omisión determinante del mismo. Dicho esto mismo en términos de doctrina científica: para que exista imputabilidad moral y legal, es absolutamente indispensable que exista imputabilidad física; o lo que es lo mismo, para poder atribuir a alguien moral y legalmente

un hecho, es indispensable que lo haya realizado materialmente. Ahora bien: para poder afirmar que se ha causado un hecho, es necesario precisar que la causa en términos jurídicos no es un requisito ni una condición, ni una ocasión; porque al paso que el primero es "todo aquello previamente indispensable para la producción del efecto o resultado, incluyendo desde la posibilidad hasta la acción de la causa misma", la condición es solo el factor que prepara, facilita la ejecución de la causa y elija o destruye los impedimentos que se oponen a su acción, y la ocasión es la oportunidad de tiempo o lugar en que sucede algo, lo que comporta no ser decisiva de la acción de la causa ni de la producción del resultado. Y, sin necesidad de extenderse mucho sobre la muy controvertida teoría de la causa en materia penal, su diferencia con la de condición, los elementos activo y pasivo integrantes de esta última, de sus divisiones en favorables, contrarias o indiferentes, y dentro de las primeras, en decisivas y no decisivas del resultado producido, hay una verdad incuestionable: que nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el resultado dañoso o peligroso, del cual depende la existencia del delito, no es consecuencia de su acción u omisión. Luego, si esto es así, en casos como el sublite, no se puede sostener, aun en los absolutos y rigurosos términos de la teoría de la equivalencia de las condiciones, o sea, la que estima que "causa es toda condición del resultado concreto, y todas las condiciones deben ser consideradas equivalentes, no solo en el sentido causal, sino también en el jurídico", que el inculpado Juan de Dios Mario Domínguez y Fuentes sea responsable, como agente ejecutor, de una acción u omisión causante del resultado producido. Porque, a fe, que si la condición, conforme se ha escrito antes, "prepara la causa, aleja los impedimentos que se oponen a su acción, facilita su obrar, o simplemente determina que la causa actúe o se produzca en el momento querido", no se puede sostener, aunque aplicando la susodicha rigurosa teoría de la equivalencia de las condiciones al respecto de determinar la responsabilidad penal, que haya sido una condición de la mencionada naturaleza el mero y único hecho de permitir a

varios viajar en un vehículo contrariamente a lo permitido por la disposición reglamentaria respectiva, por razón, como equivocadamente sostiene la Sala de Audiencia, de que, de no haber viajado como pasajeros no hubiese ocurrido la muerte de uno y las lesiones de otros».

«Claro que, si la acción determinada por aquella infracción reglamentaria, o sea, la de permitir viajar en la forma no autorizada legalmente, hubiese sido la condición necesaria, eficiente, última o predominante, favorable y decisiva, hasta el punto de poder considerársele como el elemento o factor activo de toda condición, según las múltiples teorías que se ha mantenido sobre el particular, no habría la menor duda para estimarla como una causa o concausa del resultado acaecido».

Luego del triunfo revolucionario la teoría de la equivalencia de las condiciones se consideraba como una posición dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Cuba. Ella encontraba apoyo normativo en el artículo 28-A-2 del Código de Defensa Social –vigente en Cuba desde 1936 hasta 1979–, que definía a los autores por cooperación como aquellos que colaboraban en la producción del resultado por actos anteriores o simultáneos al mismo sin los cuales no se hubiera producido el resultado. Por su parte, la teoría de la causalidad adecuada, que repasaremos a continuación, encontraba adhesión por el Tribunal Supremo solo en algunas ocasiones.[14]

II.I. La teoría de la adecuación y la teoría de la relevancia

La teoría de la adecuación se dirige a proporcionar una limitación de la responsabilidad a los casos «adecuados», en los que se pretendió sustituir el concepto general de *causalidad*, hasta ahora utilizado, por un concepto jurídico causal especial, que debía limitarse a las condiciones apropiadas, cuyos representantes fueron Bar, Kries, Max Rumelin, Trager, Tarnowski, Hippel y Sauer.[15] Esta teoría, iniciada por la jurisprudencia en materia civil, tuvo amplio impacto en sede penal en la restricción de la responsabilidad de los delitos calificados por el resultado.

La teoría de la causalidad adecuada comienza negando la equivalencia de todas las condiciones en la relación causal. Se hace necesario que la condición sea adecuada para causar el resultado. Ante la pregunta de qué condiciones se podían considerar adecuadas, respondía que solo las idóneas, cuando generalmente produce un efecto. «Se trata, pues, de una conclusión alcanzada por vía de la experiencia, obtenida en virtud de la observación de los casos similares. La consecuencia primera de esta posición es que no resulta suficiente la eliminación *in mente* de la condición de modo que, suprimido con ello también el resultado, se establezca la relación causal. Se requiere, además, que tal resultado sea ordinariamente el efecto de tal causa».[16]

Como criterio selectivo para precisar cuándo una acción es adecuada para producir un resultado, y ser causa del mismo, se apeló a los criterios de la previsibilidad objetiva y de la diligencia debida. Para el primer criterio, una acción será adecuada cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que tal resultado se produciría probablemente en circunstancias corrientes. Se trata de un juicio de adecuación que hacía descansar la constatación del nexo causal en la previsibilidad y conocimiento del agente, para lo cual se auxiliaban en la construcción de un hombre ideal, abstracto. Para el segundo, si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno.

Esta teoría, no obstante, no logró delimitar los momentos naturalisticos y normativos en la valoración, e hizo eliminar la consideración de causa (que si dudas se expresaba desde el plano natural) por criterios normativos. La propia previsibilidad objetiva debió partir de reconocer la existencia en lo natural de relaciones casuales, que se distinguen de las relaciones causa-efecto en lo jurídico, y que debe determinarse precisamente por criterios normativos.

Desde esta previsión partió la teoría de la relevancia, desarrollada por influjo del neokantismo en el Derecho Penal en los marcos de una filosofía de los valores, que se propuso reformular la comprensión de los elementos estructurales del delito del sistema de Liszt y Beling en función de construirlo a partir de su significación valorativa. Esta comprensión, si bien mantuvo en el conocimiento del hecho delictivo la separación entre lo objetivo, que se manifestaba en el injusto, y lo subjetivo que se comprendía en la

culpabilidad –y así afirmó el dolo como forma de culpabilidad–, estos se orientaron a entenderse desde dimensiones valorativas (Así, por ejemplo, la existencia del injusto implicaba que se valorara el hecho a partir de su dañosidad social, mientras que la existencia de la culpabilidad comprendía que se valoraba el hecho desde la *reprochabilidad* (concepto normativo de *culpabilidad*).[17]

Mediante esta teoría se concibió la posibilidad de comprender el concepto de *causalidad* como lo planteaba la teoría de la equivalencia de las condiciones. Se consideraba válido para determinar el significado jurídico penal de las causas cuando destacaba sin limitaciones el principio de que sería causal todo suceso que no se pudiera suprimir sin que con ello desapareciera también el resultado. Con ello se destacada de «manera segura e infalible el concepto de la *relación causal*».[18] En tal sentido, Mezger se pronunciaba porque «los intereses del Derecho Penal pueden exigir que la consideración jurídico-penal de las causas se base en esta forma general de pensar, y así ocurre en efecto».[19]

En este contexto la distinción entre causalidad como dato, y su relevancia jurídica o típica como criterio valorativo, representó que la adecuación deja de ser una teoría de la casualidad para convertirse en criterio valorativo de su relevancia para la prohibición penal.[20] La teoría de la relevancia, a partir de la distinción entre concepto causal y concepto de responsabilidad, pretendió resolver la problemática de la responsabilidad de acuerdo a criterios jurídico-penales que estaban en la órbita del sentido de los distintos tipos penales. De esta forma, para Mezger «la equivalencia causal de las fracciones causales no trae, pues, consigo su equivalencia jurídica. Entre la causalidad de la acción y el problema de la culpabilidad jurídico-penal está situada, como requisito indispensable, la tipicidad del resultado […]: el presupuesto de toda relación causal mencionada en los tipos jurídico-penales es la causalidad en sentido lógico; pero son estos mismos tipos los que deciden si, para la relación (que fundamenta el injusto o la culpabilidad) son necesarios aún otros presupuestos».[21]

Desde entonces se fijó como un problema para el Derecho Penal elaborar los criterios que debían utilizarse para determinar, entre los factores concurrentes en un resultado, aquellos que pueden ser considerados relevantes en Derecho Penal para imputar un resultado lesivo. Los esfuerzos en la actualidad se afirman con fuerza en torno a la teoría de la imputación objetiva, que busca hacer este completamiento, o determinar los factores relevantes

en Derecho Penal mediante criterios normativos, que como veremos más adelante resultan muy vagos y abstractos en la solución práctica de determinados casos.

III. La teoría de la imputación objetiva

En ocasiones no es una tarea fácil encontrar un consenso en la doctrina, sobre todo alemana, en torno a los problemas que suscita esta teoría en el campo del Derecho Penal, y muchas de sus discusiones han devenido inútiles para la práctica judicial. La imputación objetiva se entiende muchas veces con disímiles significados, y por tanto se hace necesario identificar correctamente el contenido asignado por cada autor.

Pese a que algunos autores sitúan el principio fundamental sobre el cual descansa esta teoría en el siglo XIX, en Hegel,[22] consideramos oportuno explicarla a través de quien es considerado en la actualidad su creador, el profesor de Derecho Penal de la Universidad de Munich, Claus Roxin, que junto a Günther Jakobs son los autores más renombrados en el desarrollo de lo que se ha denominado en llamar un sistema teleológico o funcional del Derecho Penal, cuyas ideas iniciales fueron expuestas por Roxin en 1970 en su libro *Política criminal y sistema de Derecho Penal*.[23]

De antemano, es necesario puntualizar otra vez que la formulación de esta teoría por Roxin no solo ocupa un lugar en la solución de los diferentes casos que se agrupan en la dirección de las diferentes teorías sobre el nexo causal para la solución de casos complejos para la práctica judicial, sino que se descubre una pretensión sistémica de brindar soluciones teóricas, o por lo menos complementarias, donde la teoría tradicional apela a las causas de justificación, a la imprudencia, a la ausencia de peligrosidad social o el principio de insignificancia, etc.

Lo anterior toma vida por una consideración que en el fondo concibe, aunque solo se pueda reconocer implícito, la determinación general de la existencia de un delito como problema de imputación.[24] Por ejemplo, emprende un análisis para excluir la imputación objetiva de un resultado, ante lo que considera «falta de creación de un peligro», en casos, por ejemplo, de una conducta que provoca una disminución de riesgo, es decir, si un autor modifica el curso causal de modo que mejora la situación de la víctima (si una persona ve como una piedra vuela peligrosa-

mente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, logra desviarla a una parte del cuerpo que es menos peligrosa y provoca unas lesiones;[25] en los mínimos riesgos socialmente adecuados, que el Derecho no toma en cuenta aunque causalmente estén conectados a la producción de un resultado (pasear por la ciudad, subir escaleras, bañarse, etc.), si un peligro existente no es incrementado de modo mesurable, o si tampoco ha disminuido el riesgo de lesión de bienes jurídicos, pero tampoco se aumenta de modo jurídicamente considerable.[26]

En este caso se excluye la imputación en los casos de riesgo permitido, que para Roxin se trata de una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitido. El ejemplo más representativo es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario.[27] En igual sentido habla Roxin de que se excluye la imputación al tipo objetivo en determinados casos concretos en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica no abarca determinados resultados, y para ello se trata en el ámbito de los delitos dolosos: la cooperación en una autopuesta dolosa, la puesta en peligro de un tercero consentida por este y la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajena.[28]

Pero en realidad el lado más útil de esta teoría se pretende enmarcar en la solución de complejos casos de delitos de resultado o de consecuencias dañosas (homicidio, lesiones, daños, etc.) cometidos por imprudencia. En estos no solo pueden estar presentes circunstancias previsibles o imprevisibles para el agente, sino una conjugación de ellas en un mismo momento que entorpecen la determinación clara de la responsabilidad penal de los intervinientes. La discusión en el ámbito de los delitos cometidos con dolo no encuentra el mismo impacto en la práctica, debido a que en la mayoría de los casos no resulta imprescindible apoyarse en los criterios de la imputación objetiva para determinación sin complicaciones la responsabilidad penal del sujeto.

La teoría de la imputación objetiva, como hemos adelantado, elaboró los criterios normativos que debían utilizarse para determinar, entre los factores concurrentes en un resultado, aquellos que pueden ser considerados relevantes en Derecho Penal para imputar un resultado lesivo. Pues en un primer momento se precisa entender en una serie de eventos o hechos, un plano naturalístico, la constatación de una relación causal científica-natural-

mente, que determina si determinada conducta se puede entender como causa, es decir, si se relaciona de alguna manera con el resultado producido. Para esta comprobación se acude al sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Luego se examina si el resultado causado por esa conducta que se relaciona en el plano ontológico se puede imputar al tipo objetivo, es decir, si pueden ser considerados relevantes en Derecho Penal para imputar un resultado lesivo. Para esto se apela a los criterios de si la conducta del autor creó un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido, y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.

Esta realización del peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido se analiza dentro del alcance del tipo.[29] Para entender que se ha creado un peligro no permitido se refiere a una conducta que pone en peligro bienes jurídicos protegidos, y que por tanto ponen en riesgo de lesión los objetos de protección de las normas, tomando como base el principio de ofensividad o de lesividad.[30]

Esta aproximación de la teoría de la imputación pretende finalmente separar dos momentos, y que devienen perspectivas metodológicas importantes: lo que constituyen relaciones del mundo objetivo, causales o casuales, eventos o hechos naturalísticos, ontológicos, y lo que pudiéramos llamar una «causalidad jurídica» que determina a partir de criterios jurídicos o normativos la imputación de un resultado (como el criterio de creación de un peligro no permitido, realización del peligro en el resultado, etc.), si bien estos criterios normativistas –ya veremos– requieren también de ulteriores valoraciones para llenar de sentido la afirmación de que se ha creado un riesgo no permitido o que se ha realizado un peligro en el resultado. Se trata de un enfoque que determina desde lo valorativo o normativo hacia la realidad, sin confundir ambos.

En este sentido, no consideramos correcta que la constatación de una relación causal científica-naturalmente; es decir, el primer momento a constatar debe determinarse en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones, como usualmente realizan algunos autores. Esta teoría es una construcción que no permite diferenciar el ámbito de las regularidades naturales que puedan ser comprobadas científicamente y el ámbito normativo o valorativo que determina entre esos sucesos la relevancia jurídico-penal, pues por el contrario comporta una intromisión de conceptos normativos –como el concepto de que toda causa es causa de la causa– en la

comprobación de relaciones causales que puedan ser comprobadas científicamente, y que implica que de una sola perspectiva se abarca confusamente la perspectiva naturalista y la jurídica, sin separar ambas. La causalidad para la práctica judicial no debe ser otra que una categoría empírica, del mundo real, que trata de la comprobación de regularidades reales en el mundo que los rodea.[31] Para su constatación, el juzgador debe apoyarse en los conocimientos científicos de la química, la física, la biología, etc.

Se hace necesario destacar este punto, porque hasta en la doctrina cubana algunos autores asumen enfocar el nexo causal –en los marcos del materialismo dialéctico– sin que se logre distinguir nítidamente lo que representa asumir la causalidad como forma de representarse la realidad de los nexos y concatenaciones de los fenómenos del mundo, y la relación de causa y efecto (o relación de riesgo) que se pueda establecer entre una conducta y un resultado a los efectos de su tipicidad delictiva.[32]

III.1. La imputación objetiva en los delitos dolosos

La importancia de las soluciones de esta teoría en el ámbito de los delitos dolosos, hasta donde alcanzo a ver, radica en el cometido que se impuso para explicar jurídicamente sucesos relacionados, en términos generales, con las casualidades y causalidades que pueden estar presentes en determinados hechos delictivos, que suponen en no pocas ocasiones verdaderos inconvenientes para la determinación de la responsabilidad penal. Sin embargo, no es menos cierto que muchas de las soluciones a las que arriba esta teoría en el ámbito de los delitos dolosos pueden obtenerse desde ángulos donde no resulta necesario auxiliarse de los presupuestos normativos de esta teoría. En muchos casos no suelen generarse mayores complicaciones para tener la certeza de que el agente, actuando con conocimiento y voluntad de realizar el resultado, provocó un resultado, sin que haya mediado otro evento.

En este ámbito, sin embargo, las discusiones teóricas no se repliegan en ciertos aspectos y ocupan una interminable bibliografía por parte de autores de disímiles tendencias del Derecho Penal. En razón de ello, consideramos oportuno acercar al estudioso del Derecho Penal en Cuba a estas cuestiones que de forma escueta sometemos a algunas críticas.

Para ilustrar el primer punto al que hacíamos referencia, tomemos el clásico ejemplo empleado por Welzen. Un sujeto, al comenzar una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que le mate un rayo, y de hecho así ocurre. Las respuestas para determinar la posible responsabilidad o no del agente que envía al sujeto al bosque pueden parecer obvias, pero a veces esto se complica cuando queremos explicarla jurídicamente. En este caso, Welzen concluye que si efectivamente el rayo mata al hombre, la punición solo se excluye negando el dolo, aunque se haya realizado el tipo objetivo, porque según él existe una causalidad entre el que dio el consejo y el resultado de muerte a partir de los criterios de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Por su parte, Roxin, aplicando la teoría de la imputación objetiva, refuta esta idea alegando que el autor subjetivamente quería exactamente lo que se produjo objetivamente, y en tal sentido solo se excluye la comisión por el carácter puramente casual de la causación. Sostiene Roxin, por tanto, aunque con menos claridad y no comprensible del todo, que objetivamente no era homicidio porque un dolo tendente a ello no era un dolo homicida, sino dirigido a algo impune.[33]

De esta diversidad de criterios –no excepto de varios cuestionamientos que posteriormente realizaremos– encontramos que el ámbito de la teoría de la imputación objetiva en los delitos dolosos están íntimamente ligados en su desarrollo a las duras críticas vertidas contra ella por representantes del finalismo. Para un representante del finalismo, como Armin Kaufmann, la constatación del nexo objetivo entre acción y resultado, a partir del análisis de la existencia del dolo, hace innecesario un juicio de peligro y de una valoración en el ámbito del delito doloso que lo preceda. La posición defendida por Kaufmann, sostenida en su momento por Hans Welzen, partía de la importancia de conocer si el suceso causal era controlado o no por el dolo del autor. Se podía determinar la tipicidad, según esta posición, con la comprobación de la existencia del dolo, o bien la inexistencia del dolo hace superflua cualquier valoración ulterior dentro del tipo objetivo. El dolo «abarca la acusación del resultado típico, incluidos aquellos momentos fácticos que pueden dar motivo para reflexionar en el sentido de la atribución objetiva», de modo que «la acción es precisamente "peligrosa" porque es medio conocido (y eficaz) para realizar este resultado», donde «es la producción del resultado típico precisamente la realización del abarcado por el plan del actor

con el medio "peligroso" para su consecución», y así «la "desvaloración jurídica" resulta por sí misma, puesto que con la dolosidad de la realización del tipo objetivo existe ya toda la tipicidad».[34]

Esta posición, más allá de su debilidad teórica en ciertos puntos, sacó a relucir en la discusión la posibilidad de ubicar y definir al interior de esta teoría el papel de lo objetivo frente a lo subjetivo.[35] ¿Qué valor entonces concederle a lo subjetivo en una teoría que precisamente se adjetiva como objetiva? Los partidarios de la teoría de imputación objetiva no han desconocido que para concluir en la presencia de un riesgo no permitido no se apele a cuestiones subjetivas. Pero como premisa se debe tener presente el contenido y el significado que cada autor le imprime en este campo a lo objetivo y a lo subjetivo.

En los términos expuestos por Roxin, por ejemplo, la pretensión del carácter objetivo de estos presupuestos toma base en la perspectiva desde los que se analiza. Para ello el juicio de adecuación que hacía la referida teoría de la adecuación se acepta en su sentido objetivo-posterior. El juicio sobre la creación del peligro se realiza *ex ante*, mientras que la constatación de la tipicidad del resultado se realiza *ex post*. Por ello se insiste que el juicio que comprueba la creación de un peligro se somete a una prognosis-posterior en los términos siguientes: depende de si un observador inteligente, antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado la conducta como arriesgada o que aumenta el peligro, y este observador está dotado del eventual saber especial del autor concreto.[36] El juez debe colocarse en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y tenga en cuenta los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico, es decir, a un sujeto ideal, y además del saber especial del autor. «Por tanto, si A convence a B para que haga un viaje, en el que el avión se estrella como consecuencia de un atentado con una bomba, normalmente no habrá colocado una condición adecuada para la muerte de B, ya que antes del vuelo un observador medio inteligente habría considerado tal suceso completamente improbable. Distinto sería ciertamente si A supiera que se había planeado un atentado con bomba contra el avión; como ese saber especial también se le puede atribuir al juzgador inteligente, este habría enjuiciado el viaje como muy peligroso. En consecuencia, A ha colocado una condición adecuada y puede ser castigado en su caso por homicidio doloso».[37]

A partir de ejemplos como este, los persistentes esfuerzos al interior de esta teoría por admitir la presencia de determinados elementos subjetivos (como los conocimientos especiales del autor) en la valoración del tipo objetivo al margen del tipo subjetivo, han devenido soluciones en extremo confusas. La pregunta que se sintetiza en términos del finalismo se dirige a destacar una debilidad notoria de esta teoría: ¿cómo puede hablarse entonces de imputación objetiva, que se trata estrictamente en el ámbito del tipo objetivo, si para la determinación de un juicio sobre la creación de un peligro creado se apela a estos «conocimientos especiales del autor», es decir, a lo que tradicionalmente se conoce como un elemento componente del dolo como tipo subjetivo en cuestión?

Para los partidarios de la teoría de la imputación al tipo objetivo, las razones de esta segmentación obedecen a varias razones. En principio, se destaca que el análisis de los conocimientos especiales del autor, se realizan en el nivel analítico del tipo objetivo, que se convierte en un filtro, en uno de los elementos del injusto global sin que se constituya en un escalón de valoración propio.[38] En este sentido lo objetivo se refiere a la «concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social».[39]

Para algún autor la distinción tradicional entre los aspectos cognoscitivos y volitivos del dolo sirve para delimitar el aspecto volitivo como competencia de la imputación subjetiva, y el aspecto cognoscitivo como parte esencial de la imputación objetiva, la cual conforma la representación de la realidad respecto de la cual se predican los deberes que emergen de los diferentes roles sociales.[40] Se sostiene que la teoría de la imputación objetiva requiere del elemento de la intencionalidad, pero solo si esta se analiza como un atributo inherente a toda conducta en sentido naturalístico. De modo que esta escisión parte de lo que constituyen planos naturalísticos y normativos. La definición naturalística de lo subjetivo no debe inmiscuirse dentro de un ámbito puramente normativo como el sistema penal, y por tanto, como se puede distinguir un concepto natural y jurídico de acción, de igual forma habría que distinguir entre objetividad y subjetividad en los planos ópticos y valorativos. La imputación objetiva entonces se encarga de seleccionar entre las acciones naturales las que resulten de interés para el Derecho Penal, las que puedan ser reprochadas como obra de determinado sujeto. «En la imputación objetiva se pregunta entonces si un portador de roles, si un garante, alguien

de quien se esperaba determinada conducta la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción».[41]

Por tanto, es solo en la imputación subjetiva donde se analiza el aspecto individual del autor, entre otros la capacidad de comprensión de la situación, la previsibilidad o no del resultado, por lo que en la imputación objetiva «se determina la conexión entre un suceso y un querer (es decir, cuando un suceso es la obra de alguien), mientras en la imputación subjetiva se indaga por el contenido de ese querer».[42]

Para Santiago Mir Puig, la negativa de que con la apelación a los conocimientos especiales disponibles por el autor se esté moviendo ya en los marcos del tipo subjetivo del delito doloso, toma fundamento en que si se trata de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido general, la valoración objetiva permite que se incluya un dato subjetivo (como el conocimiento de determinado hecho) sin quebrarse la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo. La valoración que se realiza con este dato subjetivo sería distinta que la realizada en el tipo subjetivo.[43]

En algún momento se ha destacado cómo la imputación objetiva del resultado se «hace imposible de explicar unilateralmente mediante criterios estrictamente objetivos –y despersonalizados– como la previsibilidad objetiva, incremento del riesgo o el ámbito de protección de la norma», pues «si se trata de imputar injusto, también es preciso analizar la procedencia de la imputación del resultado –en cuanto injusto– como injusto personal, esto es, reconducible también en tales términos a la persona del autor».[44] Por tal razón, propone este autor que «la imputación de un resultado lesivo presupone la realización de dos juicios. Uno primero, donde se establece que el resultado es consecuencia de la conducta típica y pertenece a aquellos que persigue evitar la norma de cuidado infringida. Y uno segundo, donde se valora su atribución personal».[45]

En torno a las complejidades que esto presupone para la estructura analítica del delito, este autor alega que «el enriquecimiento del juicio de atribución de resultados mediante aspectos intelectuales y normativos» debe reconducir «frente a la tradicional bipartición del tipo entre sus elementos objetivos y subjetivos, entre los elementos que conforman el desvalor (típico) de acción y el desvalor (típico) de resultado, y posteriormente, subdividir a su vez estas categorías entre sus correspondientes elementos objeti-

vos y normativos o subjetivo-personales. En concreto, en relación con el juicio de imputación del resultado, entre la imputación o desvaloración objetiva del resultado y su atribución personal. De esta forma se posibilita una más fácil explicación y comprensión de los juicios de atribución en sede de tipicidad».[46]

Por su parte, Wolfgang Frisch expone que no solo interesan las circunstancias en los que piensa el autor en el momento del hecho, pues su conducta puede estar también desaprobada si no considera circunstancias experimentadas anteriormente y que debería haber considerado en la decisión sobre su acción. En tal sentido sostiene que es erróneo proceder al juicio de peligro en esa circunstancia a los conocimientos individuales o subjetivos, y no en las circunstancias objetivas. Las circunstancias del peligro especiales, conocidas por el autor o experimentadas por el autor en algún momento, también existen real y objetivamente en caso de realización posterior del peligro. Por ello la crítica sobre la imposibilidad de un juicio puramente objetivo afecta exclusivamente a un esquema que distinga de esa forma tan tajante, creyendo poder encajar la constitución jurídica y la determinación del injusto típico en un rígido esquema objetivo-subjetivo.

Este autor concluye, frente a los ataques de los finalistas, que «existen casos en los que el autor se ha representado lo que la teoría de la imputación objetiva intenta filtrar mediante sus presupuestos materiales […]. Quien desea matar a su enemigo disparándole puede haberse representado que la víctima muera en un accidente de ambulancia durante el traslado hasta la clínica y haberlo admitido, etc. ¿Debe castigarse al autor en tales casos por un delito doloso consumado? Ni siquiera los críticos de la teoría de la imputación objetiva desean llegar a esta conclusión. Sin embargo, ellos no evitan este resultado a partir del nivel objetivo, sino mediante la dilatación de los requisitos subjetivos».[47]

Por nuestra parte, considero que en la polémica entre finalistas y defensores de la teoría de la imputación objetiva traslucieron críticas acertadas que se dirigieron entre ambos, y pueden concluir en una mejor comprensión del asunto. Las falencias de los partidarios del finalismo son conocidas: sus planteamientos son expresiones de lo que se ha conocido como el carácter personal de lo injusto, desarrollado por Hans Welzen, quien con la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, no solo diferenció en el tipo a los delitos dolosos y culposos, sino que concluyó en una concepción

que distinguió un desvalor de la acción y un desvalor del resultado, y la defensa por parte del propio Welzen y de Kaufmann al interior de la llamada escuela finalista, de que en la relación entre ambas el injusto quedaba ya constituido por el desvalor de la acción,[48]es decir, los que han sido partidarios de lo que comúnmente se conoce como una subjetivización total del injusto, que tiene que ver con una preponderancia exclusiva en el desvalor de la acción.

Sin embargo, el finalismo acertó en señalar lo endeble de una valoración de la imputación objetiva al margen del tipo subjetivo, mientras aquellos (sobre todo Roxin) acertaron en demostrar lo desacertado de excluir la punición (como en el caso de la tormenta), negando el dolo, pues el autor subjetivamente quería exactamente lo que ha producido objetivamente. De este modo la punición solo se excluye por el carácter objetivamente casual del suceso. En esto Welzen niega el componente volitivo del dolo, pues lo que ocurre es solo un déficit en el ámbito de la representación del sujeto con poder de influencia real en lo objetivo y no en la «voluntad de realización del hecho».[49]

Esta conclusión toma base en razón de que las soluciones brindadas por Roxin no parecen del todo convincentes en la valoración sobre cuándo se crea un peligro apelando a una escisión entre el tipo subjetivo y el tipo subjetivo. Vayamos al ejemplo donde «F circula con su locomotora por un tramo de dos vías que está bloqueado por un desprendimiento de la montaña, de tal modo que F ya no puede frenar a tiempo y se va a estrellar contra las rocas. A cambia las agujas, de manera que la locomotora es desviada desde la vía izquierda a la derecha, que está igualmente bloqueada por el mismo desprendimiento, y F muere en ese lugar».[50]

Roxin entiende que es indiferente que la víctima muera en la vía izquierda o derecha, por lo cual la mera modificación de un suceso en un curso fatal con independencia de su autor, no parecía desde un enfoque de valoración social una acción autónoma de matar. Pero dentro de este esquema, cómo se respondería a la pregunta si la persona pretendió con este actuar acelerar su muerte o aumentar su lesión, es decir, si actuó dolosamente. Pues Roxin tiene que apartarse de este enfoque y recurrir a que si «la actuación del agente hubiera querido dañar adicionalmente a la víctima (acelerar su muerte o aumentar una lesión), entonces, si solo logra una modificación del resultado inocua, sigue quedando la posibilidad de castigar en su caso por tentativa».[51]

¿Acaso Roxin no toma en cuenta si el autor ha querido dañar y logra una modificación del resultado inocua, o si quería empeorar la lesión no toma en cuenta elementos integrantes del dolo como el tipo subjetivo de los delitos en cuestión?

En un ejemplo que ilustra aún más las confusiones que a nuestro modo de ver incurre Roxin, vayamos a una variación del ejemplo de la tormenta. En este, Roxin razona que si el rayo cae frecuentemente en un lugar expuesto por causa de circunstancias físicas determinadas, y que el autor en conocimiento de estos hechos envíe a su víctima ignorante al lugar peligroso para matarlo de este modo, si el resultado se realiza se produce un homicidio producido. Todo ello en virtud de que el autor ha creado un riesgo de muerte estadísticamente relevante, y este riesgo se ha producido en el resultado. Para Roxin el tipo objetivo se encuentra completo, se realiza independiente de la experiencia objetivada que el rayo cae frecuentemente, sin que pueda ser fundamentado con el conocimiento del autor de la peligrosidad del lugar.

Pero cabe preguntarse: ¿no están conectados estos conocimientos especiales en el juicio sobre la creación de un peligro a una conciencia y voluntad del sujeto de que ocurra el evento de muerte? ¿Tendría algún sentido la discusión si la imputación objetiva se realiza al margen de lo que quería o no quería el sujeto? ¿No es el propio Roxin quien excluye la punición del sujeto que quería matar por lo casual del evento, y por su parte no la excluye cuando el sujeto que quería matar y conocía las circunstancias propicias que en lo objetivo se produce? ¿Resulta conveniente y metodológicamente correcto fundamentar los presupuestos normativos de creación de riesgo escindiendo lo que son elementos componentes del dolo en forma de conocimientos especiales que se valoran en el tipo objetivo y el resto como parte del tipo subjetivo?

En nuestro criterio, como se habrá advertido, la primera objeción sería que pudiera hacerse a la teoría de la imputación del tipo objetivo de Roxin, es que metodológicamente escinde lo objetivo y lo subjetivo en el análisis sobre la imputación de un resultado, y enmarca la conducta delictiva o el evento delictivo como una realización descriptiva en el tipo objetivo, en el cual el examen de los elementos subjetivos del tipo subjetivo no son abarcados sino en otro momento. De esa forma arrastra en sus presupuestos metodológicos de base, a partir del desfase entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo para su comprensión, una tendencia marcada a la desubjetivi-

zación del injusto en un esquema que acepta la estructura analítica welzeniana, pero que reproduce en su interior los achaques entre lo objetivo y lo subjetivo de la teoría clásica para determinar en un primer momento la imputación de un resultado. En este sentido Roxin no trata si este agente es imputable o no desde un primer momento desde una valoración que parta del propio sujeto en la producción objetiva del resultado a partir de considerar la conducta humana teniendo en cuenta tanto los elementos objetivos como los elementos subjetivos imputables, al margen de un esquema causal de acontecimientos que lo entiende de forma objetivada.

Por ello me inclino a sostener que la teoría de la imputación objetiva no se completa si no se recurre a valoraciones que capte la imputación al tipo objetivo sin desconocer los elementos contentivos del tipo subjetivo, en la cual para los delitos dolosos el juicio para fijar la responsabilidad penal debe determinarse a partir de las consecuencias objetivas tendentes a la producción del resultado abarcados por la representación del autor, cuyo alcance volitivo e intelectual esté en correspondencia con una dominabilidad objetiva del resultado. Ello no crea, a nuestro entender, ninguna incomprensión en el análisis y comprobación de la estructura del delito. La teoría penal se ha estrechado ella misma en delimitar campos absolutos de comprensión al interior del delito, en los cuales los estadios o categorías parecen infranqueables unas frente a otras, y sin que una de ellas pueda ganar entidad o fundamento en la otra. Poco se ha ganado en tener conciencia de que se trata de la imputación de un resultado a una persona, y por tanto hay que entender el juicio de imputación objetiva como un juicio de imputación donde inevitablemente los criterios normativos deben dimensionarse y tomar cuerpo o entidad, precisamente por el alcance de la conducta del sujeto y de sus intenciones. No se puede comprobar si ha habido la creación de un riesgo no permitido, si precisamente esa comprobación del riesgo creado y su realización como obra de una persona, si precisamente no toma en consideración lo que quería o no quería el sujeto.

La representación del autor deber ser correlativa con una posibilidad real de producir el resultado, un control por el autor de la producción del resultado, no producto de un evento casual ni librado a una posibilidad remota, es decir, que la intención del sujeto debe aparecer como un representación del suceso que responde o se manifiesta en lo real a partir de su dominabilidad objetiva. «El resultado sobrevenido aleatoriamente, más allá de

toda racionalidad o calculabilidad, en el que está ausente la posibilidad de control real por el hombre, no puede ser objetivamente imputado».[52]

En el ejemplo expuesto por Frisch sobre la posibilidad de que respondiera por homicidio de haberse representado el resultado aquel que dispara a matar a una persona que muere posteriormente como consecuencia de un incendio en el hospital, que para este autor precisamente se impide si no se tiene en cuenta los elementos del tipo subjetivo, no resulta correcto si entendemos que las soluciones que incorporen el análisis del tipo subjetivo en la imputación objetiva del resultado no llegarían en este caso a responsabilizar del resultado al autor, si precisamente la representación del autor no se conecta con la posibilidad real en lo objetivo de controlar el evento y de conocer circunstancias objetivas determinadas que lo conectarían inevitablemente con el resultado.

III.2. La imputación objetiva en los delitos cometidos por imprudencia

En líneas anteriores apuntábamos que el lado más útil de esta teoría se pretende enmarcar en la solución de complejos casos de delitos de resultado o de consecuencias dañosas cometidos por imprudencia. En efecto, un importante grupo de casos en el ámbito de los delitos cometidos por imprudencia se muestran de la siguiente forma:

Primero: No puede haber exigencia de responsabilidad penal cuando, según el criterio del comportamiento alternativo a Derecho, el resultado también se habría producido con seguridad. Esto es, supuestos en que si bien se crea un peligro que luego se realiza en el resultado, se deben hacer determinadas graduaciones en casos concretos a los efectos de la no imputación del resultado. (Por ejemplo: el director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa).

Para Roxin en un enjuiciamiento *ex ante* no cabe duda que se ha creado un gran peligro, pero que en definitiva no se realiza. «Si se le imputara el resultado, se le castigaría por la infracción de un

deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil. Y eso lo prohíbe el principio de igualdad, pues si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido, manteniéndose dentro del riesgo permitido, tampoco se puede manejar de modo distinto la imputación del resultado».[53] Se trata entonces de aquellas situaciones en que precisamente no se haya realizado el riesgo no permitido creado por el autor.[54]

Segundo: Si mediante una conducta alternativa conforme a Derecho se hubiera evitado probable o posiblemente el resultado, Roxin considera que se le debe imputar el resultado, debido a que la acción imprudente supuso un incremento del riesgo si no era seguro que se produjera con un comportamiento prudente. (Por ejemplo: el conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol, cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico).[55]

La posibilidad de que no se produjera el resultado se conecta con un incremento relevante jurídicamente de la posibilidad de un accidente mortal. «Si a pesar de guardar la distancia requerida el ciclista hubiera muerto, también se habría realizado en ese curso del hecho un riesgo como el que siempre existe en los adelantamientos; pero de ese riesgo le hubiera liberado al conductor el legislador al autorizarlo, por lo que el resultado no sería imputable. Si por el contrario el autor rebasa el riesgo permitido y se produce entonces el resultado como consecuencia del peligro existente en el adelantamiento, el mismo es imputable como realización de un peligro prohibido. No existe entonces ningún motivo para liberar también aquí al autor del riesgo y absolverle, pues el límite máximo del riesgo tolerable lo traza la distancia legal de separación lateral. Y todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor».[56]

Tercero: Cuando el resultado no es consecuencia directa de la realización del riesgo implícito en la acción imprudente, sino que el resultado se ha causado por causas ajenas a la propia acción imprudente (interrupción de la imputación objetiva).

Cuarto: Se excluye la imputación objetiva cuando el fin de protección de la norma no abarca la concreta forma de producción del resultado, es decir, resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado. Roxin lo explica a partir del siguiente ejemplo: Dos ciclistas marchan de noche uno tras otro sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que iba delante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado solo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación.

Roxin concluye que si bien la conducta del segundo ciclista sin alumbrado ha aumentado considerablemente el peligro del accidente del primer ciclista, no tiene sentido la imputación, en virtud de que el fin del precepto que impone la iluminación consiste en evitar accidentes que proceden directamente de la propia bicicleta, pero que se iluminen a otras bicicletas y se eviten choques con terceros.[57]

En la doctrina cubana Quirós sostiene, a nuestro criterio acertadamente, que esta teoría es aprovechable en el terreno de los delitos por imprudencia, por constituir una fórmula aceptable para delimitar su estructura, sobre todo cuando se aplica a delitos previstos en la ley como dolosos.[58]

III.2.1 Algunos puntos polémicos de esta teoría en el ámbito de la imprudencia

En el ámbito de los delitos cometidos por imprudencia, se sostiene que la teoría de la imputación al tipo objetivo carece de sentido cuando en realidad reproduce los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia bajo los presupuestos de la infracción del deber objetivo de cuidado y la relación de contrariedad a deber.[59] En verdad, la pretensión de brindar un sistema de la teoría del delito en base a los criterios de la imputación objetiva no ha permitido superar los criterios de antaño para la determinación de la imprudencia y, por tanto, no ha hecho más que volver sobre los pasos de esta.[60]

El propio Roxin, a mi entender, tratando de que los criterios generales y abstractos de la imputación objetiva para casos específicos prevalezcan a los conceptos tradicionales de la dogmática de la imprudencia, o por lo menos sean un punto de partida en el análisis, no resulta del todo claro. En un momento afirma que en el concepto de la infracción del deber de cuidado se pueden

encontrar elementos de imputación que caracterizan los presupuestos de la imprudencia de manera más precisa. «El elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que estos y por tanto prescindible».[61]

En otro momento afirma que la falta de contrariedad al cuidado debido puede ser resuelta si se constata que el sujeto no ha creado un peligro jurídicamente relevante, y por tanto la falta de creación de riesgo «caracteriza de modo más exacto la razón de la exclusión de la imputación». De modo que «solo la referencia a la observancia del riesgo permitido hace posible una fundamentación exacta de la exclusión de la imprudencia».[62] Así también que la referencia al concepto de la infracción del deber de cuidado lleva a una interpretación errónea como un delito de omisión. De este modo objeta que al sujeto no se le reprocha haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo que se ha realizado en el resultado típico. «Además, el fijarse en el deber de cuidado induce a la suposición errónea de que de la infracción de prohibiciones de puestas en peligro abstractas o de normas de tráfico extralegales se deriva *eo ipso* una imputación imprudente».[63]

Sin embargo –y aquí está el punto crítico de toda su exposición–, considera «que la determinación de lo que se ha de considerar "creación de un peligro no permitido" se puede y se debe tener en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina científica han ido precisando para la constatación de la infracción del deber de cuidado».[64] Encontramos también que para determinar el deber subjetivo de cuidado, en relación sobre lo objetivo del cuidado debido, la teoría de la imputación no abandona los conceptos y análisis que en el seno de la teoría de la imprudencia se ha fijado por años.

En el primero de los casos, la doctrina ha fijado que el concepto de *cuidado* se entiende como un concepto objetivo y normativo. Lo objetivo viene dado porque interesa determinar el cuidado requerido por las obligaciones que las relaciones sociales imponen al hombre para no ocasionar daños o perjuicios, independiente de las que en el caso concreto el autor ha aplicado o podía aplicar el autor, y que no se determinan solamente de alguna disposición jurídica, sino también derivan de la experiencia común, de la disciplina a seguir en determinado funciones, de los procederes técnicos y profesionales de la ciencia. Lo normativo, por su parte,

nace de la realización de un juicio que compara la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor, y la observada por el autor realmente.[65]

En estos casos, Roxin considera que para la determinación de la creación del peligro no permitido se debe apelar a la figura-baremo, que consiste en la pregunta de cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa del ámbito en que se desarrolló el sujeto. Si un electricista ha causado lesión de bienes jurídicos en el ejercicio de su profesión, se parte del baremo o parámetro de la conducta de un electricista consciente y cuidadoso. «Si la actuación se mantiene dentro del marco establecido por la figura-baremo, no concurre una creación de peligro, o al menos no se supera el riesgo permitido, por tanto, no procede la imprudencia. Si en cambio el sujeto ha creado un riesgo mayor al que habría producido la persona ficticia que sirve de comparación, entonces se realiza el tipo imprudente».[66]

En esta medida, como siempre, se advierten dificultades que pueden surgir en el caso concreto de que las capacidades del sujeto sean menores o mayores de las exigencias generales. Como apunta Cancio Meliá, en la perspectiva *ex ante* es donde comienzan los problemas, pues la posición mayoritaria la hace depender de un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el que actúa. Por ejemplo, qué valoración riesgo permitido-riesgo no permitido hubiera hecho un conductor racional en el delito imprudente, ante el estado de la calzada, teniendo en cuenta la iluminación, etc. Pero en ocasiones, como sostiene Cancio Meliá, se puede tratar de un sujeto ideal que no se corresponde con el sujeto concreto. Puede que este sepa más: en un delito cometido con dolo, el sujeto ideal desconoce que la persona a la que va a dar un puñetazo es hemofílico, el sujeto concreto lo sabe. Puede que tenga mayores facultades: el conductor profesional puede frenar allí donde el conductor ideal colisione irremediablemente. Puede que sepa menos: el conductor inexperto, en lo que se refiere a la conducción, por ejemplo, en el norte de Europa (digamos, es caribeño), no sabe cómo debe comportarse en caso de hielo en la calzada; el conductor ideal en el ámbito de relación (por ejemplo, Noruega) sabe que no debe pisarse el freno de modo continuado para evitar un deslizamiento del vehículo.[67]

En este aspecto Roxin se inscribe en el grupo de autores que sostienen que en tales casos las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuricidad, mientras las capaci-

dades superiores a la media deben emplearse. De modo que «se ha de generalizar hacia "abajo" e individualizar hacia "arriba"».[68] En ambos casos la conducta es típica, y por tanto responderían por imprudencia. Los conocimientos y facultades inferiores a la media no se tienen en cuenta, y por tanto la conducta es típica, en tanto los conocimientos y las facultades superiores a la media sí se tienen en cuenta, y la conducta es típica también.

Pero entonces, ¿qué es lo nuevo que aporta la teoría de la imputación para la determinación de la conducta imprudente, más allá de llenar con otros conceptos normativos (creación de riesgo y realización del riesgo en el resultado) la determinación de lo que la doctrina por años ha ubicado en la pregunta de cuándo se ha lesionado un deber objetivo de cuidado?

En algún momento un representante de los postulados de esta teoría, el alemán Wolfgang Frisch, sostuvo ante autores como Küpper, que remarcaban lo innecesario de la teoría de la imputación en los delitos imprudentes (a partir de que las soluciones adecuadas se arriban en la dogmática del delito imprudente con conceptos tales como infracción del deber de cuidado y relación de contrariedad a deber), que se refiere a una objeción de carácter esencialmente terminológico.

«En efecto, la presencia de la creación del peligro desaprobado se presupone en la infracción del deber de cuidado; y que el resultado deba atribuirse a la contrariedad al deber de la conducta, se corresponde con el requisito de que todo peligro desaprobado, en virtud del cual la conducta está prohibida y es contraria al deber de cuidado, debe haberse realizado. Con el reconocimiento de la infracción del deber de cuidado la referencia a la normativización excesiva y a los peligros de la falta de seguridad jurídica se torna inverosímil. Es difícil imaginar un concepto más normativo e inseguro que el de infracción del deber de cuidado».[69]

En el único acercamiento que conozcamos del Tribunal Supremo de Cuba a la teoría de la imputación objetiva para fundamentar la existencia de un delito cometido por imprudencia, se siguen las líneas doctrinales anteriores, cuando considera «que los presupuestos de una conducta imprudente están determinados por la infracción del deber de cuidado, la previsibilidad y la evitabilidad del resultado; el primer supuesto, la lesión de deber de cuidado se

produce cuando se ha creado un peligro jurídicamente relevante, no cubierto por el riesgo permitido» (sentencia 3191 de 17 de noviembre de 2014, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, siendo ponente la jueza María Caridad Bertot Yero).

En este punto los criterios para la determinación de la lesión del deber objetivo de cuidado se apoyan en los criterios normativos de la teoría de la imputación, que no dejan de generar ellos mismos *per se* otras preguntas. ¿Y cuándo se creó un peligro jurídicamente relevante, no cubierto por el riesgo permitido?

La sentencia continúa así: «En este asunto, es de advertir que las acusadas estaban responsabilizadas con la conducción y cuidado de los alumnos de sexto grado, que habían programado la visita a un sitio histórico del territorio donde está enclavada la escuela, actividad para la que fueron autorizadas por la dirección del colegio, y al concluir decidieron, a solicitud de los propios alumnos y sin el consentimiento de los padres de estos, dirigirse a un río, lugar donde le permitieron el baño, con la previsión de que debían hacerlo con las ropas que llevaban por debajo del uniforme para no regresar mojados, además de que no podían comentar de esta incidencia a alguien; de manera que las acusadas HMN, KLM y LKJ debieron respetar las instrucciones que le habían sido dadas para la vigilancia de los escolares en la excursión o viaje de clase, y en este sentido limitar su actuación a lo que habían sido encomendadas; luego, lesionaron el deber de cuidado, al llevar a los educandos a un río, permitiéndoles el baño a estos y permaneciendo ellas en la orilla, sin el cuidado adecuado para advertir la acción temeraria que ejecutó una de las alumnas, cuando cargó sobre sus hombros a otra, que no sabía nadar, para trasladarla hasta un lugar más profundo donde permanecían el resto de los niños; y es en esta acción, que la que llevaba a su compañerita quedó sumergida debajo de las aguas al no poder eludir la situación que se suscitó cuando la otra se percató de que no tocaba el fondo y la agarró fuertemente por el pelo, sin que las acusadas o el resto de los alumnos se percataran, al sacar del agua a quien auxiliaron, que la otra niña no había logrado subir a la superficie. Situación que era previsible por lo riesgoso que resulta el baño en un río junto a un colectivo de niños sin siquiera permanecer entre ellos adoptando las debidas medidas de atención y vigilancia requeridas; por demás, era también evitable de no haberse excedido en la autorización que le había sido concedida, de ahí que no se trate de una mera infracción administrativa. Es por

lo que el actuar de las tres acusadas integra el delito de homicidio a título de imprudencia, y ello determina el rechazo del motivo de infracción de ley establecido por cada una, a tenor del ordinal primero del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal».

¿Se sustrae en algún sentido los criterios esgrimidos en la sentencia para la determinación de la creación de un peligro jurídicamente relevante y no cubierto por el riesgo permitido, de los propios criterios que de antaño imponen la doctrina y la jurisprudencia para determinar la existencia de una lesión objetiva de cuidado? Es decir, de que aquellos que para los delitos cometidos por imprudencia, a diferencia de los delitos dolosos, el deber que impone la antijuricidad no se deriva directamente de la norma jurídico-penal, sino de un deber que impone la obligación del cuidado debido para no producir el resultado lesivo que prevé la norma penal y que se deriva de las obligaciones que las relaciones sociales imponen al hombre para no ocasionar daños o perjuicio, y actuar, en consecuencia, con la debida diligencia o cuidado debido, y cuyas fuentes no se constriñen a emanar solamente de alguna disposición jurídica, sino también derivan de la experiencia común, de las reglas de experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones (no regulados normativamente sino por la costumbre), etc. Pero veamos la anterior crítica a través de un ejemplo concreto, como es el caso de la llamada concurrencia de culpas en delitos de tránsito.

Conocido es que toda conducta que infringe normas del tránsito que concurre junto a otras infracciones, para la producción de un resultado lesivo (de muerte o lesiones) pudiera plantearse tajantemente que configuran los delitos previstos y sancionados en el título III, «Delitos cometidos en ocasión de conducir vehículos por la vía pública». Esta perspectiva cobra fuerza si atendemos correctamente a que los delitos de tránsito devienen normas penales en blanco, cuyo completamiento del supuesto de hecho se constituye por remisión a una normativa de carácter administrativa (Código de Vialidad), y por tanto completa la norma penal en su estructura como cualquier norma penal.

La explicación anterior pareciera concluir entonces que la infracción de tránsito genera *per se* la creación de un riesgo no permitido, como sostuvo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de Cuba, al argumentar que «el resultado está directamente conectado con la infracción contraria al deber de cuidado cometido por el chofer NBV, quien creó el riesgo no permitido, artículo 97 aparta-

dos 7 y 8 del Código de Seguridad Vial, al permitirle a quien luego falleció, que condujera la camioneta, y de esta forma pudo prever que la impericia de aquel para conducir este tipo de vehículo, más el tiempo y la distancia recorrida, sin mediar descanso alguno, podía producir tales consecuencias» (sentencia 3064 de 31 de octubre de 2014 del Tribunal Supremo, María Caridad Bertot Yero, ponente).

Sin embargo, la determinación de la responsabilidad penal en casos de concurrencia de culpas, como es conocido, plantea varios inconvenientes. En principio porque la concurrencia de una infracción de tránsito junto a otras en la producción de un resultado no establece una aproximación lineal de que todas ellas se relacionan directamente con la producción del resultado. Pudiéramos convenir en que una conducta que infrinja la normativa del tránsito supone de hecho la creación de un riesgo no permitido; sin embargo, la determinación de si la creación de un riesgo se realiza en el resultado para determinados casos en la denominada concurrencia de culpas requiere de distinciones y valoraciones del hecho en concreto. La discusión se traslada, de plano, del campo de la simple constatación de una culpa, al campo comúnmente conocido de la determinación del nexo causal para la imputación de un resultado.

En el marco de la teoría de la imputación objetiva, Roxin sostiene con acierto que la perspectiva de que la constatación de que se ha infringido un deber objetivo de cuidado, a partir de la creación de un riesgo no permitido, no solo debe tener como base la infracción del deber jurídico regulado por las normativas jurídicas del tránsito, sino que se debe apelar a valorar en su conjunto si con ese actuar presuntamente imprudente por la infracción del tránsito solo se desvió de modo insignificante de una norma del tráfico, si la norma no se adecua al caso en concreto, sin esta ha sido superada por la evolución técnica, etc. Estas razones son las que aduce Roxin para considerar de que «la infracción de normas del tráfico es efectivamente por tanto un indicio para la constatación de la imprudencia, pero no hace superfluo un examen judicial autónomo del riesgo creado».[70]

En la actualidad, sin embargo, para la práctica judicial cubana los criterios de la imputación objetiva todavía parecen algo raro y de contornos teóricos no muy precisos. Se prefiere argumentar, mayoritariamente, con el criterio de la causa eficiente, con una clara tendencia a evadir los criterios de antaño de la estricta teoría de la equivalencia de las condiciones. El punto discutible de esta

teoría, como se habrá de suponer, radica precisamente en determinar cuál sería la causa eficiente. Sin embargo, la reticencia a seguir los criterios de la teoría de la imputación objetiva para la solución de casos de concurrencia de culpas en el tránsito, no parece carecer de sentido. La primera preocupación que nos salta a la vista radica en que los criterios de creación de riesgo y realización de ese riesgo en el resultado devienen muy generales y abstractos.

Me explico: si con la aplicación de la teoría de causa eficiente nos preguntamos: ¿y cómo se determina entre una serie de eventos aquella causa que resulta eficiente?, y se responde: aquella infracción relacionada directamente con el resultado, que sea de mayor gravedad y que haya tenido trascendencia en las consecuencias del evento, con independencia de las pequeñas infracciones que haya cometido el resto de los participantes. Por su parte, con la teoría de la imputación objetiva la pregunta no desaparece: ¿y cuándo se crea un peligro jurídicamente relevante que se realiza en el resultado? Para este momento la respuesta crea en realidad más incertidumbre, cuando se sostiene entonces que se crea un peligro cuando una conducta pone en peligro bienes jurídicos protegidos, y que por tanto pone en riesgo de lesión los objetos de protección de las normas. ¿Cómo puede traducirse lo anterior ante un hecho delictivo en que concurren una serie de infracciones concurrentes en el resultado? ¿Acaso lo que se responde en la práctica judicial cubana para la determinación de la causa eficiente, no debería responderse también la teoría de la imputación objetiva para determinar cuándo se crea un peligro jurídicamente relevante que se realiza en el resultado?

En suma, luego de meditar profundamente en este sentido, no puedo menos que convenir en que para determinar cuándo se crea un riesgo que se realiza en el resultado (o cuál sería la causa eficiente en el sentido aludido de la práctica judicial cubana), se debe apelar, en principio, a los propios criterios que la doctrina elaboró en la determinación de la imprudencia. De modo que para la determinación de la responsabilidad penal en casos de concurrencia de culpas, la teoría de la imputación objetiva no pasa, a nuestro entender, de una cuestión de orden terminológico, si bien soluciona definitivamente la cuestión de orden metodológico ya señalada. Cada una de las teorías que la precedieron pujó por desentender de un análisis que confundía el plano natural con el normativo. Que se apele a criterios normativos como la creación de un riesgo no permitido, para destacar o determinar la conducta relevante desde el punto de

vista jurídico-penal, a los efectos de imputarle un resultado, sirve correctamente como proceso de depuración y selección de los factores causales jurídicamente relevantes, que de modo general distingue entre una causalidad natural y una causalidad jurídica, pero muy general y abstracta para casos verdaderamente complicados, como en los que aparecen la denominada concurrencia de culpas.

Sin embargo, no rehusamos apropiarnos de los conceptos normativos expuestos por esta teoría. En primer término porque la exposición y delimitación correcta de conceptos naturalísticos y normativos se perfilan a eliminar las deficiencias que ya hemos detectado en las anteriores teorías: los argumentos generalmente reproducidos por los criterios de la causa eficiente no parecen distinguir nítidamente en el análisis el plano objetivo (ontológico o naturalístico) de los hechos, y los criterios normativos o valorativos que debe ese hecho con el resultado producido a los efectos de su imputación. La infracción de mayor gravedad, o aquellas que son imputables jurídicamente, debe identificarse en el análisis si se inicia en el ámbito de sus consecuencias por el resultado producido a los efectos jurídico-penales. Se colige, por ello, que la determinación de eso que han llamado causa eficiente debe comenzar por comprobar si se ha creado un peligro jurídicamente relevante que se realiza en el resultado (aunque de momento solo tenga consecuencias de orden metodológicos y no decisivas en un cambio de orientación para la solución de casos concretos), y que por tanto el criterio de la gravedad de una conducta infractora que se relaciona directamente con el resultado, se determine con la constatación inicial de que con la conducta infractora se creó un peligro jurídicamente relevante, en el sentido de una conducta que pone en peligro bienes jurídicos protegidos, y que por tanto pone en riesgo de lesión los objetos de protección de las normas jurídico-penales.

En este sentido, la infracción del deber objetivo de cuidado debe partir de la constatación por un juzgador imparcial de la infracción más grave cometida entre las infracciones ocurridas, o de aquella que crea un peligro jurídicamente relevante que se realiza en el resultado. Debe determinarse por la valoración de la cuantificación de la magnitud de la imprudencia cometida (para ello hay que tomar en cuenta la gravedad de las infracciones contenidas en el Reglamento Vial), así como la acción desencadenante que se relaciona directamente con el resultado, y si esta logra sustituir el riesgo inicialmente creado por un agente.

Notas

1 Entre estos casos de «responsabilidad por el producto» se encuentra el famoso caso Costergan en la década de los setenta en Alemania, donde la empresa farmacéutica Chemie-Grünenthal durante los años 1960-1962 distribuyó bajo el nombre comercial de Costergan un medicamento que servía como sedante, y que por su tolerancia era recomendado sobre todo para mujeres embarazadas, y que se relacionó con malformaciones en las estructuras físicas en los fetos. En el caso de la colza, en España, donde los acusados figuraron como importadores y distribuidores de grandes cantidades de aceite de colza con exclusivos fines industriales, y como tal desnaturalizado con la sustancia venenosa anilina, en los marcos de las disposiciones jurídico-administrativas, se introdujo en el mercado comestible sin que los industriales, al parecer, hubieran podido eliminar la anilina del aceite, lo que provocó entre los consumidores la aparición de una nueva enfermedad denominada síndrome tóxico (provocadora de una lesión en los vasos sanguíneos) en más de 15 000 personas, de las cuales fallecieron 330. En estos casos, el problema resultó en la imposibilidad de identificar la toxina que, aparentemente, había causado los resultados típicos.

2 En la década de los noventa el profesor alemán de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, afirmaba que «probablemente, la imputación objetiva es aquel instituto de la teoría jurídico-penal de la imputación que ha recibido el tratamiento más intenso en las últimas dos o tres décadas». Jakobs Günther: *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 9.

3 Eric Hilgendorf: «Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LX, 2002, p. 104.

4 Colectivo de Autores (responsables de redacción José A. Grillo Longoria y Iuri A. Krasikof): *Derecho Penal Parte General*, segunda parte, t. I, pp. 51-60; David González Alcantul: *Manual de Derecho Penal*, parte general, tt. I y II, Imprenta Central de las FAR, La Habana, 1986; Guadalupe Ramos Smith: *Derecho Penal*, parte general, I y II, Ediciones ENPES, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1983.

5 Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho Penal*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 256-260. Quirós, sin embargo, no la somete a un juicio crítico, pese a que, como ya tendremos tiempo de señalar, no la descarta del todo, cuando asume la teoría de la esfera de protección de la norma, desarrollada dentro de la teoría de la imputación objetiva, como criterio delimitador de la estructura de los delitos cometidos por imprudencia.

6 Ver a Jescheck Hans-Heinrich, Thomas Weigeng: *Tratado de Derecho Penal*, parte general, Edi. Comanes, S.L., Granada, 2002, p. 299.; Enrique Bacigalupo: *Manual de Derecho Penal*, parte general, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 97. Ver asimismo a Bernd Schuneman: «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Ed.Tecnos, pp. 45-47 y 50. Esta teoría de la equivalencia de las condiciones tuvo indudables consecuencias importantes en el desarrollo de la dogmática penal que fueron arrastrados durante varios años: en la teorización de la imprudencia el concepto de casualidad impidió su desarrollo doctrinal en lo referido al nexo entre la acción y el resultado; en la sanción penal de la tentativa inidónea no se hacía posible distinguir entre tentativas peligrosas y no peligrosas debido a la equivalencia de todas las condiciones del fracaso de la tentativa; en la participación se hacía imposible distinguir entre autor y participación en atención a la equivalencia del autor y el partícipe en el hecho delictivo; en la conexión causal que se establecía en el criterio de equivalencia en la posición de garante de la injerencia en los delitos de comisión por omisión, etc. En el ámbito de la culpabilidad el concepto psicológico no pudo sistematizar las causas de exculpación en lo atinente a la imprudencia inconsciente, por la razón de que resultaba difícil establecer en este sentido una relación psíquica del autor con el resultado.

7 Ver a Edmund Mezger: *Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 111.

8 La Sala estuvo integrada por Miguel A. Rodríguez Morejón, presidente; Joaquín Ochotorena; Miguel A. Brusquet; Gonzalo Alvarado; Gilberto Mosquera (ponente).

9 Enrique Bacigalupo: *Op. cit.*, p. 97. Acertadamente Roxin expresó que la fórmula de la supresión mental presupone, ya lo que debe averiguarse. Claus Roxin: *Op. cit*., p. 350. Igualmente como en su momento advirtió Welzen y Roxin, la teoría de la equivalencia podía inducir a error, en casos en los que llamaban causalidad hipotética y alternativa.

10 Enrique Bacigalupo: *Op. cit*., p. 97.

11 Jescheck Hans-Heinrich, Thomas Weigeng: *Op. cit*., p. 301.

12 Vertidas estas teorías en Carlos Fontán Balestra: *Derecho Penal*, *Parte General*, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 217; también a Carlos Creus: *Derecho Penal*, parte general, Ed. Astrea De Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, pp. 167-169, 1992; Edgardo Alberto Donna: *Teoría del delito y de la pena*, Ed. Astrea De Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1995, pp. 31-36; Gonzalo Rodríguez Mourullo: *Derecho Penal* parte general, Ed. Civitas, pp. 294-297.

[13] La Sala estuvo integrada por Miguel A. Rodríguez Morejón, presidente; Evelio Tabío, Joaquín Ochotorena (ponente); Luis E. Cuervo Rubio; Gonzalo Alvarado.

[14] Ver la nota en la sección de Sentencias de los Tribunales, en *Revista Cubana de Derecho*, año 3, no.7, enero-junio, 1974, pp. 270 y 271.

[15] Edmund Mezger: *Op. cit*., p. 112.

[16] Carlos Fontán Balestra: *Op. cit*., p. 217.

[17] La concepción causal mecanicista del mundo no se abandonó en los tiempos en que se replanteaba la comprensión de las estructuras analíticas del sistema clásico del delito bajo los influjos del neokantismo, el cual mantuvo la separación en el conocimiento del hecho delictivo entre lo objetivo que se manifestaba en el injusto y lo subjetivo que se comprendía en la culpabilidad, y que afirmó el dolo como forma de culpabilidad, pero que tomaba cuerpo y se sostuvo desde posiciones valorativas diferentes. En este sentido la existencia del injusto implicaba que se valorara el hecho a partir de su dañosidad social, mientras que la existencia de la culpabilidad comprendía que se valoraba el hecho desde la reprochabilidad (concepto normativo de culpabilidad). Claus Roxin: *Op. cit*., p. 199. Esto posibilitó que en lo referido a la antijuricidad desarrollara posiciones importantes en comparación con la concepción de la antijuricidad formal del sistema anterior clásico, constreñido a la comprobación del hecho punible con el ordenamiento jurídico, pues se extendió precisamente a la comprensión de una antijuricidad material que valoraba al hecho antijurídico en su materialidad como socialmente dañoso.

[18] Edmund Mezger: *Op. cit*., p.110.

[19] *Id*., p. 109.

[20] Eugenio Zaffaroni: *Op. cit*., pp. 464 y 465.

[21] Edmund Mezger: *Op. cit*., p. 113.

[22] Yesid Reyes Alvarado: «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV, fascículo III, 1992, pp. 933 y 934.

[23] Claus Roxin: *Política criminal y Sistema del Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002. Ver la Introducción de Muñoz Conde. 2da. ed. En este libro Roxin conviene en rechazar el punto de partida del sistema finalista, que devino un método ontológico que vinculaba al legislador y a la ciencia a las estructuras lógico-objetivas y de tratar los problemas jurídicos como cuestiones lógico-abstractas, a partir de vincular la formación del sistema jurídico penal a las finalidades del Derecho Penal. En este sentido se propuso orientar la dogmática del Derecho Penal a la interpretación de las normas jurídico-penales a partir de los principios político-criminales. Con ello no pretendió modificar el sistema de la teoría del delito, sino solo completar con nuevos contenidos a las categorías en los contornos de un Derecho Pe-

nal moderno. Como bien apuntó Bernd Schunemann, «esta se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un *desarrollo ulterior del neokantismo.* En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector. Sin embargo, se diferencia sustancialmente de la misma por la superación del relativismo axiológico mediante una diferenciación exhaustiva, apoyada en las ciencias sociales, del *fin de prevención,* que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la Administración de la justicia penal». Bernd Schuneman: «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Ed. Tecnos, p. 67.

24 La teoría de la imputación al tipo objetivo en Roxin toma como antecedente la teoría de la adecuación. Pero parte de considerar que esta no es suficiente como teoría de la imputación, en el entendido de que la imputación no se soluciona con la adecuación de un curso causal. Según Roxin, si bien esta teoría considera una conducta como causa si esta poseía una tendencia general a provocar el resultado típico, esta hacía hincapié en las circunstancias causales jurídicamente relevantes, pero no precisamente cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado y le pueden ser imputados a un agente. De modo que considera que esta teoría se limitaba en lo esencial a excluir la imputación en los cursos causales anómalos o inusuales, pues hay ocasiones en que estamos en presencia de nexos condicionales adecuados y, sin embargo, se rechazaba la posibilidad de imputación. Claus Roxin: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, 1997, p. 361.

25 Claus Roxin: *Op. cit.*, pp. 365 y 366. Roxin se sustrae de solucionar este tipo de situaciones con la aceptación de un estado de necesidad, porque «eso presupondría que se empezara por considerar la aminoración del riesgo como lesión del bien jurídico típica de un delito, y eso es precisamente lo que falta».

26 *Id.*, pp. 366 y 367.

27 *Id.*, p. 371.

28 *Id.*, p. 387; Frisch Wolfgang: «La imputación objetiva: Estado de la cuestión», en Claus Roxin, Jacobs Gunther, Bernd Schunemann, Wolfganag Frisch, Michael Kohler*: Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Civitas, 2000, p. 28.

29 Ver a modo de referencia a Jescheck Hans-Heinrich, Thomas Weigeng: *Op. cit.,* pp. 295-310; Enrique Bacigalupo: *Op. cit.*; Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán: *Derecho Penal, Parte General*, 5ta. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 225-231; Ángel Torío López: «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*,

t. XXXIX, fascículo I, enero-abril, 1986, pp. 33-48; Enrique Gimbernat: «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, fascículo III, sept.-dic., 1994, pp. 5-60; Rafael Alcácer Guirao: «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, fascículo II, mayo-agosto, 1996, pp. 473-508; Eric Hilgendorf: «Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LXMMII, fascículo I, 2002, pp. 91-107; Claus Roxin: *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, IDEMSA, Lima, Perú, 1997.

30 Rafael Alcácer Guirao: *Op. cit.*, pp. 481 y 482.

31 Los más importantes debates y controversias en torno al principio de la causalidad se desarrolla en el ámbito de la filosofía de la ciencia, sobre todo cuando a finales de la segunda década del siglo XX, para negar la causalidad –concepto fundamental de las ciencias naturales acentuadas en el siglo XIX, el cual expresaba la relación la causa y efecto de los fenómenos observables en el mundo natural–, formulaciones de la teoría cuántica se sirvió de la limitación en conceptos y representaciones de la física clásica para reflejar el movimientos de las micropartículas, reflejado con fuerza en el principio o relación de indeterminación de Heisenberg. Ver para ilustrarse sobre el tema a M. E. Omelianovski: «La filosofía contemporánea y el materialismo dialéctico»; M. F. Svechnikov: «La causalidad y la física contemporánea», en *Revista de Filosofía. Problemas Filosóficos de las Ciencias Naturales*, no. 2, La Habana, 1966.

32 Ver a Renén Quirós Pírez: *Op. cit*., pp. 256-260; José A. Grillo Longoria, en Colectivo de Autores (responsables de redacción José A. Grillo Longoria y Iuri A. Krasikof): *Derecho Penal Parte General*, *Segunda Parte*, t. I, pp. 51-60.

33 Claus Roxin: *Op. cit*., p. 362.

34 Armin Kaufmann: ¿«Atribución objetiva en el delito doloso?», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVIII, fascículo III, sept.-dic.1985, p. 816.

35 Es bueno insistir en que después de Welzen se impuso al interior del injusto la diferenciación entre tipo objetivo y el tipo subjetivo, donde si bien se insiste en que la acción típica constituye una unidad de factores internos y externos donde se debe tener en cuenta tantos los momentos objetivos y subjetivos, la distinción llevó a comprender en un tipo objetivo los elementos que describen el mundo exterior que se conecta con el mundo interior del autor, diferenciados entre sus elementos descriptivos y normativos. Mientras en el tipo subjetivo se incluyen aquellos elementos que pertenecen al ámbito subjetivo y de representación del autor determinante del injusto que tiene al dolo como elemento general que se diferencia de los elementos subjetivos del tipo.

[36] Claus Roxin: *Op. cit.*, p. 367.

[37] *Id.*, p. 360.

[38] Opinión de Jakobs que cita a Manuel Cancio Meliá: «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en *El funcionalismo en Derecho Penal*, Libro en homenaje al profesor Gunther Jacobs, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 224.

[39] Cancio Meliá: *Op. cit.*, p. 226. Jakobs Gunther plantea: «Con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación *rol* a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas». Jakobs, Gunther: *Op. cit.*, pp. 21 y 22.

[40] Yesid Reyes Alvarado: «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV, fascículo III, 1992, p. 955.

[41] *Id.*, p. 963.

[42] *Ibid.*

[43] Santiago Mir Puig: «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo III, 1988, p.674 y 675.

[44] Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro: «Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVIII, 2005, pp. 424 y 425.

[45] *Id.*, p. 455.

[46] *Id.*, pp. 454 y 455.

[47] Wolfgang Frisch: *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, en Claus Roxin, Jacobs Gunther, Bernd Schunemann, Wolfganag Frisch, Michael Kohler: *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Civitas, 2000, p. 58.

[48] Ver a Welzen, a José Cerezo Mir: «El finalismo, hoy», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fascículo I, ener.-abr., 1993, p. 8.

[49] Eberhard Struensee: «Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo», en *El Derecho Penal hoy*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 258.

[50] Claus Roxin: *Op. cit.*, p. 369.

[51] *Ibid.*

[52] Ángel Torío López: «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIX, fascículo I, ener.-abr., 1986, p. 37.

[53] Claus Roxin: *Op. cit*., p. 376.

[54] *Id*., p. 373.

[55] Claus Roxin: *Op. cit*., p. 379.

[56] *Id*., pp .379 y 380.

[57] *Id*., p. 378.

[58] Renén Quirós Pírez: *Derecho Penal, Parte General*, t. II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 56-60. Aunque se hace necesario destacar que la concepción de Roxin –a quien Quirós hace referencia– distingue claramente «que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (del mandato de iluminación, del deber de consultar a un médico especialista, etc.), y no del fin de protección del tipo penal», lo que Quirós maneja sin la debida precisión y distinción.

[59] Ver sobre esto a Manuel Cancio Meliá: «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en *El funcionalismo en Derecho Penal*. Libro en homenaje al profesor Gunther Jacobs, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 219. También a Wolfgang Frisch: «La imputación objetiva: Estado de la cuestión», en Claus Roxin, Jacobs Gunther, Bernd Schunemann, Wolfganag Frisch, Michael Kohler: *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Civitas, 2000, p. 43.

[60] Eberhard Struensee, discípulo de Kaufmann, desarrolló ampliamente la crítica a la imputación objetiva para los delitos cometidos por imprudencia, si bien a partir de aceptar no del todo correcto, a nuestro entender, el reconocimiento de un tipo subjetivo como «conocimiento por el sujeto actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable ("riesgo permitido")». Iberhard Struensee: «El tipo subjetivo del delito imprudente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XL, fascículo II, may.-agost., 1987, pp. 423-450.

[61] Claus Roxin: *Op. cit*., p. 1000.

[62] *Ibid*.

[63] *Ibid*., p. 1000.

[64] *Id*., p. 1001.

[65] Muñoz Conde: *Op. cit*., p. 285.

[66] Claus Roxin: *Op. cit*., p. 1009.

[67] Manuel Cancio Meliá: *Op. cit*., p. 221.

[68] Claus Roxin: *Op. cit*., p. 1015; Manuel Cancio Meliá: *Op. cit*., pp. 221 y 222.

[69] Wolfgang Frisch: *Op. cit*., pp. 43 y 44.

[70] Claus Roxin: *Op. cit*., p. 1003.

Comentarios en torno a la atenuante de obrar bajo la influencia de una amenaza o coacción

Dayán G. López Rojas
Hugo R. Benavides Gómez

1. Antecedentes legislativos de la atenuante

El Código Penal español de 1870, trasuntado a Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879, no reconoció esta circunstancia atenuante dentro de las causales genéricas de atenuación que, previstas en su artículo 9, conformaron el catálogo circunstancial en aquel vetusto cuerpo punitivo. Pudiera pensarse que la situación fáctica que constituye su base pudo haber desplegado efecto atenuatorio, en alguna ocasión, por la vía de atenuante privilegiada, de acuerdo a lo que establecía el ordinal primero del artículo 9 en relación con el ordinal noveno del artículo 8,[1] que reconocía la fuerza irresistible como una circunstancia exentiva de la responsabilidad criminal.

Por su parte, el Código de Defensa Social, promulgado en 1936 y puesto en vigor en 1938, tampoco reguló esta atenuante en los términos en que la concibe nuestro Código Penal actual, sino que siguió la misma línea de su predecesor; o sea, daba lugar a que pudiera pensarse en su apreciación como atenuante privilegiada con referencia a la letra F del artículo 35,[2] según permitía el artículo 37-A. No obstante, dicho cuerpo legal reconoció en la letra F del artículo 38, una causal de atenuación proveniente del hecho, que guarda cierta relación con la atenuante estudiada: «haber obrado por estímulos tan poderosos que hubieren causado en el agente un miedo no insuperable». Como tendremos oportunidad de explicar, las situaciones amenazantes o coactivas pueden provocar en el sujeto involucrado un sentimiento de temor, con influencia directa en su capacidad de motivación, lo cual constituye el fundamento de la atenuación autorizada en el inciso a) del artículo 52.

En el ordenamiento penal patrio aparece por vez primera con la entrada en vigor del Código Penal de 1979, Ley 21 de 15 de febrero de 1979. Aquel cuerpo legal reconocía en el artículo 52-g, tal como aparece en el Código Punitivo en vigor, la atenuante de «haber obrado el agente bajo la influencia de una amenaza o coacción».

2. Instituciones afines

Antes de explicar el fundamento que provoca los efectos atenuatorios de la conducta protagonizada por quien actúa bajo la influencia de una amenaza o coacción, es conveniente analizar las relaciones que se establecen entre esta circunstancia y la causal de inexigibilidad que la doctrina denomina vis compulsiva, relativa o psíquica.

La vis compulsiva consiste en un incentivo exógeno, de naturaleza variada, que actúa en la psiquis de quien se ve sometido a dicho estímulo con tal intensidad que lo compele a la realización del acto típico, aunque sin anular su facultad volitiva.

Entiende Garrido Montt que el factor desencadenante de la alteración volitiva puede tener además carácter endógeno, aludiendo en tal sentido a «una crisis psicológica intensa y sorpresiva, un mal físico grave, etc.».[3] En nuestra opinión, tal criterio debe rechazarse, pues tales situaciones incidirán sobre la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, como primer nivel en el análisis de la categoría culpabilidad, y no específicamente sobre el juicio de reproche.

Este constreñimiento que actúa en la psiquis de sujeto puede se tanto moral como material, o sea, puede tratarse de una amenaza de un mal inminente (proferida por un tercero o derivada de un acontecimiento natural); o de un acto de violencia física, siendo lo relevante que logre decidirlo en la ejecución del acto prohibido, sin anular su capacidad de voluntad.

Realmente no resulta trascendente en el orden práctico la distinción teórica que tanto se complejiza en la doctrina entre todas estas categorías dogmáticas, toda vez que sus consecuencias son idénticas: la voluntad coactada, no libre, del sujeto que se ve sometido a tales situaciones.

La vis compulsiva o fuerza moral irresistible, el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable comparten idéntico fundamento: el principio de inexigibilidad. En tal sentido, algunos autores entienden que la vis compulsiva es una forma de manifestarse el estado de necesidad exculpante.[4]

Soler, siguiendo a Shönke, entiende que la vis compulsiva solo se diferencia del estado de necesidad exculpante en cuanto a la fuente de la coacción, pues mientras en el primer caso esta proviene de un actuar humano, en el segundo surge de un acontecimiento natural.[5]

De otro lado, Bacigalupo plantea que «el miedo o la situación coactiva generada por una amenaza no son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay

que elegir entre sufrir un mal o causarlo: allí colisionan el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar tal amenaza».[6]

Con esta última postura simpatizan los autores de este estudio, pues aunque el catedrático y magistrado español no presta particular atención a la fuente de la necesidad, basa su opinión en el fundamento común a todas estas figuras: la inexigibilidad de un comportamiento distinto a quien actúa en anormalidad de circunstancias, hallándose imposibilitado de autodeterminarse conforme a las normas jurídicas.

No obstante, vale la pena señalar en este momento que a diferencia del estado de necesidad, que exige para su apreciación la existencia de una situación peligrosa para un bien jurídico –tanto en su modalidad justificante como exculpante–, el miedo insuperable, por su naturaleza esencialmente subjetiva, cobra eficacia disculpante cuando se constata la existencia de un sentimiento de temor padecido por el sujeto debido a su errónea creencia de que existe una situación de peligro actual para un bien jurídico, lo cual es producto exclusivo de su mente. Para que la vis compulsiva cobre eficacia exculpante se requiere:

A) Debe existir una situación de naturaleza compulsiva

El estímulo externo debe poseer tal entidad que constriña el psiquismo del pasivo, provenga ya de fenómenos naturales –un incendio, un terremoto–, o de la actuación de terceros. En nuestra opinión es este el requisito esencial que debe estar presente para la apreciación tanto de la forma completa de la figura, como de las situaciones con trascendencia legal que de ella se derivan (miedo insuperable y agravante genérica), pues son los efectos producidos a nivel psíquico, motivacional, los que fundamentan tanto la inexistencia del reproche como el reproche disminuido.

B) La fuerza debe ser actual o inminente

La situación de constricción debe ser palpable, debe existir objetivamente la afectación a un bien jurídico, o la amenaza inmediata y cierta de lesión, al momento en que el sujeto desarrolla su actividad. De no constatarse este requisito, porque sencillamente el mal amenazante existe solo en la mente de quien se siente compulsado, entonces podría estarse ante un supuesto de miedo insuperable.

C) La fuerza que ha de impulsar al sujeto debe tener intensidad suficiente para que este la sienta irresistible

Los estímulos (fuerza) que el agente recibe en un momento determinado han de causarle, como efecto, impulsos que no pueda controlar, por lo que se requiere que sus posibilidades motivadoras resulten seriamente afectadas. Si la fuerza es irresistible, el ejecutor del hecho delictuoso obra como un instrumento del sujeto que lo coacciona, perdiendo absolutamente el dominio del hecho, sin otra opción que la de comportarse en los términos exigidos por quien sería entonces castigado como autor mediato.[7]

Pero si aun estando presentes los dos requisitos anteriores, la fuerza (amenaza o coacción) era leve y pudo ser resistida, habrá que entender que quien ejecuta el comportamiento prohibido obra con dolo, llevando adelante las riendas del acontecer típico y, por ello, responderá como autor por ejecución directa, aunque beneficiado por la atenuante genérica que ahora se analiza, mientras que quien ejerce la coacción podría responder en concepto de instigador.[8]

El sujeto que ejerce la amenaza o la coacción, además de considerarse responsable bajo uno u otro título de participación (autor mediato o instigador) en cuanto al delito cometido por el influido, podría responder, además, en concurso real, del correspondiente delito de amenazas o coacción que haya cometido en contra del sujeto que ejecuta materialmente el hecho (*cfr.* artículos 284 y 286 del Código Penal cubano). En todo caso habría que analizar este particular atendiendo a las particularidades del hecho para evitar riesgos de vulneración del principio del *non bis in idem* que rige la materia concursal.

Lo cierto es que en todos estos supuestos, dígase estado de necesidad exculpante o miedo insuperable, el sujeto, si bien goza de normalidad psíquica y por tanto de capacidad de motivación,[9] se halla ante una situación motivacional anormal[10] que supone para el hombre medio la inexigibilidad de un comportamiento distinto; o sea, cualquier persona normal que hubiera estado en su lugar se hubiese comportado del modo en que aquel actuó.[11] Ello encuentra su fundamento en que un Derecho penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría.[12]

La doctrina suele citar como ejemplos los de quien tiene el caño de una pistola en la nuca para obligarlo a sustraer los valores de una caja de hierro cuya combinación conoce,[13] y el del naufragio de dos sujetos en que uno de ellos arroja al agua al otro porque solo cuentan con una tabla capaz de soportar una única persona.[14]

Aunque en tales condiciones el sujeto aún puede elegir actuar de otro modo, no puede negarse que no decide libremente, sin

riesgo; por lo que al hombre común, en su contexto, no se le podría pedir otra actitud. En este sentido no puede obviarse que el juicio de reproche consiste en un reclamo personal al sujeto concreto, por lo que solo es viable cuando el hecho le es desaprobado al autor, lo cual se determina mediante juicios de valor.

La concepción del hombre medio ha sido el baremo democrático elegido para valorar la capacidad del hombre normal en la concreta situación en que se encontraba el autor del hecho típico, excluyéndose las conductas tanto del héroe como del pusilánime. Este punto de vista es admisible siempre que se sitúe al hombre medio en la posición del autor: imaginándolo en todos sus conocimientos y condiciones personales, físicas y mentales, salvo en aquello que pudiera privarle de la normalidad de criterio propia del hombre medio.[15]

Es oportuno diferenciar las situaciones de vis compulsiva (coacción) de aquellas en que, por mediar una fuerza física irresistible (violencia), se excluye toda participación subjetiva: vis absoluta o vis mayor.

Refiriéndose a la fuerza irresistible, Mir Puig explica que quien obra violentado por ella «no decide su actuación por medio de la voluntad [...]. La fuerza física irresistible excluye, pues, la acción, porque supone ausencia de voluntad en el forzado».[16]

En los supuestos de fuerza física irresistible, no es que el forzado obre en contra de su voluntad, en contra de sus deseos internos, sino que ni siquiera puede afirmarse la presencia de voluntad, ni interna ni exteriorizada, lo cual determina la no concurrencia de comportamiento humano como elemento base del injusto.

La diferencia fundamental consiste en que mientras en la vis absoluta no interviene para nada la voluntad, en la vis compulsiva sí interviene, aun cuando ella padezca una deformación que la afecta profundamente. El sujeto violentado no domina la acción, es utilizado como cosa, mientras que el coacto, ante tal situación dilemática, elige entre el mal con que es amenazado y el que le es exigido, y si bien con repugnancia, escoge y decide él.[17]

En la doctrina son ejemplos recurrentes el de un peón vial que, almorzando en la obra con sus compañeros, recibe un golpe en la mano mientras monda una naranja con su cortaplumas, lesionando con este a quien tiene a su lado;[18] quien es arrojado a una piscina y cae sobre un bañista al que hiere,[19] y el del individuo a quien se le da un empellón para que caiga sobre una mujer encinta y le provoque un aborto, o sobre un niño de meses para que le cause lesiones o la muerte.[20]

Lo que sucede en tales situaciones es que quien ejerce la fuerza anula completamente la capacidad de acción en el forzado. En todos estos casos, quien acciona es el que usa la fuerza; el comportamiento de la persona forzada carece de trascendencia, ya que en el hecho se le instrumentaliza. Como dice Maurach, es «el brazo prolongado del sujeto activo de la fuerza».[21] Por tal razón, quien ejerce la fuerza es quien deberá responder penalmente del resultado acontecido, según los criterios de la autoría mediata.

Si bien es cierto que el Código Penal cubano actual no comprende dentro del catálogo de eximentes la de fuerza irresistible, lo cierto es que ello no se hace necesario, por cuanto los casos que se hallen bajo estas hipótesis deben ser excluidos del concepto general de delito que ofrece el artículo 8.1, que comienza definiendo la infracción punible como una acción u omisión.

3. Fundamento

La modulación que sufre el reproche culpabilístico en virtud de producirse el hecho justiciable, bajo la situación fáctica que constituye la base de esta causal de atenuación, tiene su razón de ser en que si bien la constricción psíquica padecida por el agente no es de tanta entidad como para que el orden jurídico decida disculparlo por su comportamiento dañoso –el hombre medio en su lugar se habría motivado por la norma, adecuando su actuar conforme al mandato de la misma–, no puede negarse que tal acontecimiento ejerce al menos una mínima presión psicológica (debe ser constatada) que provoca que la situación bajo la cual el sujeto actúa siga siendo entendida de defectuosa, aunque carezca de la envergadura para exculparlo.

En tales condiciones, aunque subsista el juicio de reproche, este se formulará con menor intensidad, modulado de acuerdo a la irregularidad de la situación.

4. Presupuestos o elementos constitutivos

De lo analizado hasta el momento puede concluirse que la estudiada circunstancia de mitigación de la pena tiene aplicación subsidiaria respecto a un grupo de figuras jurídicas de similar naturaleza, lo cual se determina en virtud del grado de intensidad de la situación amenazante o coactiva. Así:

a) Si la situación coactiva asume tal grado de violencia que excluye de modo absoluto la capacidad de comportarse voluntariamente, se estará ante un supuesto de ausencia de conducta, debiéndose afirmar la inexistencia absoluta del tipo de injusto, que tiene como base la acción. Faltaría el primer requisito exigido en la formulación legal de delito contenida en el artículo 8.1 del Código Penal cubano.
b) Si afirmada la capacidad de acción, la voluntad del sujeto se muestra deformada, viciada, en virtud precisamente de la constricción a que se ve sometido, se configurará una situación bien de estado de necesidad exculpante,[22] bien de miedo insuperable,[23] siempre que la entidad de la amenaza o coacción sea tal que coloque al sujeto en una situación de no exigibilidad.[24]
c) Si pese a la constatación de la existencia de una amenaza o coacción, se determina que la misma no era de tal magnitud como para encuadrarse la actuación del sujeto en ninguno de los dos supuestos anteriores, entonces cobrará virtualidad jurídica la atenuante bajo examen.

En nuestra opinión, la apreciación de esta atenuante no presupone que el sujeto haya actuado necesariamente determinado por la amenaza o coacción concurrente al momento de la ejecución del delito, sino que es suficiente con que tal condicionamiento psíquico se haya erigido en motivo preponderante para coadyuvar a la comisión del acto ilícito, con independencia de que concurrieren además otros elementos subjetivos con influencia en su ejecución

Asimismo, no basta la existencia objetiva de la situación amenazante o coactiva, sino que es absolutamente necesario que la misma haya desplegado su efecto en la psiquis del autor del acto punible.

Todo ello se colige de la propia naturaleza de la circunstancia, así como de la justa interpretación de los términos utilizados por el legislador en la redacción del precepto «obrar bajo la influencia».

La perífrasis verbal *haber obrado* empleada por el legislador en la redacción del precepto no debe conducir a la interpretación de que esta atenuante es solo apreciable en los delitos de acción, pues el término *obrar* habrá de entenderse en el sentido de causar, producir, de tal forma que también comprende la omisión.

Por supuesto que la amenaza (en caso de que provenga de un tercero) y la coacción a las que se refiere el precepto examinado deben tener un carácter ilícito, excluyéndose de tales conceptos las acciones que anuncien el ejercicio legítimo de un derecho.[25]

Para apreciar la virtualidad jurídica de esta atenuante es necesario valorar cuidadosamente la personalidad del sujeto que desarrolla los actos amenazantes o coactivos, así como quién es el sujeto víctima de las mismas y las circunstancias en que aquellos actos son ejecutados. En todo caso la gravedad del mal y su adecuación para intimidar tiene que relacionarse con la persona del amenazado y con las circunstancias que lo rodean, pero no es preciso que la amenaza llegue a intimidar al amenazado, sino que basta con que objetivamente sea adecuada para ello.[26]

5. Una visión desde el derecho comparado

Haciendo un bosquejo en torno a algunos de los ordenamientos punitivos latinoamericanos, se constata que el Código Penal colombiano, si bien no contiene ningún precepto similar en su regulación a la atenuante bajo examen, parece tutelar las situaciones de coacción o amenaza que influyen en la ejecución del acto punible, a través de la atenuación analógica que autoriza el apartado 10 del artículo 55, en relación con su apartado tercero que reconoce como circunstancia de menor punibilidad «el obrar en estado de emoción, pasión excusable, o de temor intenso».

Tal interpretación se sustenta en el propio espíritu que informa dicho cuerpo legal, de cuyos preceptos se advierte que el codificador colombiano reconoció eficacia atenuante, e incluso eximente, a las situaciones de no exigibilidad de un comportamiento diferente (*cfr.* artículos 32.8 y 56 del Código Penal colombiano).

Por su parte, el Código Penal chileno tampoco reconoce ninguna circunstancia parecida a la del artículo 52-a de la Ley Penal cubana. No obstante, incluye las figuras de la fuerza irresistible y el miedo insuperable dentro de su elenco de eximentes, pudiendo reconducirse entonces las situaciones fácticas analizadas por la vía de la atenuación privilegiada, para los casos de configurarse de

modo incompleto aquellas causales de exención de la responsabilidad penal (*cfr.* artículo 10.9 del Código Penal chileno en relación con el apartado 1 del artículo 11).

El Código Penal de Bolivia permite graduar la pena tomando en consideración un grupo de circunstancias generales y, dentro de estas, confiere eficacia atenuatoria al hecho de haber obrado el agente «bajo la impresión de una amenaza grave». De este precepto sí se advierte la particular similitud que guarda con la circunstancia que ahora se estudia. Aunque la redacción del precepto en nuestro Código Penal no exige abiertamente que la amenaza posea un carácter grave, lo cierto es que ello está directamente vinculado con la idoneidad que esta ha de mostrar a los efectos de influir en la psiquis del agente, al punto de constituir un motivo impulsor de la comisión del actuar delictuoso.

Tampoco debe marcarse la diferencia en cuanto a la terminología de las frases obrar *bajo la impresión* –utilizada en la ley boliviana– y *bajo la influencia* –a la que acude el legislador cubano–, pues se trata de una dicha diferencia estrictamente formal, en tanto lo que se pretende con ambas formulaciones es hacer constar la exigencia de que la situación fáctica, a la que se le dispensa efectos atenuantes, tiene que haber determinado en cierta medida el comportamiento del sujeto influido por tal circunstancia, todo lo cual debe desprenderse inequívocamente del dibujo del hecho justiciable.

Los códigos punitivos de Costa Rica y México, a diferencia del Código Penal patrio, no reconocen un elenco de circunstancias atenuantes y agravantes taxativamente enumeradas, sino que, con apego al modelo alemán de reglamentación de las circunstancias, fijan un conjunto de reglas que sirven de guía al juzgador en el momento de la fijación de la pena, disponiendo que deberán ser valoradas «las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber adecuado su conducta a las exigencias de la norma» (*cfr.* artículos 52 y 71-e del Código Penal Federal mexicano y del Código Penal de Costa Rica, respectivamente).

Dada la amplitud del precepto parece indudable la posibilidad de incluir en su tenor la posibilidad de apreciar como elemento de atenuación la presencia de situaciones amenazantes o coactivas que influyan de modo especial en la comisión de un delito.

Notas

1 Los arts. 8.9 y 9.1 del Código Penal de 1870 eran del tenor siguiente:
8.9º. «Está exento de responsabilidad criminal el que obra violentado por una fuerza irresistible».
9.1º. «Son circunstancias atenuantes todas las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos».
No se encontró ningún pronunciamiento jurisprudencial de la época que sustentara dicha postura, con la cual se muestran en desacuerdo los autores. Seguramente ello se debió a que los criterios teórico-científicos del momento, con total acierto lógico y con absoluta vigencia hoy día, se pronunciaban en negar la posibilidad de entender esta eximente de fuerza irresistible como incompleta, pues la voluntariedad de la acción se da o no se da, sin que sea posible una graduación de la misma.

2 El artículo 35-F del Código de Defensa Social disponía que estaba exento de responsabilidad criminal quien obrara «impulsado por una fuerza material exterior irresistible o mediante sugestión patológica o fuerza psíquica igualmente irresistible». Era loable el hecho de que este cuerpo legal reconociera eficacia eximente de la responsabilidad criminal a la fuerza psíquica; sin embargo, incurrió en el dislate técnico de entenderla como causa de inimputabilidad junto a la fuerza física irresistible, la cual reguló bajo el mismo precepto. Ello quizás obedecía al estado de desarrollo de la dogmática penal en aquellos años, pues en la actualidad es cuestión pacífica la naturaleza jurídica distinta de estas dos instituciones: mientras la fuerza psíquica o vis psíquica se considera una causa de exculpación, la fuerza física irresistible constituye una causal de ausencia de acción.

3 Mario Garrido Montt: *Derecho Penal, Parte General*, t. II, 3ra. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 242.

4 *Cfr.* Enrique Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 402; Carlos Creus: *Derecho Penal, Parte General*, 3ra. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 372; Mario Garrido Montt: *Op. cit*., p. 242; Esteban Righi: *La culpabilidad en materia penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 158; Hans Welzel: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, pp. 184 y 185.

5 Soler, Sebastián; *Derecho Penal argentino,* t. II, 5ta. ed., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 119.

6 Enrique Bacigalupo Zapater: *Op. cit*., p. 402.

7 *Cfr.* art. 18.2-d del Código Penal vigente. De igual criterio: Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho Penal*, t. III, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002, p. 66.

[8] *Cfr.* art. 18.2-c del Código Penal vigente. En la doctrina patria el profesor Quirós niega la posibilidad de instigación a través de medios comisivos consistentes en la coacción o amenaza, reconduciendo tales situaciones a los supuestos de autoría mediata. *Vid.* Renén Quirós Pírez: *Op. cit*., pp. 88 y 89. ¿Deberá quedar impune entonces la aportación de quien, a través de una amenaza o coacción resistibles, hace surgir la idea delictiva en la mente de otro que obra con dolo? Respetuosamente nos permitimos disentir de la opinión de este autor por cuanto, para poder afirmar que estamos en presencia de un supuesto de autoría mediata, es requisito esencial que el instrumento obre sin dolo; ello, en el caso del instrumento inculpable por haber actuado constreñido por una amenaza o coacción, viene determinado por la propia entidad del acto amenazador o coactivo. De modo que ante supuestos de situaciones amenazantes o coactivas de escasa entidad, que no eliminan el dominio del hecho por parte del ejecutor directo, entendemos viable la posición que asume Bacigalupo de reprochar el hecho al sujeto que crea dichas situaciones a título de instigador. *Cfr.* Enrique Bacigalupo Zapater: *Op. cit*., p. 526. De igual criterio: Sebastián Soler: *Op. cit*., p. 119.

[9] Al respecto sostiene Garrido Montt que en las situaciones de inexigibilidad está presente la capacidad de motivación en el sujeto que se encuentra en tales condiciones, «lo que ocurre es que se dan circunstancias que hacen que el proceso motivador no tendría un curso normal: en otros términos, hay capacidad de motivación, pero el proceso motivador es el que sigue cauces anormales al encontrar un "contramotivo" al que el derecho reconoce virtud de enervar sus órdenes o prohibiciones». *Vid*. Mario Garrido Montt: *Op. cit*., p. 240.

[10] *Vid.* Santiago Mir Puig: *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2005, p. 592. En una obra distinta, razona este propio autor en el sentido de que «la culpabilidad puede faltar también porque, pese a la adecuada recepción de la motivación, el sujeto se encuentre en el momento del hecho en unas condiciones psíquicas, debido a determinada situación, que obstaculicen la normal eficacia determinante de aquella». *Cfr*. Santiago Mir Puig: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2da. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 99.

[11] El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal. Por eso no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad). *Apud*. Santiago Mir Puig: *Op. cit.,* p. 100.

[12] *Apud*. Santiago Mir Puig: *Op. cit.,* p. 592.

[13] *Citado por* Carlos Fontán Balestra: *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 361.

14 *Citado por* Carlos Creus: *Op. cit*., p. 275.

15 *Apud.* Santiago Mir Puig: *Op. cit.* p. 599. Para ilustrar las condiciones personales del autor que no serán valorables con relación al hombre medio, Mir Puig trae el ejemplo de un sujeto con antecedentes de psicopatías o neurosis, lo cual influiría en todo caso en el nivel de análisis de la capacidad de culpabilidad, pues el hombre medio es un hombre sano, sin estos padecimientos.

16 *Id*., p. 212.

17 *Apud.* Sebastián Soler: *Op. cit*., p. 339.

18 *Cfr.* Carlos Creus: *Op. cit*., p. 301.

19 *Cfr.* Santiago Mir Puig: *Op. cit.* p. 212.

20 *Cfr.* Carlos Fontán Balestra: *Op. cit*., p. 228.

21 *Cfr.* Mario Garrido Montt: *Op. cit*., p. 41.

22 El legislador cubano no ha brindado tutela al estado de necesidad exculpante. Sin embargo, nada impide que la tan lamentable situación de orfandad normativa que rodea esta institución, abiertamente reconocida por la dogmática y por las legislaciones extranjeras (*Cfr.* Código Penal mexicano, art. 15-V; Código Penal de Nicaragua, art. 28.6; Código Penal colombiano, art. 32.7; Código Penal alemán, parágrafo 35), sea provisionalmente resuelta a través de una interpretación judicial orientada a que tales hipótesis puedan subsumirse en el último supuesto del apartado segundo del art. 22 del Código Penal cubano, cuando brinda la posibilidad de eximir de responsabilidad al sujeto «si las circunstancias del hecho lo justifican» (*cfr.* art. 22). Por supuesto que esta interpretación se torna en cierta medida forzada, pero respetuosa del principio de que *no hay pena sin culpabilidad*. Ello se resolvería reconociéndose el estado de necesidad exculpante como una circunstancia eximente de la responsabilidad penal. No obstante, en los casos de países como el nuestro, en cuyos ordenamientos penales no aparece expresamente reconocida la referida causa de exención, ha entendido Bacigalupo que «estos casos se deben tratar por medio de una causa supralegal (no escrita) de exclusión de la culpabilidad o por medio de la causa genérica de exclusión de la culpabilidad de la no exigibilidad de otra conducta». *Cfr.* Enrique Bacigalupo Zapater: *Op. cit*., p. 401. *Cfr.* art. 34 del Código Penal de Costa Rica, que regula taxativamente la causa de exención de responsabilidad penal denominada *inexigibilidad de otra conducta.* También el art. 15-IX del Código Penal mexicano reconoce la ausencia de delito con fundamento en una situación de inexigibilidad.

23 *Cfr.* art. 26 del Código Penal vigente.

24 En nuestra área de cultura, el Código Penal boliviano comprende a la vis compulsiva bajo la denominación de violencia moral, como circunstancia eximente de la responsabilidad penal fundada en la inculpabilidad del sujeto (*cfr.* art. 16.3 del Código Penal boliviano).

[25] *Vid.* Edgardo A. Donna: *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-A, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 248.

[26] *Id*.

Bibliografía

Bacigalupo Zapater, Enrique: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed. renovada y ampliada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Creus, Carlos: *Derecho Penal, Parte General*, 3ra. ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

Donna, Edgardo A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-A, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

Fontán Balestra, Carlos: *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal, Parte General*, t. II, 3ra. ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

Menéndez, Emilio: *Código de Defensa Social* –concordado y anotado con la legislación y la jurisprudencia cubanas–, Ed. Librería Selecta, La Habana, 1952.

Mir Puig, Santiago: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2da. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

––––: *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2005.

Quirós Pírez, Renén: *Manual de Derecho Penal*, t. III, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

Righi, Esteban: *La culpabilidad en materia penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

Soler, Sebastián: *Derecho Penal argentino,* t. II*,* 5ta. ed., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.

Viada y Villaseca, Salvador: *Código Penal Reformado de 1870*, 4ta. ed., Ed. Madrid, 1890.

Welzel, Hans: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

Legislación

Código Penal de la República de Cuba, Ley 62 de 29 de diciembre de 1987.

Código Penal Alemán (StGB), de 15 de mayo de 1871 y reformado por última vez el 31 de enero de 1998.

Código Penal mexicano, de 14 de agosto de 1931, reformado por última vez el 23 de enero de 2009. Disponible en: < http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>.

Código Penal de Costa Rica, promulgado en virtud de la Ley 4573 de 4 de mayo de 1970, modificado el 14 de abril de 1998. Disponible en: <http://www.oas.org/Juridico/MLA/sp/cri/sp_cri-int-text-cpenal.pdf>

Código Penal de Colombia, Ley 599 de 24 de julio de 2000. Disponible en: <http://www.habeasdata.org/Colombia_Delitos_Informaticos>

Código Penal de Bolivia. Disponible en: http://www.oas.org/jgap_bol1.pdf.

Código Penal de Chile. Disponible en: <http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro1.htm>

Las circunstancias de nocturnidad y despoblado. Una visión desde el Código Penal cubano

Dayán G. López Rojas

El momento y el lugar de la comisión del hecho punible, además de revestir trascendental importancia en lo relacionado con la vigencia temporal y espacial de la ley penal, también es evaluado en otros supuestos que entrañan una problemática específica, como cuando el delito es cometido bajo el manto de la noche o en un sitio solitario.

La circunstancia de agravación recogida en el artículo 53-h) –«cometer el hecho de noche, o en despoblado, o en sitio de escaso tránsito u oscuro, escogidas estas circunstancias de propósito o aprovechándose de ellas»–, reúne bajo el mismo precepto las circunstancias de nocturnidad y despoblado, como ha sido tradición en nuestro ordenamiento punitivo histórico.

El Código Penal español de 1870 la regulaba como la decimoquinta de las agravantes compendiadas en el artículo 10, reconociendo bajo el mismo tenor la circunstancia de cuadrilla. Su redacción era la siguiente: «ejecutarlo de noche o en despoblado, o en despoblado o cuadrilla».[1]

El Código de Defensa Social reconoció la circunstancia de «ejecutar el hecho de noche o en despoblado, ya se elija esta circunstancia o simplemente se aproveche para la comisión del delito» en la letra S del artículo 41, entendiendo que su sentido de agravación provenía del hecho. La formulación que aquel cuerpo legal ofrecía de la analizada agravante resultaba más completa y coherente que la vetusta redacción de la circunstancia en el texto punitivo anterior, puesto que se incluyó en la letra del precepto lo que en la práctica judicial anterior había quedado establecido por vía jurisprudencial: la exigencia de que la circunstancia fuese elegida o aprovechada por el comisor.

En el Anteproyecto de Código Penal publicado en 1973, fruto del trabajo de la Comisión 2 de Estudio de la Legislación Penal del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, se reconocía en el inciso k) del artículo 58 la agravante de «ejecutar el hecho de noche, o en despoblado, o en sitio de escaso tránsito, escogidas

estas circunstancias de propósito». De los términos en que quedó redactado este elemento circunstancial se advierte como cuestión positiva la inclusión del «sitio de escaso tránsito» como modalidad del despoblado; sin embargo, redujo el ámbito de apreciación de la agravante a los supuestos en que la noche, el despoblado o el sitio de escaso tránsito fueran buscados de propósito, sin atender a los supuestos de aprovechamiento.

La redacción que poseen las circunstancias de nocturnidad y despoblado en la vigente ley penal aparece por vez primera en el Proyecto de Código Penal elaborado por la Asamblea Nacional del Poder Popular en 1978 –artículo 53-h)–, de donde fue asumida sin variación por la Ley 21 de 15 de febrero de 1979 (Código Penal de 1979). Con esta nueva formulación se incluyen el «sitio oscuro» y el elemento subjetivo del aprovechamiento.

1. La circunstancia de nocturnidad. Concepto y presupuestos objetivos

La circunstancia de ejecutar el hecho de noche, aun cuando se reconoce como una de las más invocadas, no es, sin embargo, de aquellas que han provocado que broten ríos de tinta para su explicación. Ello se debe a que el fundamento agravatorio de la nocturnidad es admitido por todos, justificándose de este modo un aumento de la reacción punitiva frente a quien realiza el hecho típico en tal situación.

El *Pequeño Larousse Ilustrado* define la noche como aquel «espacio de tiempo durante el cual está el sol debajo del horizonte», ofreciendo como otra entrada léxica la de «oscuridad que reina durante dicho tiempo».[2]

La doctrina más actual exige dos requisitos para que la circunstancia examinada cobre la virtualidad jurídica que el legislador le atribuye; a saber, un requisito de naturaleza objetiva, dado por la existencia de la situación de oscuridad asociada a la noche; y un requisito subjetivo que se traduce en la búsqueda o el aprovechamiento por parte del agente activo de dichas condiciones con el fin de debilitar la defensa que pudiera realizar el ofendido –por sí o mediante el auxilio de terceros– para facilitar la ejecución del hecho sancionable y, al tiempo, evitar ser descubierto.[3]

En el foro académico, algunos autores entienden en que el requisito objetivo debe englobar, junto a la situación material de oscuridad, la valoración de la noche como período destinado al sueño, presidido por la tranquilidad. Casasús (1950), por ejemplo, considera esta cuestión como un fundamento incluso superior a la falta de luz: «La circunstancia de que por la noche se entregan las personas al reposo: en campos y ciudades todo duerme, el sueño y el reposo impiden la vigilancia que, de ordinario, las personas ejercen sobre sus bienes, y es fácil, además, al delincuente huir sin perseguidores, una vez realizado el crimen».[4]

Garrido Montt (2003) también se refiere a la necesidad de tomar en cuenta que la noche supone las horas dedicadas al sueño, y nos explica que «lo que interesa en definitiva es establecer si se obró en la nocturnidad y durante el reposo, pues son estas últimas circunstancias las que facilitan la actividad delictiva».[5]

Los comentaristas del Código Penal de El Salvador incluyen dentro de la faz objetiva de la circunstancia, *la soledad* de la que normalmente se ve acompañada a la oscuridad, que se traduce en la *inasistencia de personas* que pudieran obstaculizar la ejecución del proyecto criminal, o ayudar a la víctima, o identificar al delincuente.[6]

Se trata, en última instancia, de valorar la situación concreta con arreglo al sentido que inspira la agravación en estas condiciones, o sea, analizando si en realidad existía una situación facilitadora de la ejecución y si, efectivamente, esta fue aprovechada por el agente, revelando así una mayor peligrosidad en el hecho, lo que en definitiva compete al órgano jurisdiccional.[7]

Para la valoración del requisito objetivo de esta agravante existe consenso en la doctrina en cuanto a que no debe seguirse un criterio cronológico o astronómico estricto, porque en congruencia con su fundamento lo verdaderamente trascendente es el predominio de la oscuridad sobre la luz. Cobo y Vives, siguiendo a Rodríguez Devesa, apuntan en este orden de ideas que el vocablo *nocturnidad* debe ser entendido en un sentido valorativo, siendo lo determinante la oscuridad de la noche y no la simple cronología, de lo que se deriva que si está iluminado el espacio donde se comete el delito se excluirá, por tanto, la agravación.[8]

Aceptado el criterio precedente como regla general, es preciso aclarar que la iluminación reinante en el escenario del delito no es suficiente para descartar, sin más, la aplicación de la nocturnidad; pues no es posible desconocer que, dada la propia organización de la vida social, por bien iluminado que se halle un lugar, la actividad social en tal sitio no se desarrolla de la misma manera

mientras transcurre el día que durante las horas de la noche, sobre todo en lo referente al favorecimiento de la ejecución y a la presencia de otras personas. Habrá que valorar cuidadosamente el hecho en toda su magnitud y extensión, determinando en cada caso si la noche ha influido ventajosamente en la ejecución del delito o no.

Es indudable que, en cuanto a este requisito objetivo, la redacción asumida por el vigente Código Penal es más abarcadora que las formulaciones aparecidas en los anteriores cuerpos punitivos. Además de utilizar los clásicos términos de *nocturnidad* y *despoblado*, el legislador amplía la base fáctica de la agravante para incluir los supuestos de sitio oscuro y de escaso tránsito.

Cómo valorar entonces el supuesto en que el delito sea cometido en horas del día, pero en un sitio donde reine la oscuridad: imagínese que un sujeto, por viejas rencillas personales, lesiona a otro aprovechando que se encuentran en un local que permanece en penumbras, a pesar de discurrir las horas de la tarde, que bien pudiera ser una sala de cine, por ejemplo.

La situación de oscuridad aprovechada por el delincuente en el ejemplo aludido entraña, sin dudas, un plus en la gravedad de la infracción, aumentando el peligro social que la misma supone, y encuentra asidero en la causal de agravación analizada, habida cuenta de su amplia formulación legislativa (sitio oscuro).

Sin embargo, entre la tradicional situación de nocturnidad y la de sitio oscuro parece mediar una sutil diferencia en cuanto a la gravedad. Esta situación de oscuridad o penumbra que reina en algunos sitios durante las horas del día debe acarrear un incremento en la respuesta penal, en tanto supone cierta ventaja y facilidad en cuanto a la ejecución y al logro de la impunidad; sin embargo, tal comportamiento ha de ser menos desvalorado que el de quien se vale, además de la oscuridad, del estado de reposo y de la soledad que acompañan a la noche, todo lo cual debería ser tomado en cuenta por el tribunal como parte del juicio de individualización de la pena.

2. La circunstancia de despoblado. Concepto y presupuestos objetivos

Por despoblado entiende el *Gran Diccionario de la Lengua Española Larousse*, en su segunda acepción, «lugar en el que no

consta concurrencia de personas», ilustrando tal significado del término con el siguiente ejemplo: «El delincuente aprovechó el despoblado para realizar el crimen».

Respecto al origen de esta circunstancia, recuerda Soler que surge vinculada al delito de robo, como cualificante del mismo, y se remonta al Derecho Romano, en el cual los ladrones de caminos recibían la designación especial de *grassatores*.[9]

Al igual que ocurre con la nocturnidad, la doctrina viene exigiendo dos presupuestos sobre los que ha de erigirse la comentada causa de agravación de la responsabilidad penal: uno objetivo o material y otro subjetivo o finalístico.

El presupuesto objetivo se vincula a las características del lugar donde acontece el hecho, el cual debe hallarse desprovisto de toda concurrencia de personas, excepto la víctima y el ofensor.

En orden al entendimiento y definición de la situación de despoblado se distinguen dos posiciones claramente definidas, que vamos a denominar restrictiva y extensiva.

La posición restrictiva exige que el escenario del delito haya de estar fuera del radio poblado, entendiendo como tal «los lugares habitados de las ciudades, villas, pueblos o aldeas y sus calles, plazas y baldíos inmediatos».[10] Para quienes asumen esta postura, el hecho de que un sitio enmarcado dentro de esos radios se caracterice por la ausencia de personas (un parque, por ejemplo), no convierte el lugar en despoblado.[11]

Este criterio, identificado con los lineamientos tradicionales, muestra mayor apego a la interpretación filológica o gramatical del vocablo *despoblado*, centrándose en cualidades arquitectónicas y topográficas del lugar –ausencia de edificaciones, sitios montuosos, etc.–, y al parecer está siendo superado por una postura extensiva, que atiende a la *ratio* de la agravación operada en estos casos.

La tesis extensiva considera que lo esencial en la determinación del despoblado es la constatación de la ausencia de personas, entendiendo por tal el lugar solitario y dejando a un lado los criterios urbanísticos. Garrido Montt, seguidor de esta última posición, sugiere interpretar el concepto de *despoblado* en forma progresiva, adaptándolo a la época, y rechaza la opinión de quienes consideran que despoblado es un lugar sin habitaciones, sin construcciones destinadas a ese efecto.[12]

En este mismo sentido se manifiesta Daminanocvich, razonando que el más poblado de los sitios se puede convertir en des-

poblado a ciertas horas o en cierta época, siendo lo fundamental la carencia de la posibilidad de apoyo de personas en el momento determinado en que la acción se lleva a cabo, o sea, las ventajas comisivas inherentes al despoblado.[13]

Con independencia de que los distintos autores ubiquen el lugar donde se ejecuta el hecho fuera o dentro del radio poblado, en lo que sí hay consenso es en que deben configurarse las ventajas comisivas inherentes al despoblado, que suponen bien la existencia de una real situación de desamparo en la víctima dadas las dificultades del auxilio de terceros; o bien las amplias posibilidades de impunidad del comisor debido a la ausencia de otras personas.[14]

De acuerdo a este criterio, los sitios que se conocen como *descampados*, o sea, aquellas extensiones de terreno al aire libre que no encuentran construcciones a su alrededor, no necesariamente han de identificarse con la noción de *despoblado* que, como ya se ha visto, está relacionada con la concurrencia o no de personas.

En cuanto a la variante de «escaso tránsito», vale decir que su inclusión dentro del precepto no hace más que evidenciar la postura asumida por el legislador de afiliarse a la postura extensiva; pues con esta frase se describe el lugar donde la afluencia de personas resulta eventual.

Tanto en la nocturnidad como en el despoblado, las circunstancias de favorecimiento en la ejecución, mayor desprotección de la víctima y logro de la impunidad, son alternativas posibles, no exigiéndose la concurrencia de todas y cada una de ellas para la apreciación de las agravantes analizadas.[15]

3. El requisito subjetivo en las circunstancias de nocturnidad y despoblado

En orden al requisito teleológico de búsqueda o aprovechamiento de la circunstancia, debe aclararse que, aunque fue reconocido por la doctrina y la jurisprudencia durante el período de vigencia en Cuba del Código Penal español de 1870, aparece normativizado por vez primera en el Código de Defensa Social de 1936, cuyo artículo 41-S exigía que se eligieran estas circunstancias o fueran aprovechadas.[16]

Es absolutamente indispensable para la configuración de estos elementos accidentales que, o bien el sujeto haya planificado con

antelación y preordenación ejecutar el hecho delictivo durante la oscuridad o en sitio despoblado; o aun cuando no hubiese preparado actuar en tales condiciones se encuentra con que se trata de una situación favorable y no la deja escapar, aprovechándose de ella.

Explican Madrigal García y Rodríguez Ponz que es común a estas circunstancias el elemento subjetivo, «consistente en que el sujeto activo, conocedor de la existencia de la circunstancia favorecedora para sus propósitos –bien la haya buscado adrede, bien sea esta sobrevenida– decida conscientemente aprovecharse de su presencia para una más segura comisión del hecho punible».[17]

Quien espera que transcurran las primeras horas de la noche para escalar la cerca que protege los predios de otra persona, con el ánimo de sustraer lo que allí encuentre, escoge de propósito dicha circunstancia,[18] mientras que el sujeto que, de noche, cruza frente a una vivienda cuya puerta se encuentra entreabierta y decide penetrar a su interior y apropiarse de un efecto electrodoméstico allí ubicado, a sabiendas de que al salir podrá cobijarse en la oscuridad, aprovecha sin lugar a dudas la oportunidad que le brida la noche de impedir su reconocimiento y alcanzar la impunidad.[19]

No será apreciable entonces el aludido elemento accidental cuando la noche signifique algo eventual que rodea al hecho delictivo, pero que en nada lo influye. Imagínese una riña que se suscite entre dos sujetos en una fiesta nocturna, de la cual se derivan lesiones para ambos contendientes. En este caso la noche no fue buscada ni aprovechada por ninguno de ellos.[20]

Normalmente esta causal de agravación se aprecia en delitos contra los derechos patrimoniales, contra la vida y la integridad corporal, contra las relaciones sexuales, lo cual no impide que, de acuerdo a las particularidades del hecho, pueda ser considerada en otros delitos. Asimismo es muy rara su aplicación en determinadas especies delictivas tales como el cohecho, la estafa, la prevaricación, donde el accidente noche poco importa, porque en nada influye el tiempo en su comisión.[21]

En todo caso, hayan sido buscadas o aprovechadas las circunstancias, lo que realmente interesa es que el sujeto debe haber obrado intencionalmente, valorando las ventajas que ello le reportaría para conseguir su propósito delictuoso; pues comoquiera que las circunstancias genéricas completan la descripción del tipo objetivo, condicionando la adecuación típica, igualmente deben ser abarcadas por el dolo.[22]

La probanza del elemento subjetivo constituye la mayoría de las veces una tarea compleja, que debe llevar adelante el tribunal, con empleo de la vía deductiva, escudriñando entre los hechos que estime probados cuáles eran los reales propósitos del acusado.[23]

4. Fundamento de estos elementos accidentales

El fundamento de estas circunstancias radica en un aumento del *desvalor del resultado*.[24] Inicialmente, pudiera alguien discrepar de este criterio alegando que la concurrencia de dichas agravantes en nada modula la intensidad del daño o lesión ocasionada al bien jurídico protegido por el delito, que la afectación del patrimonio del perjudicado de un delito de hurto será la misma con independencia de que el hecho sea cometido de día o de noche, con o sin la concurrencia de personas.

Un análisis más detenido indica que los bienes jurídicos que se encuentran envueltos en dichas circunstancias –que ocasionan la indefensión de la víctima o la desprotección de los bienes– resultan merecedores de una mayor tutela penal.[25] Si el legislador decide aumentar la represión en cuanto a los hechos cometidos en despoblado, o durante la oscuridad de la noche, es precisamente en atención a que el amparo del objeto jurídico del delito se considera sensiblemente disminuido.

Por tal razón los ataques a los bienes jurídicos por parte de quien se ve favorecido por dichas situaciones, tanto en la ejecución misma del delito como en el logro de la impunidad, habrá que entenderlos cargados de un plus de antijuricidad y causantes de un mayor agravio.

El estado de desamparo en que han de hallarse sumidos los bienes jurídicos ha de resultar debidamente constatado de la situación fáctica, pues de ello dependerá la real facilidad en la ejecución o el logro de la impunidad pretendidos por el agente.

Cerezo Mir, en otro orden de ideas, aduce que cuando el sujeto busca esta circunstancia no solo con el ánimo de debilitar la defensa del ofendido, sino con el marcado propósito de dificultar su identificación o detención y facilitar, por tanto, su impunidad, su fundamento se deriva esencialmente de razones político-criminales.[26] Y lleva razón en parte este autor cuando asocia la justificación de estas agravantes a razones de política criminal, pues aunque estas circunstancias tienen un fundamento esencialmente dogmático en

tanto gradúan a la pena porque modulan, en primer término, al delito,[27] es cierto que a la luz de las actuales concepciones sobre la teoría del delito, injusto y culpabilidad no están ajenos a las exigencias político-criminales, debiendo admitirse que el catálogo de circunstancias que rodean al delito, en mayor o menor medida, están cofundamentadas por determinadas razones preventivas.[28]

Los atentados contra bienes jurídicos perpetrados de noche o en sitios solitarios generalmente ocasionan un sentimiento de temor dentro del conglomerado social, viéndose afectada la tranquilidad ciudadana. Ante tales realidades se hace absolutamente necesario reafirmar de la función instrumental de las normas jurídico-penales e impedir que adquieran un efecto simbólico. [29]

No obstante, debe valorarse críticamente la procedencia de apreciar o no la circunstancia de aprovechamiento de tiempo o lugar, cuando esta se justifique exclusivamente en el propósito del sujeto de burlar la acción de la justica. Si bien es cierto que desde el surgimiento de estas circunstancias se ha aducido como parte de su fundamento la búsqueda de la impunidad por el comisor, tal razonamiento está perdiendo la solidez de antaño y –con absoluto acierto– se han levantado voces que denuncian la «oscuridad» de esta razón de agravamiento, arguyendo que en el Derecho Penal, por regla general, los actos de autoencubrimiento suelen ser considerados no punibles por cuanto nadie tiene la obligación de contribuir a su punibilidad.[30]

Ciertamente resulta un tanto forzado pretender que haya mayor peligrosidad en el hecho del delincuente que procura el logro de su objetivo, o no ser descubierto o capturado. Sería como agravar la normalidad cuando parece obvio que lo que ha de agravarse es lo extraordinario.

Como se ha explicado *ut supra*, no es suficiente para la apreciación de la agravante que el hecho sea perpetrado de noche o en despoblado sin más, sino que por propia exigencia del legislador se requiere que dicha circunstancia haya sido escogida de propósito o aprovechada por el comisor para el logro de sus designios criminales. Sin embargo, no debe interpretarse la necesaria presencia de tal requisito teleológico en estas circunstancias en el sentido de atribuir a las mismas una naturaleza subjetiva, pues todas ellas requieren la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos, y aun cuando sean objetivas no por ello pueden dejarse de conocer y querer sus elementos objetivos, porque ello es requerido para afirmar la presencia de dolo.[31]

5. Algunos supuestos de inherencia, compatibilidad y comunicabilidad

La circunstancia de agravación genérica del artículo 52-h del Código Penal no es de apreciación en el tipo de violación de domicilio, cuando el hecho es ejecutado de noche o en despoblado, pues en este caso constituye un elemento típico accidental que da lugar a una figura cualificada, sin que sea lícito reduplicar la consecuencia negativa derivada de una única conducta.[32] Lo mismo cabe decir para el delito de hurto de la modalidad conocida como *carterismo*, en el cual la noche o la ausencia de personas en el lugar de la comisión del hecho han de ser valoradas como las «circunstancias propicias» a las que alude el precepto.[33]

Son compatibles entre sí, y en principio apreciables conjuntamente, la nocturnidad y el despoblado, y el sitio oscuro con el de escaso tránsito, dada la disyunción con que aparecen formuladas en el precepto. No obstante, habrá que analizar a la luz de la particularidad del caso las reglas generales sobre la comunicabilidad. Así, resulta opinable, por ejemplo, la apreciación conjunta como circunstancias distintas, de la nocturnidad y el despoblado cuando la noche ha sido buscada para aprovechar la soledad que esta ofrece a determinado sitio. Ello significaría un *bis in idem,* por cuanto se estaría valorando doblemente el elemento finalístico que guía el actuar del sujeto, y que se orienta a garantizar la inexistencia de posibilidades de auxilio para la víctima o el logro de la impunidad.

En términos generales se muestran compatibles con las demás agravantes, pero resulta controvertida su apreciación junto a la alevosía, prevista como circunstancia genérica en el artículo 53-i) del Código Penal cubano. Gil Merino admite su compatibilidad con la alevosía únicamente en los casos en que la circunstancia de tiempo o lugar haya sido buscada o aprovechada para lograr la impunidad, no así cuando se haya perseguido y conseguido el debilitamiento de la defensa de la víctima, dada la naturaleza cuasi alevosa de la circunstancia en estos casos.[34]

Siendo consecuente con la postura antes defendida, en punto disentir del criterio que señala la búsqueda de la impunidad como una de las razones que sirve de fundamento a estas circunstancias, sustentamos entonces la imposibilidad de apreciar las agravantes de nocturnidad y despoblado junto a la circunstancia de alevosía en razón de la identidad de fundamento.

Si bien no aparecen razones dogmáticas que se opongan a su compatibilidad con el catálogo de atenuantes, cuando concurran la nocturnidad o el despoblado junto a una circunstancia atenuante que suponga un menor reproche fundado en la disminución de la capacidad de culpabilidad, tendrá que acreditarse si el agente tuvo conciencia de las facilidades comisivas.[35]

Dada la faz objetiva que caracteriza a estas circunstancias, por su influencia en el desvalor del resultado, son extensibles a todos los sujetos que hayan tomado parte en la ejecución llevada a cabo en dichas condiciones fácticas. En respeto al principio de culpabilidad, se exigirá que al momento de la ejecución delictiva hayan sido plenamente conocidas y aceptadas por los mismos, sin que las meras sospechas sobre estas autoricen su apreciación (*cfr.* artículo 51 del Código Penal cubano).

6. Las circunstancias de nocturnidad y despoblado en el Código Penal español de 1995 y en algunos cuerpos legales latinoamericanos

El Código Penal español de 1995 simplificó notablemente el elenco de circunstancias que aparecía en la ley anterior. Los supuestos en los que el delito se comete de noche o en sitio despoblado son ahora reconducidos a la agravante genérica segunda del artículo 22, que recoge, junto a las clásicas agravantes de disfraz y abuso de superioridad, la circunstancia de ejecutar el hecho aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o abuso de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

Un bosquejo por nuestra área geográfica pone de manifiesto que los códigos penales latinoamericanos constituyen un mosaico de variadas posiciones legislativas en cuanto al reconocimiento de las circunstancias examinadas.

El Código Penal de México, acogiéndose a las modernas técnicas legislativas, no se detiene en el reconocimiento de circunstancias genéricas en su Parte General, y opta por el denominado modelo alemán de reglamentación de las circunstancias. El juzgador mexicano goza de plena libertad al momento de individualizar la pena, dentro del marco legal, apreciando aquellas «circunstancias exteriores de ejecución» y «las peculiares del delincuente». Para

ello ha de basarse en la «gravedad del ilícito» y el «grado de culpabilidad del delincuente», y debe tomar en cuenta, entre otros factores de individualización, «las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado» (*cfr.* artículos 51 y 52 del Código Penal Federal de México).

Similar postura es la sumida por el artículo 37 del Código Penal de Bolivia, que en lo referente a la fijación de la pena, manda al juez a atender a la personalidad del autor, a la mayor o menor gravedad del hecho, a las circunstancias y a las consecuencias del delito, estableciéndose en el apartado 2 del artículo 38 que «para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido». Si bien es cierto que este cuerpo legal tampoco se refiere expresamente a las agravantes de nocturnidad y despoblado, la fórmula amplia con la que habrá de valorarse el hecho permite al órgano jurisdiccional tomar en consideración los casos en que el sujeto haya elegido la noche o la ausencia de personas para la mejor comisión del delito, lo que confiere mayor gravedad al hecho.

La ley penal costarricense regula nueve agravantes genéricas en su artículo 77, y cuatro circunstancias de agravación especial en el artículo 78, dentro de las cuales no figuran nominadas ni la nocturnidad ni el despoblado. No obstante, el juzgador puede considerarlas en virtud de lo preceptuado en el artículo 73 que, estableciendo los lineamientos generales de determinación de la sanción, dispone que tanto para cuantificar como para elegir la pena de los delitos y las contravenciones, el juez tendrá especialmente en cuenta, entre otras cuestiones, «las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la conducta».

El Código Penal colombiano recoge como causal de mayor punibilidad la circunstancia de «ejecutar la conducta aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe» (*cfr.* artículo 58.5). La redacción de esta circunstancia, con analogía a la fórmula empleada por el Código Penal español de 1995, permite que se incluyan dentro de esta las nociones de nocturnidad y despoblado como circunstancias de tiempo y lugar, respectivamente.

Los Códigos Penales de Chile, El Salvador, Venezuela y Ecuador son, de todos estos cuerpos legales, los que siguen la misma línea legislativa del código patrio. Dentro del catálogo de agravantes genéricas que reconoce el legislador chileno, sitúa la de

«ejecutar el hecho de noche o en despoblado» como la 12da. del artículo 12. La ley salvadoreña, por su parte, dedica el artículo 30 a la reglamentación de las circunstancias agravantes e incluye dentro de ellas la de «cometer el delito buscando de propósito la noche o el despoblado» como una circunstancia consistente en el aprovechamiento de facilidades de orden natural.

El cuerpo punitivo venezolano recoge como circunstancia agravante del hecho punible la de «ejecutarlo en despoblado o de noche» como la 12da. de las previstas en el artículo 77, aclarando seguidamente que los tribunales la estimarán «atendiendo a las condiciones del delincuente y a los efectos del delito».

El legislador ecuatoriano reconoce taxativamente dentro del catálogo de circunstancias agravatorias, recogidas en el artículo 30, la de «ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado o la noche».

Notas

1 En todas las disposiciones legales y pronunciamientos judiciales que ilustran este trabajo, se ha respetado la ortografía de la época.

2 Miguel De Foran y Girbert: *Pequeño Larousse Ilustrado*, Ediciones Revolucionarias, La Habana, 1968.

3 *Apud*. Luis Rodríguez Ramos *et al*.: *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 2da. ed., Ed. La Ley, 2007, p. 124; Juan J. Bustos Ramírez y Malarée Hernán Hormazábal: *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 409; Santiago Mir Puig: *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2005, p. 620.

4 J. E. Casasús: *Código de Defensa Social y Derecho Penal complementario*, t. I, 2da. ed., Ed. Molina y Compañía, La Habana, 1950, p. 482.

5 Mario Garrido Montt: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, 1ra. ed.,, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p.136.

6 *Cfr*. Francisco Carrasco Moreno *et al*.: *Código Penal comentado de El Salvador*, t. I, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, [s.a], p. 197.

7 Recuérdese la opinión de Kaufmann en cuanto a que «la tarea fundamental del juez penal no se agota en la subsunción del hecho bajo una ley determinada, sino que requiere la cuantificación y materialización del juicio de valor expresado en la ley». Citado por Alex Van Weezel de la Cruz: «Compensación de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, no. 3, 1997, p. 460.

[8] *Cfr.* Manuel Cobo del Rosal y Antón Tomás S. Vives: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 626. Ya Mendizábal entendía que «la nocturnidad tiene importancia en cuanto la falta de luz impide prevenirse, defenderse contra el ataque y aprehender al delincuente; luego, donde haya luz bastante para evitar los inconvenientes apuntados, no hay motivo para estimar la circunstancia». Casasús, trayendo a debate tal opinión, desechaba la tesis de Mendizábal por entender que «se trata de una circunstancia objetiva y siempre que el hecho se realice de noche, aunque haya torrentes de luz, iluminando el escenario del delito, habrá de apreciarse». J. E. Casasús: *Op. cit*., p. 482.

[9] *Vid*. Sebastián Soler: *Derecho Penal argentino,* t. IV, 4ta. ed., Ed.Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 290.

[10] *Cfr.* Julio O. Chiappini: «El robo en despoblado», en Julio O. Chiappini: *Problemas de Derecho Penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, [s.a], p. 67. Este criterio, al que Núñez caracteriza de absoluto, entiende el despoblado como «el lugar poco poblado o frecuentado, y distante de casas habitadas, lo cual constituye un elemento que significa desamparo para la víctima o sus bienes, e impunidad para el ofensor». Citado por Edgardo A. Donna: *Derecho Penal, Parte Especial*, t. II-B, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 172.

[11] *Cfr.* Carlos Creus: *Derecho Penal, Parte Especial*, t. I, 6ta. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 433.

[12] *Cfr.* Mario Garrido Montt: *Op. cit*., p. 230. De esta opinión, Donna, quien advierte que «no hay que confundir la agravante con falta de casas, sino que se trata de que la víctima no pueda recibir ayuda de otras personas». *Cfr.* Edgardo A. Donna: *Op. cit.,* p.173.

[13] *Cfr.* Laura Daminanocvich de Cerredo: *Delitos contra la propiedad*, 3ra. ed., Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 130.

[14] Bajo esta línea de interpretación, Creus niega la condición de despoblado a un campamento, compuesto por un gran número de personas ubicado en campo abierto. *Vid.* Carlos Creus: *Op. cit*., p. 433.

[15] *Apud*. Julio O. Chiappini: *Op. cit*., p. 73. Ya un longevo pronunciamiento judicial, de 19 de enero de 1885, se manifestó en el sentido de «estimar la circunstancia de ejecutar el delito de noche siempre que se aproveche para facilitar la realización o la seguridad del hecho o la impunidad del delincuente». *Cfr.* Salvador Viada y Vilaseca: *Código Penal Reformado de 1870*, 4ta. ed., Ed. Madrid, 1890, p. 305. Aunque la sentencia solo se refiere a la nocturnidad, el análisis que contiene se hace extensivo al despoblado por compartir ambas circunstancias idéntico fundamento.

[16] *Cfr.* Artículo 41-S del Código de Defensa Social.

[17] *Cfr.* Carmelo Madrigal García y Juan l. Rodríguez Ponz: *Derecho Penal, Parte General (Judicatura)*, Ed. Carperi, Madrid, 2004, p. 178. Este criterio ha sido acogido sin ambages por la Sala de Casación del Tribunal Supremo Popular, de lo que es ejemplo la sentencia 52 de 9 de enero de 1978, la que se pronunció negando la concurrencia de la examinada causal de agravación genérica bajo el fundamento de que «no es exacto que el agresor escogiera o aprovechara la noche para cometer el delito y, por ende, no concurre la agravante del art. 41-S del Código de Defensa Social, pues en verdad quien escogió la noche fue la víctima, que trató de introducirse en la casa de su cuñado para sostener relaciones con la esposa de este, con la que, según suponía el marido, sostenía aquellas relaciones a despecho del parentesco existente entre ambos hombres; y si el delito se produce en esas horas no fue por elección del autor, ni porque este se aprovechara de esa circunstancia ventajosa». en *Boletín del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba*, Edición Ordinaria, 1978, p. 257.

[18] Ilustrativa resulta en este sentido la sentencia 345 de 17 de diciembre de 1940, del Tribunal Supremo de Cuba, la cual valoró que «sabedores los procesados que el perjudicado pasaba todos los días a la una de la mañana por un determinado lugar y allí se apostaron para tratar de robarlo, resulta bien apreciada la agravante de nocturnidad». *Vid*. Emilio Menéndez: *Código de Defensa Social* –concordado y anotado con la legislación y la jurisprudencia cubanas–, Ed. Librería Selecta, La Habana, 1952, p. 303.

[19] En una antigua sentencia de fecha 4 de octubre de 1892 se estableció el criterio de que «para que la nocturnidad pueda apreciarse, como circunstancia agravante, no es preciso, en todo caso, que se declare previamente que el procesado buscó de propósito la noche, para cometer el delito, bastando solo que, por la naturaleza y accidentes de este, se desprenda, a juicio del tribunal, que la expresada circunstancia se aprovechó, por el delincuente, facilitando con ella su criminal intento o asegurando en mayor grado su impunidad». *Cfr.* J. E. Casasús: *Op. cit*., p. 542.

[20] Este criterio aparece sustentado en una antiquísima sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 27 de diciembre de 1875, la cual aludía a que «apareciendo de los hechos consignados y declarados probados en la sentencia que la herida que el acusado infirió a su tío, si bien fue de noche, ocurrió a esa hora accidentalmente, pues fue en la que su tío entró en su habitación para reprenderle y castigarle, es evidente que la Sala sentenciadora, al apreciar en este caso la circunstancia agravante de la noche, infringió el art. y número citados por el Ministerio Fiscal recurrente». *Cfr.* Salvador Viada y Vilaseca: *Op. cit*., p. 303.

[21] *Cfr.* Salvador Viada y Vilaseca: *Op. cit*., p. 302. Explica con acierto y lógica este autor, tomando como ejemplo el delito de prevaricación, que es indiferente que el juez que a sabiendas dicte una sentencia injusta lo verifique de noche o de día, pues con la misma facilidad puede hacerlo en uno u otro momento.

[22] *Apud*. Enrique Bacigalupo Zapater: *Manual de Derecho Penal, Parte General,* Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 88.

[23] La sentencia de la Sala 2da. de lo Penal del Tribunal Supremo español, de fecha 7 de marzo de 2001, se pronunció al respecto razonando que «como todo lo que se guarda en lo más profundo del ser anímico, solo puede probarse por una serie de datos (anteriores, coetáneos y posteriores) que manifiesten, desempolvando íntimos secretos, la voluntad querida». *Cfr.* Pedro Martín García: «Problemas procesales del dolo: su prueba», en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Edición especial para IBERIUS, 2004.

[24] De esta opinión Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, quienes defienden el criterio de que las agravantes erigidas sobre el aprovechamiento de circunstancias de lugar y tiempo que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente, se fundamentan en un aumento del *desvalor del resultado. Vid*. Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée: *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 409. En contra, Cerezo Mir, quien considera que «la circunstancia agravante de aprovechamiento de las circunstancias de tiempo supone una mayor gravedad de lo injusto y concretamente del desvalor de la acción, si el sujeto las ha elegido o se aprovecha consciente y voluntariamente de ellas, con el fin de debilitar la defensa del ofendido». José Cerezo Mir: *Curso de Derecho Penal Español*, *Parte General*, t. II –Teoría Jurídica del Delito–. Disponible en: http://www.adalog.es/juegosjuridicos/documentos%5C1000542.pdf. [Consulta: 8/3/09].

[25] Enseña Mir Puig que «la antijuricidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuricidad, en primer lugar, por existir un desvalor de resultado especialmente grave y/o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones. Este resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad (desvalor de la conducta)». *Cfr.* Santiago Mir Puig: *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2005, p. 166.

[26] José Cerezo Mir: *Op. cit*. Es oportuno recordar en este sentido que algún autor ha encontrado la razón del agravamiento de la pena en el robo cometido en despoblado, en «el interés público en que se circule por los caminos sin temor ni peligro». *Cfr.* Sebastián Soler: *Derecho Penal argentino,* t. IV, 4ta. ed., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 290.

[27] Defiende esta posición, dentro del penalismo clásico, el maestro Luis Jiménez de Asúa, quien sostuvo que «no parece propio tratarlas como datos para la medida de la pena [...] porque si agravan o atenúan la pena será por algo. Y ese algo es el grado de culpabilidad o peligrosidad». *Vid.* Luis Jiménez de Asúa: *Principios de Derecho Penal, la ley y el delito*, 3ra. ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 443.

[28] La moderna construcción de la teoría del delito se erige sobre la base de principios político-criminales, atendiendo precisamente a que el Derecho Penal hoy se concibe como un *Derecho Penal orientado a las consecuencias*, convirtiendo la comprobación empírica de las consecuencias que este persigue en un elemento fundamental para la interpretación del conjunto normativo que interesa al jurista. *Cfr.* Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde: *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 15 y ss.

[29] Silva Sánchez denomina *función instrumental de las leyes penales* a la que se logra a través de la influencia de mandatos y prohibiciones eficaces y «mediante la aplicación real de las consecuencias jurídicas de su infracción sobre el comportamiento de sus destinatarios, a fin de obtener el efecto deseado, modificar la realidad». Y explica que «la función simbólica o retórica de las normas se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido». *Cfr.* Jesús M. Silva Sánchez: *Aproximación del Derecho Penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 304 y 305.

[30] *Cfr.* Enrique Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 240, 621.

[31] *Apud*. Santiago Mir Puig: *Op. cit.,* p. 617.

[32] *Cfr.* art. 287.1.2 en relación con el 47.2 del Código Penal cubano.

[33] *Cfr.* art. 324 del Código Penal cubano.

[34] *Cfr.* Antonio Gil Merino: «El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal. Las circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Edición especial para IBERIUS, 2004. La sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 17 de junio de 1948, estableció en orden a la posibilidad de compatibilidad de la nocturnidad con la alevosía que «cuando se elige la nocturnidad con los objetivos propios y característicos de la alevosía, y no con los de procurar facilidades o que el delito quede impune, el elemento de nocturnidad forma parte integrante de la alevosía». *Cfr.* J. E. Casasús: *Código de Defensa Social y Derecho Penal complementario*, t. I, 2da. ed., Ed. Molina y Compañía, La Habana, 1950, p. 551. Lo propio cabe decir del despoblado, que como ya se

ha reiterado puede ocasionar un estado de indefensión en la víctima producto de la falta de ayuda de terceros. La Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de España, en su sentencia 623 de 9 de abril de 2002, consideró que las circunstancias de nocturnidad y despoblado «participan de alguna manera de rasgos de naturaleza alevosa». Disponible en http://sentencias.juridicas.com [Consulta: 11/3/09].

35 *Apud.* Antonio Gil Merino: *Op. cit*.

Parte Especial

¿Malversación por dolo eventual? Análisis de una reciente postura de la jurisprudencia cubana[1]

Harold Bertot Triana
Dayán Gabriel López Rojas

Tema de comentario

Alcance del tipo subjetivo en el delito de malversación previsto en el artículo 336.1 del Código Penal cubano. Incompatibilidad entre este ilícito y el dolo eventual.

Ponente

Alina Santana Echerri.

Extremos enjuiciados

Si la modalidad de la conducta típica del delito de malversación referida al «consentir que otro se apropie» resulta compatible con el dolo eventual.

Doctrina sentada

Se integra el delito de malversación, a título de dolo eventual, cuando la persona obligada a ejercer el control de los recursos conozca que se producen extravíos y no adopta medidas para evitarlo, propiciando con su indiferencia que otros tomen para sí bienes bajo su custodia.

Textos legales aplicados

Los artículos 336, apartado 1; y 9, apartado 1, del Código Penal.

Fallo

Con lugar la solicitud de revisión.

Hechos

Ante la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular, se promovió procedimiento de revisión por el viceministro de Justicia contra la sentencia 266, de 22 de septiembre de 2011, dictada por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana en la causa 130 de 2010, seguida por un delito de malversación, contra varios acusados, entre ellos REGM, en favor de quien se promueve el mencionado procedimiento especial, y quien resultó sancionado a ocho años de privación de libertad por haberse estimado responsable del siguiente hecho:

El acusado REGM había conocido el resultado de un inventario realizado en marzo de 2006, que comprobaba la existencia de diferencias en los saldos de los productos que no fueron aclaradas en el submayor mediante documentos, ni se emitieron los modelos de ajustes, sin que ello se informara a los niveles requeridos ni se registrara como faltantes o sobrantes sujetos a investigación, situación que contrastó con la posición asumida por el acusado, quien se limitó a referir que no había irregularidades. Asimismo, a sabiendas del resultado de otro inventario realizado por una verificación en el mes de 2007 –a partir de que fuera advertido por un oficial del Ministerio del Interior que se estaban sacando mercancías en un montacargas hasta la cerca perimetral de la entidad y se vendían en la calle–, a resultas de lo cual se constató la presencia de diferencias en 11 renglones del almacén; el acusado tampoco lo informó a sus superiores ni adoptó medidas para su depuración, cuando su deber era esclarecer lo que acontecía y poner fin a las anomalías que allí sucedían. De tal estado de cosas se tuvo conocimiento únicamente al practicarse en esa entidad una auditoría especial por parte de la Dirección de Auditoría de Copextel, que confirmó la existencia de pérdidas de bienes por valor de 36 298,86 CUC. Igualmente se determinó que GM era responsable de controlar y exigir a sus subordinados la adopción de las medidas para el cuidado y protección de los recursos almacenados, de comunicar a los niveles superiores la existencia de faltantes de renglones de productos, de permitir que los empleados tuvieran acceso al sistema de inventarios, en franca violación de las normas informáticas, entre otros incumplimientos. Se explicitaba además, que con su inacción y falta de rectitud había contribuido a que perdurara en ese lugar el desorden y facilitó la apropiación de bienes que estaba obligado a cuidar.

En solución al caso, el Tribunal Supremo declaró CON LUGAR la solicitud de revisión promovida por el viceministro de Justicia, pero únicamente a los efectos de diferenciar la extensión de la pena impuesta a REGM, respecto a quien se acordó una sanción menos severa que la impuesta al resto de los sancionados; ratificándose el criterio sostenido por el Tribunal Provincial en punto a que el hecho protagonizado por REGM integra un delito de malversación cometido por dolo eventual.

Fundamentos de Derecho

Quinto Considerando: Que la intención como elemento subjetivo de la actuación criminal no está únicamente determinada por la ejecución u omisión de un acto con el marcado propósito de producir su resultado, sino que también debe apreciarse como una acción pensada aquella en que a los actores les resulta indiferente que se produzcan o no las consecuencias dañosas, lo que define el dolo eventual y, al observarse de los hechos declarados probados en la sentencia que se examina, que guardan estrecha relación con la prueba practicada, y además del resultado de las reproducidas ante el tribunal de revisión, que GM tenía la obligación de ejercer un debido control de los recursos y evitar que se produjeran desvíos, a lo cual faltó, a pesar de conocer irregularidades que ponían de manifiesto el extravío de los renglones almacenados, es incuestionable que con su indiferencia propició que otros tomaran para sí bienes bajo su custodia; por tanto se confirma su culpabilidad en los hechos, y se ratifica la calificación jurídico-penal que dieran los juzgadores a los sucesos declarados probados.

1. Contenido del tipo subjetivo del artículo 336.1 del CP. Especial referencia a la modalidad de «consentir que otro se apropie» según la interpretación de un reciente sector jurisprudencial del Tribunal Supremo de Cuba

La solución judicial contenida en la resolución que se comenta obliga a adentrarse en la problemática vinculada al alcance del tipo subjetivo en la figura básica del delito de malversación que

prevé el artículo 336.1 del Código Penal[2] (en lo adelante CP), y más detenidamente en lo que respecta a la modalidad típica del «consentir que otro se apropie», con la finalidad de esclarecer y tomar partido en punto a si esta variante de la conducta incriminada resulta compatible con el dolo eventual o no.

Conviene dejar sentado *ab initio* que la fórmula generalmente empleada por el legislador cubano para indicar que una conducta típica solo compatibiliza con el dolo directo –con exclusión del dolo eventual y la imprudencia–, consiste en complementar la descripción de la conducta incriminada con las expresiones intencionalmente, de propósito, a sabiendas, etc. No obstante, a falta de expresa alusión a tales elementos, la posibilidad de dar cabida a todo el abanico de formas de imputación subjetiva vendrá determinada por una interpretación *ad integrum* que tome en cuenta, entre otras cuestiones, el alcance y significado de los verbos rectores empleados en la construcción del tipo, en armonía con sus finalidades político-criminales y el bien jurídico que protege.[3]

No constituye, pues, una situación ajena al intérprete del texto penal patrio la necesidad de definir –entre otros aspectos– la clase de dolo que admite un determinado tipo penal; extremo que siempre habrá de determinarse desde presupuestos históricos, teóricos, jurisprudenciales y lingüísticos.

En lo que respecta al contenido del tipo subjetivo del delito de malversación recogido en el artículo 336, apartado 1, del CP la doctrina patria –tanto antigua[4] como contemporánea–, ha coincidido en entender que se trata de un delito doloso; y en el contexto académico actual prevalece la opinión defendida por la profesora Goite Pierre, quien, partiendo de una adecuada interpretación del sentido y significado de los verbos rectores empleados en el esquema típico (apropiarse y consentir la apropiación), infiere el ánimo de lucro ínsito a la conducta incriminada y concluye que esta ha de estar regida por el dolo.[5]

La jurisprudencia cubana ha seguido tradicionalmente esta línea interpretativa, de lo que dan cuenta, entre otras, las sentencias 1477, de 28 de abril de 1987, y 3244, de 17 de septiembre de 2010. La primera de estas resoluciones incluye dentro del elemento subjetivo del delito de malversación al «móvil de lucro como estímulo determinante»,[6] mientras que en la segunda se afirma que el comentado ilícito es de «aquellos provocados por la codicia de las personas».[7]

Desde la perspectiva de análisis del tipo subjetivo merece particular atención la modalidad consistente en «consentir que otro se apropie», porque si bien es cierto que desde antaño se ha venido asumiendo que esta variante típica lleva implícita la voluntad manifiesta del sujeto especial proyectada a incumplir deliberadamente alguno de los deberes inherentes al cargo que ocupa, con la finalidad de permitir la apropiación por parte de un tercero, tal posicionamiento teórico, sin embargo, parece estar sometido en los últimos tiempos a un vaivén de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y mientras unas sentencias continúan apegadas a la postura que entendemos correcta, asumiendo el dolo directo como única forma de imputación subjetiva compatible con la analizada modalidad omisiva, otras, en la línea de la ahora comentada, asumen un criterio excesivamente amplio al momento de evaluar el alcance de tal modalidad típica que parece desentenderse de las fronteras que delimitan este ilícito y el que se prevé en el artículo 222 del CP.

Un típico exponente de la primera línea jurisprudencial lo constituye la sentencia 65, de 14 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.[8] En esta resolución judicial –verdadera pieza de buena doctrina– se deja sentado que:

«En lo que corresponde a la modalidad típica del delito de malversación, relativa al consentir que otro se apropie de los bienes objeto de este ilícito, la que constituye una variante omisiva en virtud de la cual el agente activo quebranta el deber de impedir la lesión patrimonial que le viene impuesta por razón del cargo que ocupa; y en el orden subjetivo igualmente esta forma de comisión debe estar animada por un dolo directo, en tanto el comisor actúa con el claro propósito de lograr que un tercero se apropie de tales bienes, quedando satisfecho en estos casos el ánimo de lucro con la mera existencia de un beneficio para aquel sin que necesariamente ello suponga algún tipo de retribución económica para el infractor. De manera que en este asunto, en el que la sancionada, administradora de una unidad de correos, al incumplir con sus funciones, propició que personas no identificadas tomaran determinada cantidad de dinero en efectivo, no incurre en el delito de malversación aplicado con equivocado criterio, por cuanto no resulta de los hechos que diera aquella su consentimiento para que otros se apropiaran del señalado efectivo, lo que ocurrió por cau-

sas ajenas a su voluntad, aunque los actos de incumplimiento de algunas normas establecidas para las operaciones en los ventanillos a sus subordinados, y los de omitir los mecanismos de control correspondientes, los haya realizado de forma consciente, pues ello nos indica tan solo una conducta negligente de su parte, que dio lugar a que otros se apropiaran de los bienes que administraba, lo que integra un delito de incumplimiento del deber de preservar los bienes en entidades económicas, que contempla el artículo 222 de la norma sustantiva antes citada».

Parece inscribe asimismo en esta línea la sentencia 242, de 18 de marzo de 2014, dictada por la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular,[9] que en punto a la variante omisiva del delito de malversación considera que:

«Este consentir contiene la voluntad manifiesta del sujeto especial que a sabiendas deja de realizar algunos de los deberes que le vienen impuestos por su función para así asentir la apropiación de un tercero. Indiscutiblemente la malversación es un delito doloso o intencional, lo que significa que no ocurre por imprudencia».

La posición contraria, gestada en los últimos tiempos y asumida por la comentada resolución, ya se avizoraba con la sentencia 242, de 27 de febrero de 2013, dictada por la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular,[10] que en lo atinente razonó:

«Que no lleva razón la representación letrada de la recurrente AMRH, porque no estaba ajena, existía el conocimiento de lo que estaba ocurriendo con el dinero que a través del uso injustificado de las tarjetas magnéticas realizaban algunos choferes, lo que no hizo saber a la dirección de la entidad, y más bien buscó una salida que no era la apropiada, ni se correspondía con la postura que debía asumir como jefa del Departamento Económico de la Unidad Empresarial de Base, lo que implica un delito de comisión por omisión u omisión impropia, en el que el resultado de la sustracción por parte de otros se atribuye al funcionario que omite su deber de evitarla, pues lo notable es la omisión del deber, y al dejar de hacer la acusada lo que venía obligada, propició que se consumara la defraudación [...] y es por ello que comete el delito de malversación

que le fuera imputado y no el de incumplimiento del deber de preservar bienes de entidades económicas [...]. Está bien definido que el consentimiento presupone el conocimiento del funcionario del acto de la sustracción de otro, siendo irrelevante que haya mediado concierto entre aquel y el autor material de la sustracción, pues no se exigen ni actos positivos de favorecimiento, ni connivencia con los sustractores, el patrimonio público sufre la misma merma, y el servicio público que debería prestarse, defraudándose, también, aquella confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos públicos por las personas encargadas. Es la posición de garante la que permite que pueda imputarse el resultado a una conducta omisiva, pues en ello radica la esencia de la comisión por omisión».

Esta nueva orientación jurisprudencial del Tribunal Supremo parece estar influyendo en el escenario académico patrio, pues en oposición al criterio doctrinal hasta ahora dominante se pronuncia recientemente la profesora Martínez Remigio, quien desde una perspectiva excesivamente amplia e inexacta –según entendemos– conceptúa a la malversación como «una sustracción o apropiación, donde el que por razón del cargo que desempeña (la administración, cuidado o disponibilidad del bienes de propiedad X) se apropia de estos, consienta que otro se apropie, por descuido o negligencia, o por violar las normas de control establecidas, origine la sustracción de esos bienes».[11]

Tal estado de cosas exige un análisis sobre aspectos dogmáticos básicos que permitan clarificar el sentido de la controvertida variante omisiva, el alcance del tipo subjetivo en esta modalidad típica y su deslinde con la conducta incriminada en el artículo 222 del CP, todo cuanto permitirá llegar a conclusiones sobre cuál ha de ser la postura interpretativa correcta.

2. La expresión «consienta que otro se apropie» y la dogmática del dolo eventual

Tres aspectos parecen esenciales para guiar el análisis sobre la compatibilidad entre la modalidad típica consistente en el «consentir que otro se apropie» y el dolo eventual como forma de imputación subjetiva; estos son: la naturaleza jurídica de esta variante conductual, el concepto mismo del dolo even-

tual y el alcance de los vínculos entre el sujeto especial que omite y el tercero que materializa la acción de apropiación.

2.1. Naturaleza jurídica de la modalidad

Sobre la naturaleza jurídica de la analizada variante omisiva las discusiones académicas se polarizan, y mientras la opinión mayoritaria defiende que esta constituye un supuesto de comisión por omisión,[12] otro sector entiende que se trata de una modalidad de participación omisiva del sujeto especial en la conducta del tercero.[13]

La doctrina y la jurisprudencia cubanas[14] se han decantado por asumir la postura teórica que interpreta esta variante típica de la malversación como un supuesto de comisión por omisión en el que el sujeto especial responsabilizado con los bienes infringe el deber de garante originado en el cargo que aquel desempeña, posición acertada si se toma en cuenta que no se trata de una mera participación en la conducta del tercero sustractor, sino de un comportamiento omisivo del *intraneus* que causa una lesión al bien jurídico a cuya salvaguarda estaba obligado aquel en virtud de sus funciones. Tal situación configura un delito de infracción de deber en el que la omisión es valorativamente equivalente a la conducta activa de apoderamiento, de modo que es este y no otro el fundamento de la identidad punitiva entre ambas modalidades típicas.

2.2. El dolo eventual

Según la definición más clásica, el dolo –como forma de imputación subjetiva– significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal.

En cuanto a las distintas clases de dolo, y en lo que interesa en este trabajo, la doctrina penal tradicional ha distinguido entre el dolo directo, que existe cuando de manera consciente y querida la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen (dolo directo de segundo grado), y el dolo eventual, en el que, desde una postura ecléctica –conjugando la tesis de la probabilidad con la del consentimiento–, se exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción que implique un peligro serio e inmediato de producción de un resultado

lesivo para el bien jurídico y, pese a ello, decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca, conformándose con él.[15]

No parece necesario, en este punto, expedirse con demasiada amplitud sobre el amplio e inacabado debate vinculado a las limitaciones y debilidades de las teorías fundamentadoras del dolo eventual,[16] y sí confrontar esta noción dogmática con los argumentos expuestos en la sentencia *in comento*, y asimismo con el tipo penal calificado.

De la argumentación jurídica se comprende que la Sala hizo suya una interpretación del dolo eventual a partir de la indiferencia del sujeto respecto a que se produzcan o no las consecuencias dañosas, posición que toma como base la teoría de la indiferencia, desarrollada por Engisch, que resulta ser una versión más estricta de la teoría de la aprobación, y según la cual hay dolo eventual «cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán».[17]

Tal noción de dolo eventual (actuación animada por la indiferencia del resultado), ya desde la perspectiva semántica resulta a todas luces incompatible con la realidad y el significado del verbo *consentir*. Y es que la realidad y la carga significativa del «consentir hacer algo» no se compadece con el perfil de un sujeto al que le resulta indiferente un resultado; sino, precisamente, a un sujeto que quiere las consecuencias de modo expreso y deliberado.

Así, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su vigesimotercera edición, publicada en octubre de 2014,[18] se refiere al verbo *consentir* como permitir algo o condescender en que se haga, mientras que el verbo *permitir* no ofrece dudas: Dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo. Asimismo, *condescender* se explica cómo acomodarse por bondad al gusto y voluntad de alguien.

De ninguna de estas acepciones léxicas puede colegirse que *consentir* pueda equipararse a no querer que se haga algo (elemento volitivo), o que ese algo no se conozca (elemento intelectual), o que se refiera a una situación donde no se pueda constatar un relación directa o coincidencia entre voluntades (la voluntad de hacer de un tercero y la voluntad de permitir). La expresión tiene su sentido completo si el permitir o el consentir se entiende como un proceso voluntario e

intelectivo de aceptación de lo que se conoce y quiere mediante actos comisivos u omisivos. Consentir implica, por tanto, un estado donde el sujeto conviene en aceptar los actos de otra persona, esto es, se refiere a un proceso volitivo e intelectivo de aceptar y querer un estado cierto, actual, conocido y querido de modo directo.

La incompatibilidad entre el dolo eventual y la variante típica del delito de malversación relativa al consentir que otro se apropie viene dada a partir de la propia construcción jurídica del dolo eventual en el CP, que equipara –según finalidades de política criminal– un no querer a un querer del sujeto a partir de su previsión, o de la mayor o menor probabilidad de la producción del resultado lesivo; y tal noción resulta incompatible con el significado de la comentada modalidad conductual que prevé el delito de malversación.

En ningún caso, por tanto, podrá valorarse que concurre el consentimiento a la apropiación de un tercero si el *intraneus* se representa como posible el apoderamiento de bienes, pero no lo quiere; de todo cuanto se desentiende infelizmente el Tribunal Supremo en la sentencia ahora comentada.

2.3. Alcance de los vínculos entre el sujeto omitente y el tercero. El ánimo de lucro como aspecto clave

En el entendido que esta modalidad típica requiere la intervención de una tercera persona que es quien realiza materialmente la conducta apropiatoria, uno de los aspectos que deviene relevante en razón de su trascendencia a la delimitación del consentimiento prestado –y con ello a la comprensión del tipo subjetivo de este ilícito– es, precisamente, la relación que debe unir a este con el sujeto especial omitente.

Al respecto, aunque algún autor en la doctrina española admitió la integración de esta modalidad típica en los casos donde el funcionario que conoce de la sustracción de un tercero calla sin hacer absolutamente nada para evitarlo,[19] debe resaltarse que se trata de una opinión bastante radical y condicionada en todo caso por la realidad normativa española –en la que no existe ninguna figura penal análoga al delito que prevé el artículo 222 del CP cubano–, por lo que no parece que pueda asumirse en nuestro Derecho positivo.

Otro grupo de autores han defendido que lo relevante a efectos de la aplicación de esta modalidad omisiva sería «la dejación finalística del deber de custodia»; y en mérito a ello entienden que

la connivencia entre ambos sujetos (*intraneus* y tercero) resulta esencial por cuanto es bajo este designio subjetivo común que cobra vida el ánimo de lucro exigido por ambas variantes típicas, tanto comisiva como omisiva.[20] Según este sector doctrinal, el «consentir» exige entre el omitente y el tercero un vínculo de solidaridad tal que ha de abarcar, como parte del plan delictivo,[21] que aquel incumplirá lo establecido como vía para garantizar que este logre la apropiación, porque únicamente así podría sostenerse la presencia del ánimo de lucro en la conducta del sujeto especial que consiente, entendido este elemento tendencial como la finalidad del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico.[22]

Desde la vigencia del Código de Defensa Social ya se pronunciaba en este sentido Tejera y García al comentar el artículo 420 de aquel cuerpo punitivo. Luego de dejar sentado su desconocimiento sobre el dictado de alguna sentencia, tanto en Cuba como en España, referida al raro supuesto en que un malversador consintiere que otro sustrajere los bienes puestos a su custodia, subrayó este autor que «si un individuo permite que otro sustraiga los fondos puestos a su cargo, es porque se ha puesto de acuerdo con él, y ambos están, entonces, unidos por el acuerdo que iguala sus dolos».[23]

Si bien esta parece ser la regla general o nota común a la mayoría de los casos que se presentan en la práctica, no puede perderse de vista que la apreciación de una conducta intencional por parte del sujeto cualificado –animada por dolo directo de primer grado– no dependerá únicamente de que se constate la presencia de un plan delictivo común entre ambos sujetos, pues como señala con acierto Roca Agapito, la actitud anímica del *intraneus* (*animus lucri faciendi,* propio o ajeno) y la del tercero pueden fluir por separado, en coincidencia operativa, sin necesidad de que sea fruto de un acuerdo previo.[24]

Last but not least ha de retomarse el ánimo de lucro que, cual elemento subjetivo del injusto, aparece ínsito al delito de malversación, para recordar que esta figura –en razón de la aludida tendencia finalística– califica dentro de los delitos de tendencia, cuya principal característica es precisamente la de armonizar solo con el dolo directo y excluir por ende el dolo eventual.[25]

3. Hacia una adecuada delimitación de las fronteras entre la modalidad omisiva del delito de malversación y el tipo del artículo 222 del CP. Tractus *histórico-legislativo*

Un repaso por los antecedentes legislativos del actual delito de malversación permite concluir que las modalidades dolosas de la conducta típica no han sufrido modificaciones sustanciales en los distintos cuerpos punitivos que han regido el Derecho Penal cubano.

El Código Penal español de 1870, bajo el título de imputación previsto en el artículo 401, incriminó la conducta del empleado público que «por razón de sus funciones, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustrajeren»; y en términos prácticamente idénticos se tipificó esta infracción en el artículo 420-A del Código de Defensa Social: «el funcionario público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustrajeren».

El Código Penal de 1979, si bien supuso una modificación de aspectos esenciales de este ilícito por imperio de las nuevas condiciones económicas y políticas que trazaba la Constitución de la República de 1976, tampoco varió significativamente el comportamiento típico aunque es dable destacar el acierto técnico del legislador al sustituir el verbo *sustraer* por el de *apropiarse*. La conducta infractora quedó definida en el artículo 396.1 –figura básica–, en cuya virtud se sancionaba a: «El que, teniendo por razón del cargo que desempeñe, la administración, cuidado o disponibilidad de bienes de propiedad socialista, estatal o cooperativa, o de instituciones sociales o de masas, o bienes de propiedad personal al cuidado de una entidad económica estatal, se apropie de ellos o consienta que otro se apropie», que es, básicamente, la misa que se incrimina bajo el actual artículo 336.1.

Sin embargo, otro ha sido el destino de la tradicional modalidad culposa de la malversación –tradicionalmente presente en el escenario legislativo desde la vigencia del Código Penal español de 1870–, calificada por Quirós Pírez como una «figura bastante irregular, por la cual se sancionaba el acto imprudente del sujeto del delito en cuanto con él se hubiera dado lugar a un acto doloso del tercero extraño».[26]

La malversación imprudente fue suprimida en el Código Penal de 1987. Sobre las causas motivadoras de esta decisión legislativa, apunta Quirós Pírez que la práctica judicial no siempre exigió la identificación de ese tercero, pese a que este había cometido también, presumiblemente, un delito de hurto o de robo con fuerza en las cosas; y ello repercutía en aspectos medulares, porque si por ejemplo, no existía acto doloso de un tercero desaparecía la figura imprudente del funcionario o empleado, además de que la acción dolosa de ese tercero debía guardar una estrecha relación causal con la negligencia del funcionario o empleado (este debía haber dado la ocasión, de manera que haya hecho posible por ella misma la comisión del delito).

En razón de la comentada modificación legislativa se advirtieron, no obstante, las consecuencias socialmente intolerables y perjudiciales que podría ocasionar en la economía quien, a consecuencia de incumplir las medidas a que está obligado por razón del cargo, ocupación u oficio que desempeña en una entidad económica estatal para «impedir» que se «sustraigan» recursos financieros, ocasione un perjuicio de valor superior a la cuantía dispuesta en cada caso por la legislación sobre la responsabilidad material, por lo que tal comportamiento fue adicionado a la redacción del entonces delito de incumplimiento del deber en preservar los bienes de unidades económicas estatales.[27].

De este *tractus* normativo se comprende cómo las conductas que anteriormente se estimaban constitutivas del delito de malversación imprudente han sido reconducidas al actual delito de *incumplimiento del deber de preservar los bienes de entidades económicas* –previsto en el artículo 222.1 del vigente CP–, que incrimina una constelación de conductas bastante heterogéneas, tanto en lo que tiene que ver con las modalidades conductuales como en el aspecto subjetivo.

El tipo subjetivo de este ilícito se caracteriza por su amplitud, de modo que el incumplimiento puede estar determinado tanto por una actitud imprudente (consciente o inconsciente), como por el dolo eventual.[28]

En el primer caso el sujeto puede estar consciente de que incumple las medidas a que está obligado por razón de cargo, y no querer el resultado (imprudencia); o no estar consciente de que las incumple, pese a que debe conocer su incumplimiento (negligencia).

Se estará frente a un caso de dolo eventual cuando, a sabiendas de su incumplimiento y de los riesgos que ello genera de cara a la producción de algunos de los resultados típicos (entre los que se encuentra la sustracción por parte de un tercero), al agente le resulta indiferente que esto se produzca. Piénsese, por ejemplo, en aquel sujeto calificado que de forma consciente incumple normas administrativas, de control interno, orientadas a evitar sustracciones por parte de terceros, a sabiendas, por su experiencia personal, que ese resultado puede acontecer o está aconteciendo, lo cual le resulta indiferente (dolo eventual).

Tal concepción parece haber sido tomada en cuenta por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular al momento de elaborar el Dictamen 331, de 29 de julio de 1992, en el que se declara que el delito previsto en el artículo 222 se comete esencialmente por imprudencia, con lo cual no se limita en términos absolutos el contenido del tipo subjetivo de este ilícito y, con ello, deja abierta la posibilidad de apreciar otras formas de imputación subjetiva.

Por lo tanto, una interpretación coherente y armónica sobre el alcance del componente subjetivo propio de las figuras previstas en los artículo 336.1 y 222 del CP conduce a concluir que la existencia del tipo penal previsto en el artículo 222 –de tan amplio espectro en el orden subjetivo– contribuye a justificar, desde una perspectiva reforzada, que el delito de malversación solo es compatible con el dolo directo; de modo que la estela de conductas asociadas a sustracciones de terceros indeterminados favorecidas por el incumplimiento –sea voluntario o involuntario– de normas de control por parte del sujeto especial, serán reconducibles al delito de incumplimiento del deber de preservar los bienes de entidades económicas, cuyo tipo subjetivo admite tanto el dolo eventual como la imprudencia.

4. Valoración final de la sentencia

La sentencia, en lo concerniente al objeto del comentario, se adscribe a la postura que irrumpe en el escenario jurisdiccional cubano en franca oposición a la tradicionalmente sostenida por el Tribunal Supremo, que apostó siempre por entender al dolo directo como exclusivo ingrediente subjetivo del delito de malversación, tanto su modalidad activa como en la omisiva.

Asumir que el delito de malversación puede estar animado por el dolo eventual implica desconocer la naturaleza jurídica que le ha reservado el legislador cubano, pues no hay que olvidar que, más allá de su reconocida pluriofensividad, tal especie constituye una defraudación en la que el ánimo de lucro –que también se infiere del verbo rector empleado en el esquema típico– constituye un elemento subjetivo del injusto,[29] todo cuanto obliga a concluir que, en el Derecho positivo cubano, el comentado ilícito califica como un delito de tendencia, incompatible con el dolo eventual.

El desacierto técnico de esta posición –según los argumentos aquí ofrecidos– está determinado por asumir una interpretación descoordinada y asistemática, que conduce a una borrosa delimitación de las fronteras entre los delitos de malversación e incumplimiento del deber de preservar bienes en entidades económicas, y provoca una inexacta y peligrosa amplitud del ámbito típico del artículo 336.1 del CP.

Solo queda esperar que el Alto Foro reconsidere esta postura técnica y la rectifique en sucesivos pronunciamientos, en aras de subsanar la lesión que aquella provoca al sentido de justicia.

Notas

1 Comentario a la sentencia 6, de 6 de marzo de 2014, de la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular. La Sala de Casación estuvo integrada por los siguientes jueces: Alina de Fátima Santana Echerri (ponente), Marily Rafaela Fuentes Águila, Joselín Sánchez Hidalgo, Alejandrina Pereira Posada y Omar Seguras Montero.

2 El vigente Código Penal cubano, Ley 62 de 29 de diciembre de 1987 –con sus respectivas modificaciones–, encuentra su antecedente legislativo más remoto en el Código Penal español de 1870, trasuntado a Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879 para cumplimentar los acuerdos contenidos en el Pacto del Zanjón. Aquel cuerpo legal rigió la vida jurídica de la Isla hasta su sustitución por el Código de Defensa Social –promulgado por el Decreto Ley 802, de 4 de abril de 1936–. Tal Código defensista tuvo como fuente de inspiración fundamental al Código Penal español de 1928, y se mantuvo vigente desde el año 1938 hasta la aparición del Código Penal de 1979, Ley 21, primer código penal revolucionario y antecedente inmediato del vigente texto punitivo. *Vid.* Vicente J. Arranz Castillero:

«Vigencia e influencia del Derecho Penal español en el derecho penal cubano», en Matilla Andry Correa: *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009, pp. 307-328.

3 La lógica de esta técnica legislativa está determinada, en buena medida, por la filiación del CP cubano al sistema *numerus apertus* de incriminación de la imprudencia, que en virtud de la previsión de carácter general prevista en el art. 9, apartado 3, da cabida a que en principio todos los delitos contenidos en la Parte Especial del Código puedan ser cometidos por imprudencia, salvo que lo contrario se deduzca del significado y alcance del verbo rector empleado en la construcción típica.

4 *Cfr.*, en representación de la doctrina producida durante la vigencia del Código de Defensa Social, Diego V. Tejera y García: *Comentario al Código de Defensa Social*, t. VI, Jesús Montero Editor, La Habana, 1948, p. 395; y Juan Vega Vega: *Los delitos*, Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1976, pp. 58 y 59.

5 *Cfr.* Mayda Goite Pierre: «Los delitos contra los derechos patrimoniales», en Mayda Goite Pierre: *Una visión desde la dogmática a figuras del Código Penal cubano*, Universidad de La Habana, 2001, p. 65. Sostienen igualmente esta opinión, en la doctrina chilena, Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez García, para quienes «este delito debe cometerse con dolo directo, atendido el elemento subjetivo que conlleva la apropiación». Sergio Politoff Lifschitz, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez García: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2da. ed., Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 496. Valga resaltar que, a diferencia de lo que acontece en la legislación española en la que el delito de malversación de caudales públicos (ahora regulado como un supuesto de administración desleal, luego de la reforma introducida al CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo que entró en vigor el 1 de julio) se ubica dentro de los delitos que lesionan la Administración Pública, concretamente la correcta gestión del patrimonio destinado a la prestación de servicios públicos, el Código Penal cubano lo considera una defraudación y –sin perjuicio de su pluriofensividad– incluye a este ilícito dentro del Catálogo de delitos contra los derechos patrimoniales. Tal escenario normativo pone en evidencia que para el legislador cubano resulta preponderante la proyección patrimonialista del comentado delito.

6 Boletín del Tribunal Supremo Popular, Edición Extraordinaria, 1987, p. 202

7 Boletín del Tribunal Supremo Popular, 2010, pp. 109-112.

8 La Sala estuvo integrada por los siguientes jueces: María Caridad Bertot Yero (ponente), Eldis Bailly Rodríguez, Gladys Cabrera Bermúdez, Tania del Rosario Felipe Díaz y Blanca Nieves González Bandón.

[9] La Sala estuvo integrada por los siguientes jueces: Marily Rafaela Fuentes Águila (ponente), Plácido Batista Veranes, María Esperanza Milanés Torres, Carlos Cárdenas Rebollo e Inocencio Columbié Téllez.

[10] La Sala estuvo integrada por los siguientes jueces: María Esperanza Milanés Torres (ponente), Plácido Batista Veranes, Marily Ramona Fuentes Águila y los jueces legos.

[11] Remigio Zarezka Martínez: «Metodología de la investigación criminalística», en Colectivo de Autores: *Criminalística*, Ed. Universitaria Félix Varela, La Habana, 2015, p.137.

[12] *Cfr.*, por todos, Luis Roca Agapito: *El delito de malversación de caudales públicos,* Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 178-180; y Abraham Castro Moreno: *La malversación de caudales en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 222-225.

[13] Sostiene esta opinión, en la doctrina española, Muñoz Cuesta, quien entiende que «la autoridad o funcionario que consiente está realizando labores de cooperación necesaria por omisión, en la apropiación de los caudales que hace el tercero, participación que el legislador eleva a la categoría de autoría directa». Javier Muñoz Cuesta: «El delito de malversación», en *Revista Jurídica La Ley,* no. 4146, 1996, p. 1572; y en igual sentido se pronuncia De la Mata Barranco cuando afirma que «hay delitos que elevan a la categoría de autor determinados comportamientos que no son sino participaciones en hechos ajenos, como es el caso de la malversación del art. 432 CP». Norberto J. De la Mata Barranco: «La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados», en Adela Asúa Batarrita: *Delitos contra la Administración Pública,* Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 112.

[14] De esta opinión en la doctrina nacional, por todos, Mayda Goite Pierre: *Op. cit*., p. 65, y Arlín Pérez Duharte: «La conducta penalmente relevante, la variante omisiva y las formas de autoría en el ordenamiento jurídico penal cubano», en Arnel Medina Cuenca: *Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del siglo XXI* –Memorias del IX Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2013 sobre Temas penales Contemporáneos y X Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales en homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa»–, Ed. UNIJURIS, La Habana, 2014, p. 145 (pp. 115-156). Así se reconoce igualmente en la sentencia 65, de 14 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

[15] *Cfr.* Rosario De Vicente Martínez: *Vademécum de Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 115.

[16] Un estudio detallado sobre las líneas básicas de estas teorías puede encontrarse en Juan Carlos Hortal Ibarra: «El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVII, fascículo I, 2004, pp. 509-558.

[17] Citado por Claus Roxin: *Derecho Penal. Parte General*, t. I –Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito– 2da. ed., Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 432. Resulta interesante la crítica que este autor le formula a dicha teoría, cuando entiende que «hay que darle la razón a esta doctrina en cuanto que la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente. Pero no es acertada en su apreciación inversa de que la falta de indiferencia, en el sentido del carácter no deseado del resultado, excluye siempre el dolo».

[18] Consultado en http://dle.rae.es/?id=AP8cuhQ (28 de diciembre de 2015, 8:00 a.m.).

[19] *Cfr.* Rodrigo F. Suárez Montes: «El delito de malversación de caudales públicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* t. LII, Ed. Reus, Madrid, 1966, p. 847.

[20] De esta opinión, Javier Muñoz Cuesta: *Op. cit*., p. 1572. Le sigue Castro Moreno, quien entiende que «para que la conducta omisiva del funcionario sea punible como malversación, este ha de omitir con ánimo de lucro y, difícilmente, por no decir que es prácticamente imposible, dicho sujeto obrara con tal ánimo si no ha existido concierto o connivencia en relación a la conducta material del tercero sustractor». Abraham Castro Moreno: *Op. cit*., p. 229.

[21] De esta opinión, en la doctrina cubana, Goite Pierre, quien entiende que debe mediar un acuerdo entre el sujeto omitente y el tercero. *Vid*. Mayda Goite Pierre: *Op. cit*., p. 65.

[22] Este concepto económico objetivo del ánimo de lucro en el delito de malversación es el defendido por la doctrina mayoritaria. *Cfr*., por todos, Miguel Bajo Fernández: «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXVIII, fascículo III, 1975, p. 369. De esta misma opinión, identificando ánimo de apropiación y ánimo de lucro, José M. Zugaldía Espinar: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, Ediciones Akal, Madrid, 1988, pp. 45 y 46. En el contexto cubano tal concepción armoniza con la imagen que se tiene de la malversación como figura delictiva con la que se hace frente a la corrupción –entendida como fenómeno que supone la utilización de facultades públicas en interés privado, distinto del general al que toda actuación pública debe encaminarse–, y por ende, del malversador como corrupto, pues el ánimo de lucro es un componente importante de la conducta corrupta que implica la malversación. Ello

se infiere claramente del pronunciamiento contenido en la sentencia 2900, de 4 de agosto de 2011, dictada por la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo Popular, en la que se sostuvo que «el delito de malversación puede considerarse pluriofensivo, pues no solo ataca el patrimonio, sino que también se quebranta la confianza del público en el manejo honesto de los fondos confiados al Estado, la lealtad y la confianza depositada en los funcionarios, y con ello el normal desenvolvimiento de la administración, nos encontramos ante un clásico delito de corrupción».

23 Diego V. Tejera y García: *Op. cit*., p. 395.

24 Luis Roca Agapito: *Op. cit.;* p. 176.

25 Este grupo de delitos, también denominados como de tendencia interna intensificada, se vinculan al criterio de clasificación que toma en cuenta la finalidad o la presencia de elementos subjetivos del injusto. En ellos el agente no busca ningún resultado o acción más allá de lo previsto por el tipo, sino que realiza la conducta animado por un especial sentido subjetivo, una especial finalidad. *Vid*. Santiago Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*, 9na. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 237.

26 Renén Quirós Pírez: «Las modificaciones del Código Penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 33, año XVII, abr.-jun., 1988, p. 24.

27 *Apud*. Renén Quirós Pírez: *Op. cit*., p. 24. El art. 266 del Código Penal de 1979 incriminaba el delito de incumplimiento del deber de preservar los bienes de unidades económicas estatales: «El que deje de cumplir las medidas a que está obligado por razón del cargo, ocupación u oficio que desempeña en una entidad económica estatal, para impedir que se deterioren, corrompan, alteren o inutilicen materias primas, productos elaborados, frutos o cualquier otra sustancia útil, incurre en sanción de privación de libertad de tres a nueve meses o multa hasta doscientas setenta cuotas o ambas».

28 Su entendimiento como delito doloso ha sido defendido en la doctrina cubana por Ugidos Rivero y De la Cruz Ochoa. El primero de estos autores hace recaer el carácter doloso en «la intención por la voluntaria inactividad y por el conocimiento del perjuicio que de la misma podía derivarse» (Mario Ugidos Rivero: «El proyecto de ley sobre delitos contra la economía nacional y popular», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 2, año 1, 1972, p. 43), mientras que el profesor De la Cruz sostiene que «se trata de un delito intencional, porque si bien el acusado no quiere el resultado, que provoca con su accidente, sí está consciente de que falta a su deber de cuidado y le es indiferente el resultado que con su actuar puede provocar» (Ramón De la Cruz Ochoa: «Delitos contra la economía nacional», en Mayda Goite Pierre: *Una visión desde la dogmática a figuras del Código Penal cubano*, Universidad de La Habana, 2001, p. 87). Asimismo se encuentra algún pronunciamiento del máximo órgano

judicial, decantándose por este criterio, como el contenido en la sentencia 5524, de 8 de agosto de 1996, en la que se razonó que «el delito de incumplimiento del deber de preservar los bienes de entidades económicas no puede calificarse como un simple delito por imprudencia; porque si bien el acusado no quiere el resultado que provoca con su actuar sí está consciente que falta a su deber de cuidado y le es indiferente el resultado que con su proceder provoca; por ello se inscribe dentro del marco de los delitos intencionales». En sentido contrario, Pérez Duharte, quien defiende exclusivamente el carácter culposo de esta figura. *Vid*. Arlín Pérez Duharte: *Op. cit*., pp. 143 y 144.

29 Sobre el entendimiento del ánimo de lucro como elemento ínsito a las defraudaciones, *cfr*. Sergio Politoff Lifschitz, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez García: *Op. cit.,* p. 298. Asimismo, en la doctrina española, Francisco Muñoz Conde: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19na. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 945.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Arranz Castillero, Vicente J.: «Vigencia e influencia del Derecho Penal español en el derecho penal cubano», en Andry Matilla Correa: *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009, pp. 307-328.

Bajo Fernández, Miguel: «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXVIII, fascículo III, 1975, pp. 355-378.

Betancourt, Ángel C.: *Código Penal –con notas aclaratorias y concordancias con otros cuerpos legales vigentes–*, Imprenta y Papelería de Rambla, La Habana, 1913.

Castro Moreno, Abraham: *La malversación de caudales en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

De la Cruz Ochoa, Ramón: «Delitos contra la economía nacional», en Mayda Goite Pierre: *Una visión desde la dogmática a figuras del Código Penal cubano*, Universidad de La Habana, 2001, pp. 81-108.

De la Mata Barranco, Norberto J.: «La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría v cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados», en Adela Asúa Batarrita: *Delitos contra la Administración pública,* Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.

De Vicente Martínez, Rosario; *Vademécum de Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Goite Pierre, Mayda: «Los delitos contra los derechos patrimoniales», en Mayda Goite Pierre: *Una visión desde la dogmática a figuras del Código Penal cubano*, Universidad de La Habana, 2001, pp. 15-79.

Hortal Ibarra, Juan Carlos: «El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVII, fascículo I, 2004, pp. 509-558.

Martínez Remigio, Zarezka: «Metodología de la Investigación Criminalística», en Colectivo de Autores: *Criminalística*, Ed. Universitaria Félix Varela, La Habana, 2015, pp. 121-168.

Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 9na. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.

Muñoz Cuesta, Javier: «El delito de malversación», en *Revista Jurídica La Ley*, no. 4146, 1996, pp. 1570-1573.

Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19na ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Pérez Duharte, Arlín: «La conducta penalmente relevante, la variante omisiva y las formas de autoría en el ordenamiento jurídico penal cubano», en Arnel Medina Cuenca: *Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del siglo XXI* –Memorias del IX Encuentro Internacional: «Escuela de verano de La Habana 2013 sobre Temas penales Contemporáneos y X Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales en homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa»–, Ed. UNIJURIS, La Habana, 2014, pp. 115-156.

Politoff Lifschitz, Sergio, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez García: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2da. ed., Ed. Jurídica de Chile, 2005.

Quirós Pírez, Renén: «Las modificaciones del Código Penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 33, año XVII, abr.-jun., 1988, pp. 3-26.

Roca Agapito, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos,* Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, t. I –Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito–, 2da ed., Ed. Civitas, Madrid, 1997.

Suárez Montes, Rodrigo F.: «El delito de malversación de caudales públicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* t. LII, Ed. Reus, Madrid, 1966, pp. 831-879.

Tejera y García, Diego V.: *Comentario al Código de Defensa Social*, t. VI, Jesús Montero Editor, La Habana, 1948.

Ugidos Rivero, Mario: «El proyecto de ley sobre delitos contra la economía nacional y popular», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 2, año 1, 1972, pp. 37-62.

Vega Vega, Juan: *Los delitos*, Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1976.

Fuentes legales nacionales

Ley 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.

Decreto Ley 175 de 17 de junio de 1997, Modificativo del Código Penal, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, La Habana, 26 de Junio de 1997.

Dictamen 331, adoptado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en virtud del Acuerdo 31 de 29 de julio de 1992.

Fuentes legales extranjeras

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal español, en Boletín Oficial del Estado no. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en Boletín Oficial del Estado no. 77, de 31 de marzo de 2015.

Falsedades documentales

María Caridad Bertot Yero

1. Definición de documento

El objeto material común de estos delitos gira lógicamente en torno al documento. No ha existido en nuestra codificación una definición legal de documento. Al respecto se han elaborado dos teorías: la estricta o latina y la amplia o germana. La primera reduce el concepto de *documento* al escrito, siendo opción dominante en la doctrina francesa y española, con escasas excepciones generalmente en las últimas décadas.

La segunda admite otras formas no escritas de reproducción y cualquier base material susceptible de incorporar una declaración jurídicamente relevante, escrita o no; sostiene que el documento no solo tiene que ser escrito, si no todo, aquel susceptible de contener una declaración con eficacia probatoria o susceptible de afectar a las relaciones jurídicas. Famosa en este sentido es la definición de Von Liszt: «Todo objeto que por su contenido de pensamiento y no solo por su existencia está destinado a probar alguna realidad jurídica».[1]

Nuestra práctica judicial ha tomado como válida la segunda y admite como documento las grabaciones de video o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos con vocación probatoria; en definitiva, puede incluirse prácticamente todo lo que contemple acciones falsarias que incidan en la eficacia probatoria del documento o en la relevancia jurídica que de él pudiera derivarse, lo que quedó refrendado en el artículo 299 de la LPCAL.[2]

1.1. Requisitos del documento

a) *Ha de presentarse personalizado*: Cualquier objeto susceptible de constituir un documento supone una manifestación de voluntad, por ejemplo un testamento, una declaración de conocimiento, un certificado médico, una declaración de un derecho o de una obligación, etc.; en

definitiva, y en el lenguaje legal, datos, hechos o narraciones. Semejante manifestación o declaración ha de ser atribuible a una o varias personas a través de la firma o rúbrica o por la adecuada identificación del autor. El documento anónimo no es documento a los efectos penales.

b) *Vocación para entrar al tráfico jurídico*: En función de esta exigencia se distinguen como:

- Documentos intencionales: Son aquellos que desde su formación producen o prueban una determinada relación o efecto jurídico en la medida en que se construyen con tal objetivo (realizado exprofeso con una finalidad probatoria directa).
- Documentos ocasionales o casuales: No tienen dicha capacidad en un momento inicial, pero la adquieren con posterioridad; ejemplo, la correspondencia privada que se incorpora como prueba en un proceso, (en el momento de su confección crecía de cualquier intención relativa al empleo en el tráfico jurídico). En este caso adquiere auténtica relevancia documental en el momento en que surge al exterior, el destinarse al tráfico jurídico.
- Documentos de destino: Aquellos documentos privados que originalmente pertenecen a ese grupo, pero están destinados a introducirse en expedientes, instrumentos o documentos públicos o de comercio. Lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de la maniobra falsaria (si al inicio el documento era privado y se falsificó antes de su incorporación a un expediente oficial o un documento público o de comercio, la calificación inicial de falsificación de documento privado no varía por los avatares posteriores del documento;[3] si la alteración falsearía se produce en el documento privado que ya está incorporado al expediente, entonces varía su naturaleza en mérito a la condición que ya tiene el expediente.
- Capacidad del documento para producir efectos en el tráfico jurídico, ya sea a través de su eficacia probatoria, ya por cualquier otro tipo de relevancia jurídica. No tiene esta cualidad el documento absolutamente nulo, con nulidad de pleno derecho cuando falta alguno de los elementos esenciales para su existencia jurídica; tampoco en el

que no figura ni una declaración de voluntad o un testimonio. Por ello carece de valor el papel firmado en blanco o la simple copia y la fotocopia de un documento original, a no ser que hayan sido legitimados.

- Genuino o auténtico un documento es cuando procede de la persona que figura como su autor. Es la garantía de que la voluntad expresada en el documento es efectivamente la que posee el autor que en él aparece como su titular.
- Veracidad, que viene relacionada con su contenido. Es pues un atributo predicable de la declaración documental. Está definida como la adecuación de este a la realidad que se pretende manifestar con el documento; por ello, un documento no sería verídico cuando en él se expresara cosa contraria a lo verdadero.

1.2. Función del documento

a) Perpetuadora (fija un hecho, un dato o bien la manifestación de voluntad o de conocimiento de alguien).
b) Probatoria (permite acreditar dicho dato, hecho o declaración, no necesariamente su veracidad, pero sí el que se haya constatado o realizado).
c) Garantizadora o de garantía (permite identificar la fuente del dato o la declaración en él reflejada).

Cuando se altera un documento de forma irrelevante, es decir, sin afectar a ninguna de dichas funciones, la alteración carece de significación penal.

1.3. Clases de documentos en general

a) Documentos complejos, abarca aquellos supuestos en que varios documentos individuales se agrupan para constituir una unidad, siendo esta la que cumple propiamente las funciones documentales.
b) Documentos compuestos, aquellos que resultan de la unión de un documento escrito y un objeto, por ejemplo, el pasaporte o el documento nacional de identidad con la fotografía o la huella dactilar.

1.4. Clasificación de los documentos (en la doctrina)

a) *Públicos*: El carácter público del documento viene determinado por la esfera en que se produce y por el sujeto u órgano del cual emana su formación, sea que este actúe en función de creador del tenor completo del documento, sea que lo haga en función de otorgador de autenticidad (como los fedatarios: escribanos, secretarios judiciales, etc.); a ello tiene que unirse –en lo que atañe a su validez del documento para producir sus efectos– la observancia de las formalidades legalmente prescritas para que esté dotado de la autenticidad oficial que los presenta como veraces.
b) *Oficiales*: La jurisprudencia como la doctrina ha tratado de separar de contenido el concepto del documento público con respecto al oficial, situación bastante compleja. Fernández Pantoja describe el documento oficial como aquel en el que se conjugan los criterios de expedición de este por parte de un ente de carácter oficial (persona jurídica) –normalmente a través de la intervención de un funcionario competente (persona física)–, cuyo contenido, mediante la potencial o efectiva intervención en el tráfico jurídico, venga constituido por una disposición o declaración que afecte a servicios o funciones de carácter público.[4]
c) *Mercantiles:* Son fundamentalmente los regulados o constituidos con arreglo al Código de Comercio o a las leyes especiales de esta naturaleza. La doctrina emplea el concepto en cuanto simbiosis de expresión de acto mercantil y carácter probatorio de derechos y obligaciones; por lo tanto, comprenden también aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter que sirvan para demostrarla.
d) *Privados:* La doctrina y la jurisprudencia desarrollan el concepto dándole un carácter residual, es decir, todos aquellos que no ostenten la condición de públicos, oficiales ni mercantiles y que creen que prueben algún derecho posible de vulnerar o resulte de él obligación que afecte a terceras personas.

Documentos públicos (Instrucción 108 CGTSP de 27 de abril de 1983)

La leyes penales sustantivas que han regido en nuestro país no han determinado cuáles documentos tienen el carácter de públicos, privados, y solo parcialmente señalan los que son de comercio. Es por lo que el CGSTSP resolvió esta laguna legislativa. Para ello estableció que los documentos públicos son aquellos que reúnen las características señaladas en el artículo 281 de la LPCAL.

a) Los autorizados por funcionario público competente con las formalidades requeridas por la ley.
b) Las certificaciones de dichos documentos expedidas en forma legal.
c) Los registros oficiales y las certificaciones de los asientos que obren en aquellos expedidas por los funcionarios que los tuviere a su cargo.
d) Las actuaciones judiciales y las certificaciones legalmente expedidas con vistas de las mismas.

Así mismo, el CGTSP, mediante el Dictamen 162 de 5 de julio de 1983, estableció los requisitos para que un documento sea considerado de carácter público:

a) Que la persona que lo emita sea funcionario público, para lo cual se tendrá en cuenta la interpretación auténtica contextual que aparece en el artículo 173.[5]
b) Que el documento suscrito por el funcionario público esté dentro del ámbito de su competencia, esto es, si tiene facultad para realizar ese acto.
c) Que el documento fue expedido de acuerdo con los requisitos legales exigidos para su fehaciencia.
d) Que tenga como objetivo una declaración de voluntad, reconociendo, negando, modificando una relación jurídica o es fiel expresión de un estado o situación de hecho con relieve jurídico.

Documentos bancarios y de comercio

La definición parcial la ofrece la ley: artículo 251.1. El que cometa falsedad de alguno de los modos que determina el apartado 1 del artículo 250, en cheques, mandatos de pago o cualesquiera otros documentos bancarios o de comercio, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años.

Y la complementa la Instrucción 108 del CGTSP antes aludida: «Tienen el carácter de documentos bancarios o de comercio aquellos que procedan de operaciones de comercio, incorporan un derecho patrimonial transmisible por simple entrega o por endoso, como los cheques y mandatos de pago a la orden librados entre entidades relativos a operaciones de comercio».

Además, por el Dictamen 426 de 8 de julio de 2009, que aunque reconoce que la factura no reúne los requisitos que exige la antes mencionada Instrucción para ser clasificada como documento de comercio, le otorga esta condición.[6] Por ello, es trascendente determinar el sentido y la función de este tipo de documento para arribar a su clasificación. En este sentido se pronunció la sentencia 3140 de 7 de noviembre de 2014, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.[7]

Los *traveller cheks* o cheques de viajero son documentos de comercio porque responde a las características formales del cheque; también lo son las tarjetas de cobros que expiden los bancos y las tarjetas de telefonías, estas últimas porque son instrumento de pago.

La libreta de banco es un documento bancario, pero no de comercio porque no es título valor.

Documentos privados

En nuestro ordenamiento penal también tiene carácter residual. Su definición viene establecida en la propia Instrucción ya citada. Los documentos que no son documentos públicos ni de comercio o bancario, de acuerdo con lo expuesto en los acápites anteriores y tampoco son de alguna de las otras clases reguladas en el capítulo III del título VII del CP, tienen el carácter de documentos privados.

La acción supone:

a) La formación en todo o en parte de una escritura privada falsa, o la alteración de una verdadera; por tanto, la escritura privada no admite sino la falsedad material. Cuando el documento privado es genuino, es decir, debido a su autor aparente, nada importa a los efectos del delito que el documento sea verídico, esto es, que sea falso en su contenido intelectual. De ahí que la falsedad ideológica en escrituras privadas podrá constituir estafa u otro delito, pero no da lugar a la falsedad de documentos privados porque estos documentos no tienen confianza en sí mismos.

b) Hacer uso del documento. El uso del documento falso es elemento constitutivo del delito y no condición objetiva de punibilidad; por ello, todo lo que sea anterior al uso no es punible ni aun a título de tentativa. Falta el uso no solo cuando el acto queda en estado de inercia (cuando se guarda o deposita), sino cuando no se emplea en fines jurídicos (cuando es leída a otros). Hay uso cuando se exhibe para fines probatorios o se presenta para ser transmitida (telegrama) o cuando se notifica o cuando se agrega a otros actos ya presentados. El uso debe ser judicial o extrajudicial. Además, debe ser voluntario. Este elemento no se presenta cuando el documento cae en manos de la autoridad por secuestro, o por caso fortuito.
c) El fin de obtener algún provecho para sí o para otros o de causar a otros algún daño *(animus nocendi)*.

El fin, además de ser considerado en el dolo, es un elemento material constitutivo del delito.

La consumación coincide con el uso del documento, sin que sea preciso que se verifique el provecho o el daño que se proponía el agente. Es un delito instantáneo, no permanente, aunque sus efectos sean permanentes. La prolongación no admite la continuidad. No admite este delito la tentativa, pues basta un solo uso para consumarlo.

2. Bien jurídico protegido

Las líneas más sobresalientes en las que se asienta el interés penal protegido por el título dedicado a las falsedades son:

a) La fe pública como objeto de protección, considerada como la confianza necesaria de los ciudadanos en la apariencia de autenticidad, legitimidad y veracidad de los instrumentos documentales utilizados en sus relaciones jurídicamente relevantes.

Esa confianza es la que, según Rodríguez Devesa, se acostumbra a llamar fe pública, y revierte sobre aquellos signos de valor, que así adquieren en una serie de casos una posición singular como medios de pruebas o signos de autenticación.[8] Lo decisivo, no obstante, para este autor, desde el punto de vista del Código, no es el ataque a esos signos o apariencias por lo que pueda haber en ellos de medios de prueba.

b) El valor probatorio como interés tutelado o la seguridad del tráfico jurídico (dado que los documentos constituyen los medios ordinarios de prueba en el tráfico jurídico).

En los delitos de falsedades se quiere proteger la confianza social de ciertas relaciones, esto es, asegurar la correspondencia entre la realidad y los símbolos que la representan a fin de permitir la fluidez en el tráfico jurídico. Por ello lo que entiende realmente protegido es la capacidad de prueba de una serie de instrumentos, como son los documentos y otros objetos perceptibles por los sentidos.

c) La seguridad del tráfico como bien jurídico protegido. Es posiblemente la versión más moderna, enraizada en la doctrina alemana. Sitúa el objeto de protección de las falsedades en la seguridad del tráfico jurídico. Para autores como Muñoz Conde, esta objetividad deriva de la amplitud aludida de los medios probatorios que genera la seguridad citada en el tráfico jurídico fiduciario. El tráfico jurídico ha sido entendido como el conjunto de condiciones que facilitan la comunicación entre los individuos y sus relaciones de derecho.[9]

d) Carácter pluriofensivo. Determinado porque atenta tanto contra un bien colectivo (la fe pública o la seguridad en el tráfico jurídico) como contra el interés de particulares afectados en cada caso específico.

3. Clasificación de las falsedades

- *Materiales*: Recae sobre el documento legítimo y provoca una alteración de la verdad. Puede ser total o parcial. En él se altera su significado y recae sobre documentos, monedas, sellos y otros efectos que se incorporan al tráfico jurídico.
- *Ideológicas*: Se encuentra en un acto exteriormente verdadero. El documento no es falso en sus condiciones esenciales, son falsas las ideas que se quieren afirmar como verdaderas. Se falsea el contenido. Decía Garraud: «La falsedad material es sensible a la vista, mientras que la ideal lo es únicamente al intelecto».
- *Personales*: Dirigido a distorsionar la identidad, el estado y las cualidades de las personas (foto, edad, nacimiento). El agente finge ser la persona acreditada en el documento que necesariamente no está alterado ni falseado en su con-

tenido. Conductas de atribución de actividades o calidad de la persona, como por ejemplo, usurpación de funciones públicas y de capacidad legal (intrusismo).

- De uso, que suponen la utilización del objeto por alguien que no ha tomado parte en la falsificación, aunque lógicamente esta no es una modalidad de falsedad en sentido estricto (exige tres criterios: la conducta se concreta en la mera utilización del documento falso; exigencia que el sujeto conozca que es falso, y el sujeto que lo utiliza no interviene de ninguna manera en su falsificación.

3.1. Falsedad material

Se tiene esta forma de falsedad siempre que la inmutación de la verdad recae materialmente sobre la escritura. Esta puede efectuarse, o mediante formación o contrafacción, o mediante alteración, o por medio de supresión. Entendiendo en consecuencia que:

a) Formación es la creación de un acto.
b) Contrafacción es la formación total o parcial de un acto falso, sea que se cree enteramente un documento falso (en el contenido o en la forma), sea que se cree parcialmente por medio de adiciones, supresiones o modificaciones, distintas de la verdad (por ejemplo, agregándole al acto legítimo notas accesorias falsas, como registros, endosos, cancelaciones, etc.). La contrafacción se distingue de la formación, en cuanto presupone un modelo de imitar, un término de comparación.
c) Alteración es la transformación material del documento legítimo en alguna de sus partes, al agregarle o quitarle palabras, cifras, etc., de modo que el documento exprese o atestigüe cosas distintas de las que expresaba o atestiguaba en su estado primitivo. Se distingue de la contrafacción en que esta crea un acto (total o parcialmente), mientras que en la alteración el documento auténtico existe, pero se le contamina con adiciones, tachaduras, raspaduras, etc. Sin embargo, no constituye alteración la corrección de errores materiales. Además, la alteración debe dejar que subsista el documento, aunque modificado y viciado en su tenor; si anulara la esencia del acto, daría lugar a la falsedad por supresión.

d) Supresión no es la alteración, sino la sustracción, el escondimiento o la destrucción de un acto, para ocultar la verdad en perjuicio ajeno.

Constituyen ejemplos de falsedades materiales la alteración de un documento en alguno de sus requisitos o elementos de carácter esencial, y simular un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Ahora, los elementos esenciales son todos aquellos que condicionen su sentido y función: lugar, fecha, intervinientes y contenido relevante para la eventual futura prueba. Este cuarto elemento es precisamente *a priori*, pero se desprenderá del sentido de cada documento examinado contraponiéndolo al sentido que sus creadores persiguieron plasmar en él. Esa genérica frase incluye acciones como contrahacer o fingir la firma, alterar las fechas verdaderas, introducir alteraciones, supresiones adiciones o intercalaciones que varíen el sentido del documento, intercalar escrituras en protocolo, registro o libro oficial. Mientras que, bajo la expresión de simulación se incluyen los casos de creación íntegra de documentos (documentos apócrifos), idea que es plenamente compatible con la utilización de documentos que se obtienen como impresos con espacios en blanco que se han de rellenar (letras de cambio).

3.2. Falsedad ideológica

Es la que recae no sobre la materialidad, sino sobre el contenido ideal de un acto. Se encuentra en un acto exteriormente verdadero, cuando contiene declaraciones mendaces; y se llama ideológica precisamente porque el documento no es falso en sus condiciones esenciales, pero sí son falsas las ideas que en él se quieren afirmar como verdaderas.

La denominada falsedad ideológica o intelectual presupone la distinción entre legitimidad y veracidad, pues el documento no es falso en sí, pero son falsas las ideas que en el mismo se afirman como verdaderas. Las hipótesis de esta falsedad son tres:

a) La constatación por funcionario en documento público de una circunstancia falsa.
b) Manifestación engañosa de un particular que ocasiona que el funcionario recoja tal contenido falso en el documento.
c) Declaración documental falsa hecha por un particular en escrito que firma con su propio nombre.

Luego, es fácil definir la falsedad ideológica como aquella manifestación destinada a constar en un documento en la que quien la hace es consciente de que no se corresponde, no ya con la verdad absoluta, que puede quedar lejos de la capacidad de cualquiera, sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho. El problema procesal que encierran estas falsedades es, partiendo de eso, fácilmente perceptible. En cambio, su importancia jurídica es notablemente superior a las falsedades materiales, que pueden ser técnicamente detectadas y, por lo mismo, ofrecen menor riesgo para el tráfico jurídico.

El inciso a) del artículo 250 del CP contempla la falsedad material: confeccione, en todo o en parte, un documento público falso o altere uno legítimo. La alteración o falsedad ha de ir dirigida a un elemento esencial. La esencialidad es equiparable a la idoneidad de la alteración.

El comportamiento falsario realizado sobre elementos accidentales del documento no configuraría este tipo penal. Se han descrito como elementos esenciales del documento: el lugar, la fecha, los intervinientes y el contenido relevante para la eventual futura prueba.

Dada la estructura y el alcance de la conducta que dirige esta modalidad, no parece aceptable la posibilidad de su realización omisiva.

El inciso b) del mencionado precepto contempla la esencia de las falsedades ideológicas: faltar a la verdad. Su existencia exige la presencia de un soporte auténtico y legítimo sobre el que se comete la acción falsaria, y sobre el que se realiza el atentado a la veracidad mediante manifestaciones falsas sobre elementos esenciales del documento.[10]

4. Elemento subjetivo

4.1. Comisión dolosa: La doctrina ha venido exigiendo la concurrencia de un específico elemento subjetivo del injusto, denominada tradicionalmente dolo falsario, que consiste en la intención de trasmutar la realidad de modo que el documento falso produzca en el tráfico jurídico las consecuencias y efectos propias de un documento verdadero.[11]

No es exigible, por el contrario, en la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles, el ánimo específico de lucro o de ocasionar perjuicio a un tercero.

4.2. Comisión imprudente: Consiste este delito en la creación de un riesgo previsible para el bien jurídico protegido, que debería haber conocido y evitado de actuar con la debida diligencia, gravemente desatendida al tratarse de una imprudencia grave, riesgo que le sea imputable objetivamente al haber tenido su concreción y efectos en la conducta realizada.

En la doctrina hay una tendencia a admitir la modalidad imprudente de falsedad en documento público Códigos como el español ya lo tienen previsto en la norma.[12] Cierto es que el CP cubano no reconoce un tipo falsario específico cometido por imprudencia, pero por aplicación de las normas generales, no vemos inconveniente en que se califique de este modo, excepto en aquellas modalidades que exijan una finalidad o ánimo específico (con conocimiento, artículos 250-2; 251-2; 252-2; 253-2; 255-b) y ch) 257-b), o con ánimo de lucro, 257-a).

En la norma española se castiga al funcionario que comete personalmente alguna falsedad por imprudencia, y además, a quien da lugar a que otro lo cometa, convirtiéndose el funcionario, por su falta de diligencia, en instrumento de la falsedad dolosa de otro, y en cualquier caso exige que la imprudencia sea grave.[13]

5. Grado de ejecución

Se ha calificado la falsedad documental como un delito de los llamados instantáneos, ya que para su estimación basta una actividad momentánea. Esta apreciación ha sido discutida. Para algunos autores basta con la sola puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, con la simple actuación falsaria para que el delito quede consumado; para otros, se necesita un resultado como modificación del mundo exterior, palpable y efectiva, y desde este enfoque cabe la tentativa.

Nosotros nos afilamos, sin embargo, a la primera posición.

6. Autoría y participación

Deben reputarse autores no solamente aquellos que ejecutan personal y físicamente la acción falsaria, sino también quienes, sin realizarla materialmente, participan en su realización con un acto que permita atribuirles el dominio del hecho. La doctrina no considera que nos encontremos ante un delito «de propia mano»,

de manera que pueden participar en el delito varias personas ya realizando en forma colaboradora la acción descrita por el verbo rector, ya tomando alguna parte en la ejecución, o en todos aquellos supuestos en que, previamente concertados, tomen parte directa en la falsedad, repartiéndose los papeles, proporcionando unos los medios y practicando otros, en función de su mayor habilidad, la actividad material de alteración, imitación y simulación. Como cabe también la autoría extensiva de carácter moral, cuando alguien induzca eficazmente a otro a cometer la falsedad, artículo 18 apartado 2 inciso c) y la del inciso d) del propio artículo a quien, proporcionando los documentos en los que la falsedad va a realizarse, coopera eficazmente a su ejecución.

7. Situación concursal

La falsedad documental puede entrar en concurso medial de delitos con otras modalidades delictivas, por ejemplo, con la malversación y, sobre todo, con la estafa. Las falsedades en documento público cometidas como medio para la realización de alguno de estos delitos deben sancionarse a través de las reglas prevenidas para el concurso de delitos de carácter medial, establecida en el artículo 10 apartado 1 inciso a).[14] Este mismo criterio resulta aplicable a las falsedades en documento mercantil. Asimismo, en los supuestos en que la estafa o la malversación no ha llegado a consumarse, en cuyo caso se producirá el concurso entre la falsedad documental y los delitos antes mencionados en grado de tentativa, y en estos casos, la condena se fija en el marco penal más grave de los delitos en cuestión.

Por el contrario, la doctrina es favorable al concurso de leyes y no al concurso ideal en los supuestos de falsedad en documento privado como medio de comisión de una estafa, por lo que debe resolverse este concurso de leyes conforme al principio de consunción, aplicando la pena prevenida para el delito más grave, que es la estafa, salvo que el perjuicio no llegase a consumarse o por su escasa cuantía determinase exclusivamente una falta de estafa, en cuyo caso procede sancionar la falsedad ya consumada.

La razón de ser de este diferente criterio se justifica, porque cuando la falsificación de documentos públicos o de comercio, es medio para perpetrar estafa, como las infracciones falsarias, no requieren, para su perfección, defraudación alguna o propósito de causarla, se produce un plus de antijuricidad que debe sancionarse

por la vía del concurso ideal concretamente en su hipótesis medial, mientras que si se trata de falsedad o falsificación cometida en documento privado, como quiera que el precepto exige inexcusablemente perjuicio para tercero o ánimo de causarlo, la defraudación es elemento típico e integrante del delito de falsedad, produciéndose un concurso o conflicto aparente de leyes que no permite infringir el principio *non bis in idem* y que se dirime merced al criterio de la gravedad, no pudiendo punirse una y otra infracción –la falsedad y la estafa–, sino tan solo aquella más gravemente penada.

En todo caso esta posición teórica no tiene trascendencia a la punibilidad, pues ya se adopte una u otra postura la pena se fijará en mérito al más grave de los delitos.

Puede, no obstante, verificarse un concurso real en los delitos de falsificación de documento privado y estafa si se trata de dos comportamientos distintos, temporalmente distanciados y con sustantividad delictiva propia. Ejemplo: en un primer momento el comisor se puso de acuerdo con dos familiares de un anciano para falsear un documento privado en el que se simuló la firma de aquel, a través del cual se vendía aparentemente una finca rústica al comisor y a otro de los coautores de la falsedad, todo ello con la finalidad de perjudicar a una sobrina del anciano, excluyendo determinados bienes de la herencia. Esta falsificación se produjo en enero de 1983, integrando la conducta descrita un delito de falsedad en documento privado, completamente perfeccionado en el que la concurrencia del ánimo de causar perjuicio a un tercero se integra por la finalidad perseguida de perjudicar los derechos hereditarios de la sobrina del titular de la finca supuestamente vendida. En un momento posterior y temporalmente distanciado (enero de 1984 habiendo fallecido el anciano titular de la finca el 8 junio de 1983, tiene lugar un comportamiento distinto cuando el recurrente y su cómplice venden a un tercero la finca rústica que supuestamente habían adquirido, fingiéndose dueños de la misma, lo que integra un delito de estafa, con un diferente perjudicado del que lo fue en el inicial delito de falsedad, que en este último caso es el tercero adquirente. La falsedad no se cometió como medio de realizar esta última defraudación, sino para privar al anciano de la titularidad de la finca y perjudicar a una heredera potencial, estando consumado y perfeccionado dicho primer delito cuando, en un momento posterior y en una acción diferente, se reutiliza aquel documento falso en un nuevo engaño. En consecuencia, se cometen dos delitos.

Habría también un concurso real y no medial, cuando la falsedad se ejecuta luego de haberse cometido el delito de malversación o la estafa, y se realiza precisamente para encubrir estos últimos, pues se trata de dos acciones diferentes.

Los concursos con otros tipos de falsedades instrumentales deben resolverse, generalmente, conforme al principio de especialidad.

8. Conclusiones

- La legislación cubana se afilia a la teoría amplia o germánica para definir el documento.
- El Código Penal no contempla en la clasificación de documentos a los oficiales, por tanto, deberá atenderse cuidadosamente a los requisitos que estableció el Dictamen 162 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular para determinar el tipo de documento de que se trate.
- Lo determinante para clasificar el documento es su naturaleza al momento de la maniobra falsaria.
- El bien jurídico protegido en estas figuras delictivas se sustenta en cinco líneas fundamentales: la fe pública, el valor probatorio, la seguridad del tráfico jurídico y el carácter pluriofensivo.
- Se clasifican las falsedades en material, ideológica, personales y de uso.
- No es punible la falsedad ideológica en los delitos privados porque estos documentos no tiene confianza en sí mismos.
- El comportamiento falsario realizado sobre elementos accidentales del documento no configura el delito.
- En nuestro país es posible la configuración de la conducta imprudente en la falsedad documentaria, excepto en aquellas modalidades que el tipo exija una finalidad o ánimo específico (en todo caso la imprudencia debe ser grave).
- La falsedad documental es un delito de los llamados instantáneos; no admite, por tanto, la tentativa.
- No se trata de un delito de propia mano, en consecuencia, pueden participar en su ejecución varias personas.
- La falsedad documental puede entrar en concurso medial con otras figuras delictivas. En este caso rigen las reglas del apartado 2 del artículo 10 CP para imponer la condena. Se entiende por delito más grave el que contempla mayor pena.

- Cuando la falsedad documentaria se realiza después de ejecutada la malversación con vistas a encubrir esta, estaremos ante un concurso real de delitos.
- Los concursos con otros tipos de falsedades instrumentales deben resolverse, generalmente, conforme al principio de especialidad.

Notas

1 Existe una amplia bibliografía que se refiere al tema. Así, por ejemplo, José Antón Oneca: «Las formas de culpabilidad en las falsedades documentales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948; Miguel Armenteros León: *Los delitos de falsedad documental. Comentarios y jurisprudencia. Adaptado a la reforma operada en el Código Penal por LO 5/2010*, Ed. Comares, Granada, 2010; Alfonso Arroyo de las Heras: *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005; Enrique Bacigalupo Zapater: *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Ed. Akal, Madrid, 1991.

2 En este sentido se pronunció la sentencia 1916 de 7 de junio de 2006, dictada por la Sala de la Seguridad del Estado en función de lo penal: Considerando: Que es de significar, que doctrinalmente se entiende por documento todo objeto que sea capaz de recoger una declaración de voluntad o un pensamiento atribuible a una persona y con destinado a entrar en el intercambio jurídico, siendo indiferente para ello el material en que se fijen los signos escritos, esto es, puede ser en papel, madera, tela, piedra, pared, metal, etc. De ahí que, quien como los reos VA y GG acuerdan alterar mediante troquelado los números de series originales de la carrocería y el motor de un vehículo (moto), sustituyéndolos en su lugar por otros, con el propósito de hacerlos coincidir con la placa y circulación que obraba en poder de unos de los procesados y que se encontraban controlados en el Registro de Vehículos del Ministerio del Interior, para así poder libremente circular por las vías públicas, es indiscutible que cometen un ilícito penal de falsificación de documentos públicos del art. 250. 1a) y b) y 2 del Código Penal, y esto es así si tenemos en cuenta que entre los documentos catalogados de públicos por el art. 281.3 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, y por la Instrucción 108 de 1983 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, ratificando lo dicho en el anterior precepto, en la que comporta a los Registros Oficiales, y como entre esos documentos tenemos al Registro de Vehículos, tal como fue instituido y regulado en los arts. 201 hasta el 217 del Decreto Ley 231 de 2002 que actualiza la Ley 70 de 1997, Código de Vialidad y Tránsito, que de

manera imperativa indica que los poseedores legales de vehículos automotores tienen la obligación de comunicar a dicho registro dentro de los 10 días de haberse realizado: los cambios de motores, carrocería, colores, traspasos de propiedad o posesión de vehículos registrados, bajas, alta o nueva inscripción, entre otras; además de requerir que cualquier conversión o modificación que implique cambio importante de los datos registrados o controlados necesita la autorización del Registro; esto significa que cualquier alteración, borradura, cambio y añadidura realizado en la numeración, tanto de la carrocería como del motor, que identifican y sirven de control del vehículo a los efectos regístrales, verifica que los datos o antecedentes que se adulteran son esos que obran en dicho Registro, de tal suerte que lo deformado o falseado es la íntima relación que debe existir entre el documento que fue certificado y expedido en su momento por el funcionario de la institución, registrar, esto es, la Licencia de Circulación, donde obran los datos y características fundamentales del vehículo, en cuanto a clase, tipo, modelo, números de motor, carrocería y color, que autoriza la circulación por cualquiera de las vías del país; de ahí que los procesados VA y GG, que convinieron en alterar mediante troquelado el motor y la carrocería de una moto y el reo RR que cooperó en su ejecución, para así usarla y burlar la fe, la seguridad, la garantía de los controles y la autenticidad del tráfico jurídico, cometieron el injusto penal señalado, siendo entonces irrefutable que el tribunal de instancia erró en no calificar el accionar ilícito de los justiciables cuando se avistan con creces los elementos tipificadores del mismo.

Por todo lo antes expresado, procede acoger el recurso establecido por el fiscal, revocar la sentencia dictada y pronunciar otra como en derecho corresponde.

3 Cuando se falsifican nóminas incluyendo un mayor número de trabajadores (documento privado), con vistas a producir un cheque con un monto de efectivo superior y apropiarse así de la diferencia resultante, la maniobra falsaria se ha perfeccionado en sus elementos objetivos y subjetivos, en el documento privado, que a su vez es base del documento posterior o secundario (documento de comercio); incluso, en un sentido material puede valorarse que la nómina *per se* no genera ningún efecto jurídico de naturaleza económica; por lo tanto, la consumación material o agotamiento se alcanza cuando esta complementa al documento secundario (cheque); pero la naturaleza del documento hay que analizarla en el momento en que se realiza la maniobra falsaria, de ahí que se trata entonces de una falsedad de documento privado (no de comercio) en concurso medial con malversación.

4 Juan Córdoba Roda: *Comentarios al Código Penal*, t. III, Ed. Ariel, Barcelona, 1978; Eugenio Cuello Calón: *Derecho Penal. Parte Especial,* t. II, vol. I, 14ta. ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1980; Antonio Quintano Ripollés:

La falsedad documental, Ed. Reus, Madrid, 1952; Gonzalo Quintero Olivares: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9na. ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

5 Código Penal: Art. 173. A los efectos de este título, se entiende por funcionario público toda persona que tiene funciones de dirección o que ocupe un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia en organismo público, institución militar, oficina del Estado, empresa o unidad de producción o de servicio.

6 De acuerdo al Dictamen 426, si la factura no es elaborada con un fin comercial, no tiene el carácter de documento de comercio; sería entonces privado, de ahí la importancia de determinar su función en la relación jurídica y no su denominación en sí.

7 Considerando: Que sentado en los hechos probados que la factura confeccionada por los acusados EMG y YMP se hizo en un modelo en desuso, y que los datos incorporados solo tenían el propósito de sortear cualquier control de rutina, durante el traslado de la mercancía de La Habana a Matanzas, y no para dejar evidencia de las operaciones mercantiles, ni para acreditar los aspectos relevantes de dicha transacción, ni se trataba de una acción de compraventa entre empresas que llevara un compromiso de pago, lo que hace concluir que no se trata de un documento que podría traer efectos para la contabilidad de una entidad; es por ello que en este caso específico no resulta de aplicación lo dispuesto en el Dictamen 426 de 8 de julio de 2009, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, porque no están los elementos para los cuales este órgano estableció que podía considerarse un documento de Comercio y, en consecuencia, es correcta la calificación de documento probado del art. 257 realizada por el órgano jurisdiccional de instancia y por consecuencia se desestima el presente motivo de fondo, que estableciera el fiscal, al amparo del apartado tercero del art. 69 de la Ley de Procedimiento Penal. Boletín del Tribunal Supremo Popular, 2014, p. 119.

8 Ver en este sentido José M. Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez: *Derecho Penal español. Parte Especial*, 16ta. ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1993; también a Miguel Ángel Boldova Pasamar: *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Ed. Comares, Granada, 2000; Carlos Blanco Lozano: «Falsedades» (Lección 16ta.), en Miguel Polaino Navarrete: *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011; Juan Bustos Ramírez: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da. ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

9 Francisco Muñoz Conde: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 741.

10 Sobre los elementos esenciales del documento se pronuncia la sentencia 262 de 13 de febrero de 2013, de nuestro máximo órgano de Justicia:

Considerando: Que la modalidad que contempla el inciso b) del art. 250 en su primer apartado, constituye un supuesto de falsedad ideológica, y exige para su configuración la presencia de un soporte auténtico y legítimo sobre el que se comete la acción falsaria y sobre el que se realiza el atentado a la veracidad mediante manifestaciones apócrifas sobre elementos esenciales del mismo; en este asunto el soporte genuino era el «certificado de regulaciones R/U 0300911» expedido por la Dirección de Planificación de la provincia de Santiago de Cuba, y la falsedad está en la diligencia de su notificación al interesado, lo que no constituye un elemento esencial del documento con trascendencia para su autenticidad, de manera que lleva razón la recurrente en los fundamentos del único motivo del recurso por infracción de ley, pues el actuar de la inculpada al consignar el nombre del usuario, firmando ella en sustitución de aquel, no hace que el documento deje de ser veraz, en tanto ese acto se ejecutó sobre un elemento accidental de la mencionada certificación que no induce a error sobre su autenticidad.

11 Antonio Ferrer Samá: «*El dolo como elemento del delito de falsedad*», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IX, 1957. También a María del C. García Cantizano: *Falsedades documentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

12 Art. 391: La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa, será castigado con la pena de multa de seis meses a un año.

13 Ver en este sentido, José Luis González Cussac: «Falsedad documental e imprudencia», en *Revista del Poder Judicial*, no. 22, año 1992, pp. 235-244; José L. González Cussac *et al*.: *Esquemas de Derecho Penal, Parte Especial*, t. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; Enrique Orts Berenguer *et al*.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990; Günther Jakobs: *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2011.

14 Al respecto ver criterio de Danilo Rivero García, en *Algunas interrogantes sobre temas penales*, Ediciones ONBC, 2006, p. 30.

Bibliografía

Antón Oneca, José: «Las formas de culpabilidad en las falsedades documentales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948.

Armenteros León, Miguel: *Los delitos de falsedad documental. Comentarios y jurisprudencia. Adaptado a la reforma operada en el Código penal por LO 5/2010*, Ed. Comares, Granada, 2010.

Arroyo de las Heras, Alfonso: *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005;
Bacigalupo Zapater, Enrique: *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Ed. Akal, Madrid, 1991.
Blanco Lozano, Carlos: «Falsedades» (Lección 16ta.), en Miguel Polaino Navarrete: *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.
Boldova Pasamar, Miguel Ángel: *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Ed. Comares, Granada, 2000.
Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da. ed. Ed. Ariel, Barcelona, 1991.
Córdoba Roda, Juan: *Comentarios al Código Penal*, t. III, Ed. Ariel, Barcelona, 1978.
Cuello Calón, Eugenio: *Derecho Penal. Parte Especial,* t. II, vol. I, 14ta. ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1980.
Ferrer Samá, Antonio: «*El dolo como elemento del delito de falsedad*», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IX, 1957.
García Cantizano, María del C.: *Falsedades documentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
González Cussac, José L. *et al*.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, t. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
González Cussac, José Luis: «Falsedad documental e imprudencia», en *Revista del Poder Judicial*, no. 22, año 1992.
Günther, Jakobs: *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2011.
Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
Orts Berenguer, Enrique *et al*.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
Quintano Ripollés, Antonio: *La falsedad documental*, Ed. Reus, Madrid, 1952.
Quintero Olivares, Gonzalo: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9na. ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.
Rivero García, Danilo: *Algunas interrogantes sobre temas penales*, Ediciones ONBC, 2006.
Rodríguez Devesa, José M. y Alfonso Serrano Gómez: *Derecho Penal español. Parte Especial*, 16ta. ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1993.

¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del artículo 250 del CP cubano[1]

Dayán Gabriel López Rojas

1. Necesaria delimitación del alcance de lo punible en las falsedades documentales. Breve repaso sobre el bien jurídico protegido en el delito previsto en el artículo 250 del Código Penal cubano

Bajo el título VII del Código Penal cubano se incrimina un elenco de conductas que convergen en una finalidad político criminal común: la tutela de la seguridad del tráfico jurídico, entendida como la certeza que debe presidir las relaciones jurídicas como bien de interés público.

Los delitos de falsificación de documentos, en especial, velan fundamentalmente por la salvaguarda y limpidez de las dos notas cardinales que han de caracterizar al documento: su autenticidad o genuidad y su veracidad,[2] en tanto presupuestos que garantizan su funcionalidad social y, con ello, la seguridad y confianza que han de regir en el tráfico jurídico.

El específico ámbito de protección penal en sede de falsedades documentales se concreta entonces en la funcionalidad social del documento,[3] por lo que la tutela recae sobre las distintas funciones que ha de cumplir aquel en la vida jurídica, ya sea perpetuando y constatando su contenido, garantizando su autoría o acreditando lo que en él se afirma con carácter probatorio. Las funciones de perpetuación, probatoria y de garantía asignadas a los documentos constituyen así el bien jurídico concretamente protegido por el catálogo de infracciones que se agrupan bajo el capítulo III, en el entendido de que con su vulneración se ataca la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, como reflejo verdadero de lo que contienen, expresan o prueban.[4]

Comoquiera que el correcto entendimiento del bien jurídico que subyace en cada norma penal es, quizás, la más útil de las herramientas con que cuenta el intérprete en el ejercicio de su labor hermenéutica,[5] deviene obligado repasar, aunque sea en sus contornos básicos, el alcance de las mencionadas funciones documentales en razón de su trascendencia para la delimitación de lo penalmente relevante en este tipo de conductas falsarias.[6]

El documento cumple, en primer orden, una función de perpetuación en tanto contiene una fijación material de las manifestaciones del pensamiento, que se pretende aparezca ahí reflejada de un modo duradero; y resulta afectada, en consecuencia, con la destrucción o deterioro del documento.[7]

La función probatoria se asocia con la adecuación o aptitud del documento para producir prueba, esto es, con su capacidad para acreditar que se dijo o se acordó algo (no que lo reflejado en él se ajuste a la verdad);[8] y se quebranta cuando la alteración recae sobre aquellos elementos que el documento está llamado a probar, de ahí la importancia de que en cada caso se establezca claramente qué es lo que el documento prueba.[9]

Asimismo, el documento cumple una función de garantía que está determinada por la identificación del autor de la declaración o la narración que aquel contiene. Se cumple esta función cuando existe coincidencia entre el real emisor de la información documentada y quien dice serlo, y en consecuencia se entiende lesionada cuando la maniobra falsaria impida determinar al autor de la declaración (generalmente por una falta de coincidencia entre al autor aparente y el autor real).[10]

Así, por más que el puro sentido gramatical conduzca al razonamiento de que es falso aquello que se opone a lo verdadero, en sede de falsedades documentales la determinación de lo penalmente relevante no puede centrarse –y de hecho no sucede así– en la simple comprobación de un atentado a la verdad en sí misma.[11] El contenido del objeto de tutela y el respeto al principio de lesividad imponen que no siempre que la veracidad quede afectada pueda sostenerse, sin más, la existencia de una infracción de falsedad.

Para la determinación de la relevancia típica de las mentiras consignadas en documentos, tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen en que no habrá falsedad cuando queden a salvo las funciones esenciales del documento, esto es, cuando no se

afecte la perpetuación de la declaración de voluntad, ni la prueba de su existencia, ni la garantía de que tal declaración pertenece a la persona a la que se le atribuye.[12]

De ahí que deba coincidirse con Villacampa Estiarte cuando define las conductas falsarias como «aquellas que afectan a la funcionalidad del documento»; y a la falsedad como «la creación de un documento que no desarrolla con normalidad sus funciones, con aptitud para engañar sobre el correcto funcionamiento de las mismas y la situación probatoria que representan en un ámbito de interrelación jurídica».[13]

2. Alcance del tipo subjetivo en el delito de falsificación de documentos públicos. Admisibilidad de la comisión imprudente. Algunas precisiones

Los debates en torno a las formas de imputación subjetiva en los delitos falsarios han originado, desde antaño, una de las más enérgicas polémicas residenciadas en la Parte Especial del Derecho Penal español, cuya influencia en la conformación de nuestro derecho positivo y en el desarrollo de la dogmática patria está determinada por los conocidos vínculos histórico-culturales que unen la isla a su antigua metrópoli.[14]

Así, mientras una postura teórica tradicionalmente dominante –representada por consolidadas voces dentro de las ciencias penales–[15] sostuvo con absoluta preeminencia la exclusividad del dolo como necesario y obligado componente subjetivo de la conducta falsaria; otro sector doctrinal[16] se decantó por la admisibilidad de la forma imprudente en ciertos supuestos.[17]

El entendimiento de las falsedades como delitos esencialmente dolosos descansa en varios argumentos. Así, se ha sostenido que el propio término *falsedad* –cuyo origen etimológico proviene del vocablo latino *fallere*, que significa engañar– posee una clara significación subjetiva incompatible con la imprudencia, argumentándose que a las conductas falsarias les es inherente la finalidad del sujeto proyectada a la alteración de la verdad, cual auténtico elemento subjetivo del tipo.[18] Además, se han aducido razones de política criminal en contra de la incriminación culposa de este tipo de infracciones sobre la base del respeto a los principios de *ultima ratio* y fragmen-

tariedad –que solo justifican la reacción penal ante los ataques más graves e intolerables– en el entendido que la *mutatio veritatis* dolosa es lo único que la colectividad juzga falso, pues nadie llama falsificar al que ha puesto en un escrito, por torpeza o ligereza, una cosa por otra; de modo que falsificar no es equivocarse.[19]

La doctrina patria parece haber comulgado con esta tendencia que apuesta por la regencia del dolo como elemento ínsito a las conductas falsarias, aunque vale aclarar que el análisis y clarificación de las problemáticas asociadas al alcance del tipo subjetivo en esta figura delictiva no ha sido de los aspectos que han acaparado la atención de las discusiones académicas en nuestro país.[20] Solo recientemente algunas voces se han pronunciado al respecto para concluir –junto a la opinión tradicionalmente sostenida por la doctrina foránea– que el delito de falsificación de documentos públicos admite únicamente la forma dolosa.[21]

Ninguna de las razones esgrimidas por esta posición resulta suficientemente convincente. Entiendo, por el contrario, que una interpretación amplia del tipo subjetivo de este ilícito, que ofrezca cobija a la forma impudente en determinados supuestos, encuentra justificación en atendibles argumentos dogmáticos y de política criminal dentro de los que cabe resaltar, de un lado, la falta de exigencia en la construcción típica de un dolo específico o reduplicado –entendido como aquella finalidad orientada más allá de la mera realización objetiva de la conducta–, frente a lo cual opera sin cortapisas el sistema abierto de incriminación de la imprudencia asumido por el CP cubano;[22] y, de otro, razones preventivo-generales que atienden a la importancia que en la sociedad actual adquieren determinados documentos.[23]

Si bien es cierto que, por regla general, las conductas que se incriminan bajo el capítulo III del título VII están animadas por el denominado dolo falsario, conviene detenerse en la explicación de los aspectos teóricos esenciales que justifican la relevancia penal de excepcionales supuestos en los que cabe apreciar la imprudencia.

El primer requisito exigible para la apreciación de la culpa en sede de falsedades documentales consiste en que ha de tratarse, en todo caso, de un supuesto de falsedad ideológica cometida por funcionario público.

En este punto la doctrina ha coincidido en asumir que solo es posible la comisión imprudente en esta modalidad falsaria, y ello así porque los casos de falsificaciones materiales, por la propia na-

turaleza de la acción, siempre están animados por el dolo.[24] Pero no basta que se trate de una falsedad ideológica; se exige, además, que el agente activo sea un sujeto sobre el que gravite un deber jurídico de veracidad, esto es, que esté responsabilizado con un especial deber de garantizar la verdad sobre los aspectos esenciales que determinan la eficacia probatoria del documento, extremo que solo es exigible a los funcionarios públicos.[25]

De lo anterior se colige que en ningún caso un particular podrá incluirse dentro del círculo de los posibles autores de esta modalidad delictiva, porque mientras los funcionarios públicos ostentan especiales funciones garantizadoras de veracidad y fehaciencia que les vincula a un ineludible deber de fidelidad descriptiva y escrupuloso reflejo de cuanto se realice ante sí –lo cual garantiza y justifica que los documentos que autorizan gocen de privilegios en el orden probatorio–, ello no acontece en el caso de los particulares, en tanto las declaraciones mendaces que aquellos expresen ante ciertos funcionarios no lesionan la función probatoria de los documentos que ellos autorizan porque, de conformidad con su régimen de eficacia, estos solo hacen prueba de la realidad descriptiva de lo acaecido y de las manifestaciones de voluntad ante él pronunciadas, nunca de la veracidad de las mismas.[26]

Estos supuestos configuran, por tanto, una modalidad delictiva de sujeto especial cuyo fundamento descansa en el personal deber de diligencia atribuido a los funcionarios en sus labores documentales,[27] asociado a la dación de fe sobre la ocurrencia de hechos o la acreditación de circunstancias con trascendencia en el orden legal, lo cual conecta con la necesaria garantía de seguridad en el tráfico jurídico; de ahí que resulte penalmente reprochable que aquellos asuman actitudes negligentes en absoluto compatibles con el deber de veracidad que supone su intervención en el acto o hecho que se documenta.[28]

Un segundo aspecto que destaca la doctrina es el vínculo que debe existir entre el funcionario y el documento falseado, en tanto ha de verificarse que su emisión esté comprendida dentro de las específicas funciones de aquel; de tal suerte que a las limitaciones que en sede de autoría vienen impuestas por la condición funcionarial, hay que añadir las derivadas de la existencia de una norma jurídica (normalmente de naturaleza administrativa) que atribuya a la esfera de competencia del funcionario la emisión del documento redargüido de falsedad.[29]

Por ende, a los efectos de constatar la lesividad de la conducta, debe tomarse en consideración el específico contenido de las funciones del sujeto en materia documentadora y, en especial, los efectos que cumple el concreto documento en el tráfico jurídico, en el entendido de que no podrá afirmarse la existencia de una infracción de falsedad documental si no se constata una lesión a la funcionalidad de aquel; de modo que lleva razón Quintero Olivares cuando alerta que «ha de tratarse de funcionarios que estén investidos de la capacidad de dar fe de hechos, o de acreditar realidades válidas para las relaciones jurídicas, lo que excluye a muchos funcionarios públicos cuya labor diaria pasa por la utilización constante de escritos que pueden no tener ese alcance».[30]

El otro elemento a tener en cuenta, por último, es que para la configuración de la falsedad por culpa no resulta suficiente que el funcionario actúe de forma descuidada en el cumplimiento de cualquier deber que resulte inherente a su cargo, pues no hay que perder de vista que aunque estas conductas también impliquen una mediata afectación al correcto funcionamiento de la Administración Pública,[31] la razón central de su incriminación pivota sobre un interés penal más específico, vinculado a la funcionalidad del documento, y es por ello que a efectos penales solo importa la imprudencia profesional específica asociada al incumplimiento de una obligación de supervisión normativamente establecida que tienda a la protección de alguna de las funciones del documento.

Puede sostenerse entonces –en clave de imputación objetiva– que la configuración típica de la falsedad funcionarial cometida por imprudencia se estructura sobre la base de los siguientes elementos:

a) Que la actuación descuidada del funcionario haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido (funcionalidad del documento), y evitable de haberse actuado con la debida diligencia.[32]
b) Que tal riesgo supere el límite de lo permitido para ese tipo de actividad documentadora, esto es, ha de tratarse de un riesgo jurídicamente desaprobado.
c) Que el documento de funcionalidad alterada ingrese al tráfico jurídico.

Los manuales y monografías sobre el tema citan ejemplos tomados de la práctica para ilustrar tales supuestos, y en ellos se alude al caso del notario que da fe de la legitimidad de unas firmas que resultaron no ser auténticas, sin estar presente físicamente en el mo-

mento en que se estamparon sobre el documento y, por tanto, sin tener conocimiento si eran legítimas o no; o que emite juicio de capacidad sobre una persona que figura como parte en un contrato de compraventa sin haber constatado realmente esa capacidad legal.

Sin embargo, un sector de la doctrina[33] ha cuestionado, con acierto, que tales casos califiquen como supuestos imprudentes porque en realidad cuando el funcionario es consciente de que no conoce determinados extremos esenciales y, pese a ello, expresa en el documento que sí los conoce y da fe al respecto, actúa dolosamente.

Según entiendo, para distinguir adecuadamente la frontera que delimita el dolo de la culpa en tales casos, habrá que tomar en cuenta dos aspectos básicos: el deber de veracidad que pesa sobre el funcionario y, especialmente, el grado de correspondencia entre la percepción subjetiva que en realidad tenga respecto al hecho o acto que documenta y lo consignado efectivamente en el instrumento autorizado por él.

Actúa con dolo el funcionario cuando, a sabiendas de que la realidad es distinta, consigna en el documento cosa diferente; pues en tal caso concurren los elementos constitutivos esenciales de esta forma de imputación subjetiva: conocimiento y voluntad. El sujeto conoce que emite una declaración contraria a la verdad y, pese a ello, decide hacerlo. Por el contrario, incurre en una conducta negligente cuando, teniendo la percepción subjetiva de que la realidad se corresponde con lo que documenta, no somete esa apreciación personal a los controles que impone el deber de cuidado, que es el filtro para dotar a ese acto o hecho documentado de la presunción de veracidad que le caracteriza, con lo cual da lugar a que ingrese en el tráfico jurídico un documento de funcionalidad alterada.

Para establecer si se ha observado o no el deber de cuidado exigible, habrá que prestar especial atención a la fuente de la que aquel dimana, porque tratándose de conductas que tienen lugar en el sector funcionarial lo normal es que su contenido y alcance aparezcan definidos por regulaciones administrativas. Ello implica que, en todo caso, tendrá que distinguirse entre el ilícito penal y la mera infracción administrativa, cuyos límites –no siempre fáciles de advertir–[34] vendrán determinados en última instancia por la gravedad de la conducta a partir del grado de afectación al bien jurídico, con lo cual debe estimarse penalmente relevante únicamente el comportamiento imprudente que revista especial gravedad.

3. La cuestión en la jurisprudencia cubana. Rectificando el rumbo

La admisibilidad de la culpa en el delito de falsificación de documentos públicos parece haber sido una cuestión admitida por la jurisprudencia cubana del siglo XX. Desde inicios del pasado siglo, aún vigente en Cuba el Código Penal español de 1870 –hecho extensivo a la Isla por Real Decreto de 23 de mayo de 1879–, y asimismo durante la vigencia del Código de Defensa Social de 1936 (CDS), la otrora Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba sostuvo el criterio jurisprudencial de que «el delito de falsedad, como cualquier otro delito, puede ser cometido por imprudencia temeraria».[35]

Pero esta posición no parece haber pervivido en la jurisprudencia emanada del Alto Foro con posterioridad a la derogación del Código defensista. Sin que pueda definir ahora las razones ciertas que motivaron el abandono de esta línea jurisprudencial, lo cierto es que, hasta la fecha, no conozco que se hayan dictado por el máximo órgano de justicia de nuestro país pronunciamientos que sustenten la falsedad imprudente en el delito de falsificación de documentos públicos (y si alguno ha habido, es evidente que no ha alcanzado la cómoda posición de «postura dominante»).

Sin embargo, la reciente sentencia 1326, de 14 de julio de 2015, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular,[36] augura un giro en la posición hasta ahora sostenida por este órgano en punto a la interpretación del tipo subjetivo en el delito previsto en el artículo 250 del CP; y es que, distanciándose de la opinión defendida por el gremio de penalistas patrios, la aludida resolución se decanta por la admisibilidad de la forma imprudente en el delito de falsificación de documentos públicos, razonando en su segundo considerando lo siguiente:

«Que se aparta la impugnante LMLA de la línea argumentativa trazada por la Sala de instancia, ofreciendo argumentos que apoya en la interpretación del dolo falsario, sin tomar en cuenta que la condena ahora no se fundamenta en un actuar intencional, sino en una palmaria violación del deber de cuidado, que por sus funciones venía obligada a observar, lo que sitúa el análisis en el terreno de la imprudencia; y en este sentido es de significar que, tratándose de

un notario público, con función fideifaciente y autenticadora, debió abstenerse de autorizar el instrumento, que a la postre resultó falso, a partir de las irregularidades que presentaban los documentos exigibles para su otorgamiento, en observancia al deber de cuidado específico que rige la actuación notarial, pues la revisión y control de la acusada, sobre la legitimidad y formalidades esenciales de los documentos justificativos de los instrumentos públicos que autorizan, es lo que determina, justamente, que estos gocen de esa presunción de veracidad que privilegia su eficacia en el tráfico jurídico respecto a otras especies documentales. Y si a lo anterior se añade que los mentados documentos irregulares les fueron presentados a la fedataria acusada por persona distinta y de identidad desconocida a la que figura como otorgante, no hay duda que su conducta corporifica una grave imprudencia funcionarial que, además de la lesión que genera a la fe pública, defrauda la confianza que el Estado deposita en esta clase de funcionarios al otorgarles, mediante el nombramiento, aquellas facultades autenticadoras; todo ello fuerza a desestimar su recurso con base al ordinal primero del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal».

Con esta sentencia parece retomarse la postura que otrora defendió la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba, en coincidencia con el camino que por más de cien años ha transitado el Tribunal Supremo español,[37] cuya continua y abundante jurisprudencia sobre falsedades documentales pone de manifiesto la asunción de una postura ecléctica en cuanto al contenido del tipo subjetivo de estos ilícitos, negando la posibilidad de falsedad imprudente en aquellos casos en que el tipo exige un dolo reduplicado o un *animus* especial, así como los casos de falsedades materiales y las de alteración fraudulenta, y admitiéndola en aquellos supuestos en los que el legislador no consigna ninguna exigencia específica.

Aunque es probable que alguien disienta de tal criterio, no cabe dudar que el fallo encuentre apoyo en respetables criterios dogmáticos, absolutamente compatibles con el escenario legal vigente, todo cuanto armoniza con la exquisita técnica argumental empleada en su redacción. En el orden normativo, lo acordado por la Sala se acomoda a los términos neutros sobre los que se erige la formulación típica del artículo 250 del CP, cuya congruencia con el sistema de *numerus apertus* de incriminación de la imprudencia asumido por el texto punitivo cubano conduce a sostener el criterio de calificación adoptado.

No obstante, en momentos en que se respiran aires de reforma, parece adecuada una reflexión al respecto. Y es que más allá de la posición teórica que se defienda en punto a la conveniencia político-criminal de reaccionar a través el Derecho Penal frente a específicos supuestos falsarios determinados por la imprudencia funcionarial –y con independencia de la posibilidad legal de su apreciación a partir de la compatibilidad entre la descripción típica y el sistema de punición general de la culpa que rige en el actual CP–, sería deseable, en aras de garantizar una mayor seguridad jurídica, su tipificación como figura autónoma como vía para atenuar la incertidumbre inherente al referido modelo de incriminación de la imprudencia.

4. Excurso: A propósito de las modalidades típicas del artículo 250 del Código Penal y su compatibilidad con la imprudencia

De cara al esquema típico que exhibe el delito de falsificación de documentos públicos en el CP, se hace necesario formular algunas observaciones en torno al catálogo de comportamientos incriminados bajo el artículo 250 con la finalidad de analizar, en cada caso, el grado de compatibilidad con la forma de comisión imprudente cuando el sujeto activo es un funcionario público.

Así, en lo que respecta al inciso a), parece que la falsificación imprudente quedará reservada a los comportamientos que supongan la «confección, en todo o en parte, del documento», pues no exige el tipo que el comisor actúe guiado por un ánimo especial que excluya la forma culposa, ni ello se deduce de la significación semántica de las acciones incriminadas. No puede afirmarse lo mismo, sin embargo, respecto a la «alteración de un documento legítimo» por cuanto la naturaleza misma de esta modalidad típica, expresiva de un supuesto de falsificación material, proyecta *per se* una actitud intencional.

Cabe afirmar igualmente la compatibilidad entre la imprudencia y la modalidad comisiva prevista en el inciso b), consistente en una «contribución a consignar en él datos, declaraciones o hechos inexactos relativos al acto que se documenta», por las mismas razones aducidas respecto al inciso a).

En cuanto a la conducta prevista en el inciso c), relativa a «intercalar documentos en protocolo, registro o libro oficial sin cumplir las formalidades legales», tampoco parece, *ab initio*, incompatible con la forma imprudente en tanto se trata de una acción neutra (solo se describe su aspecto externo). Sin embargo, una interpretación que tome en cuenta el principio de fragmentariedad –en cuya virtud el legislador penal decide tipificar los atentados más graves a los bienes jurídicos más importantes– conduce a inclinarse por la idea de que el sentido de lo delictivo en tales casos está determinado por la intencionalidad del comisor. No obstante, en caso de admitirse su comisión imprudente habría que distinguir si ese incumplimiento de las formalidades legales –que es en definitiva el elemento que da sentido al verbo rector *intercalar*– se ha producido a consecuencia de una falta de la diligencia debida, y constatada que resulte la infracción del deber de cuidado tendrá que valorarse, particularmente, la relevancia penal del hecho concreto para distinguirlo de una simple infracción administrativa, pues tratándose del sector funcionarial es común que existan normas de esa naturaleza que prevean tal clase de violaciones. Si el hecho no denota un *plus* de peligro social, desde la óptica de una interpretación razonable del tipo fundamentada en el respeto a los principios de lesividad y mínima intervención, debería valorarse lo innecesario de la sanción penal y la preferencia de una respuesta en el orden administrativo sancionador.

Por último, no debe existir ninguna duda en cuanto a que las conductas relativas a la «supresión, destrucción u ocultamiento de un documento público» –previstas en el inciso ch)– configuran supuestos de falsificaciones materiales, y resultan absolutamente incompatibles con la forma imprudente en razón del dolo reforzado que ha de animarlas, pues la actuación «en perjuicio del interés nacional o de una persona» constituye una especial exigencia subjetiva del tipo.

Notas

[1] La realización del presente trabajo ha sido posible gracias a una estancia de investigación desarrollada en el Departamento de Derecho Penal de la Universitat de València, entre los meses de abril y julio de 2015, financiada por el Programa de Becas de Jóvenes Investigadores 2015 de países en vía de desarrollo, de esa propia universidad. Agradezco sinceramente a la doctora

Ángeles Jareño Leal, profesora titular de esa universidad, por su demostrada generosidad y pertinentes indicaciones.

2 La autenticidad o genuidad supone una coincidencia o identidad entre la persona figurante como artífice o emisor del documento y aquella que realmente ostenta su autoría; mientras que la veracidad atiende al contenido del documento, al mensaje o declaración que alberga, que debe corresponderse con el comprobado acaecer extradocumental. *Cfr.* Francisco Soto Nieto: «Falsedad ideológica cometida por particular en documento público mercantil», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* no. 9, 2000, p. 1368.

3 De esta opinión, entre otros, Alfonso Arroyo de las Heras: *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp.149-151; Miguel Ángel Boldova Pasamar: *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 1 y ss.; Gonzalo Quintero Olivares: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9na. ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1624; Francisco Muñoz Conde: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 741; Carolina Villacampa Estiarte: *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Ed. CEDECS, Barcelona, 1999, p. 471.

4 *Apud*. Alfonso Arroyo de las Heras: *Op. cit.,* p. 197.

5 Sobre la importancia de la labor interpretativa y su conexión con el respeto al principio de lesividad, en orden a determinar si efectivamente se constata el grado de antijuricidad material exigido por el tipo en cuestión, *cfr.* Mirentxu Corcoy Bidasolo: «La interpretación en Derecho Penal. *Favor libertatis versus favor securitatis. In dubio pro reo versus in dubio contra reo*», en Diego-Manuel Luzón Peña: *Derecho Penal del estado social y democrático de Derecho* –Libro homenaje a Santiago Mir Puig–, Ed.La Ley, Madrid, 2010, pp. 145 y ss.

6 Según un tradicional criterio sostenido por la jurisprudencia española, reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1999, «los tipos de falsedad son de restrictiva hermenéutica y exigen que a la simple descripción típica se sobreañada un plus de contenido por la consideración de los bienes jurídicamente protegidos y subyacentes al documento protegido por la fe pública, estimándose por ello carentes de antijuricidad material, pese a su adecuación típica, aquellos comportamientos no incidentes en la vida jurídica en forma de lesión o al menos de peligro para aquellos». Citada por Carlos Blanco Lozano: «Falsedades» (Lección 16ta.), en *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, p. 257.

7 *Cfr.* José L. González Cussac *et al*.: *Esquemas de Derecho Penal, Parte Especial*, t. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 272; Francisco Soto Nieto: *Op. cit*., p. 1368.

[8] En este sentido resulta clarificador lo señalado por Jackobs en punto a que «cuando el legislador solo garantiza la autenticidad de un documento, pero no su (restante) veracidad, se limitará a casos en los que la autenticidad hace al documento definitivamente utilizable, esto es, a casos de documentos con efectos jurídicos, incluida la fe pública como efecto jurídico». Jakobs, Günther: *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 24.

[9] *Cfr.* José L. González Cussac *et al*.: *Op. cit.,* p. 272; Francisco Soto Nieto: *Op. cit*., p. 1368. La doctrina ha concedido una especial relevancia a esta función probatoria, quizás por la mayor incidencia de conductas falsarias en los denominados documentos intencionales, que son los que se elaboran con la finalidad de ser empleados como medio de prueba en un determinado proceso. Al respecto ha afirmado algún autor que, en lo que respecta a la circulación documentaria, la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico está determinada por la confianza que la sociedad deposita en el valor probatorio de los documentos. *Cfr.* Ignacio Gordillo Álvarez-Valdés: «Falsedades», en *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra. ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, p. 537.

[10] *Cfr.* José L. González Cussac *et al*.: *Op. cit.,* p. 272; Francisco Soto Nieto: *Op. cit*., p. 1368.

[11] Ya señalaba Bustos Ramírez que «el problema de la falta de verdad del documento no es lo que interesa, ya que lo único que se pretende proteger es lo funcional del documento, su capacidad de rendimiento para las interrelaciones sociales». Juan Bustos Ramírez: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da. ed. Edi. Ariel, Barcelona, 1991, p. 337. En este sentido explica Quintero Olivares que la concepción formal de las falsedades que rigió tradicionalmente, bajo la influencia del antiguo sistema francés, en cuya virtud la esencia de lo delictivo en estas especies quedaba afirmada cuando lo que constaba en el documento no era cierto, independientemente de que se afectara un extremo importante del mismo o su capacidad para surtir efectos en el tráfico jurídico; ha sido superado por el modelo material-probatorio, expresivo de una concepción material actualmente dominante tanto en la doctrina como en las legislaciones, que exige –más allá de la incerteza documental–, la afectación a «elementos trascendentes *ad ultra* para probar hechos relevantes en el tráfico jurídico o susceptibles de producir una prueba mendaz». *Cfr.* Gonzalo Quintero Olivares: *Op. cit.,* p. 1624.

[12] Se ha exigido, en este sentido, que el elemento no veraz incorporado al documento sea esencial, conectando este requisito de la esencialidad con la incidencia de la falsedad en el tráfico jurídico, esto es, con la posibilidad de

que la falsedad lesione o ponga en peligro alguna de las funciones propias del documento amparado por la fe pública. Esta ha sido la línea interpretativa seguida por el Tribunal Supremo español, que ha entendido que «para lograr clarificar cuáles son esos elementos esenciales cuya alteración genera la falsedad, ha de fijarse la atención en las funciones que constituyen la razón de ser de un documento y si la ausencia, variación o modificación de uno de los elementos de un documento repercute sustancialmente en esas funciones». *Vid*., con alusión a sentencias concretas, Carlos Blanco Lozano: *Op. cit.,* p. 256. En este propio sentido se pronuncia Bustos Ramírez, quien entiende por elementos esenciales del documento a «todos aquellos que condicionen su sentido y función el lugar, la fecha, los intervinientes y el contenido relevante para la eventual futura prueba». Juan Bustos Ramírez: *Obras completas*, t. III –Derecho Penal. Parte Especial–,Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2011, p. 608.

13 Carolina Villacampa Estiarte: *Op. cit.,* p. 461.

14 Sobre los vínculos entre ambos sistemas jurídicos, *Cfr.* Vicente J. Arranz Castillero: «Vigencia e influencia del Derecho Penal español en el Derecho Penal cubano», en *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba,* Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009, pp. 307-328.

15 Con anterioridad a la vigencia del Código Penal español de 1995 –que introdujo de forma expresa la falsedad imprudente de funcionario (*cfr.* art. 391)– sostuvieron en la doctrina española una acendrada postura contraria a la admisibilidad de la imprudencia en las falsedades, entre otros: José Antón Oneca: «Las formas de culpabilidad en las falsedades documentales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* t. IV, 1948, pp. 116 y ss.; Juan Córdoba Roda: *Comentarios al Código Penal*, t. III, Ed. Ariel, Barcelona, 1978, pp. 862 y ss.; Antonio Ferrer Samá: «*El dolo como elemento del delito de falsedad*», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IX, 1957, p. 527; José Luis González Cussac: «Falsedad documental e imprudencia», en *Revista del Poder Judicial*, no. 22, año 1992, pp. 235-244; Francisco Muñoz Conde: *Derecho Penal. Parte Especial*, 8va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 550 y 551; Enrique Orts Berenguer *et al*.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 251 y 252.

16 *Cfr.* Eugenio Cuello Calón: *Derecho Penal. Parte Especial,* t. II, vol. I, 14ta. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pp. 272 y 273; José M. Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez: *Derecho Penal español. Parte Especial*, 16ta. ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1993, pp. 981 y 982; Antonio Quintano Ripollés: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. IV, Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1976, pp. 671-682; Enrique Bacigalupo Zapater: *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Ed. Akal, Madrid, 1994, pp. 331 y 332.

[17] Para una sistematización de los principales argumentos sostenidos por una y otra postura teórica, *cfr.* sentencia 6050, de 4 de noviembre de 1989, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, y el comentario que le realizara José Luis González Cussac: «Falsedad documental e imprudencia», en *Poder Judicial*, 2da. Época, no. 22, 1991, pp. 235-244.

[18] El contenido de este tácito elemento subjetivo del injusto, usualmente denominado dolo falsario, ha sido abordado desde dos dimensiones por parte del sector doctrinal que asume esta posición teórica. Así, mientras unos autores reconducen al contenido de este, la voluntad de alterar la verdad, de engañar, de mutar la realidad, por entender que es justamente ese componente anímico el que le otorga relevancia penal a la conducta (*cfr.*, por todos, José Antón Oneca: *Op. cit*., p. 98); otros ubican dentro de esta categoría la finalidad de incorporar lo falseado al tráfico jurídico (*cfr.* Juan Bustos Ramírez: *Op. cit*., p. 338). Desvinculándose de las posturas anteriores, González Cussac defiende un interesante criterio en torno al elemento subjetivo de las falsedades, cuyo contenido –según entiende– está determinado por la discrepancia entre lo que el sujeto conoce y lo que expresa por escrito, tratándose, al igual que el falso testimonio, de un delito de expresión. *Cfr.* José Luis González Cussac: *Op. cit.*, p. 241.

[19] *Cfr.* José Antón Oneca: *Op. cit*., p. 118. Tal argumento fue expuesto por el magistrado Marino Barbero Santos en el voto particular que suscribiera con motivo de la aludida sentencia 6050, de 4 de noviembre de 1989, del Tribunal Supremo español. *Vid*. José Luis González Cussac: *Falsedad Op. cit.*, p. 238.

[20] En las tradicionales obras de los profesores cubanos, Juan Vega Vega y José Antonio Grillo Longoria no se advierten referencias al contenido del tipo subjetivo del ilícito en comento. *Cfr.* Juan Vega Vega: *Los delitos*, Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1976, pp. 186-190; José A. Grillo Longoria: *Los delitos en especie*, t. II, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1982, pp. 32 y ss. Los comentaristas del Código de Defensa Social (CDS), por su parte, tampoco profundizaron en este aspecto. Así, Casasús identificó al dolo como uno de los caracteres de la falsificación, sin negar de forma expresa la posibilidad de apreciar la culpa en el delito de falsificación de documentos públicos entonces previsto en el art. 365 del CDS. *Cfr.* Juan Casasús: *Código de Defensa Social y Derecho Penal Complementario*, t. II, 2da. ed., Ed. Molina y Compañía, La Habana, 1950, p. 185.

[21] *Cfr.* Pedro Pérez Pérez: «Delitos contra la fe pública», en *Una visión desde la dogmática a figuras del Código Penal cubano*, Universidad de La Habana, 2001, p. 409; Carlos A. Mejías Rodríguez: «Falsedad y falsificación en documentos

notariales. *Excursus* sobre la responsabilidad penal del notario y el proceso penal incoado por falsificación del documento público notarial», en *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, no. 35, ener.-jun., 2010, p. 34.

22 A diferencia de otras legislaciones, el Código Penal cubano se ha acogido al modelo de *numerus apertus* en lo referido a la incriminación de las conductas imprudentes, lo cual se deduce de la genérica regulación contenida en el art. 9 que establece, en su apartado 1, que «el delito puede ser cometido intencionalmente o por imprudencia». Debe aclararse que el sistema al que se adscribe el código patrio no es ni el más extendido en el Derecho Comparado, ni tampoco el preferido por la moderna doctrina del Derecho Penal, pues se entiende que la técnica de incriminación limitada de la imprudencia (sistema de *numerus clausus*) resulta más respetuosa de los principios de legalidad y *ultima ratio* que orientan la intervención penal. *Cfr.* Santiago Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*, 9na. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 292. Ante la vigencia de este modelo abierto, el intérprete ha de llevar a cabo una tarea hermenéutica con relación a cada uno de los tipos penales para determinar, en base a un grupo de elementos, si un concreto delito admite la forma imprudente o no. En la doctrina se han desarrollado un grupo de criterios, que podrían calificarse de correctivos, dirigidos a limitar la apreciación imprudente de determinados delitos. Sin que sea este el sitio adecuado para profundizar en estas explicaciones, propias de la teoría general del delito, valga recordar, a modo de ejemplo, la imposibilidad de sancionar por imprudencia aquellas conductas cuyo injusto típico exige especiales elementos subjetivos, ya sea de forma expresa: a sabiendas, de propósito, maliciosamente, etc.; o implícita, como ocurre con al ánimo lúbrico en los delitos sexuales, o el ánimo de lucro propio de ciertos delitos patrimoniales. La regla general es atender a la propia naturaleza de la acción para evaluar su compatibilidad con la comisión culposa. Para una explicación general sobre los caracteres de los modelos de incriminación de la culpa, *cfr.* Silva Jesús M. Sánchez: «Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 147 y 148.

23 Desde una concepción político-criminal, congruente con los postulados del principio de necesidad –cual derivación del principio de subsidiariedad– que orienta hacer uso de los recursos más violentos solo en los casos absolutamente necesarios, se justifica la reacción punitiva en tales supuestos a partir de la importancia del bien jurídico en juego y la gravedad de su lesión. *Cfr.* Laura Zúñiga Rodríguez: *Política criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 179. En este sentido se pronunciaba Quintano Ripollés, quien desde mediados del pasado siglo ya defendía una mayor necesidad de criminalización de las fal-

sedades documentales imprudentes de funcionarios «en una época tan decididamente papelística y crediticia como la nuestra». Antonio Quintano Ripollés: *La falsedad documental*, Ed. Reus, Madrid, 1952, p. 162. En similares términos entiende Soto Nieto que «un documento que tan relevante incidencia muestra en el comercio jurídico, no puede introducirse en el mismo falto de la autenticidad o veracidad que le son inherentes. La sociedad confía en que el funcionario, dotado de fe pública, sea fiel y honesto en verter en el documento público tanto la realidad descriptiva de lo acaecido como las manifestaciones de voluntad ante él pronunciadas –no responde de la veracidad de las mismas–. *Cfr.* Francisco Soto Nieto: *Op. cit.*, p. 1369.

24 En todo caso el problema de la imprudencia cometida por funcionario se circunscribe a las modalidades de falsedad ideológica, pues en los supuestos de falsificaciones materiales la propia naturaleza de la acción falsaria presupone el dolo. Siguiendo esta línea de pensamiento, reflexiona Armenteros León en el sentido de que «en la práctica, la falsificación imprudente estará reservada para las acciones […] relativas a la intervención de personas, sus manifestaciones o la narración de hechos; ya que difícilmente se va a cometer una falsificación de modo imprudente alterando un documento o simulándolo para que parezca auténtico, que son conductas esencialmente dolosas». Miguel Armenteros León: *Los delitos de falsedad documental. Comentarios y jurisprudencia. Adaptado a la reforma operada en el Código Penal por LO 5/2010*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 146. *Cfr.*, además, José Luis González Cussac: *Op. cit.*, p. 236.

25 En este sentido, Quintero Olivares alude a uno viejo criterio interpretativo que ha rodeado el fundamento de la falsedad ideológica, según el cual su ámbito de aplicación queda limitado a la función pública. *Cfr.* Gonzalo Quintero Olivares: *Op. cit.,* p. 1641.

26 La regla de valoración probatoria que impone el legislador respecto al régimen de eficacia de los documentos públicos aparece contenida en el art. 294 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico: «Los documentos otorgados con la intervención de funcionario público con las formalidades legales harán prueba plena entre las partes que en ellos hayan figurado, respecto a las declaraciones que contengan o que de ellas inmediatamente se deriven. Harán prueba, asimismo, aun respecto a terceros, en cuanto a su fecha y al motivo de su otorgamiento». Nótese que, por imperio de la ley, las declaraciones de las partes en el instrumento público harán prueba plena frente a sí (sean veraces o no); y respecto a terceros solo harán prueba aquellos extremos que queden abarcados por la fe pública notarial, esto es, la fecha y el motivo del otorgamiento. La doctrina ha destacado la inexistencia de un deber jurídico genérico de veracidad exigible a los particulares; de ahí que se sostenga, con acierto, que las mendacidades del particular frente al funcionario, al menos bajo este título

de imputación (falsedades), carecen de relevancia penal, sin que se descarte la posibilidad de apreciar otras infracciones delictivas como el perjurio, la estafa o la evasión fiscal, por ejemplo. En este sentido, y centrándose en la actuación notarial, sostiene Orts Berenguer que no existe falsedad documental en el caso en que un particular efectúa manifestaciones mendaces ante un notario que las hace constar en el instrumento que autoriza. El notario no comete delito –según Orts– en tanto «no se pronuncia sobre la veracidad de las manifestaciones que recoge en el documento, el notario solo da fe de que, efectivamente, se han hecho ante él»; y asimismo niega el carácter delictivo a la conducta del particular por cuanto «no afecta a las funciones del documento, ya que este prueba que alguien declaró algo en determinado momento, pero no que lo declarado sea verdad». Enrique Orts Berenguer: «Falsedades (Lección XXXVII)», en Vives Antón, Tomás S. *et al.*: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra. ed. –Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010–, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 690. En esta propia línea de pensamiento concluye Villacampa Estiarte, con absoluta claridad, que «la fuerza probatoria reforzada en los documentos públicos se refiere […] a aquellas manifestaciones que el funcionario hace bajo su responsabilidad, y no a la transcripción de las que otros realicen ante él». Carolina Villacampa Estiarte: *Op. cit.,* p. 418.

27 Los autores especiales solo pueden ser caracterizados por deberes especiales, por lo que lleva razón Bacigalupo Zapater al afirmar que «la falsedad ideológica […] es un delito especial de los obligados a decir verdad en sus declaraciones documentadas». Enrique Bacigalupo Zapater: *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 28.

28 *Cfr.* Carlos Blanco Lozano: *Op. cit*., p. 258. En esta propia línea de razonamiento ha sostenido el Tribunal Supremo español, en la sentencia 37, de 22 de enero de 2003, dictada por la Sala 2da., que «la falsedad culposa solo debe ser punible para quienes tienen un deber específico de asegurar la veracidad de los documentos que emiten, deber que se deriva del propio ejercicio de la función pública».

29 *Cfr.* Carolina Villacampa Estiarte: *Op. cit.,* p. 489.

30 Gonzalo Quintero Olivares: *Op. cit.*, p. 1631.

31 Aunque se dejó sentado antes que el bien jurídico primordialmente protegido en la falsedad documental lo constituyen las tres funciones características del documento, no hay que olvidar que los tipos falsarios cometidos por funcionarios públicos poseen una significación pluriofensiva al contradecir, además, el buen funcionamiento de la Administración.

32 La omisión del deber de cuidado ha de revestir gravedad, por lo que en todo caso la conducta del funcionario debe evidenciar una absoluta despreocupación e indiferencia frente a las funciones autenticadoras y fideifacientes

que el Estado encomienda a los depositarios de la fe pública, desentendiéndose así de la importancia de lo documentado a partir de sus efectos en el tráfico jurídico. La mayor o menor gravedad de la infracción de la norma de cuidado constituye un importante elemento para distinguir el ilícito penal de la mera infracción administrativa.

33 *Cfr.* José Luis González Cussac: *Op. cit.*, p. 241; María del C. García Cantizano: *Falsedades documentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 351; Francisco Muñoz Conde: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11na. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 635.

34 Conviene recordar, en este sentido, que entre el ilícito penal y el ilícito administrativo no existen diferencias cualitativas esenciales, pues se ha considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que ambos tipos de infracciones constituyen manifestaciones del *ius puniendi* estatal, en tanto un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales. La distinción entre una y otra especie de ilícitos obedecerá a criterios cuantitativos, dependientes del grado de necesidad y merecimiento de protección requerido por el bien jurídico protegido. Al respecto ha aclarado Huerta Tocildo que «la sanción penal y la sanción administrativa (incluida la de naturaleza disciplinaria) pueden tener un mismo y único fundamento, constituido por un determinado interés social merecedor y necesitado de un mayor (ilícito penal) o menor (ilícito administrativo) grado de protección jurídica, lo que conlleva la desaparición de toda diferencia de índole esencial o cualitativa entre una y otra clase de infracciones». Susana Huerta Tocildo: «Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios», en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo –Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir–*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 39 y 40.

35 *Cfr.* Sentencias de 4 de octubre, 20 de noviembre y 17 de diciembre de 1904, dictadas por la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba. Citadas por Ángel C. Betancourt: *Código Penal –con notas aclaratorias y concordancias con otros cuerpos legales vigentes–*, Imprenta y papelería de Rambla, La Habana, 1913, p. 169. Tal postura se mantuvo durante la vigencia del CDS, de lo que dan cuenta, entre otras, la sentencia 52, de 26 de febrero de 1947, en la que se declaró que «en el delito de falsedad, la mutación de la verdad puede realizarse por culpa» (citada por Juan Casasús: *Código de Defensa Social y Derecho Penal Complementario*, t. II, 2da. ed., Ed. Molina y Compañía, La Habana, 1950, p. 202); y la sentencia 389, de 12 de noviembre de 1948, que igualmente declaró que «se puede cometer falsedad por imprudencia» (citada por Emilio Menéndez: *Código de Defensa Social* –concordado y anotado con la legislación y la jurisprudencia cubanas–, Ed. Librería Selecta, La Habana, 1952, p. 495).

[36] La Sala estuvo integrada por los siguientes jueces: Eulogio Alberto Roque Díaz, María Caridad Bertot Yero (ponente), Gladys María Hernández de Armas, Yolanda de Jesús Galbán y María Inocencia Rojas Palacio.

[37] *Apud*. Carolina Villacampa Estiarte: *Op. cit.*, pp. 652 y ss. La longevidad de este criterio jurisprudencial se reconoce expresamente por el alto foro español en su sentencia de 4 de noviembre de 1989, en la que se afirma que «la jurisprudencia de esta Sala ha colaborado en crear en este punto la máxima seguridad jurídica posible al haber afirmado siempre, desde hace más de un siglo, la posibilidad de comisión de esta clase de delitos por imprudencia».

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Antón Oneca, José: «Las formas de culpabilidad en las falsedades documentales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948.

Armenteros León, Miguel: *Los delitos de falsedad documental. Comentarios y jurisprudencia. Adaptado a la reforma operada en el Código Penal por LO 5/2010*, Ed. Comares, Granada, 2010.

Arranz Castillero, Vicente J.: «Vigencia e influencia del Derecho Penal español en el Derecho Penal cubano», en *Estudios sobre historia del Derecho en Cuba,* Editorial de Ciencias Sociales,La Habana, 2009.

Arroyo de las Heras, Alfonso: *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

Bacigalupo Zapater, Enrique: *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Ed. Akal, Madrid, 1991.

––––: *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

Betancourt, Ángel C.; *Código Penal –con notas aclaratorias y concordancias con otros cuerpos legales vigentes–*, Imprenta y papelería de Rambla, La Habana, 1913.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel: *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Ed. Comares, Granada, 2000.

Blanco Lozano, Carlos: «Falsedades» (Lección 16), en *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da. ed. Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

––––: *Obras completas*, t. III –Derecho Penal. Parte Especial–, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2011.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu: «La interpretación en Derecho Penal. *Favor libertatis versus favor securitatis. In dubio pro reo versus in dubio contra reo*», en *Derecho Penal del estado social y democrático de Derecho* –Libro homenaje a Santiago Mir Puig–, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Córdoba Roda, Juan: *Comentarios al Código Penal*, t. III, Ed. Ariel, Barcelona, 1978.

Cuello Calón, Eugenio: *Derecho Penal. Parte Especial,* t. II, vol. I, 14ta. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1980.

Ferrer Samá, Antonio: «El dolo como elemento del delito de falsedad», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IX, 1957.

García Cantizano, María del C.: *Falsedades documentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

González Cussac, José Luis: «Falsedad documental e imprudencia», en *Revista del Poder Judicial*, no. 22, 1992.

González Cussac, José L. *et al*.: *Esquemas de Derecho Penal, Parte Especial*, t. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Grillo Longoria, José A.: *Los delitos en especie*, t. II, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1982.

Gordillo Álvarez-Valdés, Ignacio: «Falsedades», en *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra. ed., Ed. Colex, Madrid, 2005.

Huerta Tocildo, Susana: «Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios», en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo –Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir–*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

Jakobs, Günther: *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2011.

Orts Berenguer, Enrique, *et al*.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

––––: «Falsedades» (Lección XXXVII), en *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra. ed. –actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010–, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Mejías Rodríguez, Carlos A.: «Falsedad y falsificación en documentos notariales. *Excursus* sobre la responsabilidad penal del notario y el proceso penal incoado por falsificación del documento público notarial», en *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, no. 35, ener.-jun., 2010.

Menéndez, Emilio: *Código de Defensa Social* –concordado y anotado con la legislación y la jurisprudencia cubanas–, Ed. Librería Selecta, La Habana, 1952.

Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 9na. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.

Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 8va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ra. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
––––: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
Pérez Pérez, Pedro: «Delitos contra la fe pública», en *Una visión desde la dogmática a figuras del Código Penal cubano*, Universidad de La Habana, 2001.
Quintano Ripollés, Antonio: *La falsedad documental*, Ed. Reus, Madrid, 1952.
––––: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. IV, Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1976.
Quintero Olivares, Gonzalo: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9na. ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.
Rodríguez Devesa, José M. y Alfonso Serrano Gómez: *Derecho Penal español. Parte especial*, 16ta. ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1993.
Silva Sánchez, Jesús M.: «Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
Soto Nieto, Francisco: «Falsedad ideológica cometida por particular en documento público mercantil», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, no. 9, 2000.
Vega Vega, Juan: *Los delitos*, Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1976.
Villacampa Estiarte, Carolina: *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Ed. CEDECS, Barcelona, 1999.
Zúñiga Rodríguez, Laura: *Política criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

Fuentes legales nacionales

Ley 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 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria, La Habana, 20 de agosto de 1977, con las modificaciones que le introdujo el Decreto Ley 241, de 26 de septiembre de 2006.

Fuentes legales extranjeras

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal español, en Boletín Oficial del Estado no. 281, de 24 de noviembre de 1995.
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en Boletín Oficial del Estado no. 77, de 31 de marzo de 2015.

Lavado de activos y delito determinante cometido en el extranjero (¿otra incoherencia del Decreto Ley 316/2013?)[1]

Dayán G. López Rojas
Mayda Goite Pierre

1. Introducción

Sin antecedentes en los diferentes cuerpos legales que han regido los destinos del Derecho Penal cubano, la criminalización del lavado de activos aparece por vez primera en el ordenamiento punitivo patrio, bajo en *nomen iuris* de lavado de dinero, de la mano de la Ley 87 de 16 de febrero de 1999. Esta disposición normativa introdujo al título XIV del Código Penal «Delitos contra la hacienda pública», el capítulo II «Lavado de dinero», recientemente modificado por el Decreto Ley 316, de 7 de diciembre de 2013 –modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo–,[2] y cuya redacción actual es la siguiente:

> «Artículo 346.1. El que adquiera, convierta, transfiera, utilice o tenga en su poder recursos, fondos, bienes, derechos, acciones u otras formas de participación a ellos relativos, o intente realizar estas operaciones, con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito, o con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el crimen organizado, la delincuencia trasnacional, el tráfico de artículos robados, o con los delitos de tráfico ilícito de drogas, fabricación, tráfico ilícito de armas, sus piezas o componentes, tráfico o trata de personas, venta y tráfico de menores, extorsión, terrorismo, financiamiento al terrorismo, proxenetismo, corrupción de menores, cohecho, exacción ilegal y negociaciones ilícitas, tráfico de influencias, estafa, falsificación de moneda, tráfico ilegal de monedas, divisas, metales y piedras preciosas, contrabando, trasmisión, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural y falsificación de obras de arte, sacrificio ilegal de ganado mayor, falsificación de documentos públicos, fal-

sificación de documentos bancarios y de comercio, evasión fiscal, insolvencia punible, enriquecimiento ilícito, malversación, apropiación indebida, actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación, lesiones graves, homicidio, asesinato, privación ilegal de libertad, toma de rehenes, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas y hurto, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

»2. En igual sanción incurre el que encubra, oculte o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, fondos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, o debiendo conocer o suponer racionalmente, por la ocasión o circunstancia de la operación, que procedían de los actos referidos en el apartado anterior.

»3. El que cometa los delitos previstos en los apartados anteriores, formando parte de un grupo organizado, o cuando estos constituyan actos asociados a la corrupción o que dañen la flora o la fauna especialmente protegida, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.

»4. Si los hechos referidos en los apartados que anteceden se cometen por ignorancia inexcusable, la sanción será de dos a cinco años de privación de libertad.

»5. Los delitos previstos en este artículo se sancionan con independencia de los cometidos en ocasión de ellos».

Esta modificación legislativa estuvo determinada, en el orden material, por las presiones políticas que recayeron sobre nuestro país a partir de junio de 2011, cuando el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)[3] incluyó a Cuba en la lista negra de países no cooperadores (NCCT)[4] bajo el argumento de que el marco legal interno en materia de prevención y represión del lavado de activos no se adecuaba a las *Cuarenta Recomendaciones*.

A partir de las serias implicaciones económicas que este acontecimiento revistió para la nación, por los límites que ello suponía en lo relacionado con el comercio internacional, Cuba asumió un compromiso político al más alto nivel en orden a desarrollar un marco legal e institucional orientado a la prevención y enfrentamiento del lavado de activos, y en esta línea se adoptó un plan de medidas orientado a la reordenación normativa tanto en el orden penal como en sede administrativa,[5] cuya implementación per-

mitió que el país dejara de ser señalado por el GAFI y se excluyera de sus mecanismos de monitoreo bajo el entendimiento de que la legislación cubana se adecua, en términos básicos, a los estándares internacionales.[6]

De este modo la figura prevista en el artículo 346 del Código Penal cubano se ha «perfeccionado» –al decir del legislador de la reforma– en varios sentidos. Sin embargo, si bien la configuración típica del entonces lavado de dinero merecía ya algunas críticas,[7] el renovado diseño normativo anticipa preocupaciones en orden al respeto de los más elementales principios que informan el Derecho Penal; todo cuanto justifica la necesidad de someter a revisión, desde una perspectiva equilibradora, la formulación típica de la figura con el propósito de readecuarla y reconducirla a unos límites en los que, al tiempo que satisfaga las expectativas internacionales, no antagonice con los principios fundamentales que garantizan la libertad y dignidad humana del ciudadano frente al poder punitivo del Estado.

Dentro de los varios aspectos que merecen atención y clarificación, solo me detendré ahora en la problemática asociada al delito previo, con el propósito de analizar, de conformidad con el derecho positivo y desde una óptica respetuosa del principio de legalidad penal, si la infracción económicamente productiva que se comete fuera del territorio nacional califica como delito determinante del lavado de activos.

2. El lavado de activos como fenómeno criminal. Su naturaleza posejecutiva

Casi todos los autores que han prestado atención al fenómeno del blanqueo de capitales intentan conceptualizarlo, con más o menos originalidad, al tiempo que se lanzan a la discusión –de escaso rendimiento práctico– sobre cuál ha de ser la denominación adecuada entre las tantas propuestas.[8]

He preferido emplear el término *lavado de activos*, por coincidir este con el *nomen iuris* que ofrece el Código Penal cubano (en lo adelante CP) y ser asimismo la expresión más difundida en los países de habla hispana del continente americano, cual traducción literal de la frase inglesa *money laundering*.[9]

En cuanto a su definición, asumo la propuesta por aquel sector doctrinal que entiende el fenómeno como «el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultantes de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero».[10]

Dos aspectos de medular influencia para la interpretación del tipo penal se derivan de esta definición. En primer lugar, que se trata de un proceso conformado por varias etapas o fases dirigidas a un fin,[11] lo que impide interpretarlo como un hecho aislado que ofrezca inmediata legalidad a un bien de origen delictivo; y, por otra parte, que la finalidad perseguida se concreta en un doble objetivo: inmediatamente se busca la ocultación o el enmascaramiento del origen ilícito de los bienes (esconder su fuente originaria), en tanto el fin último o mediato que persigue el comisor consiste siempre en dotar a los bienes de una apariencia de legitimidad que garantice su acceso a la economía legal para poder disponer libremente de ellos.[12]

En la doctrina se ha delineado una sistematización de las fases que componen el proceso de lavado de activos. Aunque existen varios modelos teóricos, goza de preferencia el esquema que, bajo el diseño del GAFI, reconoce tres etapas o fases, a saber: colocación o inserción (*placement*), encubrimiento o ensombrecimiento (*layering*) e integración o reinversión (*integration*).[13]

Durante la fase de *colocación* tiene lugar la desaparición de la enorme cantidad de dinero en metálico derivado de actividades delictivas mediante su depósito en manos de intermediarios financieros, a través de la adquisición de títulos al portador,[14] etc.; y una vez reducida aquella se pasa a la fase de *conversión*, que se materializará a partir de las múltiples operaciones de las que serán objeto las fracciones resultantes del ingente capital delictivo con el propósito de distanciarlas y desvincularlas de su origen oscuro. Se alcanza la fase de *integración*, por último, cuando la riqueza enmascarada se introduce en el circuito económico legal; pero para alcanzar este estadio será preciso *lavar* una y otra vez ese capital sucio hasta que la riqueza haya sido alejada lo suficiente de su procedencia ilegal como para que las diferentes instancias de control no puedan identificar su verdadera naturaleza.[15]

De la fenomenología propia del ilícito en comento se deduce su carácter de delito secundario o de referencia, en tanto los distintos comportamientos que se cobijan bajo esta figura tienen lugar en la fase posejecutiva de una actuación delictiva previa generado-

ra de ganancias que, por tal razón, constituye el aspecto esencial alrededor del cual pivotan el resto de los elementos que conforman la estructura típica del blanqueo.

Varios son los aspectos que se discuten en la doctrina con relación al delito previo del que proceden los activos a lavar. Sin embargo, tal y como he dejado establecido antes, solo analizaré ahora lo que tiene que ver con la actividad delictiva previa cometida en el extranjero para determinar si, de acuerdo al contexto normativo cubano, aquellas infracciones satisfacen ese concreto aspecto del tipo incriminado bajo el artículo 346 del CP.

3. Actividad delictiva previa cometida en el extranjero. Principio de doble incriminación vs. principio de justicia universal

La posibilidad de entender como delitos determinantes del lavado de activos a aquellas infracciones económicamente productivas cometidas fuera del territorio nacional donde se materializan las conductas de reciclaje, ha sido una cuestión pacíficamente admitida por la comunidad internacional.

Tomando en cuenta el carácter transnacional de este fenómeno,[16] las convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[17] y contra la Corrupción,[18] así como las *Cuarenta Recomendaciones* del GAFI –principales instrumentos internacionales que en el orden global se ocupan de la prevención y enfrentamiento de este fenómeno criminal–,[19] subrayan la necesidad de que las conductas delictivas cometidas en el extranjero califiquen como delitos precedentes de la actividad blanqueadora.

Sin embargo, un repaso por el Derecho comparado pone al descubierto cómo al momento de ajustar sus ordenamientos internos a los estándares exigidos por las referidas convenciones, los Estados se pronuncian de forma expresa en la tipificación del blanqueo de capitales sobre la procedencia de incluir a los actos delictivos perpetrados en otro país dentro del catálogo de infracciones determinantes.[20]

La arista polémica de este asunto se manifiesta en lo relacionado con la regla en virtud de la cual habrán de determinarse las exigencias de ese delito previo, y a partir de cuál de los ordenamientos jurídicos concernidos.

Tradicionalmente se ha defendido, con preferencia, el respeto al *principio de doble incriminación,*[21] en cuya virtud el hecho previo cometido en el extranjero ha de constituir delito tanto en el país donde se realizó como en aquel donde se materializa la conducta blanqueadora.[22] Sin embargo, a partir de las dificultades que supone la aplicación de esta regla de cara a la cooperación internacional –aspecto clave de la lucha contra la delincuencia transnacional–, su vigencia está siendo cuestionada últimamente[23] para privilegiar la aplicación del *principio de justicia o jurisdicción universal,*[24] que renuncia al requisito de incriminación recíproca y se asume como única exigencia que el hecho previo constituya delito de conformidad con el ordenamiento jurídico del país donde se comete el lavado de activos.

Así, a nivel global, el GAFI aprueba esta posibilidad y deja a los Estados la decisión de asumir tal regla o continuar apegados al principio de doble incriminación,[25] mientras que en el espacio europeo el Convenio de Varsovia relativiza igualmente la aplicación práctica del mencionado principio y permite a los Estados la persecución y sanción de los comportamientos blanqueadores bajo la exigencia exclusiva de que el hecho del que proceden los activos hubiese calificado como delito determinante de haberse cometido en el territorio donde tuvo lugar el blanqueo.[26]

Sin cuestionar la trascendencia de la cooperación internacional para el logro de los ansiados estándares de eficacia en orden a la prevención y represión de la delincuencia transnacional en general, y del lavado de activos en particular, no parece coherente anteponer finalidades procesales tendentes a garantizar la persecución y el juzgamiento de tales conductas cuando ello implica trastocar aspectos dogmáticos esenciales, pues toda estrategia reactiva que aspire al éxito debe diseñarse desde un enfoque global que armonice los planos criminológico, sustantivo y procesal.

Desechar la vigencia de la doble incriminación para asumir el principio de justicia universal conduce a que un Estado pueda perseguir conductas asociadas a activos procedentes de hechos no constitutivos de infracción penal en el lugar de comisión, con lo cual se difuminaría la noción de origen delictivo del producto, aspecto trascendente al juicio de lesividad que fundamenta la infracción penal de blanqueo, cuyo injusto típico se erige sobre la existencia de una actividad delictiva previa.

Con independencia de que se asuma una u otra postura al respecto, lo que sí resulta invariable –y así lo ha entendido de forma unánime la doctrina–, es que el tribunal del país donde se haya cometido y se juzgue el delito posterior de blanqueo ha de llevar a cabo un juicio de calificación jurídica sobre el hecho antecedente que origina el producto objeto a lavar, por lo que eventualmente[27] deberá extender su jurisdicción –aunque solo a los efectos de determinar su calificación jurídica– al conocimiento de un suceso cometido fuera del ámbito espacial del Estado.

De ello cabe colegir que, si bien la doctrina mayoritaria no exige la condena por el delito previo,[28] sí se requiere que en el orden probatorio el órgano juzgador cuente con elementos que acrediten suficientemente[29] la hipótesis fáctica sobre la cual recaerá aquella valoración jurídica (previa infracción económicamente productiva), porque únicamente así podrá constatarse la concurrencia de este elemento típico de naturaleza normativa sobre el que se estructura el tipo objetivo del artículo 346 del CP.[30]

4. ¿Es punible en Cuba el blanqueo de activos originados en un delito cometido en el extranjero?

Uno de los aspectos polémicos en torno al delito de lavado de activos, tal y como quedó modificado tras la entrada en vigor del Decreto Ley 316/2013, es el relacionado con la inclusión, dentro del catálogo de delitos previos, de aquellas conductas cometidas fuera de la jurisdicción del Estado cubano.

A pesar de que la comentada modificación estuvo determinada por «la necesidad de atemperar la legislación penal a los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado y gobierno en la lucha contra el terrorismo y el lavado de activos»,[31] es de lamentar que el legislador se haya desentendido de las directrices que en orden a la regulación de este aspecto imponen las Convenciones de Palermo y Mérida, ratificadas asimismo por la Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera del GAFI[32] –principales fuentes inspiradoras de la reforma– para pronunciarse a nivel normativo sobre tan significativa cuestión, con lo que habría dejado zanjada cualquier duda al respecto.

Su silencio, por el contrario, genera una opacidad interpretativa cuya clarificación no queda exenta de polémica, pues en ningún caso cabe entender que por el solo hecho de que Cuba sea parte sig-

nataria de los comentados instrumentos internacionales, estos resulten aplicables como norma directa en el ordenamiento jurídico-penal nacional.[33] Y es que los tratados internacionales en materia de delincuencia organizada no califican dentro de los denominados *self-executing* o autoaplicativos,[34] por lo que carecen de eficacia directa en el Derecho interno de los Estados parte que, a los efectos de garantizar su aplicación, deben modificar y atemperar la normativa nacional a tales exigencias.[35] Esta ha sido la razón por la que se ha reformado el tipo de banqueo ex-Decreto Ley 316/2013.

4.1. La cuestión en la doctrina y la jurisprudencia cubanas

De la omisión normativa que aqueja al texto punitivo patrio, en lo que a la cuestión analizada concierne, pueden inferirse al menos dos criterios interpretativos. Una primera tesis a defender –centrada en el tenor literal del recientemente reformulado artículo 346– apunta a que el legislador, siguiendo la línea de su predecesor, no ha querido incluir dentro del catálogo de infracciones subyacentes a la actividad delictiva perpetrada fuera del territorio nacional.[36]

La otra postura, contraria a la anterior, conduce a entender que a pesar de la fatal y reiterada desidia legislativa también los hechos previos cometidos en el extranjero podrán ser tenidos en cuenta como infracciones determinantes del delito de lavado de activos. Su principal sustento, de naturaleza político-criminal, toma en cuenta el carácter transnacional ínsito a la generalidad de las manifestaciones de blanqueo, en las que la previa infracción económicamente productiva se comete en un Estado diferente de aquel donde se llevan a cabo las conductas tendentes a su legitimación y reintroducción al circuito económico lícito.

Con relación a este aspecto se han alzado calificadas voces en el contexto nacional defendiendo la posibilidad de cobijar los hechos cometidos fuera de Cuba dentro del elenco de infracciones previas, lo cual justifican a partir de una interpretación teleológica del artículo 346 conducente, a su vez, a la analógica aplicación de las disposiciones que en sede de Parte General disciplinan la eficacia extraterritorial de la penal cubana.

Así, en opinión de Hernández de la Guardia, «del espíritu de la ley se puede considerar que están incluidos los bienes obtenidos ilícitamente en el extranjero, siempre que lo sean por alguno

de los tipos que prevé el artículo 346. Avala este criterio que de acuerdo con la regulación cubana (artículo 5.3) se puede sancionar por delitos tipificados en el Código Penal a extranjeros que cometen delitos en el extranjero»;[37] y en esta propia línea de pensamiento se ha pronunciado Torres Aguirre –con posterioridad a la modificación operada en virtud del Decreto Ley 316/2013– al entender que la problemática analizada «encuentra solución en la Parte General del Código Penal, concretamente en lo establecido en sus artículos 4 y 5, sobre la eficacia de la ley penal cubana en el espacio, aun cuando en este delito en particular, por su complejidad, pudiera llevarse al ámbito de la tipicidad».[38]

La escasa jurisprudencia nacional[39] sobre el ilícito en comento no hace expreso pronunciamientos sobre este particular, quizás porque no se ha discutido o meditado en profundidad sobre ello; sin embargo, la decisión judicial contenida en la sentencia 158, de 5 de agosto de 2011, recaída en la Causa 122/2011 de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana (Caso Mariposa), parece comulgar con esta postura teórica.

Tal criterio ha sido expuesto además por el *Informe de evaluación mutua de la República de Cuba* aprobado en el marco del XXXI Pleno de Representantes del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), en cuyo párrafo 240 se afirma expresamente la posibilidad de juzgar en Cuba el lavado de activos cuando el delito precedente haya sido cometido en el extranjero.[40]

4.2. Opinión personal

Al momento de tomar partido por alguno de los criterios expuestos parece imposible desvincularse del panorama normativo que exhibe el CP; y luego de un análisis coherente de la sistemática legislativa me permito disentir de la postura teórica que, bajo la actual redacción del artículo 346, entiende posible incluir dentro del catálogo de delitos subyacentes a aquellas conductas cometidas extramuros de las fronteras nacionales, porque si bien tal criterio resulta político-criminalmente adecuado y deseable, entiendo que no encuentra asidero en el ordenamiento positivo y, por ende, riñe con el principio de legalidad.

Con la finalidad de justificar la opinión que defiendo esbozaré a continuación las razones que, tanto en el plano sustantivo como

en lo procesal, me conducen a tomar distancia de la posición que asume el referido sector doctrinal, y que hasta el momento han seguido los tribunales cubanos.

Desde la óptica del respeto al principio de legalidad deviene forzada e inadmisible una interpretación teleológica[41] del artículo 346 del CP, orientada a la aplicación analógica del artículo 5, apartado 3, del propio texto punitivo con relación a los casos en que la infracción económicamente productiva que origina el objeto material se ha cometido en el extranjero.

Asumir lo contrario, si bien de *lege ferenda* devendría lo más razonable y coherente desde la perspectiva político-criminal –especialmente si se toma en cuenta que la criminalización del lavado de activos se ha valorado como una pieza clave de la política criminal supranacional orientada a la reacción contra la criminalidad generadora de ingentes ganancias–,[42] de *lege lata* supone un ensanchamiento del tipo objetivo de la infracción, más allá del sentido literal posible, en perjuicio de la persona a quien se atribuya la comisión de alguna de las conductas descritas en el artículo 346, todo cuanto implicaría dar cabida a un representativo supuesto de aplicación analógica *in malam partem* o contra reo.[43]

La inaplicabilidad de lo previsto en el artículo 5, apartado 3, en tales casos se deduce de los propios presupuestos normativos que determinan la vigencia extraterritorial de la ley penal cubana, que únicamente resultará de aplicación en aquellos supuestos en los que se *juzga* –con toda la amplitud que en el orden procesal implica el término–[44] a una persona que ha delinquido fuera del territorio nacional, y que está presente en Cuba al momento del enjuiciamiento.[45]

Téngase en cuenta, en primer lugar, que en los casos en los que el delito antecedente del blanqueo se ha perpetrado en el extranjero no se producirá una verdadera aplicación extraterritorial de la ley cubana, porque ese hecho previo no será «juzgado». Y es que en tales supuestos el órgano judicial no se pronunciará sobre las consecuencias jurídico-penales asociadas a la conducta precedente que origina el producto a lavar: no se acordarán respecto a este sanciones ni principales ni accesorias, ni responsabilidad civil, ni pronunciamientos con relevancia migratoria–, porque en realidad la órbita de conocimiento del tribunal queda limitada a llevar a cabo un mero juicio de calificación sobre la relevancia jurídico-penal del hecho cometido en el exterior, con el único propósito de

constatar la presencia de un requisito típico,[46] esto es, la subsunción del hecho previo en alguna de las figuras delictivas comprendidas dentro del catálogo de infracciones determinantes.[47]

Por otra parte, el criterio de aplicación extraterritorial al que se adscribe el CP exige en todos los casos la presencia del presunto responsable en territorio nacional,[48] situación bastante infrecuente por tratarse de una tipicidad delictiva cuyo carácter transfronterizo implica normalmente un distanciamiento territorial entre el hecho previo que origina el producto a blanquear y las conductas propias de lavado.

Valga aclarar al respecto que si bien el Decreto Ley 208, de 16 de febrero de 2000, introdujo en la Ley de Procedimiento Penal (LPP) un procedimiento especial por medio del cual es posible juzgar a acusados ausentes,[49] este solo compatibiliza con supuestos de aplicación territorial de la norma sustantiva, por lo que solo podrá ser enjuiciado bajo este tipo procedimental aquel sujeto que habiendo delinquido en el territorio nacional es declarado rebelde *a posteriori*. Ello se deduce del único Por Cuanto del mencionado decreto ley, en el que se enuncia la finalidad de este tipo de procedimiento al afirmarse que el enjuiciamiento en ausencia se seguirá contra «aquellos *delincuentes prófugos de la justicia cubana* que sean responsables de atentados contra los fundamentos políticos o económicos de la República, o de hechos punibles asociados al delito internacional organizado»; y asimismo del tenor literal del artículo 5 del CP, que establece claramente que la aplicación extraterritorial de la ley penal cubana solo es posible cuando el acusado (cubano, extranjero o persona sin ciudadanía, residente o no en Cuba) se halle en el territorio nacional.

Frente a este escenario legal advierto, sin embargo, un único supuesto en el que sí podría tomarse en cuenta la actividad delictiva desplegada en el extranjero como infracción determinante del lavado de activos. Se trata del caso –excepcional, sin dudas– en el que se juzgue en Cuba al presunto responsable por el hecho previo perpetrado en el extranjero,[50] pues en tales casos sí que se cumplirían los presupuestos exigidos por el artículo 5 del CP, esto es, juzgamiento y presencia física del comisor en territorio nacional.[51]

Si se entiende, como estimo correcto, que en ningún caso las más acuciantes exigencias de política criminal pueden justificar mermas del principio de legalidad, habrá que coincidir en que el panorama normativo actual se torna preocupante, pues no sería

exagerado sostener que una interpretación del artículo 346, respetuosa de la regla de taxatividad, relegaría la especie en comento a una práctica inaplicación.

Para solventar la analizada problemática, en armonía con los fundamentos teórico-políticos sobre los que se asienta el Estado de Derecho, ha de tenerse en cuenta que en ningún caso pueden cargarse al ciudadano los costos de un olvido o actuación poco diligente del legislador al momento de la previsión normativa; y asimismo que la única vía legítima de resolver el asunto queda en manos del propio órgano legislativo en tanto, a diferencia de lo que acontece en otros órdenes jurídicos, en el Derecho Penal las lagunas deben subsanarse en todo caso por el legislador.[52]

5. A modo de conclusiones

Del panorama legal esbozado precedentemente se deduce la necesidad de una modificación urgente al artículo 346 del vigente CP, que introduzca una cláusula aclaratoria a nivel normativo, y en virtud de la cual se deje constancia sobre la procedencia de reconducir al grupo de delitos determinantes del lavado de activos, aquellos que, expresamente previstos en la descripción típica, se cometan fuera del territorio nacional.

Asimismo, en respeto al principio de lesividad, sería aconsejable que se dispusiera expresamente dentro del capítulo II del título XIV del CP –a los efectos de excluir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.3 *in fine*– la obligación de observar las reglas derivadas del principio de doble incriminación. Ello, además de resultar congruente con las previsiones contenidas en los instrumentos internacionales suscritos por Cuba, garantizaría una mayor coherencia desde la óptica criminológica y dogmática, impidiendo la persecución y juzgamiento en territorio nacional de conductas asociadas a bienes procedentes de hechos no constitutivos de delito en el lugar de comisión.[53]

La postura asumida por Cuba en lo que respecta a la actualización y readecuación de la legislación interna orientada a prevenir y reprimir el lavado de activos resulta loable. Sin embargo, aún queda mucho por hacer. La prontitud con la que se enfrentó la reforma del tipo penal de blanqueo ha sido, quizás, el factor que más ha incidido para que persistan en la actual formulación típi-

ca aspectos que ya habían sido objeto de críticas, y en que hayan aparecido otras muchas incoherencias dogmáticas y de política criminal, como la que ahora se trata.

Hay que tener presente que una reacción razonable frente a este fenómeno criminal –y lo mismo vale decir en cuanto al resto de las conductas asociadas a la delincuencia no convencional–, supone para todos los actores del sistema penal, y en especial para el legislador, un doble compromiso. Y es que se debe concientizar la necesidad de enfrentarlas desde el Derecho Penal, pero en ningún caso ello ha de implicar un réquiem por las garantías penales y procesales, so pena de comulgar con un malquerido Derecho Penal del enemigo, cuyos fundamentos teóricos y filosóficos resultan opuestos a la idea de la justicia humanista y democrática que defiende y proclama nuestro modelo político. La clave está, como ha puesto de relieve Sanz Mulas, en comprender la urgencia de un Derecho Penal que haga frente a los «nuevos» problemas, pero sin olvidar los «viejos límites».[54]

Notas

1 La realización del presente trabajo ha sido posible gracias a una estancia de investigación desarrollada en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, entre los meses de abril y julio de 2015, financiada por el Programa de Becas de Jóvenes Investigadores 2015 de países en vía de desarrollo, de ese centro de estudios; y se enmarca dentro de los resultados del Grupo de Investigación «El Derecho frente a los nuevos retos sociales», del Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas.

2 Decreto Ley 316, de 7 de diciembre de 2013, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, no. 44, de 19 de diciembre de 2013.

3 El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un organismo intergubernamental que desarrolla y promueve políticas para proteger el sistema financiero mundial contra el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva. Su origen se ubica en las postrimerías de la década de los años ochenta, y estuvo determinado por las serias preocupaciones que el fenómeno de la droga despertó en los representantes de los países más industrializados del mundo –confraternados en el conocido G-7–, lo que condujo a que en el marco de la XV Cumbre Anual de los Jefes de Estado y de Gobierno se acordara la creación del GAFI para estudiar medidas de lucha

contra el blanqueo de capitales. Sus *Cuarenta Recomendaciones* –aprobadas en el mes de mayo de 1990– están inspiradas por una vocación de aplicación universal y, aunque carecen de eficacia vinculante, constituyen el núcleo duro de los esfuerzos antiblanqueo de capitales. Para armonizar dicha estrategia con los cambios evidenciados por tal fenómeno, han sido reformuladas en 1996 y en 2003. Asimismo, a partir de la similitud que se aprecia entre estos mecanismos y los empleados para prevenir el terrorismo, en el 2001 se adicionaron ocho recomendaciones que de conjunto con otra añadida en 2004 conforman las *Nueve Recomendaciones Especiales para combatir el Financiamiento del Terrorismo*. Además de las aludidas recomendaciones, las normas del GAFI incluyen las *Notas Interpretativas* de estas –de muchísimo valor en tanto manifestaciones de interpretación auténtica– y el *Glosario,* contentivo de las definiciones aplicables. Del contenido de las *Cuarenta Recomendaciones* –que son las que guardan relación con el objeto investigado– se distinguen los tres planos básicos sobre los que se estructura la estrategia político-criminal que hace frente al lavado de activos: uno de corte preventivo, que se concreta en el sistema de control sobre la circulación monetaria y los intermediarios financieros; otro de naturaleza represiva que conecta con la creación de tipos penales; y la tercera, de marcado contenido patrimonial que opera *post factum* y tiene como eje central a la figura del comiso de las ganancias de origen delictivo (*N. del A.*).

4 La relación de NCCT no tiene carácter coactivo en términos jurídicos –como ninguno de los acuerdos alcanzados por el GAFI–; sin embargo, se debe coincidir con Fabián Caparrós cuando sostiene que «constituye un elemento de presión política que, en última instancia, se traduce en la aplicación de contramedidas». *Apud*. Eduardo A. Fabián Caparrós: *La fenomenología del lavado de dinero*, p. 21.

5 En el orden administrativo se han dictado hasta la fecha las siguientes disposiciones normativas: Decreto Ley 317, de 7 de diciembre de 2013, «De la prevención y detección de operaciones en el enfrentamiento al lavado de activos, al financiamiento al terrorismo, a la proliferación de armas y al movimiento de capitales ilícitos»; Decreto 322, de 30 de diciembre de 2013, «De la Dirección General de Investigación de Operaciones Financieras, sus funciones y estructura»; Resolución 51, de 15 de mayo de 2013, dictada por el ministro presidente del Banco Central de Cuba, sobre las «Normas generales para la detección y prevención de operaciones en el enfrentamiento al lavado de activos, al financiamiento al terrorismo y del movimiento de capitales ilícitos»; Resolución 1, de 17 de enero de 2014, dictada por el ministro del Interior, que establece la participación del Ministerio del Interior en la prevención y detección de operaciones en el enfrentamiento al lavado

de activos, al financiamiento al terrorismo, la proliferación de armas y al movimiento de capitales ilícitos; Resolución 29, de 21 de abril de 2014, dictada por el fiscal general de la República de Cuba, en cuya virtud se regulan las relaciones entre la Fiscalía General de la República con la Dirección General de Investigación de Operaciones Financieras del Banco Central de Cuba y la participación en el Comité Coordinador para la prevención y enfrentamiento, así como el control y tramitación de los procesos penales que se radiquen por hechos vinculados al lavado de activos, terrorismo, financiamiento al terrorismo o la proliferación de armas; Resolución 183, de 11 de junio de 2014, dictada por el jefe de la Aduana General de la República, en cuya virtud se regula el flujo normativo entre el Departamento de Análisis de la Dirección de Enfrentamiento de la Aduana General de la República y la Dirección General de Investigación de Operaciones Financieras del Banco Central de Cuba; Resolución 175, de 4 de agosto de 2014, dictada por la ministra de Justicia, en cuya virtud se impone a los abogados, notarios y consultores jurídicos reportar operaciones sospechosas relativas al lavado de dinero, financiamiento al terrorismo, proliferación de armas y otras relacionadas de similar gravedad que conozcan por razón del ejercicio de las atribuciones y obligaciones; Instrucciones 26 y 26 BIS, de la superintendente del Banco Central de Cuba, de 20 de mayo y 26 de noviembre de 2013, respectivamente, sobre las «Normas específicas para la detección y prevención de operaciones en el enfrentamiento al lavado de activos, al financiamiento al terrorismo y del movimiento de capitales ilícitos»; Acuerdo 1603, de 14 de abril de 2014, adoptado por la Junta Directiva de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, en cuya virtud se aprobó el «Procedimiento para la identificación de las vulnerabilidades que puedan manifestarse en la prevención del lavado de activos, el financiamiento al terrorismo, la proliferación de armas y otras relacionadas de similar gravedad, durante la intervención de los letrados pertenecientes a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en las actividades que autoriza la ley, así como el reporte de las operaciones sospechosas».

6 A partir de esta readecuación del marco legal regulatorio relativo a la prevención y criminalización del lavado de activos, el GAFI excluyó a Cuba de la lista negra y la ubicó dentro de la llamada lista gris; y en reunión plenaria efectuada el 24 de octubre de 2014 en su sede en París, decidió excluirla de esta lista y de sus mecanismos de monitoreo por entender que la legislación cubana se adecua a los estándares internacionales, y que ha sido actualizada para cumplir los requisitos del plan de acción. *Vid*. «GAFI demuestra confianza internacional en el sistema financiero cubano». Disponible en http://www.granma.cu/cuba/2014-10-24/gafi-demuestra-confianza-internacional-en-el-sistema-financiero-cubano (Fecha de consulta: 26/10/14).

[7] *Cfr.* Diana Hernández de la Guardia: «El delito de blanqueo de capitales (El delito de lavado de dinero: cuestiones de política criminal y análisis del delito en el Código Penal cubano desde la perspectiva de la doctrina española)», tesis doctoral presentada para la colocación del grado de Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, pp. 336 y 337.

[8] Dentro de la doctrina, el fenómeno que se investiga ha sido designado de las más variadas formas: blanqueo de capitales, lavado de dinero o activos, legitimación de capitales, regularización, reconversión, naturalización, reciclaje, reintroducción, normalización. *Cfr.*, por todos, Miguel Bajo Fernández: «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Sagesse (eds.): *Política criminal y blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 23. No obstante, resulta interesante la distinción que establece Blanco Cordero entre lavado o blanqueo, según se trate de dinero sucio o negro, en dependencia de la fuente del dinero o bienes. Al decir de este autor, «si el dinero es negro hay que blanquearlo, y si está sucio hay que limpiarlo o lavarlo […] dinero negro es el que se origina en actividades comerciales legales, pero que elude las obligaciones fiscales, y dinero sucio es el que procede de negocios delictivos, tales como el contrabando, tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de niños, etc.». Isidoro Blanco Cordero: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ra. ed., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 84.

[9] *Apud*. Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit.*, p. 84.

[10] *Cfr.* Julio Díaz- Maroto y Villarejo: *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 5. En similares términos, Blanco Cordero, quien lo define como el «proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita». Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit.*, p. 92.

[11] Este aspecto resulta trascendental para comprender a cabalidad los límites dogmáticos de la figura, y su eventual distinción respecto a otras tipicidades análogas (como la receptación, por ejemplo). Y es que, como advierte Fabián Caparrós, las maniobras de blanqueo responden a unas coordenadas fenomenológicas muy concretas, que le distinguen de aquellos casos en los que el sujeto activo se vale de una ventaja económica ilícita con la única finalidad de adquirir bienes o servicios para su mero o inmediato disfrute, esto es, para consumirlos y no para negociarlos de algún modo en el mercado. Ilustra así este autor que «un narcotraficante no blanquearía su dinero si se comprara una magnífica mansión para vivir en ella o regalársela a su amante», por cuando entiende que «tales hipótesis están más próximas a la estática patrimonial propia del ámbito de la receptación»; y que «sí lo haría, por el contrario, si tal adquisición estuviera preordenada

a un plan de reciclaje y reintroducción de tales ganancias en el mercado lícito». Eduardo A. Fabián Caparrós: *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Colex, Madrid, 1998, pp. 139 y 140.

12 Desde la óptica de este resultado final, Jean B. Spreutels define al blanqueo como «el conjunto de operaciones –complejas, con frecuencia– que permite a los criminales disfrutar en perfecta impunidad del producto de sus delitos tras haber camuflado su origen ilícito». Citado por Eduardo A. Fabián Caparrós: *Op. cit.*, p. 50, nota al pie 67.

13 Conviene tener presente lo señalado por Blanco Cordero en punto a la relación que se establece entre las distintas etapas que componen el proceso de lavado de activos, que «pueden llevarse a cabo separada o simultáneamente, aunque a menudo se superponen. La estrategia, esto es, la elección de alguna de estas tres etapas fundamentales, dependerá de los mecanismos de blanqueo disponibles en un determinado momento y de las necesidades de la organización criminal». Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit.*, p. 64.

14 Esta necesidad de recurrir a la economía al por menor, o incluso a trasladar fuera de las fronteras nacionales las grandes cantidades de dinero en efectivo generadas por la actividad delictiva, está determinada inmediatamente por el riesgo que sienten los delincuentes de que sus actividades criminales sean descubiertas por las autoridades ante la acumulación de capitales; y asimismo por el peligro constante de que les sean sustraídas. *Cfr.* Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit.*, p. 66.

15 Eduardo A. Fabián Caparrós: *Op. cit.*, p. 50.

16 Desde hace ya mucho tiempo el fenómeno del blanqueo de capitales ha desbordado el ámbito estrictamente nacional, si es que alguna vez lo tuvo. Su marcado carácter internacional está determinado por la frecuencia con la que el reciclado de bienes se realiza en un país distinto al del delito previo. Así, afirman Álvarez Pastor y Eguidazu Palacios «que el blanqueo es una actividad internacional es de tal evidencia que nadie discute tal característica del fenómeno, y que el dinero negro sea blanqueado en el mismo país donde se originó, es algo ya inusual hoy día». Daniel Álvarez Pastor y Fernando Eguidazu Palacios: *Manual de prevención del blanqueo de capitales,* p. 22. En igual sentido se pronuncia Clarotti al sostener que «se puede considerar que la naturaleza internacional del lavado de dinero tiene tres aspectos: primero, los fondos a blanquear proceden del crimen organizado internacional; segundo, el procedimiento de blanqueo habitualmente entraña el tránsito de dinero a través de las fronteras nacionales; y tercero, tal práctica es difícil de combatir exclusivamente a nivel nacional». Paolo Clarotti: «Banking Law Development in the European Union: Deposit insurance and Money Laundering initiatives», en *Current Legal issues Affecting Central Banks*, vol. 4,

International Monetary Fund, Washington D. C., 1997, p. 116.

17 La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, comúnmente conocida como Convención de Palermo, fue aprobada en diciembre de 2000 con la finalidad de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. En sus arts. 6 y 7 se prevén aspectos importantes relacionados con la tipificación de las conductas blanqueadoras y las medidas para su combate. Cuba es signataria del referido instrumento desde el 13 de diciembre de 2000, y lo ratificó el 7 de febrero de 2007.

18 La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, también denominada Convención de Mérida, se aprobó en dicha ciudad mexicana en diciembre de 2003. En términos prácticamente idénticos a los previstos en la Convención de Palermo, se pronuncia su art. 23 en punto a la tipificación del delito de lavado de activos. Cuba es firmante de este instrumento desde el 9 de diciembre de 2005, y lo ratificó el 9 de febrero de 2007.

19 *Cfr.* art. 6, apartado 2, inciso c) de la Convención de Palermo; el art. 23, apartado 2, inciso c), de la Convención de Mérida; y el apartado 5 de la Nota Interpretativa de la Recomendación 3 del GAFI. En la Convención de Viena –precursora de la preocupación internacional frente al problema del lavado de activos– no se hace alusión a este particular; y es que, según se afirma en los *Comentarios* de este instrumento, preparados en 1999 por el entonces secretario general de la las Naciones Unidas, Kofi A. Annan, tal cuestión no parece haber sido considerada durante las negociaciones. *Vid*. *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 1988 –hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988–*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 1999, p. 55.

20 En el contexto europeo siguen esta línea los códigos penales de Alemania (*cfr.* § 261.8 StGB), España (*cfr.* art. 301.4), Suiza (*cfr.* art. 305 bis n. 3). Asimismo, en la región latinoamericana este aspecto es tenido en cuenta tanto en los códigos penales como en las leyes penales especiales promulgadas por algunos países para la prevenir y enfrentar el analizado flagelo criminal. *Cfr.*, a modo de ejemplo: Código Penal de Colombia (art. 323); Ley 19.913/2003, de Chile (art. 27-b); Decreto 498/1998, de El Salvador (art. 4, segundo párrafo).

21 El principio de doble incriminación está siendo cuestionado con motivo de las dificultades que supone de cara a la cooperación internacional, aspecto clave de la lucha contra la delincuencia transnacional. *Apud*. Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit.,* p. 295. Así, a nivel europeo, el *Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*, de 16 de mayo de 2005 –Convenio de Varsovia– relativiza la aplicación práctica de este principio y permite a los

Estados la persecución y sanción de los comportamientos blanqueadores exigiendo, como única condición, que el hecho hubiese calificado como delito determinante de haberse cometido en el territorio donde tuvo lugar el blanqueo (*cfr.* art. 9, apartado 7, del Convenio de Varsovia). El GAFI permite igualmente esta posibilidad, dejando a los Estados la decisión de asumir esta regla o continuar apegados al principio de doble incriminación (*cfr.* apartado 5 de la Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera del GAFI). Desechar la vigencia de la doble incriminación para asumir el criterio antes explicado conduce a que un Estado pueda perseguir conductas asociadas a «activos» procedentes de hechos no delictivos en el lugar de comisión, con lo que se difuminaría la noción de origen delictivo del producto, aspecto trascendente al juicio de lesividad que fundamenta la infracción penal de blanqueo por cuanto el tipo de injusto de aquella se erige sobre la existencia de una actividad delictiva previa.

22 Así se reconoce expresamente en las *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, publicadas por la División para Asuntos y Tratados de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en 2004: «Los delitos determinantes pueden no ser exclusivamente delitos cometidos en el territorio del Estado que aplica la Convención. Los Estados deben incluir los delitos cometidos en otros territorios, pero el acto en cuestión debe ser delito tanto en el lugar en que se cometió como en el Estado que aplica la Convención (art. 6, párrafo 2, inciso c). En otras palabras, se exige la doble incriminación». *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 51. Aclara Blanco Cordero, siguiendo a Schmid, que la exigencia de incriminación recíproca no supone «una identidad total de normas penales o de bienes jurídicos protegidos, sino solo la existencia de elementos que tutelan un bien jurídico semejante y sancionan su menoscabo como un delito común». Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit.*, p. 290.

23 *Apud*. Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit*., p. 295.

24 Según este principio, el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos fuera del territorio nacional, ya sea por nacionales o por extranjeros, cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por la comunidad internacional y en cuya protección esta se encuentra interesada. Al decir de García Arán «el reconocimiento de este principio por los Estados supone no solo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesionados por formas de delincuencia internacional». Mercedes García Arán: «El principio de justicia universal en

la L.O. del Poder Judicial español», en Mercedes García Arán y Diego López Garrido (coords.); *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 66.

25 *Cfr.* apartado 5 de la Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera del GAFI.

26 C*fr.* art. 9, apartado 7, del *Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*, de 16 de mayo de 2005, conocido en el espacio europeo como Convenio de Varsovia.

27 Téngase en cuenta que ello solo acontecerá en los casos en que se asuma el *principio de doble incriminación*, en cuya virtud el órgano judicial estaría obligado a determinar la relevancia penal de la conducta previa de conformidad con el ordenamiento jurídico penal de cada uno de los Estados implicados; no así bajo la vigencia del *principio de justicia universal*, que exclusivamente exige al tribunal llevar adelante el comentado juicio de calificación jurídica atendiendo al ordenamiento positivo nacional.

28 Ni la doctrina mayoritaria ni la jurisprudencia extranjera exigen el juzgamiento o condena por la infracción de la que proceden los bienes. *Vid*., por todos, Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit.*, pp. 330-332. Al respecto resulta paradigmático el pronunciamiento contenido en la sentencia 174, de 29 de septiembre de 2001, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español, en la que, con motivo de estarse juzgando un delito de blanqueo de capitales procedentes de un delito de tráfico de drogas, respecto al cual no existía condena previa, valoró el alto foro que «la ausencia de semejante requisito en el tipo cuestionado es, por lo demás, rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal, puesto que, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado». Se trata de una sólida y reiterada línea jurisprudencial seguida, entre otras muchas, por las sentencias 8288, de 19 de diciembre de 2003; 141, de 27 de enero de 2006; 483, de 4 de junio de 2007; 811, de 30 de octubre de 2012; 857, de 9 de noviembre de 2012; 947, de 5 de diciembre de 2012. Especialmente críticos frente a esta posición asumida por la praxis judicial española, Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, quienes entienden que el delito de blanqueo de capitales presupone, típicamente, la existencia de un delito anterior, de modo que «nadie podrá ser condenado […] si no existe una sentencia firme y definitiva»; y es que, según estos autores, «la expresión *origen en un delito* no significa otra cosa que origen en un hecho que ha sido declarado jurisdiccionalmente delito, y hasta que no se produzca esa declaración, procesalmente no se podrá ha-

blar de delito, ni de blanqueo de capitales, pues le falta algo esencial: el delito previo u originario, la conducta, pues, será atípica». Manuel Cobo del Rosal y Carlos Zabala López-Gómez: *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea)*, CECEJ Ediciones, Madrid, 2005, pp. 82 y 83. Les siguen, Juan Córdoba Roda: *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 65; José Manuel Gómez Benítez: «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», en *Cuadernos de Política Criminal*, no. 91, 2007, p. 22.

29 Ante la permanente dificultad de la prueba directa en tales casos, sobre todo a partir de la no exigencia de pronunciamiento condenatorio respecto al delito determinante, la jurisprudencia ha tenido que auxiliarse de la prueba indiciaria por ser, en la mayoría de las ocasiones, la única vía para acreditar la infracción previa, aunque destacando siempre la importancia de la distinción entre la válida conformación del razonamiento indiciario y las meras sospechas o conjeturas, en aras de no lesionar la presunción de inocencia. Resulta clarificador, en este orden, el pronunciamiento contenido en la sentencia 1704, de 29 de septiembre de 2001, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español, en la que se expresa que la prueba indiciaria, «en principio, no se opone a la presunción de inocencia siempre que la convicción judicial en el concreto proceso penal se pueda sustentar sobre indicios basados en hechos concluyentes y plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios, razonablemente explicitados y nunca basados en meras sospechas o conjeturas». Asimismo, en relación con el analizado aspecto del blanqueo de capitales, se pronunció el Supremo español en la sentencia 928, 5 de octubre de 2006 –de la que fuera ponente el doctor Enrique Bacigalupo Zapater–, en el sentido de que «el origen delictivo de los bienes es evidentemente un elemento del tipo penal objetivo con todas las consecuencias que de ello se derivan. En lo que aquí interesa como elemento del tipo debe ser objeto de la prueba y, en este sentido, se debe destacar que no rige al respecto ninguna regla especial. Por lo tanto, son aplicables a la prueba del "origen delictivo de los bienes" los principios enunciados en las SSTC 174/1985, 175/1985 y 229/1988, según las cuales "el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria". Es decir: el delito origen de los bienes puede ser probado por indicios y no es necesario […] que exista una sentencia judicial que lo haya constatado en un proceso anterior determinado»; aclarando más adelante esta propia resolución judicial que «cada uno de los indicios, como tales, deben estar plena-

mente probados y no es admisible que sean simples productos de una cadena de conjeturas o sospechas, es decir de suposiciones no corroboradas con plenitud». Sobre esta postura jurisprudencial llama la atención Morillas Cueva en el sentido de que «hay que ser sumamente cautelosos para no convertir lo que entiendo como una excepción frente a la exigencia prioritaria de pruebas directas para evitar, a través de semejantes mecanismo justificadores, limitar derechos fundamentales de garantía penal y procesal, y convertir lo excepcional en normal; inclinación que no deja de darse en este y otros aspectos parecidos con demasiada frecuencia para las exigencias del Estado de Derecho». Lorenzo Morillas Cueva: «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», en *Foro FIC (Tribuna y Boletín de la FIC)*, no. 2, septiembre, 2013, p. 95.

30 Aunque en el orden dogmático no cabe cuestionar la autonomía típica y sustantividad propia del delito de lavado de activos respecto a las infracciones subyacentes, no debe soslayarse que en el orden criminológico existe una estrecha relación de dependencia entre la conducta blanqueadora y el hecho previo que origina la ventaja económica. *Cfr.* Eduardo A. Fabián Caparrós: «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fascículo II, 1993, p. 605.

31 Así se declara expresamente en el Primer Por Cuanto del Decreto Ley 316, de 7 de diciembre de 2013 –modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo–, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, no. 44, de 19 de diciembre de 2013.

32 Es de resaltar el estilo preceptivo apreciable en la redacción de dichas normas internacionales. Así, el art. 6, segundo párrafo, inciso c), de la Convención de Palermo establece que «a los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí». En igual sentido se pronuncia la Convención de Mérida, cuyo art. 23, segundo párrafo, inciso c), preceptúa que «a los efectos del apartado b) *supra*, entre los delitos determinantes se incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y

cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido, y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí». Asimismo, en el apartado 5 de la Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera del GAFI se establece que «los delitos previos del blanqueo de capitales deben extenderse a las conductas que tuvieron lugar en otro país, que constituya un delito en ese país y que habría constituido un delito subyacente de haberse cometido en el país. Los países pueden establecer que el único requisito es que la conducta hubiera constituido un delito, de haber ocurrido en el país».

33 Un análisis serio en torno a la consideración de los tratados internacionales como fuentes del derecho cubano puede verse en Orisell Richards Martínez: «Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Medellín-Colombia*, vol. 42, no. 116, enero-junio de 2012, pp. 117-158.

34 *Apud*. Emilio De Llera Suárez-Bárcena: «La utilización de la información policial y de los servicios de inteligencia como prueba en el proceso penal», en *Diario La Ley*, no. 8215, Año XXXIV, 2013, p. 1.

35 La doctrina distingue entre tratados autoaplicativos y tratados no autoaplicativos. Los primeros son aquellos que no requieren de una reglamentación posterior en el ámbito interno de los Estados para su adecuada aplicación; los segundos, por el contrario, necesitan de disposiciones de derecho interno para su debido cumplimiento. *Cfr.* Francisco J. Dondé Matute: *Cooperación internacional en materia penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, D.F., 2013, p. 20.

36 Esta posición podría encontrar justificación en el criterio sostenido en la doctrina española por Orts Berenguer, quien aconseja proceder con la más exquisita prudencia a la hora de examinar el problema de las lagunas en Derecho Penal, en respeto al principio de legalidad; todo cuanto lo lleva a concluir que «si específicas acciones no parecen sancionadas por la ley, antes de pensar que allí ha surgido una laguna, habrá que inclinarse por la creencia de que no se las ha querido incriminar». Enrique Orts Berenguer: *Atenuante de análoga significación (Estudio del art. 9.10ª del Código Penal)*, Valencia, 1978, p. 13.

37 Diana Hernández de la Guardia: «El delito de blanqueo de capitales (El delito de lavado de dinero: cuestiones de política criminal y análisis del delito en el Código Penal cubano desde la perspectiva de la doctrina española)», tesis doctoral presentada para la colocación del grado de Doctor en Dere-

cho, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, p. 502.

38 Armando Torres Aguirre: «La internacionalización del lavado de activos. Su regulación jurídico-penal en Cuba», en Mayda Goite Pierre: *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho Penal económico en el siglo XXI*, Ed. UNIJURIS, La Habana, 2015, p. 426.

39 Según se expresa en el *Informe de evaluación mutua de la República de Cuba*, publicado por GAFILAT con motivo de la evaluación a que fue sometida Cuba entre el 1 y el 12 de septiembre de 2014, en nuestro país solo se han enjuiciado dos casos de lavado de dinero desde la inclusión de esta tipicidad delictiva en el CP. (Caso Pelegrino y Caso Mariposa). A propósito de las razones que justifican el déficit de persecución y sanción de este tipo de conductas delictivas, resulta interesante el análisis y las conclusiones a las que se arriba en dicho informe: «Se considera que existen distintos motivos para ello, incluyendo dos principalmente. Primero, en el Código Penal se incorporaron como delitos precedentes al LA la gran mayoría de los establecidos por el GAFI hasta finales de 2013. En este sentido, el delito de LA solamente se podía perseguir antes de dicho año de forma limitada, con un enfoque exclusivo en los delitos de tráfico ilícito de drogas, armas y personas. Segundo, las autoridades cubanas seguramente se sintieron conformes con sus resultados indirectos en contra del LA, toda vez que al ser aparentemente efectivos en combatir los delitos entonces precedentes, no iniciaron investigaciones financieras paralelas por LA. En este sentido, no deben haber sentido la necesidad de perseguir el LA de forma más directa». *Cfr.* GAFILAT: *Informe de evaluación mutua de la República de Cuba,* aprobado en el marco del XXXI Pleno de Representantes del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), desarrollado entre el 9 y el 10 de julio de 2015 en San José, Costa Rica, pp. 52 y 53. Disponible en: http://gafilat.org.iplan-unix-03.toservers.com/UserFiles//Biblioteca/Evaluaciones/IEM%204ta%20Ronda/IEM%20CUBA%20TEXTO%20FINALf.pdf, Consultado el 06/11/ 2015, a las 11.00 h.

40 *Cfr.* GAFILAT: *Op. cit.,* p. 52.

41 La interpretación teleológica ostenta una especial relevancia y utilidad en el Derecho Penal por cuanto orienta al intérprete a comprender el sentido de la norma a partir de criterios de justicia material y de política criminal; sin embargo, tal criterio interpretativo encuentra un límite en el principio de legalidad penal. Explica al respecto Cuello Contreras que para que el Derecho Penal «pueda desarrollar su eficacia sin caer en la inseguridad jurídica ni vulnerar el principio de legalidad, la interpretación resultante de aplicar criterios teleológicos debe caer dentro del tenor literal de la ley», de modo tal que «el tenor literal de la ley es límite de la interpretación, en cuanto no puede sobrepasarlo». Joaquín Cuello Contreras: *El Derecho Penal español. Curso de Ini-*

ciación. Parte General –Nociones introductorias-Teoría del delito–, 2da. ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 170-172. En este propio sentido se pronuncia Silva Sánchez al sostener que «la referencia al tenor literal (mejor: a la asignación de sentido sobre la base de reglas lingüísticas) como límite a las demás operaciones interpretativas es especialmente clara en Derecho Penal, lo que se asocia a consideraciones de seguridad jurídica y legitimidad democrática. Precisamente por esto último la insistencia en esa vinculación ha sido tradicionalmente mucho mayor cuando las operaciones interpretativas tienden a redundar en una maximización del alcance normativo de enunciados jurídico-penales limitadores de la libertad que cuando tales operaciones conducen a maximizar el alcance normativo de enunciados jurídico-penales que amplían dicha libertad». Jesús M. Silva Sánchez: «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal», en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan A. García Amado (eds.): *Estudios de Filosofía Penal*, Ed. de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 368.

42 *Cfr.*, por todos, Teresa Manso Porto: «El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de Derecho comparado», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, pp. 306-308.

43 La analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí contemplados en el texto legal, y su aplicación en Derecho Penal queda rotundamente prohibida si afecta al reo. *Cfr.* Santiago Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*, 9na. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 115. Con absoluta claridad explican Muñoz Conde y García Arán que la prohibición de analogía *in malam partem* «es consecuencia directa del sentido garantista del principio de legalidad que actúa como límite a la intervención punitiva del Estado y significa que no pueden aplicarse analógicamente las normas penales que *fundamentan* la responsabilidad penal porque definen las conductas punibles, ni tampoco aquellas que la *agravan* en función de determinadas circunstancias». Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho Penal. Parte General*, 8va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 123. Al respecto ha valorado el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 120/2005, que «siendo el principio de legalidad garantía de libertad de los ciudadanos, no tolera la aplicación analógica *in peius*». Según Viven Antón, «el problema de distinguir entre interpretación permitida e interpretación prohibida no puede resolverse en base a un criterio *a priori:* son las exigencias de seguridad jurídica, que el principio de legalidad encarna, las que, en definitiva, han de arrojar la conclusión de si una interpretación determinada era

previamente previsible, a partir del texto de la ley, o si, por el contrario, era imprevisible vulnerando, por consiguiente, las exigencias del principio de legalidad». Tomás S. Vives Antón: «La prohibición de analogía», en Tomás S. Vives Antón (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (arts. 1-233), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 56.

44 En estricto sentido procesal, el juzgamiento supone que el órgano judicial desarrolla una actividad orientada al conocimiento del objeto del proceso (en el proceso penal: hecho atribuido a determinada persona) con la finalidad de dictar una resolución que resuelva el fondo del asunto, ya sea condenando o absolviendo, susceptible de posterior ejecución (*N. del A.*).

45 A continuación se transcribe el tenor literal del art. 5 del CP cubano:

1. La ley penal cubana es aplicable a los cubanos y personas sin ciudadanía residentes en Cuba que cometan un delito en el extranjero, si se encuentran en Cuba o son extraditados.

2. La ley cubana es aplicable a los cubanos que cometan un delito en el extranjero y sean entregados a Cuba, para ser juzgados por sus tribunales, en cumplimiento de tratados suscritos por la República.

3. La ley penal cubana es aplicable a los extranjeros y personas sin ciudadanía no residentes en Cuba que cometan un delito en el extranjero, si se encuentran en Cuba y no son extraditados, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetran los actos como en cualquier otro Estado, y siempre que el hecho sea punible también en el lugar de su comisión. Este último requisito no es exigible si el acto constituye un delito contra los intereses fundamentales, políticos o económicos, de la República, o contra la humanidad, la dignidad humana o la salud colectiva, o es perseguible en virtud de tratados internacionales.

4. La sanción o la parte de ella que el delincuente haya cumplido en el extranjero por el mismo delito, se le abona a la impuesta por el tribunal cubano; pero si, dada la diversidad de clases de ambas sanciones, esto no es posible, el cómputo se hace de la manera que el tribunal considere más justa.

5. En los casos previstos en el apartado 3 de este art., solo se procede a instancia del ministro de Justicia.

46 Valga aclarar, en este sentido, que la calificación de la actividad delictiva cometida en el extranjero ha de realizarse de conformidad con la legislación nacional del lugar donde se ha cometido el blanqueo. *Cfr.* Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit.*, pp. 291 y 294. Ha de tenerse presente, por lo tanto, que una cosa es la determinación del carácter delictivo de la conducta precedente, que sí dependerá del Derecho vigente en el país donde aquella se haya cometido (si se asume la regla de *doble incriminación*); y otra, su calificación jurídico-penal, que habrá de establecerse en todo caso de conformidad con el Derecho interno del país donde se cometa el lavado de activos. Asimismo no debe per-

derse de vista que dentro de los distintos sistemas que reconocen los instrumentos internacionales y el Derecho comparado para la determinación de los delitos subyacentes o determinantes, Cuba ha asumido el *modelo* de *catálogo o listado*, que supone la predeterminación taxativa de aquellas infracciones que originan los bienes a lavar. De ahí que, para constatar la presencia de este requisito típico, el órgano juzgador ha de contar con el necesario material probatorio que le permita definir los contornos fácticos esenciales del hecho antecedente, pues su determinación constituye un presupuesto necesario e imprescindible para llevar a cabo el comentado juicio de calificación sobre este a los efectos de determinar si constituye una infracción previa o no.

47 Sobre las características que ha de reunir la infracción previa, la doctrina mayoritaria ha entendido –al igual que acontece respecto al delito de receptación, con el que este guarda cierto parentesco morfológico–, que es suficiente con que esta reúna los caracteres de tipicidad y antijuricidad, siendo intrascendente que no resulte reprochable al autor por concurrir alguna circunstancia que impida someterlo al juicio de reproche en que consiste la culpabilidad (causas de inculpabilidad), o porque esté amparado por alguna causa de exclusión o levantamiento de pena. *Cfr.*, entre otros, Diana P. Arias Holguín: *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 314; Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese: *Derecho Penal económico*, 2da. ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 727; Isidoro Blanco Cordero: *Op. cit.*, p. 281; Patricia Faraldo Cabana: «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, no. 21, 2007, p. 136; Luis M. Lombardero Expósito: *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, p. 157; Carlos Martínez-Buján Pérez: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ra. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 486.

48 Así lo ha resaltado el profesor Quirós Pírez, para quien la potestad de reprimir las acciones delictivas cometidas en el extranjero está sometida a la condición de que el sujeto sobre quien recaigan indicios como autor del delito perpetrado en el extranjero se encuentre en el territorio nacional cubano al momento de ser enjuiciado. Según explica este autor, «el delincuente tiene que encontrarse en Cuba cuando el procedimiento se inicie; es decir, no puede comenzarse el proceso, ni ejercerse la acción penal, en rebeldía» *Cfr.* Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho Penal*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 1999, p. 66.

49 *Cfr.* art. 454 de la LPP, tal y como quedó modificado por el Decreto Ley 208, de 16 de febrero del 2000, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, no. 1, de 17 de febrero de 2000.

[50] El juzgamiento por el delito determinante podría resultar previo respecto al posterior delito de lavado de activos, o, incluso, por imperio de las reglas de la conexidad procesal (*cfr.* art. 13 de la Ley de Procedimiento Penal); ambos enjuiciamientos podrían producirse de forma conjunta. La aplicación de la ley penal cubana a hechos cometidos en el extranjero supone, obviamente, que en aquel país no se haya producido juzgamiento alguno sobre los mismos, pues lo contrario comportaría una flagrante vulneración del principio *non bis in idem* y, eventualmente, del instituto de la cosa juzgada.

[51] Esto fue lo que aconteció, precisamente, en el Caso Pelegrino, conocido por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana en la Causa 474/2007. El acusado, ciudadano cubano por nacimiento, pero residenciado desde muy pequeño en Estados Unidos, acumuló en aquel país una importante suma de dinero procedente de atracos a narcotraficantes, la que transfirió a Honduras e ingresó, luego de mezclarla con dinero de origen lícito, en el sistema bancario de aquel país, estableciéndose posteriormente en Cuba de forma definitiva en virtud del trámite de repatriación que le fuera aprobado por las autoridades cubanas, y percibiendo rentas periódicas procedentes de los intereses generados por la cuenta bancaria que poseía en Honduras. El gobierno norteamericano solicitó mediante nota verbal la extradición del acusado por los delitos cometidos en aquel país, sin que el gobierno cubano accediere a ello en virtud de lo establecido en el art. 6, apartado 1 del CP. El tribunal entendió responsable al acusado por el delito de lavado de dinero del art. 146, apartados 1 y 2, en relación con el art. 5, apartado 1, ambos del CP., por cuanto «teniendo la condición de ciudadano cubano, en ocasión de hallarse en el extranjero y con pleno conocimiento de su origen, adquirió y transfirió a Cuba dinero procedente, directa e indirectamente, de actos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y el crimen organizado, así como, a sabiendas de que se trataba de dinero procedente de la droga y del crimen organizado, impidió y encubrió con su actuar la determinación real de su naturaleza, origen y movimiento». *Cfr.* sentencia 596, de 6 de diciembre de 2007, dictada por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana.

[52] *Apud*. Mirentxu Corcoy Bidasolo: «La interpretación en Derecho Penal. *Favor libertatis versus favor securitatis. In dubio pro reo versus in dubio contra reo*», en Diego-Manuel Luzón Peña (dir.): *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho* –Libro homenaje a Santiago Mir Puig–, Ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 163. En este propio sentido, Cortés Bechiarelli, quien sostiene que «para el Derecho Penal, la laguna punitiva solo puede significar impunidad; sostenible o criticable, pero, en cualquier caso, impunidad». Emilio Cortés Bechiarelli: «Prohibición de la analogía», en Manuel Cobo del Rosal

(dir.): *Comentarios al Código Penal*, t. I (arts. 1-18), Ed. Edersa, 1999, p. 97.

53 La aplicación de la regla genérica prevista en el art. 5.3 *in fine*, con la excepción que entraña en orden a la vigencia del principio de doble incriminación, no parece congruente con las características propias de esta figura penal, pues conduciría al absurdo de perseguir en Cuba conductas asociadas a bienes procedentes de hechos no delictivos en el lugar de comisión, con lo que se vaciaría de contenido el juicio de lesividad propio de la conducta blanqueadora, que se erige sobre la existencia de una actividad delictiva previa.

54 Nieves Sanz Mulas: «El Derecho penal ante los retos del siglo XXI: la urgencia de un Derecho penal que haga frente a los "nuevos" problemas, pero sin olvidar los "viejos" límites"», en *Cuadernos de Política Criminal*, no. 106, I, Época II, abril de 2012, pp. 115-151.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Álvarez Pastor, Daniel y Palacios Fernando Eguidazu: *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

Bajo Fernández, Miguel: «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Sagesse (eds.): *Política criminal y blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

Bajo Fernández, Miguel y Silvina Bacigalupo Saggese: *Derecho Penal económico*, 2da. ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012.

Blanco Cordero, Isidoro; Eduardo Fabián Caparrós y Javier A. Zaragoza Aguado: *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ra. ed., OEA-CICAD-BID, Washington D.C., 2006.

Blanco Cordero, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ra. ed,, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.

Cobo del Rosal, Manuel y Carlos Zabala López-Gómez: *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea)*, CECEJ Ediciones, Madrid, 2005.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu: «La interpretación en Derecho Penal. *Favor libertatis versus favor securitatis. In dubio pro reo versus in dubio contra reo*», en Diego-Manuel Luzón Peña (dir.): *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho* –Libro homenaje a Santiago Mir Puig–, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 143-174.

Córdoba Roda, Juan: *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

Cortés Bechiarelli, Emilio: «Prohibición de la analogía», en Manuel Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios al Código Penal*, t. I (arts. 1-18), Ed. Edersa, 1999, pp. 94-101.

Cuello Contreras, Joaquín: *El Derecho Penal español. Curso de Iniciación. Parte general –Nociones introductorias-Teoría del delito–*, 2da. ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

Clarotti, Paolo: «Banking Law Development in the European Union: Deposit insurance and Money Laundering initiatives», en *Current Legal issues Affecting Central Banks*, vol. 4, International Monetary Fund, Washington D. C., 1997.

De Llera Suárez-Bárcena, Emilio: «La utilización de la información policial y de los servicios de inteligencia como prueba en el proceso penal», en *Diario La Ley*, no. 8215, Año XXXIV, 2013, pp. 1-9.

Dondé Matute, Francisco J.: *Cooperación internacional en materia penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, D.F., 2013.

Fabián Caparrós, Eduardo A.: «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fascículo II, 1993, pp. 585-628.

––––: *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Colex, Madrid, 1998.

Faraldo Cabana, Patricia: «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, no. 21, 2007, pp. 117-166.

Gafilat: *Informe de evaluación mutua de la República de Cuba,* Aprobado en el marco del XXXI Pleno de Representantes del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), desarrollado entre el 9 y el 10 de julio de 2015 en San José, Costa Rica. Disponible en: http://gafilat.org.iplan-unix-03.toservers.com/UserFiles//Biblioteca/Evaluaciones/IEM%204ta%20Ronda/IEM%20CUBA%20TEXTO%20FINALf.pdf'.

García Arán, Mercedes: «El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial español», en Mercedes García Arán y Diego López Garrido (coords.): *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 63-88.

Gómez Benítez, José Manuel: «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», en *Cuadernos de Política Criminal*, no. 91, 2007, pp. 2-26.

Hernández de la Guardia, Diana: «El delito de blanqueo de capitales (El delito de lavado de dinero: cuestiones de política criminal y análisis del delito en el Código Penal cubano desde la perspectiva de la doctrina española)», tesis

doctoral presentada para la colocación del grado de Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, Valencia, 2004.

Lombardero Expósito, Luis M.: *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

Manso Porto, Teresa: «El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de Derecho comparado», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, pp. 305-324.

Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ra. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 9na. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.

Morillas Cueva, Lorenzo: «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», en *Foro FIC (Tribuna y Boletín de la FIC)*, no. 2, septiembre, 2013.

Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán: *Derecho Penal. Parte General*, 8va. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Naciones Unidas: *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 1988 –hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988–*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 1999.

Naciones Unidas: *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

Orts Berenguer, Enrique: *Atenuante de análoga significación (Estudio del artículo 9.10º del Código Penal)*, Valencia, 1978.

Quirós Pírez, Renén: *Manual de Derecho Penal*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 1999.

Richards Martínez, Orisell: «Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Medellín-Colombia*, vol. 42, no. 116, enero-junio de 2012, pp. 117-158.

Sanz Mulas, Nieves: «El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI: la urgencia de un Derecho Penal que haga frente a los "nuevos problemas", pero sin olvidar los "viejos" límites"», en *Cuadernos de Política Criminal*, no. 106, I, Época II, abril 2012, pp. 115-151.

Silva Sánchez, Jesús M.: «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal», en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan A. García Amado (eds.): *Estudios de Filosofía Penal*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 365-395.

Torres Aguirre, Armando: «La internacionalización del lavado de activos. Su regulación jurídico-penal en Cuba», en Mayda Goite Pierre: *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho Penal económico en el siglo XXI*, Ed. UNIJURIS, La Habana, 2015, pp. 399-432.

Vives Antón, Tomás S.: «La prohibición de analogía», en Tomás S. Vives Antón (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (arts. 1-233), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 55-58.

Legislación nacional

Ley 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; con las modificaciones legislativas introducidas por los Decretos Leyes 87 de 1985, 128 de 1991 y 151 de 1994.

Ley 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 87, de 16 de febrero de 1999, modificativa del Código Penal, en Gaceta Oficial de la República, Edición Extraordinaria, La Habana, 15 de marzo de 1999.

Decreto Ley 208, de 16 de febrero del 2000 –modificativo de la Ley 5 del 13 de agosto de 1977 de Procedimiento Penal– en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, no. 1, de 17 de febrero de 2000.

Decreto Ley 316, de 7 de diciembre de 2013 –modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo–, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, no. 44, de 19 de diciembre de 2013.

Legislación extranjera

Código Penal alemán (StGB), de 15 de mayo de 1871, reformado por última vez el 31 de enero de 1998.

Código Penal suizo, de 21 de diciembre de 1937, con las modificaciones introducidas el 23 de marzo de 1990.

Decreto Ley 498, de 2 de diciembre de 1998 –Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos–, dictado por la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, publicado en el D.O. no. 240, t. 341, del 23 de diciembre de 1998.

Ley 599, de 24 de julio de 2000, Código Penal de la República de Colombia, publicado en el Diario Oficial 44097, de 24 de julio de 2000.

Ley 19.913, de 12 de diciembre de 2003 –crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos–, dictada por el Congreso Nacional de Chile, publicada en el Diario Oficial no. 37. 738, de 18 de diciembre de 2003.

Ley Orgánica 10, de 23 de noviembre de 1995, Código Penal español, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica no. 1, de 31 de marzo de 2015, publicada en el BOE no. 77, de 31 de marzo de 2015.

Instrumentos internacionales

Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, abierta a la firma el 20 de diciembre de 1988.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada en virtud de la Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada en virtud de la Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003.

Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo, de 16 de mayo de 2005.

Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, 2003.

Derecho Procesal Penal

La no autoincriminación en el contexto sociojurídico cubano

Marily Rafaela Fuentes Águila
Alina de Fátima Santana Echerri

Antecedentes

Los temas relacionados con los antecedentes históricos de lo que se conoce en la actualidad como derecho de no autoincriminación pueden encontrarse en la tradición de los pueblos antiguos, y han transitado desde la concepción del juramento divino hasta los tormentos o tortura,[1] utilizados por la Inquisición para obtener la confesión de los implicados en los procesos. La etapa inquisitiva ha demostrado de forma extraordinaria que existió un proceso penal muy injusto y desprovisto de toda garantía judicial, despiadado y de irrespeto a los derechos del hombre, porque se sometía a graves torturas al implicado para obtener una declaración que lo inculpara, lo que resultaba suficiente para condenarlo.

Fue difícil respetar el derecho a la no autoincriminación en los países que heredaron la Santa Inquisición. Una confesión se tornaba vital para el juez inquisidor; como prueba tasada era suficiente para declarar la culpabilidad.[2] Durante la vigencia del sistema inquisitivo la tortura se convirtió en uno de los medios más utilizados para obtener la confesión que constituía la prueba tasada, necesaria, y era considerada como reina de las pruebas. En realidad la tortura era ya una pena o castigo al encausado, quien en lugar de un sujeto era un objeto del proceso penal.

A partir de las reformas procesales del siglo XVIII, el Derecho Penal dio un vuelco que condujo a enarbolar los principios más progresistas del proceso penal, y se proclamó que si era preciso pasar por encima de los derechos del hombre, era mejor no alcanzar la verdad. Después de la Revolución Francesa de 1789 el derecho a declarar en el sistema occidental europeo sufrió un cambio sustancial y evolucionó a postulados más progresistas. Tras la búsqueda del amparo a los derechos del hombre, emergieron posiciones que aún numerosos países utilizan en la reformulación de sus ordenamientos jurídicos.

En resumen, puede apuntarse que el derecho del acusado a la no autoincriminación en el ámbito del Derecho procesal ha ido transformándose en la propia medida en que la sociedad ha avanzado. La clase económicamente dominante ha impuesto sus reglas de carácter inquisitivo o acusatorio para proteger sus intereses. La puesta en marcha de las reformas procesales ha conducido a una vertiente cada vez más progresista del Derecho, basada en una filosofía que ampara al ciudadano ante el poder penal y procura evitar arbitrariedades inadmisibles para un Estado respetuoso del hombre.

Relación con la presunción de inocencia y el derecho de defensa

Como se ha expresado, el derecho de no autoincriminación incluye la presunción de inocencia[3] y es expresión del derecho de defensa. El derecho a la presunción de inocencia es el derecho que tiene el ciudadano, con motivo de esa presunción, de no colaborar con su propia condena. De ahí que el acusado no esté obligado a declarar en su contra y pueda decidir voluntariamente si introduce en el proceso alguna información. Es un ejercicio de la libertad de declarar o no en el proceso.

Puede afirmarse entonces que en el orden técnico-procesal lo que da origen a la no autoincriminación es el principio de presunción de inocencia consagrado en los textos legislativos de las naciones[4] y el derecho fundamental de defensa también reconocido en los instrumentos jurídicos internacionales.[5] Por supuesto, que tanto unos como otros principios o derechos solo pueden existir en un Estado respetuoso de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Es indiscutible que es una manifestación del derecho de defensa, pues el imputado tiene el derecho de hacerse oír, nadie debe ser condenado sin haber sido oído en juicio, lo cual es una antigua manifestación del derecho a la contradicción y de la igualdad, lo que ratifica el derecho del acusado no solamente a la defensa técnica, sino a la defensa material, pues sin dudas tiene derecho a defenderse y a que lo escuchen. Cuando se interroga al procesado, se está realizando uno de los actos procesales más importantes, momento en que este se enfrenta a la administración de justicia, y tiene el derecho de que su deposición sea tomada como un acto de autodefensa.

La modalidad de autodefensa se constituye como autodefensa pasiva en la que el acusado no asume una posición agresiva contra el interrogador, lo cual constituiría un acto de irrespeto o de delito, sino que se ejerce precisamente por la inactividad del acusado cuando se le interroga, se le pregunta o simplemente cuando expresa que no desea declarar, es él quien escoge la forma que considere pertinente para autodefenderse. Cualquier presión o constricción física o sicológica[6] para mover su actitud puede ser interpretada como violación de su derecho de defensa.

La declaración del acusado y el derecho a declarar

Por medio de la declaración del acusado se ejerce el derecho a declarar tanto desde la fase investigativa como en el acto del juicio oral, alcanzando su máxima connotación en el juicio, que es el momento procesal cumbre del proceso penal. Aquí las partes en presencia de todos los sujetos procesales realizan alegaciones, se oponen, efectúan preguntas, repreguntas y se escuchan mutuamente durante los informes orales.

Cuando se le toma declaración a la persona implicada en el proceso y esta actuación se realiza con el debido respeto al derecho a defenderse que tiene esta persona no se afecta el derecho de no autoincriminación, pero si en la concepción del interrogador prima como filosofía o convicción que es a través de este acto que se va a obtener la verdad o los elementos suficientes para el esclarecimiento de los hechos, es inevitable que colapsa el derecho de defensa cuando de la declaración del acusado se trata. El acusado sin quererlo ofrece elementos que en otra situación no hubiera brindado.

La necesidad de alejarnos del carácter inquisitivo del proceso impone y justifica la posición que se defiende. La cuestionada búsqueda de la verdad material no puede ni debe conducir por caminos de arbitrariedades e irrespeto a la dignidad del hombre. Lo que más se acerca a una concepción garantista es tomar la declaración del acusado como medio de autodefensa; no obstante, todavía se discute si es un medio de defensa o si es un medio de prueba.

Lo cierto es que el interrogatorio que se realiza ante la policía, instrucción o el Ministerio Público está considerado como un acto de investigación que sirve en muchos casos para proseguir en la búsqueda de información y obtener otros medios de prueba, al tiempo que son utilizados por los acusados como medio para la defensa,

mucho más cuando tienen abogado designado y finalmente los jueces en las sentencias que dictan lo manejan como medio de prueba y se valora en el proceso de formación de convicción judicial.

Se estima que la declaración del acusado no debe ser un medio de prueba porque si el acusado es un sujeto procesal no debe ser fuente de pruebas y debe limitarse a defenderse sin que ninguno de los sujetos del Estado pueda evaluar su declaración en su contra. En realidad, es difícil ir contra sí mismo porque la naturaleza humana no indica que las personas tiendan fácilmente a declararse culpables. Ello contraviene la lógica del comportamiento; el individuo es por su origen parcial consigo mismo y solo como excepción se decide a prestar una declaración autoinculpatoria.

El derecho al silencio

En el contexto del desarrollo del derecho al debido proceso, el derecho a guardar silencio se ha protegido como derecho fundamental del procesado por los diferentes instrumentos internacionales tanto en materia de derechos humanos como en materia del Derecho Penal Internacional. Incluso, ha tenido mayor protección por medio del derecho a la no autoincriminación, derecho del cual se deriva, que en materia de estándares internacionales ha implicado el amparo directo al derecho a guardar silencio sin que aquella actuación implique cualquier tipo de indicio en contra del procesado.[7]

Diferentes legislaciones[8] han adoptado el derecho a guardar silencio como el pilar fundamental del debido proceso dentro del proceso penal. Así, no solo ha adquirido una protección legal, sino que, en algunos casos, dicho derecho está protegido por las mismas constituciones.

El derecho al silencio está consagrado en la no autoincriminación; puede formar parte de la estrategia de defensa; puede surgir desde el primer momento o puede acogerse el acusado en otro momento procesal. El silencio del procesado no implica que el acusado tenga ninguna responsabilidad.

En materia penal no solo implica un auxilio de un derecho fundamental, sino a su vez una garantía[9] para el acusado en el desarrollo del proceso penal; implica que bajo ninguna circunstancia se podrá derivar una interpretación negativa o positiva del ejercicio efectivo del derecho a guardar silencio. Las garantías que integran el derecho de defensa material, entre ellas la de ser oído o

guardar silencio, son garantías históricamente obtenidas, reconocidas, indemnidades que no pueden ser soslayadas con el pretexto de introducir uno u otro sistema jurídico-penal, independientemente del modelo del que se tomen.

La no utilización de coerción

Respecto a la violencia para exigir declaración, no es un fenómeno discutible en el orden teórico y legislativo, pues la mayor parte de los Estados prohíben la utilización de la violencia en los procesos penales. Es evidente que no impedirá que en determinados contextos el uso de la violencia prime porque es conocido que la existencia de ordenamientos procesales muy progresistas y ajustados al código procesal modelo para Iberoamérica, no es suficiente para evitar la violencia contra las personas y otros fenómenos aún más graves o tan graves como la violencia procesal.[10]

Cuando los acusados en los estrados del tribunal cambian sus declaraciones para negar una responsabilidad originalmente admitida en la fase sumarial, queda en duda la causa de la modificación y con independencia del deber de los jueces de decidir. Entre las razones puede encontrarse la voluntad del acusado de modificarla, pero también se engendra la duda acerca de la penetración sicológica en los sentimientos de los acusados. En el ámbito internacional se conocen situaciones en que los hipnóticos y fármacos han sido utilizados en los procesos para compeler o contrariar la voluntad de la persona.

Es también coacción moral advertirle una vez o reiteradamente al acusado que si guarda silencio puede ser desfavorable, o si declara puede favorecerle, porque la influencia en estos casos se realiza directamente y puede conllevar involuntariamente al acusado a una situación indeseada que después en otros momentos al prestar nuevas declaraciones lo harían retractarse.

La prohibición del juramento

Requerir al acusado para que diga la verdad sería exigirle juramento para que se autodestruya, como si el hombre pudiera fácilmente conspirar y colaborar con su propia desgracia. Es obvio que el juramento debió quedar desterrado de los ordenamientos procesales, porque exigir juramento a un ser humano para que declare en su contra es una pena y un tormento que sujeta a condición esa libertad de declarar.

La prohibición de preguntas capciosas o sugestivas

La prohibición de preguntas capciosas o sugestivas forma parte del contenido del derecho de no autoincriminación. Ese derecho debe ser resguardado, y cualquier pregunta que conduzca a una respuesta engañosa derivada del cuestionamiento inicial atenta contra las debidas garantías del proceso. El interrogatorio tiene como objetivo únicamente dar vida al juicio de contradicción que otorga al acusado la facultad de oponerse dignamente al acusador y enfrentar la acusación.

La tendencia a hacer trampas no es propia de un Estado de Derecho, es más bien una manifestación del sistema inquisitivo donde el inquisidor tenía todos los poderes frente al acusado, estimado como objeto del proceso. La garantía de que no se efectúen preguntas capciosas o sugestivas es la presencia del abogado defensor; aquí la defensa técnica cobra importancia dada la particular relevancia de los conocimientos técnicos para determinar cuándo la pregunta está induciendo o engañando a su representado.

En todo caso puede el abogado oponerse, incluso en el juicio oral, y recurrir si estima que se ha realizado una pregunta capciosa, sugestiva o impertinente, y si habiéndose opuesto oportunamente a su realización, fue efectuada; el tribunal llamado a resolver el recurso, comprobada la razón del abogado en su motivo, debe revocar el fallo del tribunal. Es el abogado defensor quien vela por la consignación en las actas de las declaraciones prestadas por sus representados, y puede pedir expresamente al tribunal que se consigne la pregunta realizada como acto preparatorio del recurso si por el interrogador se insiste en obtener una respuesta.

La facultad de faltar a la verdad

La facultad de faltar a la verdad en sus declaraciones es otra de las manifestaciones del derecho de no autoincriminación, y tal vez la más cuestionada desde el punto de vista moral o conductual. En primer lugar, si no es posible exigir juramento, ya en principio se descarta la posibilidad de que el acusado tenga que decir la verdad. Segundo, si no es medio de prueba esencial, es intrascendente que el acusado diga o no la verdad, porque la sentencia no se basará en su declaración.

En Cuba la obligación de decir la verdad ha quedado claramente prohibida cuando los tribunales han interpretado que al no estar obligado a prestar juramento de decir la verdad, el procesado no puede ser inculpado del delito en razón de sus propias declaraciones. Si una persona debe mentir o no, es un tema que puede ser discutible, pero lo que sí se asevera es que la falsa declaración no se sanciona.

El derecho a la pluralidad de declaraciones

El acusado tiene derecho a prestar cuantas declaraciones considere conveniente, siempre que ello no implique una impertinencia en el proceso o un obstáculo para su desarrollo. Este derecho no puede constituir un incentivo a la dilación del proceso, ni a prestar múltiples declaraciones innecesarias, pero sí debe permitirse que cuando el acusado deba agregar algún elemento nuevo deba permitirse, sin frenar ese derecho tanto en la fase investigativa como en el acto del juicio oral.

La prohibición de exhortación de decir la verdad

La prohibición de la exhortación de decir la verdad es otra de las reminiscencias del esquema inquisitivo basado en la búsqueda de la verdad material. Esta prevención es una ilícita coacción a la libertad del imputado, pues la influencia que ello puede tener en el comportamiento del interrogado, marcándole una conducta activa y estimulando una labor de colaboración, induce a considerar ilegítima cualquier reprimenda al interrogado con el fin de hacerlo declarar y más aún de inducirlo a confesar.

En resumen, la no autoincriminación constituye un principio, un derecho fundamental y una garantía de la persona que es sometida a proceso penal, de guardar silencio ante las autoridades u órganos de investigación o judiciales, a no declarar en su contra, a lograr que aquellas declaraciones que se obtengan con vulneración de esos presupuestos se declaren nulas. Se requiere castigar a los responsables de las violaciones del derecho de no autoincriminación.

La no autoincriminación en el proceso penal cubano

El ordenamiento jurídico cubano cuenta con una serie de disposiciones concernientes al derecho a no declarar en contra de uno mismo, contenidas en la Constitución y las leyes procesales. Muy brevemente se esbozan los contenidos que estas normas establecen.

La Constitución de la República consagra en el artículo 59 que nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito, y con las formalidades y garantías que estas establecen, y seguidamente expresa que todo acusado tiene derecho a la defensa. No se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar. Agrega que es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto, y los responsables incurrirán en las sanciones que fija la ley.[11]

En el ordenamiento penal estos principios constitucionales están garantizados con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de de Procedimiento Penal en el artículo 161 de la propia norma. Este numeral señala que ningún acusado tiene obligación de declarar en su contra. El instructor, cumplida la formalidad a que se refiere el artículo anterior, estará en la obligación de hacerle saber de qué se le acusa, por quién y los cargos que se le dirigen, e instruirlo del derecho que le asiste para prestar declaración, si quisiera hacerlo, lo cual podrá realizar en cualquier momento y cuantas veces lo solicite.[12] Por su parte, la Instrucción 169 de 15 de enero de 2002 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular indica la forma en que se procederá por el tribunal a comprobar que en las actuaciones obra la declaración del acusado y que fue apercibido del derecho que le asiste a prestar declaración o abstenerse de hacerlo.

El derecho a ser informado se encuentra íntimamente ligado con el derecho a ser asistido por un abogado defensor, pues es evidente que para numerosos inculpados el derecho de hacer o de no hacer declaraciones y el derecho a disculparse serán puramente teóricos si en el momento de ser informados de estos derechos no tienen la posibilidad de llamar a un defensor.[13] Lo cual implica que al mismo tiempo que son informados de su derecho a guardar silencio, debían ser enterados de su derecho a contar con la asistencia de un abogado defensor.[14]

El imputado privado de libertad debe tener, concretamente, las siguientes garantías y derechos: entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen de detención, el que solo con-

templará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto; tener las comodidades y condiciones compatibles con la seguridad del lugar en que se encuentre. En estas circunstancias de privación de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquel un defensor determinado.

El artículo 160 establece que al comparecer, el acusado mostrará su carné de identidad y expresará su nombre y apellidos, sobrenombre si lo tiene, naturaleza, edad, nombre de los padres, profesión, arte u oficio, lugar donde trabaja, grado de escolaridad, estado civil, si tiene hijos, vecindad, si ha sido encausado anteriormente, por qué delito, ante qué tribunal, qué sanción se le impuso y si la cumplió. De la interpretación gramatical del texto se infiere que el acusado tiene la obligación de identificarse, pues es preceptivo el mandato relativo a mostrar el carné de identidad.

El artículo 166 de la citada ley expresa que no se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar. Toda declaración obtenida con infracción de este precepto será nula, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. Significa que el caso de nulidad por haberse incurrido en acciones abusivas contra el declarante, el responsable de la infracción deberá ser instruido de cargos en la jurisdicción penal.

Se permitirá al acusado manifestar cuanto tenga por conveniente en interés de su defensa y para la explicación de los hechos, y en vista de su dicho se ordenará la práctica de las diligencias conducentes a la comprobación de esas manifestaciones, según dispone el artículo 163 del citado cuerpo legal. Corroborar el dicho del acusado constituye una de las diligencias de investigación que los fiscales deben disponer con mayor frecuencia en su actividad de control del expediente de fase preparatoria.

Cuando la declaración se consigne por escrito, se instruirá al acusado del derecho que le asiste de leerla por sí mismo. Si no usare de ese derecho, le será leída por el actuante. Seguidamente será firmada por todos los que intervengan en el acto conforme preceptúa el artículo 165 de la ley.

El procesado tiene el derecho y el privilegio de guardar silencio, no puede ser obligado a declarar ni mucho menos a manifestar información alguna en su contra; es decir, tiene derecho a callar para no autoincriminarse, sin que esto pueda ser utilizado contra él. Las Salas de la especialidad penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba vienen pronunciándose

en la resolución de los recursos de casación respecto a la necesidad de proteger judicialmente el derecho del acusado de no autoincriminarse.[15] En ocasiones, la falta de preparación jurídica de los ciudadanos conlleva a que los acusados ignoren esta posibilidad de mantenerse callados, y contrario a su verdadera voluntad pudieran concebir versiones para protegerse, que serían más desfavorables que mantenerse reservado.

Momentos de protección del derecho de no autoincriminación

Como se expuso, la primera manifestación del derecho de no autoincriminación surge durante el proceso de indagación o pesquisa que desarrollan los órganos de investigación y la Fiscalía. Estas autoridades, cuando tengan motivos suficientes para estimar la posible autoría de una persona por un hecho delictivo denunciado, pueden, sin hacer imputación alguna, desarrollar un interrogatorio a una persona. En el interrogatorio, las citadas autoridades tendrán la obligación de darle a conocer al posible autor de la conducta su derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad.

Otra manifestación del derecho a guardar silencio es la que tiene lugar en el juicio oral. El juez deberá advertir al acusado de su derecho a guardar silencio y de no autoincriminarse. Si el acusado no hace ninguna expresión, esta se entenderá que es de inocencia. En esta actuación queda establecido que la práctica del derecho a guardar silencio no puede bajo ninguna circunstancia implicar una consecuencia diferente a la protección a la garantía de la presunción de inocencia. Es importante evaluar el tema de la renuncia al derecho al silencio o a no declarar en su contra, pues sin descartar la posibilidad de que el procesado pueda renunciar,[16] debe verificarse por el fiscal si esa dejación fue libre, voluntaria o si el procesado ha decidido de tal forma por actos externos o ajenos a su voluntad.

En la fase de investigaciones

De los precedentes expuestos puede verificarse que no era tan simple delimitar el momento procesal en que el derecho de no autoincriminación cobra vigencia en la persona, ni a qué personas se

le debe atribuir. De cualquier manera, es posible afirmar que desde el momento en que se vincula a una persona como posible autor de un ilícito penal ya se inicia la protección de su derecho de no autoinculparse. El otro extremo que deben dominar los funcionarios de investigación es respecto a los individuos que ampara el derecho en estudio para que la actuación sea consecuente con este conocimiento.

Alrededor de si este derecho le asiste al declarante, al imputado o al acusado, se han ofrecido diversos criterios. Si en el concepto de declarante puede incluirse a cualquier persona que como testigo o víctima fuera traído a proceso, habría que evaluar si al comparecer estos ante la policía o instructores o fiscal deben decir la verdad, aunque esta declaración los incrimine. La lógica del comportamiento humano indica que nadie debe estar obligado a declarar en su contra a pesar de su condición en el proceso; no obstante, cuando se habla de derecho de guardar silencio como parte de la no autoincriminación, se ha establecido que es propio el imputado o acusado y no del declarante.

Durante el juicio oral

Ya en la etapa de juicio oral, ordena la ley cubana en el artículo 312 que ningún acusado tiene obligación de declarar en su propia causa. El presidente del tribunal le preguntará si desea prestar declaración, previamente advertido del derecho que le asiste de hacerlo o no. Si el acusado quisiera hacerlo, manifestará lo que entienda necesario en relación con los hechos. Después pueden preguntarle los que sean parte en el proceso, comenzando por el fiscal o el acusador, y está obligado a contestar o a expresar que se abstiene de dar respuesta a la pregunta que se le haya formulado.

Es necesario que el acusado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta. Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente los derechos que le asiste, es decir, que al sindicado tiene total libertad respecto del contenido de su declaración, así como informarle que es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio que se desarrolla en el

juicio contradictorio. El tribunal supremo ha advertido a través de los razonamientos en las sentencias dictadas en casación, que los jueces deben velar porque se garanticen los derechos del acusado a un debido proceso y el respeto a la no autoincriminación.[17]

La metodología para el juicio oral del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.[18]

La guía metodológica[19] para la realización del juicio oral, complementaria de la Ley de Procedimiento Penal fue aprobada en virtud de las facultades que la Ley Fundamental concede a los Tribunales Populares para dictar instrucciones, acuerdos y dictámenes de obligatorio cumplimiento. Constituye objeto de estudio por la incidencia en los derechos del acusado en el juicio oral y público. Se transcriben y comentan los puntos que están asociados a la no autoincriminación, lo que no significa que no sería importante profundizar en otros aspectos a través de nuevas disertaciones.

Dentro de las formalidades del acto de juicio oral ordena en el apartado uno inciso a) que el local destinado a la realización del juicio y su mobiliario deberán estar limpios, organizados y preparados con la solemnidad que se requiere. Con independencia del propósito primario de solemnidad que contiene la primera disposición, llama la atención cuando se profundiza en el análisis, lo que puede representar tal exigencia no solo para la ciudadanía, sino para las partes y especialmente para el acusado.

Como se ha observado en el capítulo precedente, dentro de las causas que pueden constreñir la voluntad se encuentra el tema de las condiciones y locales en que se realizan los interrogatorios, los que pudieran resultar amenazantes para el procesado. A pesar de que el acto oral y público no tiene las características de un interrogatorio policial, sino que es la expresión más acabada de un debate donde las partes se enfrentan ante un tercero imparcial, el acusado es interrogado por el fiscal, el abogado y por el órgano jurisdiccional si accede a declarar. El hecho de que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular se proyecte de forma positiva a exigir un escenario adecuado para el juicio, exterioriza el ánimo y la voluntad de las autoridades judiciales de amparar al ciudadano y respetar públicamente sus derechos.

Otra importante garantía que ofrece al acusado la metodología del juicio oral es la posibilidad de que se hacen constar en acta el extracto de sus declaraciones, las que se dictan de forma verbal[20] y las partes pueden sugerir en ese momento las adiciones, supre-

siones y modificaciones que crean oportunas.[21] Cuando se realizan preguntas que se declaren capciosas, sugestivas o impertinentes, a solicitud de parte puede consignarse en acta las preguntas efectuadas como acto preparatorio del recurso de casación.

Recientemente el profesor y exjuez del Tribunal Supremo Popular, Rivero García, comentaba[22] que en la metodología no se incluye la consignación en acta de las discordias, diversidad o disconformidad y objeciones que se producen durante el juicio oral. Es cierto que no se contempla expresamente; sin embargo, nada se opone a que se consigne en el documento cualquier otro elemento de importancia que haya acontecido porque en sentido general las actas tienen como objeto dejar constancia de todo aquello de trascendencia que haya ocurrido durante el debate.

El inciso ñ) del citado documento introduce una de las variantes más avanzadas del uso de la tecnología al servicio de la justicia, particular que se traduce en mayor transparencia para el ciudadano que se ve inmerso en un proceso penal, toda vez que quedarían plasmados con imágenes mediante filmación sus declaraciones o alegatos. El hecho de que se prevea por el órgano judicial la posibilidad de filmar el juicio es una expresión de que existe la posibilidad de un juicio con mayor garantía para el individuo. Por otra parte no se descarta que en el acta se consignen determinados elementos de interés. Por supuesto, se deben acompañar a las actuaciones el soporte tecnológico de esa grabación.

Se interrelacionan con el derecho de defensa y el de no autoincriminación lo relativo a la necesidad de intérprete cuando el acusado no hable el idioma español o fuera sordomudo, en cuyo caso el tribunal nombrará intérprete para que asista a este durante toda la sesión de juicio.[23] Es justo que el acusado conozca a través del intérprete los detalles que se ventilan en el juicio.

El presidente de la Sala, a solicitud del representante legal del acusado, y escuchado el criterio del fiscal, podrá excepcionalmente autorizar que el acusado permanezca temporalmente sentado al lado del abogado, durante el desarrollo de la práctica de las pruebas, a fin de permitir la adecuada y necesaria comunicación entre el acusado y el abogado, para facilitar el ejercicio de la defensa.

La actitud del tribunal y específicamente del presidente transmite a los comparecientes una posición que puede ser interpretada como parcial o imparcial en dependencia del comportamiento que este manifiesta. Cuando se le compele al presidente para

que de forma mesurada se comunique durante el juicio, es porque constituye una necesidad de imparcialidad que ofrecerá al acusado la tranquilidad de estar juzgándose por un tercero imparcial que no tiene interés en atribuirle una culpa que no tiene.

El presidente le impondrá del derecho que le asiste a declarar o abstenerse, y le preguntará por cuál de esas opciones se decide. Si el acusado opta por acogerse al derecho de no declarar y a no responder preguntas de las partes y del tribunal, se consignará en el acta esta decisión, y se le ordenará sentarse, no se le exhortará a declarar y, menos, a ser veraz. Si el acusado se acoge al derecho de no declarar y, en cualquier momento del juicio, manifiesta la voluntad de hacerlo, el presidente de la Sala accederá a esa petición, realizándole las advertencias o previsiones legales anteriormente mencionadas. Constituye una de las trascendentales garantías para el acusado en el ejercicio del derecho de defensa material.[24]

Si el acusado manifiesta su deseo de declarar, el presidente de la Sala le indicará que exponga lo que en relación con los hechos, crea conveniente. Se debe evitar, si no lo ha solicitado el acusado, que se proceda directamente al interrogatorio de las partes, antes de que el encausado exponga lo que estime provechoso para él. Cuando el presidente lo considere pertinente, permitirá que el acusado brinde lectura de su declaración o consulte notas durante su exposición.

Concluida la libre exposición del acusado, el fiscal, el abogado y los miembros del tribunal podrán formularle preguntas; no obstante, el acusado puede abstenerse de contestar alguna o todas las interrogantes y así lo hará saber (artículo 312 de la Ley de Procedimiento Penal). Cuando el acusado manifieste su interés de no declarar libremente, pero sí contestar las preguntas que se le formulen, o que solo desea contestar las preguntas de su abogado, el presidente de la Sala concederá directamente la palabra a la parte que proceda para el interrogatorio. El presidente de la Sala, de considerarlo pertinente, podrá solicitar al acusado, durante el transcurso de la práctica de las pruebas, que realice alguna precisión, si lo desea.

Se pone de manifiesto la posibilidad igualmente concedida en la fase preparatoria de que el acusado pueda prestar varias declaraciones. La pluralidad de deposiciones forma parte o integra el derecho de no autoincriminarse.

Si el testigo tiene grado de parentesco con el acusado, el presidente de la Sala le hará saber que no está obligado a contestar a las interrogantes relacionadas con su familiar y sí respecto al resto de

los acusados, en el supuesto que los haya. Asimismo, si accede a responder las preguntas respecto a su pariente, se le apercibirá de la obligación de decir verdad y que, de no ser así, incurrirá en el delito de perjurio (artículo 170 de la Ley de Procedimiento Penal). Extremo cuidado deben tener las partes y el Tribunal cuando el testigo es pariente del acusado, pues el interrogatorio deberá encaminarse sin afectar el derecho que la ley concede al testigo para no ir contra su familiar acusado.

El presidente de la Sala evitará que las partes realicen preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes y, en caso de realizarse, no permitirá que la persona interrogada las responda. En ese sentido, procederá a calificar la pregunta. Quien haya formulado la interrogante podrá protestar esa decisión y el presidente de la Sala le indicará al secretario que consigne en el acta literalmente la pregunta que se haya prohibido contestar.

El reconocimiento del acusado, y la reconstrucción de los hechos, se realizarán en correspondencia con el artículo 152, 133 y 134 de la Ley de Procedimiento Penal. Esta indicación confirma la licitud de la realización de tales actos, pero al mismo tiempo sujeta la intervención al cumplimiento de determinados preceptos legales. Pretende expresar que estos actos que requieren de la participación voluntaria del acusado deben sujetarse estrictamente a las normas que los autorizan para que no pugnen con los derechos del imputado.

Al momento de los informes, el presidente de la Sala concederá la palabra al fiscal y al abogado, en ese orden. Si son varios los abogados, el presidente decidirá el orden en que lo harán (artículo 353 de la Ley de Procedimiento Penal).Esta acotación enuncia la igualdad de las partes en el debate y parte de los derechos que le asisten al acusado a la defensa técnica durante el proceso.

El apartado VIII sobre el derecho de última palabra del acusado de forma muy clara confirma que al terminar los informes orales, el presidente de la Sala le pedirá al acusado que se ponga de pie y le preguntará si desea agregar algo en su defensa. Si desea hacerlo, le otorgará la palabra y se consignará en el acta lo expuesto. El presidente de la Sala evitará realizar advertencias excesivas o indebidas que coarten la exposición del acusado en este momento. Esta es la última oportunidad que tiene el acusado de manifestarse pudiera aseverarse que es el momento final en que se manifiesta el derecho de no autoincriminarse.

Aun cuando al ordenar la metodología que se le concede la palabra por si desean agregar algo en su defensa y al decir *algo* puede aparentar que es algo nuevo, a renglón seguido dispone que no se coartará el derecho de última palabra. Así que cualquier advertencia, alertas o interrupciones que realice al tribunal estarán contrariando la citada instrucción. No quiere decir que haya que sufrir cualquier clase de insensatez por tiempo indeterminado antes de retirarse de los estrados.

Al concluir el acusado de exponer lo que en su defensa considere necesario, el presidente de la Sala declarará el juicio concluso para sentencia e indicará al secretario que termine el acta. Finalmente, el Presidente de la Sala instruirá a los acusados y a las partes acerca de la fecha y forma en que se les notificará la sentencia, y declara concluida la sesión.

Las acotaciones finales de la metodología están dirigidas de modo muy atinado a recordar a los sujetos procesales y especialmente a los jueces que durante la realización del juicio oral, el presidente de la Sala, escuchado el criterio de las partes, adoptará las medidas necesarias que permitan el adecuado ejercicio de los derechos y garantías del acusado, la víctima o perjudicado, la igualdad y equidad de las partes y el respeto debido a los intervinientes en ese acto.[25]

Necesidad de una reforma legislativa para la mayor protección del derecho de no autoincriminación en Cuba

El propósito es aportar un material metodológico o protocolo de los actos que deben realizarse en las diferentes fases o etapas del proceso penal para garantizar el derecho de no autoincriminación, con independencia del modelo procesal que exista en cada nación. Los Estados deben conocer los principios y postulados básicos del debido proceso y ordenar sus normas jurídicas de manera que posibiliten cumplir con un proceso claro, transparente y justo. Se expresan los pasos y posteriormente se realiza el comentario que resulte necesario en cada caso.

De los precedentes expuestos puede resumirse que el derecho de no autoincriminación comprende tres supuestos esenciales: Que un acusado no puede ser obligado a declarar en su contra, que tiene derecho a guardar silencio y una persona, en un proce-

dimiento cualquiera en el que legalmente se exija su testimonio, puede negarse a contestar cualquier pregunta cuya contestación pueda incriminarle en una futura causa o que ponga en evidencia otras pruebas en su contra.

Primero: Uno de los primeros momentos en que se presenta trascendentalmente la no autoincriminación es en el interrogatorio.

1. Antes de todo interrogatorio, el sospechoso debe ser informado en términos claros que tiene el derecho de permanecer en silencio.

Es importante que el acusado esté informado para que adopte la decisión de introducir al proceso lo que desea, para que esté en libertad de hacer uso de su derecho de no autoincriminación, que en este instante constituye una dentro de la gama de garantías que rodean dicho acto. Compone uno de los principales mecanismos de protección del derecho a la no autoincriminación. Mas, cuando una persona involucrada en un proceso penal considera que tiene el deber de declarar o en todo caso siente que la declaración es un modo de justificar o disculpar su accionar, y al no ser informado de su derecho al silencio, puede considerar que declarar es la única expresión de su derecho de defensa.

Segundo: Si el indagado se abstiene de declarar respecto a los hechos y a su identificación, no será permitido forzarlo a actuar en contra de su voluntad o instruirlo de cargos por un delito.

El indagado tiene derecho a no autoincriminarse respecto a los hechos y a los datos personales. Si el indagado tiene derecho a callar y la policía tiene el deber y la posibilidad de identificarlo, no debe obligarse a prestar sus datos personales. Con su silencio o con su declaración el acusado puede transmitir que prueben que no es inocente o que se le identifique por las autoridades facultadas.

Tercero: La policía debe interrogar, en presencia del fiscal, o puede interrogar el fiscal, y debe interrogarse en presencia del abogado. El letrado debería intervenir siempre en el interrogatorio que realiza la policía, la instrucción o el fiscal.

La labor de la defensa técnica y del fiscal sirven de custodia de los derechos consagrados en la ley, aclarando que en esa posición, el fiscal asume ser velador de la acusación y de los derechos del acusado. La misión del fiscal tiene a su cargo actuar en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones legales y constitucionales.

Cuarto: Se le hará saber al procesado que podrá contar con un abogado designado o en defecto de nombramiento deberá de-

signársele de oficio y permitir comunicarse de modo inmediato con una persona de su elección y con su abogado para notificarles sobre su arresto, y a que le proporcionen los medios razonables para ejercer este derecho.

Quinto: Si no puede pagar los servicios de un defensor particular el Estado debe proporcionarle uno.

El detenido que carece de abogado y de recursos económicos para pagar uno, apenas tendría derecho a conocer las posibilidades que le ofrece el sistema en orden al ejercicio de su derecho de defensa. De nada le valdría entender que podría consultar con un abogado si no tuviera cómo pagarlo. Entonces la garantía de defensa no es tal como tampoco lo es cuando entre tardíamente al proceso el defensor o que simplemente transcurra la fase preparatoria sin el defensor.

Sexto: Proporcionar la reunión con su defensor en estricta confidencialidad. Facilitar la entrevista entre el detenido o indagado y su defensor antes de que se realice cualquier manifestación concerniente a los hechos o aspectos que puedan afectar el derecho de no autoincriminación, es otro paso importante en el respeto del ciudadano en materia penal.

Séptimo: Conceder el derecho de prestar varias declaraciones si lo estima pertinente a los intereses de su defensa.

Octavo: Nombrar un intérprete si es necesario porque no domina el idioma español o fuere sordomudo, o por cualquier otra causa resulte útil para ejercer su derecho de defensa, tanto en la fase preparatoria como en el juicio oral.

Noveno: Desarrollar las investigaciones y el juicio oral bajo el principio de que el acusado se presume inocente, por tanto corresponde al acusador la carga de la prueba a través de medios distintos a la declaración del acusado.

Décimo: No perjudicar al acusado por guardar silencio en todo o cualquier momento. En ningún caso puede ser sometido a malos tratos o presión para que renuncie a este derecho ni debe ser sometido a técnicas o métodos que constriñan o alteren su voluntad.

Onceno: Al iniciar el juicio oral el juez debe conceder al acusado el derecho de declarar o abstenerse de hacerlo, de contestar preguntas o no, o de no contestar las que estime pertinentes en el juicio oral.[26]

Duodécimo: Impedir que durante el interrogatorio judicial se realicen preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes.

Decimotercero: Conceder el derecho de comunicarse con su abogado durante el juicio y prestar declaración después de haber declarado en el juicio o haberse negado a declarar.

Decimocuarto: Respetar y no coartar el derecho de última palabra durante el juicio oral.

Decimoquinto: Tener en cuenta en la valoración de las pruebas que existen prohibiciones probatorias.

Primariamente podría parecer que se trataría de una prueba ilegal, contraria a derecho, y no deja de ser cierto, pues se refiere a la prueba que se ha conseguido con actos ilegales, es decir, que los encargados de la labor de investigación, llámese la policía, el instructor o el fiscal al cumplir su misión encomendada, violaron lo establecido en las normas que constituyen las garantías propias de un debido proceso.

Decimosexto: Declarar cuando resulte procedente la nulidad en favor del imputado.

Cuando exista un acto viciado que resulte de hecho una violación constitucional, el imputado tiene derecho a que se declare la nulidad, y por supuesto el elemento incriminatorio debe ser excluido de la valoración de las pruebas. No se trata de que se declare la nulidad por la nulidad en tanto se conocen sus perniciosos efectos. La forma y el proceso en sí mismo no son más que instrumentos para la vigencia de derechos y principios de defensa del ser humano que están así garantizadas por las formas. El cumplimiento de las formas procesales que tienen incidencia en los derechos fundamentales debe ser exigido.

Conclusiones

- La Constitución de la República de Cuba establece el derecho de no autoincriminación y los preceptos de la Ley de Procedimiento Penal complementan esa voluntad sin embargo, no es suficiente para alcanzar la debida protección del indagado durante la fase investigativa del proceso penal porque no se prevé el derecho a la defensa desde la primera diligencia de investigación contra una persona.
- La metodología del juicio oral aprobada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular constituye una garantía judicial para el derecho de no autoincriminación en el proceso penal cubano.

- El cumplimiento de los aspectos regulados sobre el derecho de no autoincriminación por los órganos policiales y judiciales permitirá la efectiva protección del ciudadano que sea sometido a proceso penal.

Notas

1 En etapa reciente aun los casos de tortura en procesos judiciales son conocidos. La Comisión Interamericana sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que determinara la responsabilidad de Guatemala por supuestos actos de secuestro, detención arbitraria, trato inhumano, tortura y asesinato cometidos por agentes del Estado de Guatemala durante 1987 y 1988 (caso conocido como el de la Panel Blanca) para que declarara que Guatemala ha violado las normas del art. 4 sobre derecho a la vida, arts. 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal) y arts. 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Panel Blanca. Paniagua Morales y otros *vs.* Guatemala. Sentencia de 25 de enero de 1996.Versión digital. CENDIJ. Fecha de consulta: 11.4.2012.

2 En el sistema inquisitivo basado en la presunción de culpabilidad, la confesión se tornaba vital para el juez inquisidor. *Vid* Juan Gómez Colomer: «La instrucción del proceso penal por el Ministerio Público», *Revista Peruana de Ciencias Penales* no. 3, Lima, Cultural Cuzco, 1994.

3 El no declarar, debe ser interpretado como una manera de decir que soy inocente, prueben los obligados a hacerlo, lo contrario. Esta actitud no es ninguna osadía ni sorpresa, pues el sujeto es por mandato de ley inocente y así se presume. Se le reconoce al ciudadano este derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable en salvaguarda de su presunción de inocencia. *Cfr.* Alberto Monton Redondo: *Derecho jurisdiccional*, vol. III, El Proceso Penal, p. 198.

4 En el sistema anglosajón este derecho se reconoce tanto para el acusado como para el testigo; de igual forma ha sido recogido por el ordenamiento español, arts. 392 y 418 LECrim.

5 Podría decirse que este derecho y garantía tiene aplicación universal, pues se encuentra regulado en varios tratados internacionales, tales como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en sus arts. 1 y 8-2, literal g). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus arts. 2-2. y 14-3, literal g). La Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 40-2, literal a). El Convenio de Ginebra III consagra la

prohibición a la autoincriminación en su art. 99. El Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en el art. 75-4, literal f) trae expresamente señalada la prohibición de la autoincriminación.

6 Un caso que sirve de muestra de irrespeto del Estado es el caso de Maritza Urrutia, denunciado por violación de derecho a la integridad personal, a la libertad personal, de garantías judiciales, protección judicial y relacionado con la obligación de respetar los derechos para prevenir y sancionar la tortura en perjuicio de Maritza Ninette Urrutia García, en razón de una supuesta detención arbitraria y tortura de la que fue víctima al permanecer retenida en un centro clandestino de detención durante ocho días y ser obligada a emitir a la opinión pública un comunicado previamente preparado por sus captores. Caso Maritza Urrutia *vs*. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Fecha de consulta: 11.4.2012. En el caso de análisis, el Estado guatemalteco aceptó los hechos mediante declaración: «Implica que en el presente caso el Estado guatemalteco es internacionalmente responsable por las violaciones de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la libertad de expresión consagrados en los arts. 5, 7 y 13 de la Convención Americana. Asimismo, de los derechos a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva protegidos en los arts. 8 y 25 del mismo instrumento.

7 La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hacen referencia a dicho presupuesto como base sólida del derecho fundamental al debido proceso. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, expresa: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 55: Derechos de las personas durante la investigación. 2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia.

8 En Alemania, de acuerdo con el art. 136 del Código Procesal Penal, el imputado, esté o no privado de la libertad, deberá ser informado de su dere-

cho a guardar silencio antes del desarrollo de cualquier interrogatorio. De esta manera, no se podrá aducir ninguna inferencia respecto del ejercicio de dicho derecho en cualquiera de las etapas del proceso penal. Adicionalmente, el acusado podrá rehusarse, durante un interrogatorio, a autoincriminarse o a incriminar a cualquiera de sus familiares. En Colombia, este derecho tiene pleno reconocimiento en la Constitución Política, en su art. 33: «Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. En Francia, el Código de Procedimiento Penal (art. L 116) establece que durante la etapa de investigación el juez, en desarrollo de las diversas diligencias, deberá advertir al imputado de su derecho a guardar silencio, rendir declaraciones y contestar las preguntas dirigidas a él en virtud de un interrogatorio. Durante la etapa del juicio el acusado podrá ser obligado a rendir declaración; sin embargo, dicha declaración no se hará bajo la gravedad del juramento. Esta prohibición se extiende también respecto del cónyuge del acusado y cualquier otro familiar cercano del mismo, extensión que podrá eliminarse por acuerdo entre la fiscalía y el acusado.

9 Es una de las variantes que convierten al derecho de no autoincriminación en una garantía. Polémica anunciada al introducirse este tema. El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no autoincriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no autoincriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía, constituye, como lo ha señalado la jurisprudencia, una forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso. *Vid* Juan David Riveros Barragan: *El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso colombiano*. Versión digital. CENDIJ. Fecha de consulta: 28.3.2012, p. 382.

10 En el caso de Maritza Urrutia, después de ocho días en cautiverio, la sacaron de la habitación, la llevaron a un vehículo, le regresaron los treinta centavos, las llaves y el reloj que le habían quitado y la dejaron cerca del Ministerio Público. Antes de que abandonara el vehículo le reiteraron: «ni se te ocurra escaparte porque aquí está vigilada toda el área, y tú, como que yo, te tenés que ir a hacer lo que hemos acordado». Al llegar al edificio del Ministerio Público pidió hablar con el procurador de la nación, Acisclo Valladares Molina, quien bajó casi inmediatamente a recibirla con una actitud «demasiado especial». Ella le dijo que quería tramitar la amnistía,

comunicarse con el ministro de Defensa y comunicarse con su familia. Seguidamente, realizaron las llamadas respectivas y se dirigieron a la torre de tribunales a firmar el acta de amnistía. Llegaron al despacho de la jueza e inmediatamente después firmó el acta de amnistía. Observó que el acta no tenía la hora en que la firmó, sino que tenía una o dos horas antes de que ella apareciera, lo que le pareció extraño. Ni la jueza ni el señor Acisclo Valladares le preguntaron sobre su situación o sobre lo que le había pasado. Después regresó al Ministerio Público y ahí se encontró con su familia. Se quedó por ocho días en el Arzobispado mientras se tramitó su salida del país. *Idem* sentencia de 27 de noviembre de 2003.

11 Constitución de la República de Cuba (actualizada hasta la Ley de Reforma Constitucional, Gaceta Oficial Extraordinaria no. 10 de 16 de julio de 2002).

12 Ley de Procedimiento Penal de la República de Cuba, Ley 5, de 5 de agosto de 1977 (versión actualizada), Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, 2008.

13 La base esencial del derecho a defenderse se basa en la posibilidad de expresarse sobre cada uno de los extremos de la imputación, agregando todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar las consecuencias jurídicas, posibles penas o medidas de seguridad. Completa el sistema la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar, que todos los códigos adjudican al imputado, sin que su silencio se pueda interpretar como elemento de prueba en su contra.

14 El derecho de defensa del imputado comprende también la defensa material, es decir, la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento del Estado o cualquier circunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad, actividades que pueden sintetizarse en la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo, la de probar los hechos que el mismo afirma, valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener del tribunal una sentencia favorable.

15 Considerando: Si bien la apreciación de las pruebas corresponde al tribunal del juicio, la exteriorización de esa convicción debe operar sobre el convencimiento de los destinatarios. En el segundo resultando la Sala ha expresado que tuvo en cuenta las declaraciones de los coacusados durante la fase investigativa, los que involucraron a ARM, cuando lo cierto es que durante la fase investigativa estas personas no mencionaron en ningún momento al acusado ARM, según se aprecia del estudio del expediente de fase preparatoria, y por otra parte no existe justificación alguna para que el tribunal juzgador se aleje de las garantías y principios fundamentales del proceso penal cuando sobredimensiona las declaraciones de los acusados en la fase sumarial con

vulneración del art. 357 de la ley procesal, que preceptúa que el tribunal valorará racionalmente las practicadas en el acto del juicio oral, y por otra parte. en caso de que los acusados hubieran involucrado al coacusado recurrente, sus deposiciones a diferencia de otras pruebas no están sujetas a juramento de verdad y pueden ser modificadas cuantas veces lo estimen necesario, en razón del derecho que les asiste de no autoincriminarse, razón por la que este tribunal superior estima que no se ha cumplimentado lo dispuesto en la primera devolución al tribunal de instancia, y en tal sentido es necesario que jueces distintos asuman el conocimiento y resolución del asunto y consiguientemente retrotraerlo a un momento anterior al juicio. Finalmente la Sala debe argumentar con exactitud y objetividad las razones por las que estima o desestima cada prueba. Es preciso que se realice con suficiente claridad para acoger o descartar la responsabilidad o no del acusado en estos hechos, porque sería una injusticia tanto si no se sanciona a un culpable o si este se deja libre siendo responsable. Al menos para el órgano de control jurisdiccional no existe claridad en la convicción formada porque está permeada de elementos subjetivos, y aun cuando el factor subjetivo siempre estará presente en la decisión judicial, lo cierto es que los jueces solo pueden deducir los hechos sobre la base de elementos objetivos; eso indica que en este proceso los jueces deben partir de hechos indubitados y comenzar a realizar las deducciones e inferencias sobre las reglas del criterio racional y lógico en el orden probatorio. Aun cuando es extensa la argumentación que ofrece la sentencia combatida, no es convincente, más bien deja latente las mismas dudas. Como quiera que se trata de los hechos y su valoración, es que se recomienda a la Sala de justicia que analice íntegramente el proceso, y nada le impide, si lo estima necesario, remitir a la instrucción para que se tomen declaraciones a otras personas sobre el suceso o amplíen las del director y subdirector de la fábrica, los que inexcusablemente deben comparecer ante los juzgadores a fin de esclarecer especialmente la posible responsabilidad de RM en estos hechos. Estas son las posibilidades que le otorga la ley a los jueces para que la justicia sea transparente y esclarecedora para todos. En consecuencia, se casa de oficio al amparo del art. 79 de la Ley de Procedimiento Penal la sentencia dictada y se dispone que otros jueces conozcan y resuelvan definitivamente el proceso. Sentencia número mil trescientos cuarenta y ocho (1348), dictada por la Sala de delitos contra la Seguridad del Estado en función de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de fecha veinticinco de octubre del dos mil doce. Rollo 0170 del 2012 Q.F.

16 El art. 131 de la Ley 906 de 2004 en Colombia permite la renuncia al derecho a guardar silencio. En la misma norma se prevé una protección a dicha renuncia, ya que se establece que en caso de producirse la renuncia a dicho

derecho el juez de control de garantías o el juez de conocimiento deberá verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.

17 Considerando: Que no lleva razón el representante de los intereses públicos al cuestionar la decisión de la Sala de juicio de acoger en favor del acusado HS la atenuante del art. 52 ch) del Código Penal, en primer término porque los jueces explicaron, como es su obligación, las razones que concurrían para apreciarla, y en segundo lugar porque el principio de no autoincriminación concede al acusado la posibilidad de reconocer o negar la autoría de un suceso delictivo, con independencia de que como en el caso, existan evidencias que lo involucren en su comisión, o sea, que el hecho de detener a un ciudadano *in fraganti* no lo obliga a admitir su culpabilidad, ni constituye el único elemento determinante de su responsabilidad, pues si importante es su aprehensión una vez ejecutado el hecho, trascendental también resulta su contribución en el esclarecimiento, y apreciándose que el acusado una vez detenido prestó varias declaraciones y dio detalles de los actos realizados por él y su acompañante, y luego ante los jueces reconoció ser el autor del atraco, no resulta desatinado premiar su actitud. Además, si bien estamos en presencia de un delito grave, también es cierto que se trata de un joven de 17 años de edad al momento de cometerlos, aspecto que merece se le tenga en cuenta y se acoja la facultad que recoge el art. 17.1 de la norma sustantiva, estando por tanto el castigo impuesto en correspondencia con la falta cometida. Rollo no. 479 de 2012. Casación por infracción de ley. Sentencia 1145 de 10 de septiembre de 2012 dictada por la Sala de delitos contra la Seguridad del Estado en función de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

18 Constituye un importante documento de trabajo para jueces, fiscales y abogados en el ejercicio de sus funciones, y al margen de cualquier crítica es uno de los más importantes textos emitidos por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

19 La metodología del juicio oral fue aprobada por la Instrucción 211 de 15 de junio de 2011 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular el 15 de junio de 2012.

20 Art. 356 de la Ley de Procedimiento Penal. Ley 5 de 1977.

21 La decisión que al respecto adopte el presidente de la Sala es verbal y no es susceptible de protesta por las partes. Comentarios al Acuerdo 172, de 26 de noviembre de 1985, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. El hecho de dejar constancia escrita en un acta es garantía para el ciudadano ante el poder punitivo del Estado.

[22] Danilo Rivero Garcia: «Comentarios en torno a la guía metodológica para la realización del juicio oral», *Boletín ONBC* no. 41, abril-junio 2011 Ediciones ONBC, p. 23.

[23] En cuanto a lo expuesto se deben cumplir las reglas establecidas en los arts. 192 y 193 de la Ley de Procedimiento Penal vigente, número de 13 de agosto de 1977.

[24] La Ley de Procedimiento Penal Militar en el art. 324 expresa que el acusado puede declarar en cualquier momento del juicio oral. Ley 6 de 8 de agosto de 1977.

[25] Instrucción 211 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular,15 de junio de 2011.

[26] No se argumentan estos aspectos porque han sido evaluados en la metodología del juicio oral, que en el epígrafe *ut supra* se desarrolló.

Bibliografía

Gómez Colomer, Juan: «La instrucción del proceso penal por el Ministerio Público», en *Revista Peruana de Ciencias Penales* no. 3. Lima. Cultural Cuzco, 1994.

Riveros Barragan, Juan David: *El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso Colombiano*. Versión digital, CENDIJ, Fecha de consulta: 28.3.2012.

Rivero García, Danilo: «Comentarios en torno a la metodología del juicio oral», proyecto de artículo, La Habana, 2012.

Legislación consultada

Constitución de la República de Cuba (actualizada hasta la Ley de Reforma Constitucional, Gaceta Oficial Extraordinaria no. 10 de 16 de julio de 2002).

Ley de Procedimiento Penal de la República de Cuba, Ley 5, de 5 de agosto de 1977 (versión actualizada), Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, 2008.

Código de Procedimiento Penal de la República de Estonia.

Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, Colombia. Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Colombia. Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela.

Código Procesal Penal de Argentina. Código Procesal Penal de Chile.

Convención Americana de los Derechos Humanos, San José, Costa Rica, noviembre de 1969.

Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. Federal Antiterrorism and Victorian Organized Crime Act, Inglaterra. Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200A (XXI), 16 de diciembre de 1966.
Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda.
Strafprozessordnung (Código de Procedimiento Penal alemán), 1877.
Instrucción 211 de 15 de junio de 2011 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular el 15 de junio de 2012.

La non reformatio in peius *en el nuevo juicio. Un análisis desde la casación penal cubana*

Marily Rafaela Fuentes Águila

El debido proceso penal reconoce un conjunto de principios, derechos y garantías dirigidos a que el acusado pueda desarrollar adecuadamente su derecho de defensa, entre los que se encuentra la prohibición de *reformatio in peius,* que consagra al condenado la posibilidad de impugnar la sentencia dictada con la certeza de que su situación no será agravada por el recurso interpuesto cuando es único recurrente.

Conviene aclarar que el mecanismo de la no reforma en peor se enerva cuando se producen distintas pretensiones impugnatorias, es decir, si conjuntamente con el acusado recurre el fiscal o la víctima, el tribunal *ad quem* queda exonerado de la citada prohibición al desaparecer el supuesto que la genera, la condición de exclusivo recurrente.

En el modelo casacional cubano existen dos fenómenos que pueden poner en crisis la tranquilidad y confianza que proporciona al condenado la prohibición de *reformatio in peius;* uno se produce cuando el tribunal de casación, con motivo de su único recurso por quebrantamiento de forma, declara con lugar el recurso interpuesto por haberse incurrido en un vicio anterior a la sentencia, en cuyo caso puede celebrarse un nuevo juicio. El otro tiene lugar como consecuencia de la facultad que le otorga el artículo 79 al tribunal de casación para declarar, de oficio, el quebrantamiento por haberse vulnerado los principios y garantías esenciales del proceso o por no haberse realizado oportunamente uso de las facultades que confieren los artículos 263 y 350 de la Ley de Procedimiento Penal, en cuyo caso puede retrotraerse el proceso incluso hasta la fase preparatoria, y consecuentemente celebrarse un juicio nuevo; esto es a lo que la doctrina ha denominado reenvío.[1]

La indeterminación acerca de si puede agravarse o no la situación del acusado cuando es único recurrente en el nuevo juicio atenta contra la seguridad jurídica que debe ofrecerse al individuo inmerso en un proceso penal, el que tiene derecho a conocer hasta qué punto al impugnar la sentencia no saldrá perjudicado.

La prohibición de reforma en peor que tradicionalmente constituyó solo un límite para el tribunal de casación, con las reformas procesales en América Latina, se extendió al juicio de reenvío, lo que coloca al tema en centro de atención y debate entre los procesalistas contemporáneos en el ámbito de las impugnaciones.[2]

1.1. Controvertida institución procesal

Según lo expuesto por Delitala,[3] «la doctrina de la prohibición de la *reformatio in peius* ha tenido fervientes sostenedores y encarnizados detractores, ha suscitado consensos y descensos y ha recibido tanto reproches como alabanzas». Hay quienes le niegan toda razón de ser y la consideran como un absurdo, tanto desde el punto de vista jurídico como práctico, y quienes opinan que se sustenta en principios firmes y seguros.

Respecto a su origen, Leone[4] acotó: «La expresión *non reformatio in peius* proviene de un célebre pasaje de Ulpiano: *Licet Enim nonunquam bene lastas sententias in peius reformet* (es ilícito en ocasiones reformar empeorando las sentencias bien pronunciadas)». Sin embargo, advierte Lauckner[5] que en esta opinión de Ulpiano se está muy lejos de tener el embrión del instituto moderno, en lo cual le asiste razón, ya que la *non reformatio in peius* no se puede hacer depender de la justificación del pronunciamiento o fallo, sino de la prohibición de los jueces de no agravar la condición del recurrente único.

La institución ha discurrido por diversos criterios doctrinales y normativos directamente asociados al predominio de lo inquisitivo o acusatorio en cada sistema de enjuiciar. Para la segunda y tercera décadas del siglo XX, en países como Italia[6] y Alemania[7], que habían logrado notables avances en el Derecho Procesal, se abrió paso la posibilidad de reformar en peor, con lo cual las notas de Calamandrei[8] se llenaron de desesperanza y la prohibición de la *reformatio in peius* en el proceso penal moderno tenía los días contados.

Poco después de la crítica de Delitala, en un trabajo publicado en 1927, el proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal italiano, en el artículo 520, autorizó al juez a reformar y agravar la pena. Por otra parte, el 23 de junio de 1935, en el proceso penal alemán, se abolió la prohibición de *reformatio in peius,* que antes regía en la apelación, en la casación en los casos de devolución a la instancia y en la revisión.[9]

Con la caída del fascismo, tanto en Italia[10] como en Alemania,[11] se restableció la prohibición de la *reformatio in peius* con el sentido práctico de no desestimular el recurso por temor a una peor sentencia, además del implícito fin político-jurídico de dispensar al juez de la iniciativa de persecución como medio de garantizar su imparcialidad.

No es hasta la época de vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[12] y la Convención Americana de Derechos Humanos[13] que se refuerza el recurso como un derecho del condenado, cuando se consagra que toda persona tiene derecho a que el fallo condenatorio sea revisado por otro tribunal; es a partir de entonces que el recurso de casación que había surgido como un medio de control estricto de la legalidad o de vigilancia a los jueces,[14] o había sido utilizado como instrumento de control político o burocrático, comienza a presentarse como un derecho del condenado.[15]

Puede aseverarse, entonces, que el recurso y la prohibición de *reformatio in peius* como garantías del condenado son una creación del siglo XX. Específicamente la prohibición de reforma en peor desde el derecho antiguo hasta la etapa del Derecho Procesal científico discurrió como principio asociado a la justeza del fallo,[16] luego, se presentó como un principio derivado de la igualdad y contradicción[17] y, consecuentemente, en favor de ambas partes, hasta convertirse finalmente en garantía exclusiva del condenado.[18]

El Código Procesal Modelo para Iberoamérica, tomado como referente para las reformas procesales[19] que se desarrollan en América Latina desde finales del pasado siglo, y contentivo de principios y garantías de un debido proceso penal, en su artículo 344 establece que el recurso atribuirá al tribunal de casación el conocimiento del caso solo en cuanto a los puntos de la resolución a los cuales se refieren los motivos. Cuando la resolución únicamente haya sido recurrida por el imputado, o por otro en su favor, no podrá ser modificada en su perjuicio.

En los Códigos Procesales de Argentina,[20] Bolivia,[21] Perú,[22] República Dominicana,[23] Nicaragua,[24] Costa Rica[25] y Paraguay[26] se expresa con absoluta claridad que ni el juez de casación, ni el del nuevo juicio, podrán imponer sanción más grave que en la sentencia casada o anulada.

En sentido general, el movimiento de reformas procesales,[27] en materia de recursos y de respeto a la *non reformatio in peius,* se asienta en una clave garantista,[28] con las notas esenciales siguientes:

- Como regla, la prohibición de la *reformatio in peius* se encuentra regulada en los códigos procesales, y en países como Colombia alcanza rango constitucional.[29]
- En el régimen recursivo se establece que el tribunal de control resuelve el recurso ajustándose a los términos de la impugnación.
- Cuando se dispone la celebración de un juicio nuevo, este debe realizarse con jueces distintos.
- La ley establece expresamente en qué casos procede declarar la nulidad, y cuándo puede declararse de oficio.
- Las nulidades solo deben declararse como excepción y en favor del reo.

Aun después de las regulaciones normativas que aseguran la vigencia de la no reforma en peor en el reenvío, subsisten en la doctrina dos tesis absolutamente opuestas, en torno a su aplicación práctica.

1.2. Cuestión no resuelta en la doctrina de la *non reformatio in peius*

Respecto a la aplicación de la *non reformatio in peius* en el juicio de reenvío, entran en conflicto la tesis del riesgo previsible libremente asumido y la tesis de maximización del derecho al recurso. La primera sostiene que puede imponerse en el nuevo juicio mayor sanción, y la segunda que nunca puede empeorarse la situación del acusado cuando el acusador o la víctima no han impugnado la sentencia.[30]

La tesis del riesgo previsible libremente asumido sostiene que el acusado al recurrir asume el riesgo de ver agravada su situación si como consecuencia de su impugnación se produce la nulidad y se celebra un nuevo juicio; cuando se declara la nulidad, la sentencia es inexistente, al tribunal de instancia se le devuelven todos sus poderes jurisdiccionales de manera que no se actúa con jurisdicción devuelta, sino con plena jurisdicción; el acusado se enfrenta nuevamente a una instancia contradictoria donde tiene todas las posibilidades de desarrollar su estrategia de defensa, y por tanto el tribunal se encuentra en libertad de adoptar una calificación y sanción más grave.

La tesis de maximización del derecho al recurso se sustenta en que el libre ejercicio del derecho al recurso solo está garantizado cuando el acusado cuenta con la certeza de que aunque se produzca

la nulidad, lo peor que podrá ocurrir es que se confirme la sentencia primaria; si como resultado del recurso exclusivo del acusado en el nuevo juicio se impone mayor pena, el derecho al recurso es una farsa y el derecho a la defensa[31] queda desvirtuado; si el régimen de los recursos encuentra su *ratio iuris* en el derecho del condenado a impugnar el fallo dictado, no es posible que ante su única inconformidad pueda imponerse mayor sanción; al tribunal juzgador no se le devuelven todos sus poderes jurisdiccionales, sino que actúa con jurisdicción limitada;[32] si el fiscal no ha impugnado la sentencia primaria, se entiende que la consiente o que la consideró justa, por lo que la sentencia queda firme en los aspectos no impugnados; si se somete a un nuevo juicio los hechos consentidos por el acusador y el Estado aprovecha el recurso para ir en contra del acusado, se produce una severa violación del *non bis in idem*; contradice la lógica de los recursos que alguien pueda ganar para perder, que el acusado solicite la nulidad, la consiga y como incomprensible resultado de su triunfo vea agravada su situación en el nuevo juicio.

Más allá de los fundamentos teóricos que permiten sustentar la prevalencia de la prohibición de *reformatio in peius,* el deber ser del proceso penal permite reforzar la posición de que en el juicio debe ser respetada la prohibición. La sentencia penal dictada en la instancia supone la existencia de un proceso no viciado de nulidad, porque para ello la ley establece un conjunto de reglas que deben cumplirse durante su tramitación, y por ende no debe producirse la ineficacia.

Una vez dictada la resolución definitiva, se ha concebido que la cosa juzgada no debe alcanzarse sin ofrecer a las partes la posibilidad de enmendar el error judicial que estimen contenga la sentencia, y a tal efecto existe el régimen recursivo para que otro tribunal revise la inconformidad de cualquiera de las partes. En este momento el proceso se encuentra a disposición de las partes, es de índole disponible; si estas no recurren la resolución judicial, no existe posibilidad alguna de que el órgano de casación pueda revisarlas, no se podrá impedir que las sentencias no impugnadas adquieran firmeza porque ninguna autoridad, cualquiera que sea su rango, puede impedir el curso inevitable de un proceso que no ha sido recurrido; ni siquiera el juez ponente puede modificar después de dictada y transcurrido el plazo de firmeza de una sentencia, salvo supuesto de aclaración de algún concepto oscuro o alguna omisión.[33]

De todo ello se concluye que el recurso es un clásico acto de parte, y el proceso subsiste solo por la inconformidad manifiesta de una de las partes o de ambas. Ese es el efecto que la cosa juzgada imprime al proceso, la seguridad y tranquilidad de que los tribunales no podrán variar sus sentencias después de firmadas. Si es el acusado el único recurrente, todo lo que suceda en lo adelante se convierte en pura actividad defensiva, porque de lo contrario su derecho al recurso no se encuentra debidamente garantizado.

Por más injusta que pueda parecer una sentencia firme, solo puede someterse a procedimiento especial de revisión. La justeza de una decisión pasa por la subjetividad del juez de instancia, por la de los jueces del recurso, así como por los parámetros de justicia que tengan las partes y la sociedad. Calamandrei[34] refiere que «los criterios sobre la injusticia de una sentencia podrían renacer una y otra vez, y por consiguiente, la validez de la decisión tomada por el juez y el proceso sería una interminable batalla de Sísifo, que modificaría, pero no terminaría el desacuerdo o inconformidad. Se explica así la necesidad de establecer que cuando la sentencia haya sido construida bajo un proceso libre de vicios de actividad y posea un razonamiento lógico al crear su contenido, como regla, deba la voluntad concreta expresada por el juez ser considerada como voluntad de la ley».[35]

1.3. Construcción teórica de la *non reformatio in peius* en el reenvío

Aun cuando puedan derivarse en futuros estudios diversos referentes teóricos que permitan sustentar la prevalencia de la *non reformatio in peius* en el nuevo juicio o juicio de reenvío, por el momento su construcción dogmática pudiera alcanzar los siguientes axiomas, que por razones de extensión no podrán desarrollarse con mayor amplitud en el presente artículo, entre ellos:

- La necesidad de fortalecer el principio acusatorio.
- El principio de congruencia recursiva.
- La proscripción de indefensión.
- La garantía del derecho al recurso.
- La autoridad de la cosa juzgada parcial.
- El principio de legalidad.
- El debido proceso.
- El poder limitado del *iura novit curia*.

- El *non bis in idem*.
- Preclusión.
- *Favor rei*.

El principio acusatorio es paradigma de los sistemas procesales modernos, se encuentra reconocido en la delimitación de las funciones[36] de la fiscalía y de los tribunales, y del cual forma parte la prohibición de *reformatio in peius*.

Maier considera que «en materia de recursos rige en toda su extensión y con todas sus consecuencias el principio acusatorio, semejante al que, en materia procesal civil, se conoce con el nombre de dispositivo como derivado de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones jurídicas derivadas del Derecho privado. En realidad, desde un auténtico modelo acusatorio, el tribunal en su carácter de órgano revisor jamás podría excederse *extra* o *ultra petita* salvo que, al tratar puntos más allá de las peticiones, se beneficie con ello al imputado, pues cabe destacar que el principio debe actuar *favor rei* y no a la inversa».[37]

El principio de congruencia recursiva indica que el fallo del tribunal de casación debe ser congruente con las peticiones de las partes inconformes. Asimismo, como el tribunal en el procedimiento ordinario debe dictar una sentencia congruente con la imputación del fiscal, en el régimen de los recursos debe tener en cuenta los agravios denunciados, el interés de recurrir, los errores aducidos en los escritos presentados. La sentencia que declara la nulidad más allá de las peticiones del recurrente en su contra contradice el principio de congruencia[38] y afecta el derecho al recurso de forma directa, y de manera indirecta el derecho de defensa.

La proscripción de indefensión es otro de los fundamentos procesales para preservar la no reforma en peor. El derecho a la defensa[39] encuentra una de sus manifestaciones en el derecho al recurso del imputado, así como en el derecho a ser informado de todas las incidencias durante las distintas etapas de desarrollo del proceso. Ello impone la necesidad de que se ofrezca la garantía de que su ejercicio no traerá consigo su agravación como resultado de un acto dirigido a defenderse en el proceso penal a que ha sido sometido.

Como garantía del derecho al recurso, la prohibición de reforma en peor no solo facilita que el acusado tenga el derecho de combatir la decisión que le perjudica, sino que debe contar con la seguridad de que no se obtendrá un resultado lesivo a sus intereses.

El valor ofrecido a lo que, en la doctrina se ha denominado «cosa juzgada parcial», sirve de fundamento para impedir la reforma peyorativa. Los partidarios de esta interpretación mantienen que, en la medida en que el recurrente solo impugna los extremos de la sentencia de instancia que le son perjudiciales, somete a la consideración del *ad quem* la revisión de estos, con lo cual todo lo demás de la sentencia recurrida, al haber quedado consentido, pasa a tener autoridad de cosa juzgada.

La sentencia, una vez dictada por el órgano *a quo*, despliega una serie de efectos de orden procesal que pueden quedar comprendidos bajo la denominación de cosa juzgada. Solo puede modificarse por un órgano superior, *ad quem,* en virtud de recurso; si no hay recurso no podrá variarse; de modo que los extremos consentidos por las partes deben quedar firmes.

El principio de legalidad surgió para proteger a los ciudadanos ante los posibles abusos de poder, y con ese propio espíritu están concebidas las nulidades para restablecer las garantías vulneradas de los individuos sometidos a proceso penal, de manera que las nulidades que tienen lugar por quebrantamiento de las formalidades legales no pueden provocar el efecto contrario a la razón que dio lugar a su nacimiento, porque ninguna garantía puede ser utilizada contra el imputado, mucho menos las nulidades que son la garantía de las garantías.

El debido proceso,[40] en sentido estricto, es el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a la persecución penal y preservan la seguridad jurídica a partir de una recta, pronta y cumplida administración de justicia. La legalidad y la prohibición de la *reformatio in peius* han sido universalmente reconocidos como conformadores, entre otros, del debido proceso penal, por lo que es atinado evaluar cómo ambos, sin contraposición, lo integran.

El *iura novit curia* también tiene un poder limitado, en tanto el tribunal no puede rectificar el derecho o aplicar el derecho vigente si este no fue sometido a debate y contradicción durante el juicio oral y de conformidad con las formalidades legales, de manera que la obligación y posibilidad de que el tribunal aplique correctamente el Derecho Penal material debe pasar por un conjunto de reglas de orden procesal. Es por ello que también el principio de legalidad no puede ubicarse por encima de la *non reformatio in peius* porque este último se integra o forma parte de aquel.

El *non bis in idem* como garantía[41] protege y puede esgrimirse por cualquier persona que, habiendo sido encausado una vez, vuelve a ser objeto de actos que implican una actividad jurisdiccional en su contra, por el mismo hecho que ya fue investigado y juzgado. La prohibición de la doble persecución está prevista para que no se imponga dos veces la sanción, y para que no se exponga, dos veces, a un juicio a quien ha sufrido por el mismo hecho.

La seguridad jurídica se manifiesta mediante el principio *non bis in idem,*[42] que hace imposible la apertura del mismo juicio, una vez que concurre identidad de sujeto, objeto y causa, y si lo que se trata es de impedir que las personas sean sometidas más de una vez a juicio oral o proceso, cuando se produce la nulidad desde la casación, se dispone, de hecho, un segundo juicio y los efectos negativos de un doble o triple juicio no interesado, o en contra del imputado, produce perjuicios que, en muchas ocasiones, no son reparados ni con una sentencia absolutoria.

El *favor rei* o principio de favorabilidad es admitido desde la etapa antigua del Derecho como mandato en auxilio o apoyo al encausado, procesado, imputado o reo en el proceso. Es de aplicación universal, general y funciona, en este análisis, como principio orientador de la actividad procesal dirigida hacia el pronto logro de un estado de certeza en el imputado, una seguridad encaminada a favorecer al más débil dentro del proceso penal.

Procurar la alternativa más beneficiosa para el reo obedece a disímiles causas históricas, jurídicas y culturales que de una forma u otra se revelan en cualquier estudio del Derecho Procesal. La cosa juzgada, el *non bis in idem*, el *in dubio pro reo* son pautas del debido proceso y forman parte del sistema de los derechos consagrados en las constituciones, en las convenciones y en los tratados internacionales en favor de los individuos que se someten a proceso penal.[43]

También podrían contribuir a la no reforma en peor, la preclusión,[44] que como se expresó *supra* impide volver sobre actos procesales ya concluidos o terminados. La clausura de las fases anteriores impediría volver sobre actos cumplidos y firmes por no haberse impugnado.

El *favor rei,* junto a la preclusión e incluso otras garantías como la igualdad y la contradicción, podrían resolver todas las dudas.[45] Cuando el juicio oral precluya y se inicie la vía recursiva por haber interpuesto el acusado un recurso, debe tenerse en cuenta por la Sala de casación que el fiscal no recurrió porque estimó justa

la sentencia, que el objeto del recurso del condenado es obtener una mejora; que un nuevo juicio puede producir efectos de incertidumbre, con los costos sociales que ello implica, por lo que se impone adoptar una posición que en lo posible no signifique la nulidad en contra del único recurrente.

Si bien las posiciones que se defienden pueden parecer muy radicales, tienen como propósito contribuir a la eficiencia del proceso penal, al cumplimiento de las formalidades legales durante la tramitación del proceso, al tiempo que se garantice el derecho al recurso, a la doble conformidad judicial, seguridad jurídica, juzgamiento en un plazo razonable[46] y sin dilaciones indebidas todo lo que encierra un alto componente de justicia para las personas y la disminución de los costos sociales que genera la justicia penal.

Notas

1 Aunque Rivera Morales considera que no debe denominarse *reenvío* cuando se ordena nuevo juicio, sino solo en aquellos casos en que se dispone la construcción de una nueva sentencia, en la presente investigación, cuando se aduce a reenvío, se estará refiriendo a todo supuesto que signifique la devolución a una fase anterior. *Cfr.* Rodrigo Rivera Morales: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Horizonte, Venezuela, 2012, p. 1060.

2 *Cfr.* Seminario: *Problemas actuales del derecho al recurso en el proceso penal*. Centro de Documentación Defensoría Pública, Ed. Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, octubre, 2012, pp. 47 y ss.

3 Delitala. II *divieto della reformatio in peius nel proceso penale,* Milano, 1927, prefacio IX, citado por Jesús Ramón Quintero P.: «La prohibición de la *reformatio in peius* o de la llamada reforma peyorativa del fallo en el proceso penal», en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, Venezuela, no. 131, 2001, pp. 481-521.

4 Giovanni Leone: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. III, Ediciones EJEA, Buenos Aires, 1963, pp. 100 y 101.

5 Zur Lauckner: *Geschichte und Dogmatik. Der reformatio in peius*. Breslau, 1913, citado por Vincenzo Manzini: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. V, Ediciones Jurídicas: Europa América, Buenos Aires, Argentina, 1954, p. 139.

6 Las reformas italianas incluyeron un proyecto del Código de Procedimiento Penal en 1929 y se aprobó en 1930. El ministro Rocco, que afirmó las razones políticas y jurídicas de esta innovación, decía: «A la verdad, si la posibilidad práctica de *reformatio in peius* aparece como freno eficaz a la invasión de

las apelaciones [...] las ideas de Calamandrei, merecían la crítica». Así, quedó establecida la reforma en peor en Italia, con la pretensión de restringir la apelación, impedir que el imputado pudiera intentar la suerte de un segundo juicio sin el riesgo de ninguna agravación y hacer descender al juez de su imparcialidad y ponerlo en el lugar del acusador. De esta manera se consiente sobre los extremos impugnados y los no impugnados y el principio *tantum devolutum quamtum appellatum,* sostenido por Calamandrei, es abolido en absoluto. *Cfr.* Jesús Ramón Quintero P.: *Op. cit*., pp. 494-496.

7 Alemania, aunque fue fundadora indiscutible del Derecho Procesal científico, tuvo una etapa de decaimiento, y en la tercera década del siglo XX en una especie de fervor por destruir los inconmovibles cimientos del Derecho Procesal, se abre ampliamente la *reformatio in peius* y la revisión de la sentencia firme aun cuando fuere absolutoria. *Cfr.* Jorge A. Claría Olmedo: *Tratado de Derecho Procesal*. Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1960, p. 72.

8 *Vid*. Jesús Ramón Quintero P.: *Op. cit*., p. 494.

9 En Alemania, antes de 1935, el derecho a la impugnación era la regla general. La legitimación se fundamentaba en una carga o gravamen, teniendo en cuenta que los remedios existen para proporcionar auxilio contra una resolución gravosa, de lo que se desprendía que el tribunal solo debía examinar si debía socorrer al impugnante y no si debía empeorarle su situación. De manera que el tribunal se ocupaba de si la cuestión planteada grava al recurrente, no de si le es demasiado favorable, en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius*.

10 En el art. 597 del Código de Procedimiento Penal italiano se previó la prohibición de *reformatio in peius*.

11 En el art. 358 del Código Procesal alemán estableció que no se puede modificar en modo y cuantía con consecuencias jurídicas en perjuicio del acusado, si este en beneficio suyo, la fiscalía o su representante ha interpuesto recurso.

12 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su art. 14, inciso 5) dispone lo siguiente: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley». Este instrumento fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, y fue firmado por Cuba el 28 de febrero de 2008. Disponible: http://www.derechos.org. Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2013.

13 La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), en su art. 8, inciso 2) párrafo h, dispone lo siguiente: «Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tri-

bunal superior». Este instrumento fue abierto a la firma el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, disponible: http://www.oas.org. Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2011.

14 Los revolucionarios de 1789 desconfiaron seriamente de la judicatura y vieron en el sistema procesal una rémora del antiguo régimen incompatible con las nuevas ideas. Decía en este sentido Beccaria en 1764, en su conocido opúsculo *Dei delitti e delle pene,* que «ni siquiera la autoridad de interpretar la ley puede residir en los jueces de lo criminal, pues no son legisladores». *Vid.* Enrique Bacigalupo Zapater: «Los modelos jurídicos de la casación penal», en *Revista del Poder Judicial*, no. especial XIX: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, España, 2004, p. 2.

15 *Vid.* J. Maier: *Derecho Procesal Penal. Fundamentos,* t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 591-594, insiste que «el recurso contra la condena se ha transformado también en una garantía procesal para el condenado por un tribunal de juicio, no parece existir otra forma de interpretar estas garantías, al menos desde el punto de vista práctico y político. El único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventualmente no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*». *Vid.* R. Pastor Daniel y Fernando Díaz Cantón: «La impugnación de la sentencia penal como garantía del imputado». Disponible: http://www.ucaparana.com.ar. Fecha de consulta: 12 abril de 2015, p. 5.

16 *Vid*. Lauckner, citado por Vicenzo Manzini: *Op. cit*., p. 139.

17 *Vid.* J. Mendoza: *Op. cit.,* p. 33.

18 En cuanto a garantías, Maier afirma que las garantías procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso. *Cfr.* Julio Maier: *Derecho Procesal Penal argentino*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 54. *Vid*. V. Arranz Castillero: «Las garantías jurídicas fundamentales de la justicia penal en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 4, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, Cuba, 1991, p. 71. R. De Pina Vara: *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1989, p. 282.

19 A. Binder Berrizza: *Justicia Penal y Estado de Derecho,* Ediciones Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 215. J. Cafferata Nores: «La Reforma Procesal en América Latina». Disponible: http://www.dplf.org. Fecha de consulta: 16 de agosto de 2014. F. Carrillo Flores: «Los retos de la reforma de la justicia

en América Latina». Disponible: http://www.dplf.org., Fecha de consulta: 16 de agosto de 2014. J. Ferreyra: «Temas para una Reforma Procesal Penal», Disponible: http://home.microsoft.com. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2014.

20 *Vid*. art. 304 del Código Procesal Penal de Argentina: «Si la resolución hubiera sido impugnada solo por el imputado o en su favor, no podrá modificarse en su perjuicio», y el precepto 317 del mismo cuerpo normativo: «En todos los casos, los jueces de control deberán resolver sin reenvío. Si este fuere inevitable, no podrán intervenir los jueces que conocieron en el juicio anulado. Si el reenvío procediere como consecuencia de la impugnación del imputado, o del representante del Ministerio Público Fiscal en su favor, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero. Si en el nuevo juicio se obtuviere una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna». *Código Procesal Penal de la nación argentina*, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014. p. 90, 94.

21 *Vid*. arts. 413 y 425 del Código Procesal Penal de Bolivia. Ley 1970 de 25 de marzo de 1999, pp. 88, 91. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

22 *Vid.* art. 426 del Código Procesal Penal de Perú. Decreto Legislativo 957 de 29 de julio de 2004. *Op. cit*., p.145.

23 *Vid.* art. 404 del Código Procesal Penal de la República Dominicana. 2007. *Op. cit*., p. 149.

24 *Vid.* art. 400, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, Ley 406 de 21 de diciembre. de 2001. *Op. cit*., p. 106.

25 *Vid.* art. 466 de Código Procesal Penal de Costa Rica. Ley 7594 de 2009. *Op. cit*., p. 139.

26 *Vid.* art. 457 Código Procesal Penal de la República del Paraguay, 1286 de 1998. *Op. cit*., p. 350.

27 Sobre las reformas procesales, que se iniciaron en Alemania, Rivero refiere: «A pesar de que en Alemania vienen aconteciendo un grupo de reformas que ponen en punto de mira todo lo alcanzado con el sistema acusatorio, el principio de *non reformatio in peius* solo existe en favor del acusado bajo el fundamento de que nadie debe ser disuadido de recurrir por miedo a ser castigado más duramente como consecuencia de su inconformidad, opera directamente para el tribunal del recurso e indirectamente para el tribunal del reenvío». Danilo Rivero García: «El recurso de casación por quebrantamiento de forma y la prohibición de *reformatio in peius*». *Op. cit.,* p. 29. *Vid* también Alejandro D. Carrío: *Garantías constitucionales en el proceso penal,* 3ra. ed., José Luis de Palma Ed., Buenos Aires, 1994, p. 15.

[28] El Código Procesal de la República Bolivariana de Venezuela en los arts. 176, 179 y 180 prohíbe retrotraer a etapas ya precluidas, y en ningún caso podrá reclamarse la nulidad verificada durante las investigaciones. *Vid.* Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, Compilación de Códigos Procesales. *Op. cit*., pp. 23 y 24.

[29] *Vid*. Constitución Política de Colombia (6 de julio de 1991, actualizada hasta la Reforma de 2001), Carlos M. Villabella Armengol: *Selección de Constituciones Iberoamericanas*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, p. 205.

[30] Cafferata, quien ha indicado que «cualquier hipótesis de efecto *boomerang* de un recurso, directo o indirecto, inmediato o mediato, tanto por modificación, como por sustitución en su perjuicio del fallo recurrido, privará –a la decisión de recurrir– de la libertad y la tranquilidad necesarias [...] y esta tranquilidad solamente existirá cuando el condenado sepa que el recurso que intenta nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia recurrida». José I. Cafferata Nores: «La prohibición de la *reformatio in peius* en el juicio de reenvío», en *Eficacia del sistema penal y garantías procesales. ¿Contradicción o equilibrio?*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002, p. 79. Roxin expresa que para los recursos de apelación y casación rige la prohibición de *reformatio in peius* y, conforme a ella, cuando se presenta un recurso a favor del acusado, la sentencia no puede ser alterada en desventaja suya. Claus Roxin: *Prólogo del Código Procesal Penal alemán*, Ed. Marcial Pons, Múnich (s.a), p. 217. Similar posición sostiene Ignacio Barrientos Pardo: «Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio (ir por lana y salir trasquilado)», en *Revista de Estudios de la Justicia,* no. 9. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, p. 16. Rivero, Mendoza y Candia son partidarios de esta postura. *Cfr.* Danilo Rivero García: «El recurso de casación por quebrantamiento de forma y la prohibición de *reformatio in peius*», en *Temas permanentes del Derecho Procesal y del Derecho Penal,* Ediciones ONBC, La Habana, 2010, pp. 108-120. Juan Mendoza Díaz: *Principios del Proceso Penal*, obra contenida en CD, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, La Habana, Cuba, 2003, p. 35; y José Candia Ferreyra: «El recurso de casación», en *Temas de estudio del Derecho Procesal Penal*, Parte III, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 149-157.

[31] La posición del Tribunal Supremo Popular en Cuba en la actualidad consiste en limitar el alcance del nuevo juicio, desde el momento en que se considera que si el acusado acudió en demanda de justicia, no es justo agravarle su situación. Peguero argumenta que, «si en el nuevo juicio, se impone mayor sanción al acusado, cuando ha sido recurrente único, se afectaría el derecho de defensa, pues el acusado recurre para mejorar su situación». *Vid*. Acta de relatoría de encuentros técnicos de jueces citada.

[32] Carnelutti es de la consideración que «al juez de reenvío no se le devuelve el juicio entero pronunciado en la sentencia impugnada, sino el juicio de si los nuevos elementos determinan una modificación de esta en el sentido de excluir la existencia del hecho o su comisión por parte del condenado». Francesco Carnelutti: *Lecciones sobre el Proceso Penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch Editores, Buenos Aires, p.184.

[33] Al referirse al tema, Fairén aduce que «la *non reformatio in peius* es una derogación del principio oficial en favor del dispositivo, tal como el juez descubre un defecto en la sentencia después de esta ser firme o simplemente después de un día hábil de haberla publicado, no puede corregirla de oficio por consideraciones procesales que se sobreponen a las consecuencias lógicas del sistema de construcción de los recursos, así se facilita también al gravado la posibilidad de pedir una nueva sentencia sin correr el peligro de que la misma se incremente el gravamen que ya soporta». Se prescinde naturalmente al hacer estas consideraciones en caso de que también la parte contraria recurra. *Vid.* Víctor Fairen Guillén: *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 361.

[34] *Cfr.* Piero Calamandrei: *Op. cit.,* p. 196.

[35] Calamandrei expresa: «Las ciencias jurídicas implican una responsabilidad y compromiso mayor que las ciencias de la naturaleza; en aquellas se busca la verdad sin preocuparse de otra utilidad, pero la justicia que se busca a través del proceso debe conseguir que la sentencia sea justa o que sea menos injusta, o que la sentencia injusta sea cada vez más rara». Para Guasp, el fin del proceso es seguridad. *Vid.* Guasp: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, p. 25; para Lois, el fin del proceso es alcanzar la justicia formal y de tal modo sería infaliblemente justa. Lois: *Proceso y forma*, Santiago de Compostela, 1947, pp. 84 y ss.

[36] La actividad de juzgar corresponde a los tribunales, según lo dispuesto en el art. 120 de la Constitución. Y la acción penal se le encomienda a la Fiscalía en el art. 127. *Vid.* Constitución de la República de Cuba. *Op. cit*., pp. 20 y 21. La parte acusadora está representada por el Ministerio Fiscal, quien asume el monopolio de la acción penal (arts. 268 y 273 de la Ley de Procedimiento Penal), y en su doble función, sostiene la acusación como representante del interés público, de los derechos de los ciudadanos y de la legalidad.

[37] Julio Maier: *Op. cit.,* p. 594. Dicho autor comenta sobre el principio *favor rei* lo siguiente: «La razón de ser de la regla es sencilla: el proceso penal no es un proceso de partes, ni en él juega la autonomía de la voluntad de ellas o el principio dispositivo, a la manera de como ocurre en el procedimiento civil; el imputado no puede disponer íntegramente de su condena, ni aun en vía recursiva, motivo por

el cual el Derecho Procesal Penal aprovecha todas las oportunidades posibles para intentar la corrección de vicios o errores que puedan afectar al imputado».

38 Gutiérrez De Cabiedes: *La correlación entre acusación y sentencia*, Estudios de Derecho Procesal, EUNSA, Navarra, España, 1974, pp. 511-517. María del Pilar Manzana Laguarda: *El principio acusatorio*, CD, editado por publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España, Red Iberoamericana de Información Judicial, Madrid, España. 2007, p. 24. Julio B. Maier: *Derecho Procesal Penal argentino*, t. I, Editora Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 413. Vicente Gimeno Sendra: «Los principios del proceso penal», en *Derecho Procesal Proceso Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 59.

39 El acceso a la defensa es preservado por todas las legislaciones y ha sido una preocupación de la comunidad internacional. Ortega lo define como el conjunto de garantías esenciales mediante las cuales los ciudadanos ejercen derechos y prerrogativas que acuerdan la Constitución y las leyes, tendentes a salvaguardar su presunción de inocencia, no tan solo en los casos de procedimientos judiciales, sino ante cualquier actuación contraria al derecho consagrado, siendo el Estado compromisario de tutelar estas garantías, equiparándolas con el debido proceso. Francisco Ortega Polanco: *Procedimiento Penal,* Editora Corriptio, República Dominicana, 2013, p. 47. D. Calvo Prieto: *Aspectos de jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la defensa*, Biblioteca Virtual de Derecho Judicial. Editado por publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España, Red Iberoamericana de Información Judicial. Madrid, España, 2007, p. 2. F. Álvaro: *El juez, el fiscal y el abogado defensor. ¿Funciones nuevas y viejas costumbres?* Disponible: http://www.dplf.org. Fecha de consulta: 25 de agosto de 2005.

40 *Cfr.* Claus Roxin: *Op. cit.*, pp. 86 y 87. Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 567. Carlos Américo Ramos Heredia: *El principio acusatorio y el axioma donde no hay acusador, no hay juez*. Disponible: http://www.inpe.gob.peportalarchivos. Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2013. Martín M. Fernández-Ronderos: *El derecho fundamental al juez imparcial; su restricción en el proceso penal actual*, Biblioteca Virtual de Derecho Judicial. Editado por publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España, Red Iberoamericana de Información Judicial, Madrid, España. 2004, p. 58. C. Rozanski: *El juez como garante del debido proceso*, San Carlos de Bariloche, Río Negro, Argentina, 2011, pp. 22-26.

41 El *non bis in idem* en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está consignado en el art. 14 .7, por cuanto el texto dice: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento

penal de cada país. Así comprende el juzgamiento concomitante contra la misma persona por el mismo hecho». Disponible: http://www.derechos.org. Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2013.

42 Sobre el *non bis in idem* y su relación con la seguridad jurídica, Goite expresa: «En Cuba el principio no ha sido positivizado, no se recoge en la Constitución en el catálogo de "Derechos y garantías", y tampoco en la declaración de generalidades de la ley procesal, lo cual no significa que como principio general del derecho este no sea conocido por los operadores del sistema de justicia. El problema radica en la carencia de instrumentación legal para hacerlo efectivo y dar soluciones de modo uniforme a determinados casos concretos. Su naturaleza ha propiciado una abundante doctrina, pero su efecto práctico es la exclusión de un nuevo proceso y un nuevo fallo. Lo que sí está igualmente claro es que su función social está directamente encaminada a lograr la garantía de seguridad jurídica; si fuera posible ir en reiteradas ocasiones sobre un mismo asunto, la seguridad jurídica estaría en quiebra». Mayda Goite Pierre: *Op. cit*., p. 204.

43 El *favor rei* comprende todas aquellas previsiones legales que en una u otra forma protegen y garantizan la libertad del acusado. Entre ellos encontramos el principio del *favor libertatis* (aplicación restrictiva de las normas que limiten la libertad), la prohibición de la *reformatio in peius* (prohibición de aumentar el monto de la condena cuando solo recurre el condenado), el *in dubio pro reo* (duda favorable al reo, que exige certeza para condenar, mas no para absolver). Ricardo Levene relaciona estos institutos cuando asevera que si el defensor no interpone recurso no se podrá modificar la sentencia en un sentido desfavorable al procesado, salvo que el fiscal o acusador hubieren recurrido la sentencia; esta es la prohibición de la *reformatio in peius* vinculada al *in dubio pro reo*. *Vid.* Ricardo Levene: *Manual de Derecho Procesal: Op. cit*., p. 403.

44 El proceso penal se integra por una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto, siendo cada etapa presupuesto de la que le sigue. Sentado esto, se indica que el principio de la progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, dado el principio de preclusión. Tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además, y esto es esencial atendiendo a los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado

de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal. *Vid.* Jorge Vázquez Rossi: *Op. cit.*, p. 292.

45 Manuel González: «De la presunción al principio de inocencia»; en *Vox Juris*, *Revista de Derecho*, Año 4, Lima, Perú, 1994, p. 121.

46 *Cfr.* El Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra: art. 9.3: «Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad»; art. 14 .1: «a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, a disponer de los medios adecuados para la preparación de su defensa; a ser juzgado sin dilaciones indebidas, y a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». Disponible: http://www.derechos.org. Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2013.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Nacionales

Arranz, Vicente: «Las garantías jurídicas fundamentales de la justicia penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 4, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 1991.

Candia Ferreyra, José*:* «El recurso de casación», *en Temas de estudio del derecho procesal penal*, Colectivo de Autores, 3ra. Parte, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Goite Pierre, Mayda: «Principios e instituciones de las reformas procesales: Seguridad jurídica, *non bis in idem*, cosa juzgada y revisión penal», en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, A.C. no. 24, México, 2009. Disponible: http://www.redalyc.org. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2014.

––––: *La interpretación judicial y la función del intérprete*, CD, Escuela de Verano de La Habana, julio de 2006.

Goite Pierre, Mayda y Juan Mendoza Díaz: *Los sujetos de la relación jurídica procesal*, CD, Escuela de Verano de La Habana sobre temas de Derecho Penal contemporáneos, julio de 2006.

Mantecón Ramos, Ariel: «Rectificar el ángulo en el vértice: Breve historia de la casación hispánica en Cuba», *en Revista Cubana de Derecho*, IV época, no. 40, julio-diciembre de 2012, Editora UNIJURIS, Cuba, 2012.

Mantecón Ramos, Ariel: «Sobre la concepción circular de la inmediación. Posición del Tribunal Supremo de Cuba en torno al control casacional sobre la motivación de los hechos», en *Boletín ONBC*, no. 23, La Habana, 2006.

Mendoza Díaz, Juan: *Lecciones de Derecho Procesal Penal,* Universidad de La Habana-Universidad Autónoma Juan Misael Caracho (s.e.), Tarija, Bolivia, 2001.

––––: *Principios del Proceso Penal*, CD, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, La Habana, Cuba, 2003.

Prieto Valdés, Martha: «Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución», en *Temas de Derecho Constitucional cubano,* Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

––––: «La defensa de la constitución y la Reforma Constitucional de 1992», en *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

––––: «Funciones de la Constitución», en *Revista Jurídica*, no. 9, Año 5, Ministerio de Justicia, República de Cuba, 2004.

––––: «El sistema de defensa constitucional cubano», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 26, julio-diciembre, UNJC, 2005.

Prieto Morales, Aldo: «Algunas ideas sobre el Derecho a través de la historia», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 3, Instituto Cubano del Libro, La Habana, Cuba, 1972.

––––: *Derecho Procesal Penal*, t. I, Ediciones ENSPES, La Habana, 1982.

Rivero García, Danilo y Pedro Pérez Pérez: *El juicio oral*, Ediciones ONBC, La Habana, 2002.

Rivero García, Danilo: «Los medios de impugnación», en *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Colectivo de Autores, 3ra. Parte, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

––––: «Las nulidades en la práctica procesal cubana», en *Boletín ONBC* no. 23, abril-junio, Ediciones ONBC, 2006.

––––: *La redacción de la sentencia penal y el recurso de casación,* Ediciones ONBC, La Habana, 2008.

––––: «El recurso de casación por quebrantamiento de forma y la prohibición de *reformatio in peius*», en *Temas permanentes del Derecho Procesal y del Derecho Penal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2010.

––––: *Ley de Procedimiento Penal y disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular*, Edición ONBC, La Habana, Cuba, 2012.

Rivero García, Danilo: *Estudios sobre el Proceso Penal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2014.

Villabella Armengol, Carlos Manuel: *La investigación y la comunicación científica en las ciencias jurídicas*, Primera Parte (s.l.e.), (s.a). Versión Digital. Base de Datos del Centro de Documentación e Información Judicial, Tribunal Supremo Popular.

––––: *Selección de Constituciones iberoamericanas*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Extranjeras

Barrientos Pardo, Ignacio: «Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio (ir por lana y salir trasquilado)», en *Revista de Estudios de Justicia,* no. 9, Chile, 2007.

Bacigalupo Zapater, Enrique: *La técnica de resolución de casos penales,* 2da. ed., Ed. Colex, Madrid, 1995.

––––: «Los modelos jurídicos de la casación penal», en *Revista del Poder Judicial,* número especial XIX: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2004.

Binder Berrizza, Alberto: *El incumplimiento de las formas procesales*, Editores Buenos Aires, Buenos Aires, 2000.

Cafferata Nores, José I.: «La prohibición de la *reformatio in peius* en el juicio de reenvío», en *Eficacia del sistema penal y garantías procesales. ¿Contradicción o equilibrio?*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002.

––––: *Oposición a la elevación a juicio y prohibición de la* reformatio in peius*.* Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebradael 23 de agosto de 2011 con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal, t. II, Ed. Mediterránea, 2003.

Calamandrei, Piero: *La Casación Civil*, t. I. Ed. Bibliográfica de Buenos Aires, Argentina, 1961.

––––: *La casación civil*, t. II, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

––––: *Apuntes sobre la* reformatio in peius*. Estudios sobre el proceso Civil*, Ed. Bibliográfica Argentina, traducción de Santiago Sentís Melendo de la obra *Apunti sulla reformatio in peius,* originalmente publicado en *Rivista de Diritto Processuale Civile,* t. I, 1929, Buenos Aires, 1961.

Carnelutti, Francesco: *De la función del proceso penal. De la estructura del proceso penal*, vol. I, Ediciones Europa-América, Bosch Editores, Buenos Aires, 1950.

––––: *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. II, Ediciones Europa-América, Bosch Editores, Buenos Aires, 1950.

––––: *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. III, Ediciones Europa-América, Bosch Editores, Buenos Aires, 1950.

––––: *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. IV, Ediciones Europa-América, Bosch Editores Buenos Aires, 1950.

––––: *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. V, Bosch Editores, Buenos Aires, 1950.

––––: *La certeza del Derecho. Derecho Procesal Civil*, vol. I, Buenos Aires, 1952.
D Carrío, Alejandro: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ra. ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994.
Fairén Guillén, Víctor: *Estudios de derecho procesal*, Ediciones Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
––––: *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional III. La Reforma Procesal Penal*, Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1992.
Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ma. ed., Trotta, Madrid, 2005.
––––: Los *valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
––––: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2001.
––––: *El garantismo y la filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
Guasp, J.: *Derecho Procesal Civil*, 5ta. ed., Ed. Civitas, Madrid, España, 1956.
Leone, Giovanni: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.
Levene Ricardo: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1953.
––––: *El debido proceso penal y otros temas,* Dirección de Relaciones Públicas, ILANUD, Naciones Unidas, 1983.
Maier, Julio B.: *Derecho Procesal Penal argentino*, t. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
––––: *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, t. I. 2da. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
Maier, Julio B.: «La reforma del sistema de administración de justicia en Latinoamérica (Una aproximación actual al sistema acusatorio», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 11, enero-diciembre, 1996.
––––: «El recurso como garantía del Derecho», en *Justicia y Derecho*, no.1, Año 1, junio de 2003.
Maier, Julio B., Alberto Bovino y Díaz Cantón: *Los recursos en el procedimiento penal,* 2da. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
Manzini, Vicenzo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. V, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1996.
––––: *Tratado de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
Ortega Polanco, Francisco: *Procedimiento Penal*, Editora Corriptio, República Dominicana, 2013.
Pastor, Daniel R.: *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

Quintero P., Jesús R.: «La prohibición de *reformatio in peius* o de la llamada reforma peyorativa del fallo en el proceso penal», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* no. 131. Caracas. 2001.

Rivera Morales, Rodrigo: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Horizonte, Venezuela, 2012.

Roxin, Claus: *Prólogo al Código Procesal Penal alemán*, Ed. Marcial Pons, Munich, 1998.

––––: *Derecho Penal. Parte General*, t. I. *Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Civitas, 1997.

––––: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.

––––: *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2007.

Fuentes consultadas en internet

Fuentes legales

Nacionales

Constitución de la República de Cuba. Actualizada hasta la Ley de Reforma Constitucional, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria no. 10 de 16 de junio de 2002.

Código de Ética Judicial. Tribunal Supremo Popular. Edición Tribunal Supremo popular. 2015.

Ley de Enjuiciamiento Criminal española, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal para las Islas de Cuba y Puerto Rico, 1888.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral y Económico, no. 7. Centro de Documentación e Información Judicial. Tribunal Supremo Popular (versión digital actualizada). Centro de Documentación e Información Judicial del Tribual Supremo Popular.

Ley de Procedimiento Penal, no. 5, de 14 de julio de 1977, anotada y concordada, Ministerio de Justicia, La Habana, Cuba, 1999.

Ley de Procedimiento Penal de la República de Cuba, Ley 5, de 5 de agosto de 1977 (versión actualizada), Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, 2008.

Ley 82, de los Tribunales Populares, de 11 de julio de 1997. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria especial no. 14, de 24 de julio de1997.

Ley 83, Ley de la Fiscalía, de 11 de julio de 1997. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria especial no. 8, de 14 de julio de 1997.

Extranjeras

«Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica», en Julio J. B. Maier: *Derecho Procesal Penal* argentino. *Fundamentos*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Código Procesal Penal de la República de Guatemala. Decreto 51 de 1992 (actualizado). Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo popular de la República de Cuba.

Código Procesal Penal de la República del Paraguay, 1286 de 1998. 2da. ed. actualizada, 2001. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código Procesal Penal de Bolivia. Ley 1970 de 25 de marzo de 1999. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código Procesal Penal de Nicaragua. Código Ley 406 de 21 de diciembre de 2001. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código Procesal Penal de Perú. Decreto Legislativo 957 de 29 de julio de 2004. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código de Procedimiento Penal Colombiano. Ley 96 de 31 de agosto de 2004. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. Aprobado en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. Santo Domingo, República Dominicana, los días 21 y 22 de junio de 2006. Cumbre Judicial Iberoamericana, México, 2006.

Código Procesal Penal de la República Dominicana. Agosto de 2007. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código Procesal Penal de Costa Rica. Ley 7594 de 2009. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código de Procedimiento Penal de Chile. Ley 20507 de 8 de abril de 2011. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código Orgánico del Proceso Penal de Venezuela. Decreto 9042, de 15 de junio de 2012. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador. S. R. O. no. 180 de 10 de febrero de 2014.. Editora GAB, 2014.

Código Procesal Penal de la Nación Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2014.

Código Procesal Penal del Salvador. Decreto 626 de 2014. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Código Procesal Penal. Estado de México de 2008. Reformado por Decreto 186 de 22 de enero de 2014. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Constitución de Perú de 1 de julio de 1993. Selección de Constituciones Iberoamericanas, Carlos M. Villabella Armengol, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De 30 de diciembre de 1999. Selección de Constituciones Iberoamericanas, Carlos M. Villabella Armengol, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Constitución de Argentina de 22 de agosto de 1994, en Selección de Constituciones Iberoamericanas, Carlos M. Villabella Armengol, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Constitución Política de Colombia (6 de julio de 1991), actualizada hasta Reforma de 2001, en Selección de Constituciones Iberoamericanas, Carlos M. Villabella Armengol, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Constitución Política de la República de Chile, 1980, actualizada hasta Reforma de 2001, en Selección de Constituciones Iberoamericanas, Villabella Armengol, Carlos M. Ed. Félix Varela. La Habana. 2004.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de febrero de 1917, con reformas actualizada hasta 2004. En: Selección de Constituciones Iberoamericanas, Carlos M. Villabella Armengol, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Constitución de República de Guatemala, de 31 de mayo de 1985. Selección de Constituciones Iberoamericanas, Carlos M. Villabella Armengol, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de diciembre de 1969, en De Prada Solaesa, Ricardo y Guillermo Pérez-Cadalso Arias, El nuevo Código Procesal Penal y el sistema de garantías judiciales en el Pacto de San José. Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras. Corte Suprema de Honduras y Agencia Española de Cooperación Internacional. Consejo General del Poder Judicial Español, Tegucigalpa, Honduras, noviembre de 2001.

Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, Bogotá, 1948, en Ricardo De Prada Solaesa y Guillermo Pérez-Cadalso Arias, El nuevo Código Procesal Penal y el sistema de garantías judiciales en el Pacto de San José. Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras. Corte Suprema de Honduras y Agencia Española de Cooperación Internacional. Consejo General del Poder Judicial de España, Tegucigalpa, Honduras, noviembre de 2001.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en Instrumentos jurídicos Internacionales. Recopilados, organizados y comentados por Ángel Fernández-Rubio Legrá. Instituto Superior de Relaciones Internacionales, Ed. Pueblo y Educación, 1991.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de noviembre de 1966, en Instrumentos Jurídicos Internacionales. Recopilados, organizados y comentados por Ángel Fernández-Rubio Legrá, Instituto Superior de Relaciones Internacionales, Ed. Pueblo y Educación,1991.

Otros materiales

Acta de relatoría de encuentros técnicos de jueces citada, de 16 de junio de 2011. Disponible en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular. Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2013.

¿La verdad a toda costa? A propósito de la eficacia probatoria de los registros de llamadas expedidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba (ETECSA)

Dayán Gabriel López Rojas

Si se mira el concepto de verdad del proceso penal bajo el punto de vista del derecho constitucional, se advierte que los límites en la búsqueda de la verdad material no son de lamentar, sino que se les debe dar la bienvenida.
W. Hassemer

1. Proceso penal y búsqueda de la verdad. Perfiles actuales en el contexto de la sociedad de riesgo

Tradicionalmente, la finalidad de obtener la verdad material ha constituido un rasgo inherente del enjuiciamiento penal; incluso se ha afirmado que su búsqueda y establecimiento constituye una de las razones estructurales del proceso penal moderno.[1]

Sin embargo, los cánones que han guiado el constante empeño por encontrar la verdad han estado absolutamente permeados por las ideas filosóficas y políticas de cada momento histórico. Así, durante la regencia del modelo inquisitivo clásico de enjuiciamiento, era prioritario para el inquisidor convencerse a cualquier precio de la realidad de la imputación, la que creía encontrar solamente a través de la confesión que, a la sazón, se erigió en la reina de las pruebas, de tal suerte que para lograrla se instrumentaron cruentos métodos de investigación, absolutamente incompatibles con el respeto a la dignidad humana, cuyo exponente más representativo lo fue el tormento físico en todas su manifestaciones.

Esta situación generada por la fórmula inquisitorial pura desde el siglo XII pervivió durante un importante período de la historia de la humanidad, y su defunción oficial no se produjo hasta la aparición de las ideas iluministas en el siglo XVIII, las que provocaron un restablecimiento del respeto por la dignidad de la per-

sona humana y dieron a luz al sistema mixto de enjuiciamiento,[2] cuyo paradigma de búsqueda de la verdad quedaba limitado a las posibilidades que ofrecía la ley.

Pero aún en nuestros días resulta frecuente escuchar que «la obtención de la verdad es una de las metas o el fin principal del proceso penal», y esta afirmación sí carece de exactitud en el escenario procesal moderno –en el entendido de la desaparición radical del modelo inquisitivo clásico–; pues de asumirse en su estricta dimensión habría que entender que las resoluciones dictadas con apoyo en el principio *in dubio pro reo* suponen un fracaso del proceso como institución, y nada más alejado de la realidad. El proceso penal de hoy, más que una empresa obsesiva e ilimitada de los sujetos procesales tendente a alcanzar la verdad real, en puridad se erige en límite de su búsqueda por cuanto constituye un instrumento dotado de mecanismos que impiden acceder a datos, premisas, lugares o personas a cualquier costo, lo que implica establecer una barrera en la búsqueda de la verdad. Se trata de posibilitar que el tribunal logre un convencimiento fundado y motivado sobre aquella, con respeto de las reglas jurídicas impuestas a tal fin y sobre la base de las pruebas que se aporten.[3] No puede comprobarse cualquier cosa, de cualquier modo, por lo que el trabajo de investigación ha de encaminarse por los carriles de la legalidad.

Actualmente, de cara a la conflictividad social que emerge en el panorama internacional, se renueva la problemática del hallazgo de la verdad mediante el instrumento que representa el proceso penal clásico.

La sociedad de nuestros días es una «sociedad en riesgo», según la terminología acuñada por el sociólogo Ulrich Beck y asumida por algunos autores del Derecho Penal. Nos sentimos amenazados por graves peligros: crisis financieras mundiales, migración fuera de control, contaminación ambiental, niveles preocupantes de desempleo, altos índices de violencia, movilidad social en descenso, terrorismo, crimen organizado, guerras, etc. Todos estos fenómenos, al parecer imposibles de dominar, generan una parálisis en la capacidad de defensa del ser humano y de la sociedad; se producen situaciones de pánico social que ponen en evidencia las necesidades de control; y derivado del temor ante los riesgos y de las necesidades de control emerge un nuevo derecho, denominado por Hassemer como derecho de intervención,[4] que a largo plazo desvincula la relación entre libertad y seguridad, favoreciendo la seguridad.

Esta situación ha tenido innegable influencia en el Derecho Penal material. Asociados a estos fenómenos han germinado nuevos tipos penales –producto del incremento de la delincuencia no convencional–, que suponen una expresión de recrudecimiento de la amenaza punitiva; e igualmente en la actual configuración del Derecho Procesal Penal se advierten las influjos de la sociedad de riesgo, especialmente en lo relativo a los instrumentos utilizados para la búsqueda de la verdad en la investigación de los hechos delictivos, dentro de los que adquieren especial importancia los actos de injerencia sobre los derechos fundamentales, cada vez más desarrollados gracias a los avances de la tecnología de la información y justificados en razones político-criminales que atienden a la necesidad creciente de controles más severos por parte de la sociedad. Refiriéndose a esta perspectiva del Derecho Procesal Penal sostiene Hassemer que «el nuevo derecho procesal penal en esencia constituye un nuevo derecho de la averiguación previa».[5]

Pero la optimización de los medios de investigación orientados a la búsqueda de la verdad no ha traído consigo que correlativamente se optimice el procedimiento penal; por el contrario, al centrarse la atención en la obtención de la verdad –consecuencia de la situación de inseguridad ciudadana ante el delito y las demandas de medidas de control–, se han dejado de lado importantes cuestiones relacionadas con el respeto de los derechos fundamentales.

Frente a este contexto cotidiano de inseguridad, violencia y auge del delito que caracteriza la sociedad contemporánea, ciertamente resulta absolutamente comprensible, y por demás prioritario, que se propongan alternativas y se implementen estrategias que permitan enfrentar con eficacia tales fenómenos, y en especial que las agencias de control del delito se preocupen por alcanzar estándares de eficiencia en la administración de justicia. Sin embargo, no es posible perder de vista, en sede de procedimiento penal, que la búsqueda de la verdad a cualquier precio no está permitida,[6] pues aquel no solo se encamina a su averiguación, sino que además pretende que se respeten y tutelen los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y las leyes procesales; de modo que entre los intereses de encontrar la verdad y el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos sujetos a proceso penal, existe una relación de tensión que origina la idea de la obtención formalizada de la verdad.

Los instrumentos al servicio de las autoridades con el fin de esclarecer los hechos delictivos encuentran un límite en el respeto a los derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo individuo sometido a proceso penal; y ello así porque la experiencia histórica de la inquisición, con sus conocidos ejemplos de pavorosas aberraciones contra la dignidad y los derechos humanos, ha provocado que el Estado de Derecho renuncie a la idea de búsqueda de la verdad a toda costa, por todos los medios imaginables, imponiéndose el razonamiento de que en el actual proceso penal –aun en la sociedad de riesgo– la investigación de la verdad no es un valor absoluto, sino que encuentra límites en los valores éticos y jurídicos que rigen la sociedad civilizada, de modo que el nuevo paradigma es el de la obtención formalizada de la verdad que –coincidente o no con la real o material– es la verdad forense que se obtiene por vía formal, al amparo de ciertas reglas de procedimiento.[7]

2. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones frente a los intereses en juego dentro del proceso penal. Límites

Si bien es cierto que la idea sobre la obtención formalizada de la verdad constituye el paradigma básico del modelo procesal penal de la modernidad, no hay que olvidar que el proceso penal es campo singular donde unos derechos específicos resultan susceptibles de ser violados y cuyas garantías han de estar precisamente determinadas, sin lugar a subterfugios, particularmente para hacer más difícil su lesión.[8]

Por regla general, los textos constitucionales de los distintos países del orbe reconocen el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones, lo que encuentra correlato en la tutela que a este derecho se ofrece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 12 refrenda que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia».[9]

El contenido y alcance de este derecho ha sido una cuestión escasamente tratada en el ámbito patrio;[10] no obstante, un repaso por la ciencia jurídica extranjera pone de manifiesto sus contornos esenciales.

Dentro de la doctrina española, Albaladejo entiende que el derecho al secreto de las comunicaciones constituye una manifestación del derecho a la intimidad personal, y se traduce en el poder con-

cedido a una persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo que le permite excluir a los extraños de no entrometerse en él;[11] de modo que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones podría entenderse, *grosso modo*, como el derecho a mantener la intimidad del proceso comunicativo. Sin embargo, otra posición teórica nada desdeñable –en la cual se inscriben Moreno Catena, López Barja de Quiroga y Asencio Mellado–[12] sostiene que en realidad el derecho a la privacidad de las comunicaciones posee una virtualidad rigurosamente formal, a tal punto que resulta indiferente que el contenido de la comunicación merezca la calificación de «íntimo» o no, lo que concede cierta autonomía a este derecho, y en consecuencia impide entenderlo como un apartado o especie del derecho a la intimidad. Toda comunicación privada es, pues, secreta, aunque solo algunas puedan rubricarse como íntimas.

El secreto de las comunicaciones telefónicas es entendido como un derecho subjetivo público cuya titularidad la ostentan tanto las personas jurídicas como físicas, incluyéndose en este último caso a los nacionales, extranjeros y menores de edad,[13] y visto desde la óptica del proceso penal. Armenta Deu le atribuye contenido material, limitativo de la actuación del Estado en la obtención de las fuentes de prueba durante el desarrollo de la investigación para la obtención de medios de prueba.[14]

No se trata, sin embargo, de un derecho absoluto; su eficacia se ve limitada ante determinados supuestos en los que se protegen intereses de suprema relevancia social. Al igual que sucede con otros derechos fundamentales, el secreto de las comunicaciones puede sufrir restricciones, excepciones o injerencias legítimas cuando prime un interés estatal, a condición de que se cumplan con ciertos requisitos que operan como garantías ante esa intromisión necesaria.[15]

No obstante, es indudable que –necesarias o no, autorizadas o no–, las intervenciones telefónicas implican un grave atentado contra este derecho fundamental que se erige en pilar imprescindible del sistema de libertades democráticas.

3. Las intervenciones telefónicas. Elementos para un concepto

La intervención de las comunicaciones representa un instrumento útil en la investigación de ciertos delitos que, dadas sus particularidades, resultan de muy difícil esclarecimiento a través de otros

medios más convencionales, y constituyen típicos actos de coerción procesal en tanto se trate de autorizaciones legales utilizadas en el proceso penal para limitar o restringir derechos, generalmente del imputado, con el único objetivo de garantizar el descubrimiento de la verdad real y la actuación de la ley penal en el caso concreto.[16]

Particularmente sencilla y generalizadora es la definición que ofrece López-Fragoso respecto a lo que debe entenderse por intervención telefónica. Según este autor se trata de una «medida instrumental restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenada y ejecutada en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que este se sirva para comunicarse–, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios».[17]

Doctrinal y jurisprudencialmente, la noción de interceptación telefónica incluye dos variantes, a saber: la denominada escucha telefónica o intervención propiamente dicha, que consiste en la captación del contenido de las conversaciones mediante instrumentos tecnológicos, y la observación o rastreo telefónico, que es el procedimiento mediante el cual se aprecian los destinos de las llamadas, su duración, etc.

Con precisión aclara López Barja de Quiroga que la intervención supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas, mientras que por su parte el término *observación* ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, que debe permanecer secreto.[18]

La interrelación entre el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones –o derecho al secreto de las comunicaciones– y las intervenciones telefónicas ha sido analizada por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 123 de 2002, verdadera pieza de buena doctrina, en tanto aporta elementos para el mejor entendimiento de sus contornos:

«Sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, este derecho garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la comunicación misma y el contenido de lo comunica-

do, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión –electrónico, electromagnético u óptico–. Por ello, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación (*mutatis mutandis* respecto de las comunicaciones postales STC70/2002) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados, supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones».

4. Las intervenciones telefónicas en el derecho comparado. Presupuestos legales comunes

Las manifestaciones de la delincuencia organizada, el perfeccionamiento cada vez mayor de la industria del crimen, entre otros fenómenos inherentes a la contemporaneidad globalizada, han provocado un clima de inseguridad ciudadana tal que en la política criminal de los Estados ha operado un endurecimiento, en el sentido de permitir determinado margen de permeabilidad en la esfera íntima de los ciudadanos, consintiendo intromisiones excepcionales que, por tal razón, no pueden rebasar jamás los límites impuestos por la Constitución; de tal modo que si bien es cierto que en la realidad mundial la concepción de lo íntimo va experimentando cambios, no es posible perder de vista que resultan inadmisibles desde todo punto de vista aquellas intromisiones en la esfera personal que sobrepasen las injerencias legalmente permitidas.

Si bien es cierto que el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque con distintos matices, aparece consagrado en la mayoría de los textos constitucionales de nuestro entorno jurídico, una mirada alrededor de las legislaciones foráneas pone de manifiesto cómo, ante los embates de la evolucionada criminalidad no convencional, los códigos procesales de los distintos países –en armonía con las limitaciones declaradas constitucionalmente al

derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones– se han visto urgidos de establecer una pormenorizada regulación del instituto de las intervenciones telefónicas cual instrumento eficaz para la investigación y persecución de aquellos hechos.

Dentro de los países europeos, el panorama de la regulación de las interceptaciones telefónicas sigue, en esencia, el modelo que se observa en el ordenamiento alemán.[19] El artículo 10 de la Ley Fundamental de Bonn refrenda que «son inviolables el secreto de la correspondencia, así como el de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones»; así como que «las restricciones correspondientes no podrán disponerse más que en virtud de una ley. En el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado, la ley podrá determinar que la restricción no se comunique al afectado y que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo».

Como correlato a esta regulación constitucional, la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) establece en el parágrafo 100 (a y b) que el control y grabación de las conversaciones telefónicas puede adoptarse tanto por el juez como, en caso de retraso, por el fiscal (aunque supeditado a la ulterior aprobación judicial en el plazo de tres días). Los presupuestos exigidos para que pueda ordenarse esta diligencia son: a) sospecha fundada de que se ha participado en alguno de los delitos muy graves taxativamente definidos en el § 100. a) –hechos punibles contra la defensa del Estado, orden público, falsificación de moneda, contra la vida, la libertad personal o robo, entre otros–; y b) la indispensabilidad de la medida, esto es, que dicha medida tendrá carácter subsidiario de tal manera que no podrá ser utilizada si existen otros medios de investigación alternativos para llegar al descubrimiento del hecho delictivo.

Asimismo se dispone cuál ha de ser el contenido de la autorización, debiéndose describir los datos identificativos de la persona contra la que se dirija, la clase, extensión y duración de la medida (con un plazo máximo de tres meses, susceptible de prórroga por semejante período), debiendo cesar de inmediato la intervención cuando dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción.

Curiosamente no existe un espacio normativo que regule lo que tiene que ver con la incorporación al proceso del material obtenido mediante las intervenciones telefónicas; y ha sido la juris-

prudencia de ese país la que ha establecido que, o bien se reproduce la cinta magnetofónica ante el juez, o bien se transcribe su contenido y se introduce como prueba documental.

El ordenamiento jurídico español, por su parte, tutela constitucionalmente el derecho al secreto de las comunicaciones en el artículo 18.3, cuyo tenor expresa que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». La Ley de Enjuiciamiento Criminal –modificada en virtud de la L.O. 4/1988, de 25 de mayo– regula lo relativo a las intervenciones telefónicas como acto de investigación en el artículo 579:[20]

> «1. Podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
>
> »2. Asimismo, el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
>
> »3. De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.
>
> »4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

La protección de este derecho en sede sustantiva se advierte a través de la tipificación del delito de descubrimiento y revelación

de secretos en el Código Penal español (*cfr.* artículo 197), al cual se reconducen aquellas conductas que lesionen el derecho a la intimidad, concretamente en la esfera del derecho al secreto de las comunicaciones, cuando se produzcan «interceptaciones de telecomunicaciones o se utilicen artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación», cuyo marco sancionador discurre entre uno y cuatro años de prisión.

En el contexto latinoamericano, cuyas normas de proceder se han perfeccionado al ritmo de las reformas procesales que han tenido lugar en la región desde finales del pasado siglo; también se evidencia una regulación de la temática en comentario, como parte de la obligada habilitación legal que exige toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales. En este escenario se advierten dos modelos principales, diferenciados entre sí, esencialmente, por la autoridad que dispone la realización del acto de injerencia.

Mientras algunas legislaciones –siguiendo como referente al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica– concentran la facultad de autorizar la intervención en el órgano jurisdiccional, como lo hacen los Códigos Procesales de Nicaragua y Guatemala,[21] y asimismo el Código Procesal Penal de la nación argentina;[22] otros, entre los que figura el Código de Procedimiento Penal de Colombia, atribuyen al Ministerio Público la función de decretar la práctica de este acto coercitivo, cuya validez queda sujeta, en todo caso, al control y aprobación jurisdiccional. A modo de ejemplo, veamos cómo se manifiesta la regulación normativa en países que asumen uno y otro modelo.

El Código Procesal Penal de Nicaragua, promulgado en 2001,[23] reconoce la intervención telefónica como acto de investigación, y dedica el artículo 213 a regular ante qué casos procede y el modo en que deberá practicarse.

> «Artículo 213. Intervenciones telefónicas. Procederá la interceptación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicaciones, cuando se trate de:
> »1. Terrorismo.
> »2. Secuestro extorsivo.
> »3. Tráfico de órganos y de personas con propósitos sexuales.
> »4. Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas.

»5. Legitimación de capitales o lavado de dinero y activos.
»6. Tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados.
»Es prohibida la interceptación de cualquier comunicación entre el acusado y su defensor.
»La interceptación de telecomunicaciones solo procede a solicitud expresa y fundada del Fiscal General de la República o del Director General de la Policía Nacional, quienes deben hacer constar que han valorado los antecedentes y que la intervención se justifica en su criterio, e indicarán también la duración por la que solicita la medida, así como las personas que tendrán acceso a las comunicaciones.
»El juez determinará la procedencia de la medida, por resolución fundada, y señalará en forma expresa la fecha en que debe cesar la interceptación, la cual no puede durar más de treinta días, los que se podrán prorrogar por una sola vez por un plazo igual.
»Al proceso solo se introducirán las grabaciones de aquellas conversaciones o parte de ellas, que, a solicitud del fiscal, se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad.
»No obstante, el acusado podrá solicitar que se incluyan otras conversaciones u otras partes que han sido excluidas, cuando lo considere apropiado para su defensa. El juez ordenará la destrucción de las secciones no pertinentes al proceso.
»Salvo su uso para los fines del proceso, todas las personas que tengan acceso a las conversaciones deberán guardar absoluta reserva de su contenido. Los funcionarios públicos que violaren esta disposición podrán ser destituidos de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan».

El Código de Procedimiento Penal de Colombia de 2004[24] reconoce igualmente la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares en el artículo 235:

«El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados o indiciados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las enti-

dades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.

»En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

»La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron».

Con posterioridad a la ejecución de este acto de investigación, la ley ordena la celebración de una audiencia de control ante el órgano jurisdiccional encargado de velar por el cumplimiento de las garantías a los efectos de evaluar la legalidad de la medida, lo que aparece regulado en el artículo 237:

«Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.

»Durante el trámite de la audiencia solo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

»El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

»Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar».

La decisión que en este sentido adopte el juez de control de garantías es susceptible de impugnación, de conformidad con lo previsto en el artículo 238 de este propio cuerpo procesal.

Luego de observar la manera en la que los distintos Códigos de procederes reglamentan la diligencia de interceptación de las comunicaciones, es posible discernir notas comunes a la regulación de esta forma de coerción procesal, que se concretan a exigir ciertos requisitos básicos para su materialización, de los que dependerá en última instancia su licitud y posterior eficacia procesal, a saber:

a) Legalidad. En materia de afectación de derechos fundamentales rige de forma plena el principio de reserva de ley, como derivación del principio de legalidad, lo que implica que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar prevista por la ley. En este sentido explica Gimeno Sendra que «un presupuesto común para todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental lo constituye el principio procesal de legalidad».[25]

b) Jurisdiccionalidad. Por afectar un derecho ínsito al *status libertatis*, la realización de esta diligencia procesal está absolutamente regida por el principio de exclusividad jurisdiccional; de modo que se exige un control judicial estricto y efectivo sobre la medida a los efectos de no dejar desprotegido al sujeto pasivo. Ello implica que la realización de tales actos de coerción requieren la aprobación de una autoridad jurisdiscente –ya sea previo a la ejecución o *a posteriori*– la que, por demás, debe estar adecuadamente motivada en relación con el fin que se busca, de modo tal que permita comprender si realmente concurre la debida proporcionalidad entre la afectación del derecho fundamental y la finalidad perseguida.[26]

c) Proporcionalidad. El principio de proporcionalidad opera como un baremo que debe guiar la actuación de quien decide sobre la procedencia de medidas restrictivas, y se traduce en la búsqueda de un imprescindible equilibrio entre el *ius puniendi* estatal y el *ius libertatis* individual, en el marco del inevitable conflicto de intereses públicos y privados. Las intervenciones telefónicas se justifican únicamente cuando resulten útiles y necesarias para la consecución del fin para el que han sido concebidas, siempre que aquel no pueda alcanzarse por otra vía igualmente eficaz que no suponga restricción a derechos fundamentales.[27]

Las notas de proporcionalidad y jurisdiccionalidad encuentran consagración en el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal –Reglas de Mallorca–,[28] instrumento internacional de suma importancia en tanto proclama postulados básicos que intentan armonizar las exigencias de una justicia penal eficaz con el debido respeto de las garantías de las personas cuyos derechos resultan afectados por el proceso penal. Así, se expresa en las reglas décimo séptima y décimo octava, respectivamente, referidas a los medios coercitivos en el procedimiento, que «en relación con las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado»; y asimismo que «solo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona. Si este no es el caso, se preverá un recurso de rápida tramitación ante un tribunal superior».

4.1. Particular referencia a la situación actual de las interceptaciones telefónicas en Estados Unidos[29]

La situación en Estados Unidos dista de la existente en el ámbito europeo y latinoamericano, toda vez que el derecho al secreto de las comunicaciones no es reconocido como derecho independiente en su Constitución Federal, sino como un aspecto más del derecho a la intimidad. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos ha realizado desde principios del siglo XX una intensa labor de interpretación de diversas Enmiendas de su Constitución hasta reconocer que el derecho al secreto de las comunicaciones se halla reconocido por la IV Enmienda de la Constitución Federal.[30]

No obstante, tras los atentados del 11 de septiembre en Nueva York, el Congreso de Estados Unidos aprobó una Ley conocida como la *Patriot Act* –firmada por el presidente de Estados Unidos, George W. Bush en octubre de 2001–, enmarcada dentro del proyecto denominado guerra contra el terrorismo –clarísima manifestación de la tendencia expansionista representada por el denominado Derecho Penal del enemigo–, la cual recorta considerablemente los derechos y libertades civiles de los ciudadanos norteamericanos al permitir, entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones telefónicas y por correo electrónico de los estadounidenses sin autorización judicial previa.

Representantes de numerosas organizaciones civiles y afamados juristas de ese país consideran que muchos preceptos de la *Patriot Act* son inconstitucionales y constituyen un grave ataque a los derechos fundamentales y a las libertades civiles dentro y fuera de Estados Unidos, bajo el pretexto de garantizar la seguridad nacional.

5. La irregularidad de la intervención telefónica. Consecuencias procesales

La vulneración de los requisitos que rigen la intervención telefónica abre paso al debate en torno al complejo capítulo de las ilicitudes probatorias que, según Kai Ambos, constituye uno de los temas de más actualidad y que más preocupación genera; y asimismo pone en evidencia la tensa relación entre el interés por una administración de justicia funcional y eficaz en que se cumpla el fin de esclarecer hechos delictivos, de un lado, y la garantía de los derechos fundamentales del imputado, de otro, que raras veces dejan completamente satisfechas a ambas partes –a la persecución penal y a la defensa–.[31]

El concepto de prueba ilícita tiene una configuración variable. Buena parte de la doctrina distingue entre una concepción restringida de prueba ilícita, que engloba únicamente los supuestos en que aquella es obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales; y una concepción amplia que, amparada en el ideal del debido proceso, entiende que toda infracción de normas relativas a fuentes o medios de prueba penales (cuya finalidad es proteger el derecho de defensa) debe estimarse como prueba ilícita en tanto vulnera el ideal del debido proceso.[32]

En la ciencia procesal española esta distinción se materializa en las nociones de prueba prohibida, entendida como la que se obtiene o practica con infracción de derechos fundamentales, u obtenida mediante métodos expresamente prohibidos por la ley; y prueba irregular, esto es, generada con violación de los requisitos procesales exigidos por la ley, o en contra de los principios que rigen la actividad probatoria (contradicción, inmediación, publicidad, oralidad), siempre que además hubieran provocado efectiva indefensión.[33]

Tomando en cuenta la raigambre constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, habrá que entender, por regla

general, que las diligencias investigativas que lo lesionen deberán reputarse prueba prohibida y, consecuentemente, no podrá ser valorada para fundamentar una sentencia de condena.

Sin embargo, ante la resolución de eventuales conflictos de intereses, habrá que atender al principio de proporcionalidad,[34] que impone a la autoridad encargada de permitir la intromisión en la esfera privada que tome en cuenta, de un lado, la gravedad del acto de coerción que autoriza y, de otro, su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público. Así se deduce del pronunciamiento contenido en la sentencia 202, de 21 de noviembre de 2001, dictada por el Tribunal Constitucional español, que en lo atinente aclaró que «la intervención de las comunicaciones telefónicas solo puede entenderse constitucionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión, si se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso y si se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad; es decir, si su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de ellos», extremos que deberán ponderarse «analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción».[35]

En el caso de los ordenamientos jurídicos que no tengan expresamente regulado este acto de investigación en sus leyes procesales ordinarias, no existe duda alguna de que su aplicación deviene inadmisible y, de verificarse, constituiría un acto radicalmente nulo generador de prueba prohibida.

Sin embargo, otro sería el razonamiento de cara al escenario legal que regule positivamente este acto de coerción procesal. Y ello así porque habría que determinar, atendiendo al caso particular, si la irregularidad ha afectado la esfera sustantiva del derecho fundamental –su núcleo duro–, o si por el contrario solo se han quebrantado las formas procesales que disciplinan la manera de ejecutar el acto de investigación, pues en uno y otro caso los efectos serían distintos. Así, la afectación de la faz sustantiva del derecho originaría una ilicitud calificable de prueba prohibida –por violentar directamente un derecho fundamental– con efectos reflejos hacia aquellas pruebas que, aunque obtenidas o practicadas de forma lícita, aparecen causalmente relacionadas con esta, acarreando su ineficacia y exclusión de conformidad con la doc-

trina de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*);[36] mientras que si la ilicitud está relacionada con la manera de practicar la diligencia, por el incumplimiento de alguno de sus requisitos, sin que ello afecte la esencia del derecho, sino solo las formas procesales que ordenan su práctica, valorables a nivel de legalidad ordinaria, se habrá producido una prueba irregular cuyo efecto se circunscribe a provocar solo la nulidad autónoma del acto defectuoso que ni contamina ni vicia el resto de las pruebas.[37]

6. El secreto de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico cubano. Panorámica constitucional y procesal

La Constitución de la República de Cuba[38] reconoce dentro del Catálogo de derechos, deberes y garantías fundamentales que aparecen compendiados en capítulo VII, el «derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones», las que –según el tenor literal del artículo 57 de la Carta Magna– «solo podrán ser examinadas en los casos previstos por la ley», exigiéndose de este modo un desarrollo legislativo habilitante.

De modo expreso el constituyente reconoce la posibilidad de limitar este derecho fundamental por imperio de la ley; sin embargo, la legislación ordinaria que regula el trámite procesal penal –Ley de Procedimiento Penal–[39] no desarrolla normativamente, como corresponde a las leyes ordinarias, las limitaciones que pudiera sufrir el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones con motivo del interés en la investigación y persecución de hechos que revistan caracteres de delito, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio o la libertad ambulatoria, por ejemplo, cuyas restricciones sí se plasman con meridiana claridad en nuestro Código de procedimiento.[40]

Indudablemente, este escenario de orfandad normativa genera una situación polémica en torno a la licitud de esta diligencia de cara a los principios de legalidad y reserva de ley, que exigen la previsión legal y ulterior desarrollo normativo de toda actividad procesal restrictiva de derechos, más aún si se trata de un derecho con raigambre constitucional como lo es la inviolabilidad de las comunicaciones.

7. Valoraciones en torno a la eficacia probatoria de las certificaciones sobre los registros de llamadas emitidas por ETECSA

Los órganos de la justicia penal tienen el deber de averiguar lo realmente acaecido, y el poder de tomar cuantas medidas conduzcan, con éxito, al logro de tal objetivo. Sin embargo, semejante poder no es ilimitado en tanto no es un principio de nuestra Ley de Procedimiento Penal alcanzar la verdad a cualquier precio.

En la práctica diaria se observa, con relativa frecuencia, que dentro de las diligencias investigativas que se acumulan durante la etapa sumarial con la finalidad de esclarecer el hecho objeto del proceso y la vinculación a él de determinadas personas, se incluyen informes y certificaciones emitidos por funcionarios pertenecientes a la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba (ETECSA) quienes, a partir de la ocupación de un teléfono celular relacionado con el hecho investigado, son requeridos por los órganos encargados de la persecución penal a los efectos de que ofrezcan ciertos datos sobre los procesos comunicativos desarrollados a través de ese móvil, lo que efectivamente se produce a partir de los avanzados medios tecnológicos con que cuentan los especialistas de esta entidad. Se documenta entonces, de forma minuciosa, un grupo de informaciones, a saber: fecha, hora y duración de las llamadas realizadas desde ese teléfono; números a los cuales se llamó, definiéndose su titularidad y, consecuentemente, la posible identidad del receptor de la llamada; contenido de los mensajes de texto enviados desde y hacia el móvil ocupado, etc.,[41] todo lo cual ingresa al proceso por los cauces de la prueba pericial o documental, en su caso.

Luego del estudio del contenido y alcance del derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, así como de los presupuestos y requisitos que deben concurrir para que tenga lugar una limitación legítima a este derecho fundamental, resulta obligado concluir que en tales supuestos se produce una evidente observación telefónica que a la luz de nuestra legislación positiva vigente carece de absoluta legitimidad por varias razones.

El primer lugar porque, al constituir esta diligencia de investigación un típico acto de coerción procesal que compromete un derecho fundamental, la misma debe encontrar correlato en la obligada habilitación legal que exige toda injerencia estatal en el

ámbito de tales derechos, por imperio de los principios de legalidad y reserva de ley,[42] que suponen que toda actividad procesal restrictiva de derechos ha de estar prevista legalmente.

Otras razones, estrechamente vinculadas a la anterior, están relacionadas con el resto de los caracteres habilitantes de este acto de investigación, a saber: la proporcionalidad y la jurisdiccionalidad.

Comoquiera que el juicio de proporcionalidad implica que estas actuaciones invasivas de derechos fundamentales solo se justifican ante determinados hechos de especial gravedad, y siempre que el dato que se pretende obtener por esta vía no sea alcanzable por otra menos gravosa; se constata que, ante la ausencia de regulación legal que fije los límites para la práctica de este medio de investigación, las autoridades que tienen a su cargo el esclarecimiento de los hechos, ordenan su práctica sin atender a estas pautas.

Asimismo se incumple con el principio de exclusividad jurisdiccional que debe informar toda restricción de derechos fundamentales, y que supone que tal diligencia investigativa deba ser dispuesta, o al menos controlada, por una autoridad jurisdiscente toda vez que dentro del esquema procesal son los órganos judiciales los únicos que gozan de imparcialidad; de ahí que en la doctrina se critique con fuerza a aquellas legislaciones que dejan en manos del Ministerio Público las facultades de autorizar actos que puedan comprometer derechos fundamentales, porque si bien es cierto que la Fiscalía es una parte pública, es parte al fin y ello le quita –por propia definición– el carácter objetivo y desprejuiciado que sí ha de caracterizar la actuación de los órganos jurisdiccionales.[43] No obstante, algunos modelos procesales admiten que la Fiscalía pueda ordenar estos actos de coerción ante supuestos de urgencia, siempre que se constate un *periculum in mora*, los que posteriormente requerirán convalidación judicial.

De este panorama normativo se colige entonces que tales informaciones obtenidas mediante la observación o rastreo telefónico constituyen una auténtica prueba prohibida, con los correspondientes efectos de nulidad radical extensibles incluso hacia aquellas pruebas que, aunque obtenidas o practicadas de forma lícita, se relacionen causalmente con esta.

Sirvan, a modo de conclusión, las palabras de Fernández Entralgo, quien resalta la ambivalencia de las normas que regulan la prueba, y nos recuerda que de la misma manera que «sirven a la persecución y castigo del culpable al fijar las condiciones en que

puede obtenerse y aportarse el material probatorio, también constituyen una garantía de la observancia de los presupuestos que configuran el arquetipo del proceso debido».[44]

Notas

1 José Almagro Nosete *et al*.: *El nuevo proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 139. Una exposición detallada, con enfoque epistemológico, sobre la verdad en el proceso penal puede verse en Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 45 y ss.

2 El sistema de enjuiciamiento mixto o acusatorio formal es resultado de las ideas iluministas que tuvieron como corolario político el movimiento revolucionario francés de 1789. Este nuevo modelo de juzgamiento –implementado por el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, obra de Napoleón Bonaparte– combinó las características de los anteriores sistemas, de forma tal que el proceso quedó dividido en dos momentos o fases: una secreta que comprendía la instrucción y otra pública representada por el juicio (*N. del A*.).

3 *Cfr.* José I. Cafferata Nores *et al*.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad-FDCS-UNC, Córdoba, 2004, p. 62; Winfried Hassemer: *Fundamentos del Derecho Penal*, Ed. Bosch, Madrid, 1984, p. 187. Según explica Ferrajoli, existe una interrelación entre las categorías verdad y validez, pues «no es solo la verdad la que condiciona la validez, sino que también es la validez la que condiciona la verdad en el proceso, en tanto se trata, según este autor, de una verdad normativa toda vez que luego de su comprobación definitiva tiene valor normativo, está convalidada por normas y alcanza esta condición solo si es buscada y conseguida con el respeto a las normas. *Cfr.* Luigi Ferrajoli: *Op. cit*., p. 60.

4 Winfried Hassemer: *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Ed. Ubijus, México, 2009, p. 8.

5 Winfried Hassemer: *Op. cit*., p. 9.

6 Según Hassemer, «un procedimiento penal adecuado a un estado de derecho debe lograr una relación bien equilibrada entre el interés en la verdad, por un lado, y la dignidad de los afectados, por el otro; la búsqueda de la verdad no puede ser realizada a cualquier precio». *Cfr.* Winfried Hassemer: *Crítica al Derecho Penal de hoy*, 2da. ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 87.

7 *Cfr.* Winfried Hassemer: *Op. cit*., p. 190; María I. Huertas Martín: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 133; Eduardo Urbano Castrillo: «Prueba ilícita en particular (I)», en: *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 122 y ss. En

sintonía con esta idea, explica el profesor argentino Julio Maier que «la meta absoluta de obtener la verdad histórica está actualmente subordinada a una serie de valores del individuo, que impiden lograrla a través de ciertos métodos indignos para la persona humana [...]. Esta ponderación de valores puede, en ocasiones, impedir la función realizadora del Derecho Penal, que cumple el Derecho Procesal Penal, pues, según se observó, no se trata de alcanzar la verdad a cualquier precio, sino respetando la dignidad de la persona sindicada como autora del comportamiento afirmado como existente, y también la de otras personas que intervienen en el procedimiento o que sufren las consecuencias de los actos procesales». *Cfr.* Julio B. J. Maier: *Derecho Procesal Penal argentino*, t. IB –Fundamentos–, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 218.

8 María I. Huertas Martín: *Op. cit.*, p. 166. En un intento de compendiar los derechos fundamentales especialmente implicados tanto en la investigación como en el curso del proceso penal, la profesora de la Universidad de Salamanca –si bien centrándose en el escenario positivo español– alude al derecho a la integridad física y moral, con la prohibición de tortura o de tratos inhumanos o degradantes; a la libertad ambulatoria y sus restricciones mediante la detención y la prisión provisional, con sus respectivos requisitos habilitantes; el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la inviolabilidad del domicilio; el secreto de las comunicaciones; el derecho de defesa y a la asistencia de letrado; el derecho a ser informado de la acusación formulada; el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; el derecho al silencio –a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable– y el derecho a la presunción de inocencia.

9 *Cfr.* Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: http://www.unicef.cu [Consulta: 7/10/12 2:45 p.m.].

10 Indirectamente la profesora cubana María Milagrosa Díaz Magrans se refiere a este derecho, evaluándolo como una arista del derecho a la intimidad, y lo califica como inherente a la personalidad por constituir un atributo intrínseco a la naturaleza humana que permite la libre realización del hombre dentro de la colectividad. *Cfr.* María Milagrosa Díaz Magrans: «La persona individual», en *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 142 y 143.

11 *Cfr.* Manuel Albaladejo: *Derecho Civil I –Introducción y Parte General–*, Librería Bosch, Barcelona, 2002, pp. 494 y 495. Una explícita definición del contenido del derecho a la intimidad la ofreció el Tribunal Constitucional español en la sentencia 134 de 1999, en la que se expone que «lo que tal precepto

constitucional garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio y pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida». *Vid*. Luis Rodríguez Ramos: *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 3ra. ed., Ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 686 y 687.

12 *Cfr.* Víctor Moreno Catena: «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», en *Revista Poder Judicial*, no. especial II, 1987, p. 155; Jacobo López Barja de Quiroga: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, Madrid, 1989, pp. 153 y 154; José M. Asencio Mellado: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid, 1989, p. 103.

13 *Cfr.* Gonzalo Fernández-Espinar: «El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal», en *Revista del Poder Judicial*, no. 32, 1993, p. 20.

14 Teresa Armenta Deu: «La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)», en *Revista Ius et Praxis*, año 13, no. 2, p. 348.

15 *Vid*. Rafael Gullock Vargas: *Las intervenciones telefónicas –Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–,* Escuela Judicial San Joaquín de Flores, Heredia, 2008, p. 11.

16 Sobre el significado de la coerción procesal como concepto puede verse Alfredo Vélez Mariconde: *Derecho Procesal Penal*, t. I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1982, p. 476.

17 Tomás López-Fragoso Álvarez: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal,* Ed. Colex, Madrid, 1991, p. 12.

18 Jacobo López Barja de Quiroga: *Op. cit*., p. 194.

19 Siguiendo la postura legislativa asumida por Alemania respecto a este particular, se enrumba igualmente Italia (*cfr.* art. 15 de la Constitución italiana en relación con los arts. 266-271 del Código de Procedimiento Penal italiano); y asimismo Holanda, Bélgica y Portugal.

20 Juan Montero Aroca y Juan L. Gómez Colomer: *Leyes Procesales Penales*, 4ta. ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 165.

21 Los arts. 203 y 205 del Código Procesal Penal de Guatemala permiten la interceptación de las telecomunicaciones cuando resulten útiles para la averiguación, la que será ordenada fundadamente por un juez; salvo en los casos de flagrancia, en los que el Ministerio Público podrá ordenarla, pero sujeta a rati-

ficación jurisdiccional dentro de los tres días posteriores. *Cfr.* Código Procesal Penal. Congreso de la República. Decreto 51-92 de 7 de diciembre de 1992.

22 El Código Procesal Penal de la nación argentina reconoce la posibilidad de interceptación de comunicaciones telefónicas como acto de investigación en el art. 236, estableciendo que «el juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedirlas o conocerlas» y que «bajo las mismas condiciones, el juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él». Asimismo, y de modo excepcional, se permite que «en las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los arts. 142 bis y 170, o que tramiten en forma conexa con aquellas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del Ministerio Público Fiscal, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él». *Cfr.* Francisco J. D´Albora: *Código Procesal Penal de la nación*, 7ma. ed., Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 358.

23 Ley 406 dictada por la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua en fecha 13 de noviembre de 2001.

24 Pedro D. Berdugo Saucedo: *Código de Procedimiento Penal de Colombia*, publicado por el Proyecto de Fortalecimiento del sector Justicia para la reducción de la impunidad en Colombia, Bogotá, 2008, pp. 213-214.

25 Vicente Gimeno Sendra: «La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas», en *El notario del siglo XXI*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, no. 39, sept.-oct., 2011.

26 Apartado E, referido a los medios coercitivos.

27 La doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español ha configurado el principio de proporcionalidad en sentido amplio, comprensivo de un catálogo de reglas que deben informar toda limitación de derechos fundamentales, dentro de las que se incluyen incluso las notas de legalidad y jurisdiccionalidad explicadas. Tal delimitación del indicado principio puede encontrarse en las sentencias 54 de 1996 y 184 de 2003, dictadas ambas por el Tribunal Constitucional español en las que se reseñan las siguientes reglas informadoras del principio de proporcionalidad: 1) previsión legal de la medida; 2) idoneidad de la medida para la consecución de los fines que la justifican; 3) necesidad de la misma en cuanto la evidencia no se pueda obtener por medio de otros medios con menor carga; 4) que entre la lesión del derecho fundamental y la finalidad

perseguida exista una justificación del sacrificio seria; y finalmente, 5) que la medida ordenada por la autoridad judicial se base en buenas razones justificativas y exteriorizadas que pongan de relieve la concurrencia de los anteriores presupuestos. *Vid*. Teresa Armenta Deu: *Op. cit*., p. 348.

28 Las Reglas de Mallorca son expresión de sucesivas sesiones de trabajo desarrolladas en Palma de Mallorca por un grupo de expertos entre 1990 y 1992, bajo el auspicio de la subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena, y el Gobierno Balear; y constituye el referente universal de un sistema procesal penal expresivo de un Estado de Derecho. Disponible en: www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.html [Consulta: 9/11/12 12:45 p.m.].

29 Para un análisis más detallado del ordenamiento jurídico de Estados Unidos, puede consultarse Blanca Rodríguez Ruiz: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 20 y 22 y 33-39.

30 La IV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, la cual había sido interpretada tradicionalmente en el sentido que el bien jurídico protegido era el derecho a la propiedad privada, prescribe: «No se violará el derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, arrestos y embargos irrazonables, ni se librará al respecto ningún mandamiento sin probabilidad fundada, apoyado por juramento o declaración formal, y sin descripción minuciosa del lugar a registrar y de las personas o cosas que deben ser arrestadas o embargadas». *Cfr.* Blanca Rodríguez Ruiz: *Op. cit*., p. 34.

31 *Apud*. Kai Ambos: «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán», en *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 327.

32 Siguen esta línea de pensamiento Jacobo López Barja de Quiroga: *Op. cit*., p. 83; Hernando Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5ta. ed., Víctor P. de Zabalía Editores, Buenos Aires, 1981, p. 539.

33 *Cfr.* Teresa Armenta Deu: *Op. cit*., pp. 355 y 356; María I. Huertas Martín: *Op. cit*., p. 133.

34 La doctrina y la jurisprudencia españolas ha entendido que el principio de proporcionalidad, si bien no está reconocido de forma expresa en la Constitución, sí resulta inherente al Estado de Derecho, del valor de la justicia, y del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos. *Cfr.* Anna Marco Urgell: *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)*, Trabajo de Investigación de Doctorado, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, febrero de 2008, p. 128.

[35] Citada por E. Perales Ascensión: *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 33.

[36] Esta posición –de origen anglosajón– ha sido asumida como regla general por la jurisprudencia española a partir del contenido del art. 11.1 de la Ley de Organización del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (LOPJ) –«no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»–, ha sido desarrollada por diferentes pronunciamientos judiciales, dentro de los cuales cabe destacar el que se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo Español de 20 de abril de 1997, en la que se reconoce expresamente que el precepto antes mencionado recoge la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y su efecto reflejo; la cual tiene como fin «otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (*Deterrence effect*). Sobre el alcance del referido precepto de la LOPJ se aclara en esta misma resolución que «alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior ("directa o indirectamente"), pues solo de ese modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la LOPJ) jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir prueba diferente (pero derivada), con prueba independiente (sin conexión causal)». Tomada de Huertas Martín, María I.: *Op. cit.*, p. 159. No obstante, frente a esta doctrina anglosajona de los frutos del árbol envenenado, de naturaleza causalista, se han desarrollado tesis atemperadoras que aconsejan solucionar el caso concreto tomando en cuenta para ello el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, así como el sujeto pasivo de la vulneración, con la finalidad de evitar la aparición de auténticas bolsas de impunidad. Entre estos criterios atemperadores, matizados por la teoría de la imputación objetiva, cabe mencionar: las teorías de la conexión de antijuricidad, del descubrimiento inevitable, del nexo causal atenuado, de la fuente independiente y de la buena fe del transgresor. *Cfr.* Teresa Armenta Deu: *Op. cit.*, p. 357.

[37] Sobre la inaplicabilidad del efecto reflejo o efecto dominó en los supuestos de prueba irregular, *cfr*. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre: «Validez de la prueba con referencia al atestado, sumario y juicio oral», en *Planes provinciales y territoriales de formación año 1992. Recopilación de ponencias y comunicaciones*, vol. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 1196.

[38] *Cfr*. 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.

[39] *Cfr*. Ley 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.

[40] Así, los arts. 215 al 227 de la Ley de Procedimiento Penal disciplinan el modo de practicar la diligencia de registro domiciliario; de la misma manera que los arts. 243, 245, 251, 252, 253 y 254 regulan la forma y los casos en que una persona puede ser privada de su libertad con motivo de la tramitación de un proceso penal.

[41] Sobre este particular hubo de pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 2 de agosto de 1984 (caso *Malone);* y al respecto razonó que si bien el mecanismo técnico del que se sirven las empresas de comunicación para relacionar las llamadas y facturar a sus clientes (*comptage*) no implica interceptación de la comunicación, no debe soslayarse que en los listados figuran datos, como los números de los teléfonos de destino, que son parte integrante del proceso de comunicación telefónica, entendiendo en consecuencia que dicho sistema afecta al art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no siendo posible disponer de los mismos sin consentimiento de su titular. *Apud*. Francisco A. Bañuls Gómez: «Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente». Disponible en: http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200702-981932563274752514.html [Consulta: 4/9/12 8:46 p.m.].

[42] Según Zaffaroni, «la legalidad penal se completa con el llamado principio de reserva», de modo tal que «legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno». *Vid*. Eugenio R. Zaffaroni: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 112.

[43] La evolución del proceso penal, enrumbado cada vez más por los senderos del modelo acusatorio adversarial, se aleja de la concepción original propia del sistema inquisitivo reformado que, como apunta Bovino, consolidó un Ministerio Público definido «más que como parte en el procedimiento, co-

mo órgano de persecución objetivo e imparcial, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el derecho penal material, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado»; de modo que el denominado principio de objetividad fiscal resulta incompatible con un modelo adversarial en el que cada parte representa un interés concreto frente a un tercero imparcial (juez). *Cfr.* Alberto Bovino: *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 29-30; Carolina Ahumada: «El fin del principio de objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal». Ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 2011. Disponible en: http://ebookbrowse.com/carolina1-pdf-d257549637 [Consulta: 6/11/12 10:22 a.m.].

[44] Jesús Fernández Entralgo: «Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida», en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 171.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Ahumada, Carolina: «El fin del principio de objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal». Ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 2011. Disponible en: http://ebookbrowse.com/carolina1-pdf-d257549637 [Consulta: 6/11/12 10:22 a.m.].

Albaladejo, Manuel: *Derecho Civil I –Introducción y Parte General–*, Librería Bosch, Barcelona, 2002.

Almagro Nosete, José *et al.*: *El nuevo proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

Armenta Deu, Teresa: «La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)», en *Revista Ius et Praxis*, año 13, no. 2, pp. 345-377.

Asencio Mellado, José M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Edi. Trivium, Madrid, 1989.

Bañuls Gómez, Francisco A.: «Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente». Disponible en http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200702-98193256-3274752514.html [Consulta: 4/9/12 8:46 p.m.].

Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón: «Validez de la prueba con referencia al atestado, sumario y juicio oral», en *Planes provinciales y territoriales de*

formación año 1992, Recopilación de ponencias y comunicaciones, vol. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

Berdugo Saucedo, Pedro D.: *Código de Procedimiento Penal de Colombia*, publicado por el Proyecto de Fortalecimiento del sector justicia para la reducción de la impunidad en Colombia, Bogotá, 2008.

Bovino, Alberto: *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

Cafferata Nores, José I. *et al.: Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad-FDCS-UNC, Córdoba, 2004.

D´Albora, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la nación*, 7ma. ed., Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

Devis Echandía, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5ta. ed., Víctor P. de Zabalía Editores, Buenos Aires, 1981.

Díaz Magrans, María Milagrosa: «La persona individual», en *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

Fernández Entralgo, Jesús: «Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida», en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

Fernández-Espinar, Gonzalo: «El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal», en *Revista del Poder Judicial*, no. 32, 1993.

Gimeno Sendra, Vicente: «La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas», en *El notario del siglo XXI*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, no. 39, sept.-oct., 2011.

Gullock Vargas, Rafael: *Las intervenciones telefónicas –Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–*, Escuela Judicial San Joaquín de Flores, Heredia, 2008.

Hassemer, Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*, Ed. Bosch, Madrid, 1984.

––––: *Crítica al Derecho Penal de hoy*, 2da. ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

––––: *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Ed. Ubijus, México, 2009.

Huertas Martín, María I.: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999.

Kai Ambos: «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán», en *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

López Barja de Quiroga, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, Madrid, 1989.

López-Fragoso Álvarez, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1991.

Maier, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal argentino*, t. IB –Fundamentos–, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996.

Marco Urgell, Anna: «Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)», Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2008.

Montero Aroca, Juan y Juan L. Gómez Colomer: *Leyes Procesales Penales*, 4ta. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Moreno Catena, Víctor: «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», en *Revista Poder Judicial*, no. especial II, 1987.

Perales, Ascensión E.: *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

Rodríguez Ramos, Luis: *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 3ra. ed., Ed. La Ley, Madrid, 2009.

Rodríguez Ruiz, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

Urbano Castrillo, Eduardo: «Prueba ilícita en particular (I)», en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

Vélez Mariconde, Alfredo: *Derecho Procesal Penal*, t. I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1982.

Zaffaroni, Eugenio R.: *Derecho Penal, Parte General,* 2da. ed., Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2002.

Fuentes legales nacionales

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 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.

Fuentes legales extranjeras

Declaración Universal de los Derechos Humanos, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal. Reglas de Mallorca. 1990-1992.

Constitución de la República italiana, promulgada el 27 de diciembre de 1947.
Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; con las modificaciones introducidas por la L.O. 4/1988, de 25 de mayo.
Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), de 1 de febrero de 1877.
Código de Procedimiento Penal italiano de 1988. Ley 81/1987, de 16 de febrero.
Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Ley 23.984 del Congreso Nacional, de 21 de agosto de 1991.
Código Procesal Penal de Guatemala. Decreto 51-92 del Congreso de la República, de 7 de diciembre de 1992.
Código Penal español, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
Código Procesal Penal de Nicaragua. Ley 406, dictada por la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, de 13 de noviembre de 2001.
Código de Procedimiento Penal de Colombia. Ley 906, dictada por el Congreso de la República, de 31 de agosto de 2004.

Algunos apuntes sobre la doble conformidad en Cuba

Maricela Sosa Ravelo

Introducción

Los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, la libertad, la igualdad de todos los ciudadanos ante ley deben estar eficientemente protegidos dentro del ámbito del Derecho Penal y materializados a través de las garantías procesales dispuestas para cada uno de los sujetos intervinientes, en el que se tutelan los intereses estatales y de los ciudadanos, ya sea en condición de acusado o de perjudicados, los que a su vez deben estar respaldados por el fortalecimiento de instrumentos jurídicos idóneos para su protección y aseguramiento de su ejercicio.

En la amplia concepción del debido proceso se prevé la recurribilidad de las sentencias, de manera que el acusado que haya sido encontrado culpable por un tribunal de primera instancia pueda impugnar tal decisión ante otros jueces de superior jerarquía, con capacidad para anular ese fallo. Tal posibilidad ofrece la garantía de una decisión más certera por parte del órgano judicial y, a la vez, le brinda la confianza necesaria de que puede alegar ante otro tribunal las presuntas infracciones o quebrantamientos que considere fueron cometidos en su caso y conseguir la subsanación de estos, de resultar con lugar su petición.

La doble conformidad procura que el condenado se beneficie de un procedimiento judicial que haya agotado todas las posibilidades legales para demostrar que en efecto es responsable del hecho imputado, y que la decisión se ajusta a lo establecido en las normas penales de índole material y procesal, por lo que el modo de lograrse es mediante los recursos.[1]

Para entenderse cumplida esta garantía, es necesario, por lo menos, que contra todas las sentencias condenatorias se pueda establecer recurso que permite la revisión lo más amplia posible, la que se extiende no solo a las cuestiones de Derecho, sino también a las fácticas, con eliminación de trabas y cuestiones formales que hagan inaccesible su acceso ante un tribunal superior.

En el régimen de los recursos en Cuba existen incongruencias en la norma procesal que pueden dar lugar en el procedimiento ordinario a la vulneración del doble conforme; la primera de ellas, a pesar de que tanto en el procedimiento ordinario, competencia de los tribunales municipales y provinciales imperan los mismos principios y preceptos legales, se establece como distinción que en las sentencias dictadas por los primeros se puede interponer recurso de apelación, y contra la de los segundos, casación, con las limitaciones que este tiene de no permitir la revisión integral de la resolución, y por otra parte, para las sentencias de este propio órgano prevé el recurso de apelación cuando la sanción es de pena de muerte o esta se haya solicitado, lo que denota una falta de coherencia y de sistemática en ley.

Dentro de la literatura consultada, se verifica la opinión mayoritaria sobre los presupuestos que deben caracterizar la nueva imagen de la casación penal para entender el cumplimiento del doble conforme; sin embargo, en ocasiones se soslaya la posición de los jueces al momento del resolver el recurso y de la presencia de medios técnicos en las salas de juicio que permitan su filmación, como forma también efectiva del contribuir a la observancia del objeto de nuestro estudio, lo que se demostrará a partir de la propia práctica judicial cubana.

Para entender el tema es necesario dejar definido qué se entiende por doble conformidad judicial.

Para Mendoza,[2] la doble condena conforme o doble conformidad con la condena no es otra cosa que la posibilidad o seguridad de poder obtener en dos ocasiones distintas la reafirmación de la pena impuesta, como garantía indispensable para la ejecución penal. Por consiguiente, la doble conformidad judicial solo se puede lograr mediante recursos eficaces.

De acuerdo con Maier,[3] la doble conformidad se desenvuelve como una garantía para poner en marcha la instancia de revisión, y requerir así la verificación de la doble conformidad. En términos de «dos veces el mismo resultado = gran probabilidad de acierto en la solución», y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o

tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa de otorgar, durante el proceso, la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

De modo que la doble conformidad judicial es el derecho que tiene toda persona condenada a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior al que se la impuso, cuando se encuentra inconforme con los pronunciamientos del tribunal que lo sancionó, como condición garantía del derecho de defensa antes de proceder a la ejecución de la condena. Es obtener dos veces el mismo resultado como instrumento de protección del condenado contra la potestad punitiva del Estado.

1. Aspectos polémicos puntuales de la doble conformidad en Cuba

El recurso de casación ha sufrido modificaciones a lo largo de toda la historia legislativa en Cuba en lo relativo a la flexibilización de los aspectos formales y a la admisibilidad en favor del doble conforme, pero no ha sido así en el contenido de sus causales; sin embargo, ha acontecido una evolución en la interpretación de estas, que ayuda a disminuir las restricciones de la norma a la garantía de la doble conformidad, la que a continuación creemos oportuno esbozar someramente.

Un cambio sustancial en el rastro de lo juzgado, de la mano del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y sus jueces

En las distintas leyes anteriormente analizadas, el control amplio de los hechos y las pruebas históricamente se han permitido en los asuntos contra los cuales se puede establecer recurso de apelación y, no obstante, a los límites que en este sentido presenta el recurso de casación, a medida que el proceso penal ha sido enriquecido y actualizado por disposiciones del Consejo de Gobierno, ha permitido darle nuevos alcance a la casación. Para poder aden-

trarnos en tal análisis es imprescindible hacer referencia a la evolución acontecida en torno a la valoración de la prueba en nuestro país y la introducción de la obligatoriedad de dejar registros escritos del acto de juicio oral al constituir premisas esenciales, para lograr un mayor alcance en la revisión de la sentencia del tribunal de instancia y el acusado pueda establecer con mayor efectividad el derecho de defensa.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, que estuvo en vigor hasta 1973, y la de Procedimiento Penal vigente, en los artículos 741 y 357, respectivamente, se pronuncian sobre la íntima convicción, al establecer que el tribunal dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio oral; sin embargo, ambas legislaciones son omisas en la regulación expresa de otras exigencias y garantías, tales como la exclusión de las diligencias probatorias que se realizan por la instrucción penal, por no constituir actos de prueba; la obligatoriedad de registrarse en acta lo acontecido en el acto de juicio oral; la prohibición de aprovechamiento en el razonamiento fáctico de la sentencia de la prueba prohibida; la obligación del tribunal de motivar la prueba y en las causales de casación no se autoriza a las partes a impugnar la resolución definitiva cuando estimen vulnerados estos requerimientos.[4]

En lo que a la motivación de las sentencias respecta, no existió en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni en la ley vigente, precepto que obligue al juzgador en tal dirección; esto condicionó que durante mucho tiempo los jueces no estuvieran obligados a colocar en su resolución los elementos relativos al proceso mediante el cual llegaban a la convicción de la probanza del hecho punible, lo que dio lugar a la imposibilidad de su control en casación porque, al no constar la motivación en la sentencia y en los registros escritos de lo acontecido en el acto de juicio oral, no le era posible percatarse de que el juez de instancia no ha actuado en la valoración de la prueba dentro de los parámetros de la lógica y la razón en consecuencia, porque lo que operaba es el principio de la íntima convicción.[5]

En ese entonces eran entendibles los pronunciamientos reiterados de la desaparecida Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba, en las que se rechaza el cuestionamiento de hechos y de la prueba, entre ellas las sentencias 20 de 7 de febrero; 44 de 18 de marzo; 119, de 25 de septiembre, (todas de 1941); 28, de 13 de febrero; 66 de 12 de mayo; 99, de 21 de julio de 1942).[6]

En 1985 entró en vigor el Acuerdo 172 de 25 de noviembre del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, por el que se comenzó a exigir la consignación en el acto del debate de los «extractos de las declaraciones ante el tribunal de todos los acusados, testigos y peritos, la motivación fáctica de la sentencia y la exclusividad y correspondencia del fallo con los elementos probatorios obtenidos en el juicio oral y consignados en el acta».

Entre los fundamentos que utilizó para su adopción estaban la necesidad de registrar lo acontecido en la audiencia oral, porque de lo contrario no tendría existencia más que en la memoria, más o menos propensa al olvido de cada miembro del tribunal, aparte de impedir toda comprobación posterior; en cuanto a la sana crítica y la motivación de la sentencia, dijo: «El principio de prueba libre, si bien no sujeta al tribunal a ninguna predeterminada regla de valoración, no implica que pueda este resolver a su capricho, sin seguir las reglas de la lógica y la razón, ni en particular que esté exento de dar cuenta o argumentar su decisión [...] si para declarar un hecho probado, se requiere, bajo el sistema de la prueba libre, el pleno convencimiento del tribunal este debe ofrecer el fundamento del mismo, o sea, las razones por las cuales acoge unas pruebas, incluso las indiciarias, y rechaza otras»,[7] y respecto a la exclusividad de la práctica de los medios de prueba en el juicio oral, expresó que la ley dispuso que fuera en esta fase y no en otras etapas del proceso.

En este sentido llama la atención Montero de que prueba libre no es igual a prueba discrecional, ya que en el primer caso el juez tiene que precisar las máximas de la experiencia que ha utilizado y desde las que ha llegado a su conclusión probatoria, bajo el imperio de la sana crítica.[8]

Roxin[9] comenta que el artículo 274 del Código Procesal Penal alemán establece que la observancia de las formalidades previstas para el juicio oral solo puede ser probada por el acta, considerando que este precepto hay tanto una presunción probatoria positiva, todo lo que consta en el acta vale como sucedido, como negativa vale como no sucedido aquello que no está asentado en el acta. Contra el contenido del acta relativo a esas formalidades, únicamente es admisible la demostración de falsedad.

El Acuerdo 172 de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular abrió la posibilidad de un control exoficio por parte del tribunal superior sobre la resolución que ha sido impugnada, y el cual no está sujeto a las causales que le franquean a la

partes su derecho a la impugnación, y si bien el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Penal es cuestionado desde otras aristas, en el tema que nos ocupa ha sido de gran importancia la posibilidad de este control de oficio, porque ha servido como medio adicional de corrección de la actuación del tribunal de instancia por su incumplimiento de lo dispuesto en la mencionada Instrucción por la vulneración de garantías que le obliga consignar los elementos tenidos en cuenta en la valoración de las pruebas practicadas.

En este sentido, Arranz ha expresado que el establecimiento de la sana crítica suplantando los sistemas regidos por la íntima convicción surgió para poner coto a la arbitrariedad judicial, al obligar a los tribunales a motivar sus resoluciones, con lo que se hace posible controlar la razón de su convicción, presumiblemente conformada sobre la base de las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos, esencialmente. Se intenta con ello destronar el subjetivismo judicial, remplazándolo por la objetivación de la verdad.[10]

Las modificaciones introducidas por el referido acuerdo a la sentencia penal y al acto de juicio oral ha permitido, en determinados casos, que los jueces controlen de manera más amplia las sentencias del tribunal de instancia; sin embargo, la posición no ha sido uniforme a lo largo de estos años. Por ejemplo, la sentencia 1906 de 5 de junio de 1987 acogió con lugar recurso de casación por quebrantamiento de forma (artículo 70.4), con los argumentos siguientes:[11]

> «La sentencia objeto de examen, aunque declara probados los hechos constitutivos de un delito de abuso lascivo cometido en la persona del menor, el material histórico que sirve de base para estructurarlo se encuentra debilitado por el deficiente aporte probatorio de la menor víctima del hecho, y resulta necesario que el mismo se esclareciera de forma tal que el tribunal tenga una base sólida satisfactoria para declarar la existencia del delito de abusos lascivos, pues solo se tiene por referido ante el tribunal por la menor que fue víctima de un acto de maldad del acusado; mas esta expresión por sí sola tiene un valor conceptual de algo malo y al ser referida por una menor de seis años es muy imprecisa en lo que quiere decir».

Estos pronunciamientos sobre el alcance del apartado cuarto del artículo 70 no ha sido uniforme por los criterios jurisprudenciales, porque contrario a esta sentencia, existen otras en las que se ha de-

clarado que es manifiestamente improcedente el recurso, porque alegándose que la sentencia es oscura y contradictoria, lo que objeta es el hecho probado y la apreciación de la prueba por parte del tribunal *a quo,* y ello vulnera los principios que informan la casación, y que no es factible atacar el resultado probado de la sentencia,[12] criterio con el que coincide Rivero,[13] al considerar que la oscuridad manifiesta en la causal antes mencionada no da pie a la discusión de la convicción de la Sala ni al cuestionamiento de la convicción.

Además, en otros casos se resuelve de diferente manera al rechazar la pretendida oscuridad, bajo el blasón de la imposibilidad de cuestionar los hechos por la parte, y se acude por el juzgador a la opción que brinda el artículo setenta y nueve de la ley de trámites: la casación de oficio, con idéntica apreciación del contenido de la infracción, pero bajo distinta forma. Esta solución, según Quintero, resulta eufemística y pretende, sencillamente, mantener incólumes las bases teóricas de la casación adoptada, colocando al tribunal en una posición activa que no tiene por qué asumir si ya el agraviado lo hizo, como en puridad debía ser, a fin de mantener la imparcialidad judicial.[14]

En este punto, también hay que hacer un alto sobre la interpretación del alcance del apartado sexto del artículo 70 de la Ley de Procedimiento Penal que, por décadas, se consideró que estaba destinado solo para denunciar las incongruencias por exceso, específicamente cuando se sancionara por un delito más grave que el que haya sido calificado por la acusación; apreciadas circunstancias agravantes no comprendidas en esta, o calificado la participación de un acusado en concepto que lleve consigo mayor gravedad que el que la acusación haya sostenido; agravar el concepto de la acusación o en cuanto al grado de realización del delito, o la imposición de una sanción más grave que la solicitada por la acusación, sin haberse hecho uso de la fórmula reglamentada en el artículo 350.

Tal y como anteriormente fue comentado, el artículo 357 también regula la obligación del tribunal de dictar sentencia conforme a las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, y ya contar las actuaciones con los registros de lo acontecido en ese momento procesal, e incluso, el propio acuerdo establece la obligación de disponer la casación de oficio cuando se vulnere de conformidad con el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Penal.

En el respeto de la base fáctica de la sentencia no puede predominar la defensa a ultranza de este, sino que tiene que ser reflejo de las pruebas practicadas en el acto de juicio oral con la obser-

vancia de los principios procesales de inmediación, concentración, contradicción y publicidad; de lo contrario, el tribunal superior deberá anular la sentencia del tribunal de instancia, ya sea por el apartado 6 del artículo 70 de la Ley de Procedimiento Penal, si la parte lo denunció, o de oficio por el artículo 79, porque el hecho probado con infracción de ese presupuesto no puede prevalecer por sobre la razón, lo moral y lo justo.

La Sentencia 340, de 29 de febrero de 2016 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de Cuba,[15] se acogió recurso de casación por incongruencia de la sentencia con la prueba practicada en el acto de juicio oral, con los argumentos siguientes:

> «Realmente, de su contenido se advierte que la falta de mayor relevancia que se denuncia es la incongruencia entre el resultado de la prueba practicada, según consta del acta de juicio oral, y el hecho que se estimó probado, por lo que debió esgrimirse el ordinal sexto del mencionado precepto legal; y es que la perjudicada señaló el horario de ocurrencia de la sustracción del ciclo, el que inicia la novela; sin embargo, el tribunal fija la ocurrencia del hecho sobre las ocho de la noche, de manera que no hay coincidencia en el tiempo, más aún cuando dos testigos de descargos ubican al acusado junto a ellos en el momento de inicio de la novela y hasta su final, y es de todos conocidos que sobre las ocho de la noche lo que transmite la televisión es el noticiero nacional, y la novela comienza a las nueve; por otra parte, se argumenta que la huella de olor levantada no guarda relación con el organopónico, y es este indicio el que permite corroborar el dicho de la perjudicada; sin embargo, del propio relato fáctico consta que el acusado estaba cumpliendo su función de custodio de ese lugar, y la huella se tomó próximo al frente del organopónico, de modo que no se explica por qué es extraño que sus pisadas se ubiquen en esos alrededores. Por otra parte, no se describe en qué consiste la escasa iluminación de la zona, pues siendo así, ¿cómo permitió identificar al comisor?, ¿fue solo por las ropas?, las que por demás, tampoco describió la perjudicada, limitándose a exponer que llevaba la misma vestimenta cuando fue detenido, lo que es impreciso y oscuro, porque no explica si pudo reconocerlo por el rostro. Tampoco se determinó si en el tiempo que transcurrió desde que D. A.

culminó su jornada laboral y estuvo en el lugar de expendio de cerveza, hasta que se dirigió a su casa, pasó en algún momento por esa dirección o vio en ese lapsus de tiempo al acusado, aspecto importante para conocer si el dato de la vestimenta es realmente relevante. Por toda esta falta de correspondencia entre la prueba y el hecho es que debemos acoger el único motivo del recurso».

El controvertido artículo 79 le ha permitido al tribunal superior restablecer garantías procesales de los acusados vulnerados por el tribunal de instancia, desde haberse dictado sentencia con menor número de jueces,[16] según lo regulado en la Ley de Tribunales Populares, incumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 342 de la Ley de Procedimiento Penal, como excepcionalidad a la inmediación con la prueba y su práctica en el acto de juicio oral, ausencia de motivación sobre las pruebas que determinaron la culpabilidad del acusado, falta de correspondencia entre el acto de juicio oral y sentencia.

En la sentencia 2926, de 20 de julio de 2008, de la Sala de lo Penal del TSP,[17]anuló de oficio la sentencia del tribunal de instancia por incumplir con la obligatoriedad de determinar terminantemente cuál o cuáles fueron las pruebas que tuvo en cuenta para determinar la responsabilidad del acusado, y en tal sentido se pronunció:

> «Es necesario que la Sala de instancia exprese terminantemente cuál o cuáles fueron las pruebas que tuvo en cuenta en el caso en examen para afirmar, de manera categórica, que el acusado ORM fue la persona que sacrificó la res, teniendo en cuenta que los restos de la misma fueron encontrados a las siete de la mañana del día siguiente de la sustracción; que no se efectuaron diligencias de instrucción encaminadas a relacionar actos realizados por el acusado tendentes al sacrificio de la res, puesto que en el lugar del suceso no se recogieron muestras ni se hizo registro domiciliario en la residencia del acusado, por lo que no fue ocupado ningún medio o cosa vinculante con la muerte del animal».

La sentencia 574 de veintiséis de mayo de dos mil quince, de la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado,[18] dispuso restablecer la garantía de la práctica de las pruebas con cumplimiento de los principios de inmediación:

«Que el tribunal de conocimiento está obligado a practicar toda la prueba que sea útil para esclarecer el objeto del proceso, lo que presupone el cumplimiento de las garantías que franquea el ordenamiento, entre los que sobresale, por su importancia, el derecho a la defensa efectiva que se vincula, además, con otros no menos importantes, como son la inmediación y la contradicción que se produce en el juicio oral como consecuencia de la práctica de los medios probatorios. En este asunto, los jueces utilizaron sin justificación alguna la posibilidad que excepcionalmente franquea el artículo 342 de la Ley de Procedimiento Penal, al reproducir en juicio, a su amparo, la declaración del testigo víctima de los hechos FYLP, que resulta importante para la convicción judicial y puede aportar elementos muy esclarecedores al proceso, sobre quien se informó por el tribunal que se encuentra fuera del territorio nacional, estatus que no está debidamente documentado en el proceso, y que solo puede certificarse por la autoridad competente del Ministerio del Interior, que es la Dirección de Identificación, Inmigración y Extranjería. Además, no se comprende esa decisión porque consta a fojas 32 del rollo de la causa una diligencia de citación que se practicó con la hermana del acusado el 3 de octubre de 2014, fecha muy cercana al día del señalamiento, y no se comunicó que estuviera en el extranjero. Ante tal situación de quebrantamiento de garantías procesales y por la importancia que reviste escuchar a ese testigo en el juicio oral, se decreta la casación de oficio de la sentencia».[19]

La nueva óptica de los fines de los recursos y su expresión como garantía instrumental del derecho de defensa y la exigencia del doble conforme demanda que, sin transgredir la ley, se busque desde nuevas perspectivas e interpretaciones la necesidad de imponer los fines dikelógicos, con lo que se fortalece la justicia y se protegen derechos fundamentales del individuo, porque la estructura racional de la prueba no está sujeta a la inmediación del tribunal de instancia, de manera que el tribunal de casación está en igualdad de condiciones que el *a quo*.

El análisis de la estructura racional de la prueba supone el examen de la motivación de la sentencia, y constituye garantía ciuda-

dana frente al ejercicio arbitrario del poder judicial, porque el juez es libre para valorar, pero no libérrimo en su juicio, está obligado a motivar su convicción.[20]

De acuerdo a Quintero, no puede negarse la existencia de la posibilidad de entrar en el análisis de la convicción del tribunal juzgador a partir de la debida documentación del proceso (acta) y de la motivación de la sentencia. Por supuesto, esta opción facilita el cuestionamiento fáctico, en tanto si es ilógica, irracional y alejada de la experiencia y la ciencia, es la construcción del razonamiento histórico; se están cuestionando los hechos, aunque el nivel de solución quede en manos del tribunal de instancia. Transitivamente un error procesal redunda en error de hechos, rompiéndose con la intangibilidad del resultando probado del instrumento sindicado.[21]

En atención al análisis teórico realizado se ha demostrado que el examen de la estructura lógica del hecho y su motivación no constituye vulneración a los principios del juicio oral, y ante el recibo en las salas de justicia que atienden la materia penal en el Tribunal Supremo Popular recursos de casación en los que la oscuridad denunciada guarda relación con la construcción arbitraria de los hechos, constatándose del acta de juicio oral que las ausencias tienen por causa la falta de indagación en el acto del juicio oral o que el análisis de la prueba riñe con los principios de la lógica, la ciencia y la razón, subyaciendo, tras la formalidad, un motivo sustancial.

En opinión mayoritaria del Colegio de Jueces de la materia penal del Tribunal Supremo Popular de 2011, consideró que por su trascendencia a la justicia del caso no puede pasar inadvertida por los que resuelven el recurso el cuestionamiento de la estructura lógica de los hechos y de la motivación, por iniciativa judicial extralegal, con ganancia para la justicia concreta, posición que se aprecia en la sentencia 2975 de 8 de agosto de 2011, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular que se pronunció en el sentido siguiente:

> «Constituye obligación del juzgador narrar los hechos probados con claridad suficiente para permitirle al acusado articular su defensa en igualdad de condiciones con la otra parte, dando cumplimiento a las reglas del debido proceso y a lo dispuesto en el artículo cuarenta y cuatro de la Ley de Procedimiento Penal; proceder que no se respetó en la causa que examinamos, pues sobre aspectos de innegable importancia por su trascendencia a la calificación y al

fallo, la Sala hizo *mutis* dejando en estado de indefensión al recurrente, como ocurre al no relatarse las razones por las que OG llegó a su casa cuando sacrificaban en su domicilio el animal en cuestión, ni el conocimiento que previamente tenía sobre el particular y el grado de acuerdo existente, si existía. Tampoco se consignan las ventas realizadas por dicho inconforme, lo que aporta el sustento material de uno de los delitos por los que se le sanciona, ni la conducta del acusado, haciéndose referencia exclusivamente a sus antecedentes penales. Si a lo dicho sumamos que del análisis del acta del juicio oral no constan los elementos de prueba que permiten asegurar que el recurrente participó en los delitos de sacrificio ilegal de ganado mayor de los apartados primero y segundo, en tanto ninguno de los acusados ni los testigos lo involucran; él no declara, ratificando lo de fase, y en la fase investigativa realiza tres declaraciones, en unas negando y en otras aceptando, pero en estas últimas declarando solo haber llegado y haber visto sacrificando al animal en su patio, por lo que le dieron carnes en pago; sin que se haya razonado por el juzgador en el segundo de los resultandos su convicción, particulares que hacen imposible controlar por el tribunal de casación el proceso intelectual seguido por la Sala para arribar a conclusión, incumpliendo con la sana crítica a la que obliga el acuerdo doscientos treinta y nueve de mil novecientos noventa y nueve del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a lo que se adiciona que en el segundo de los considerandos se califica a su respecto un delito continuado y se motiva uno simple, rompiendo el silogismo sentencial; fácil es concluir que procede acoger el recurso interpuesto a tenor del ordinal cuarto del artículo setenta de la Ley de Procedimiento Penal».

Del análisis de los postulados de la corriente intermedia realizada en el primer capítulo, demuestra que no existe incompatibilidad entre los principios del juicio oral y el control de la valoración de la prueba en casación, de tal suerte que el tribunal de recurso puede controlar todo aquello que no esté mediado por la percepción de la prueba en juicio.

De todo lo analizado se advierte que, si bien en cuanto a la calidad del conocimiento a partir de la posición subjetiva de los jueces en la interpretación de los apartados cuarto y sexto del artículo 70

de la Ley de Procedimiento Penal, se puede ofrecer un control más amplio en el recurso de casación, sería mucho más perfectible con las propuestas de solución que se trae a colación, unas que son posibles de alcanzar con la legislación vigente y otras que requieren de una modificación legislativa.

1.2. La filmación y grabación del juicio oral frente al principio de la inmediación

Como se ha expuesto, durante el desarrollo del trabajo la casación tiene límites para lograr, en toda su expresión, el cumplimiento de la doble conformidad, y que, ciertamente, aunque se dejen por escrito los registros del resumen de lo esencial acontecido en el acto de juicio oral y el resultado de las pruebas practicadas, no es posible llevar al acta las apreciaciones subjetivas que producen en los jueces las pruebas personales, como son los gestos, formas de expresar, la seguridad de quien depone; siendo así es válido preguntarse: ¿es la filmación o grabación del juicio oral, necesidad o suntuosidad?, interrogante que se le dará respuesta por ser una de las propuestas que, a juicio de la autora, puede contribuir a una revisión más amplia de la sentencia del tribunal de juicio, aun en las condiciones legislativas actuales.

Quién no haya tenido la experiencia de las ventajas que puede traer la instalación en las Salas de juicio oral de medios de filmación o grabación, pudiera preguntarse qué relación guarda con la garantía en estudio; sin embargo, como se ha analizado con anterioridad, la revisión amplia por un tribunal superior de la resolución definitiva emitida por otro inferior, y que hasta la actualidad se fundamenta que lo que ha limitado este alcance en las sentencias dictadas por los tribunales provinciales en el procedimiento ordinario es el principio de inmediación.

La grabación informática del juicio oral es el medio para superar el obstáculo creado por el principio de inmediación y romper el nudo gordiano que se había formado contra las sentencias de los tribunales provinciales en el procedimiento ordinario, porque de la simple constancia escrita de lo que aconteció en ese acto se transita a la grabación y la filmación de lo acontecido en el juicio que, sin lugar a dudas, permite al órgano judicial superior comprobar lo ocurrido en el de primera instancia con una percepción directa del resultado de las pruebas personales (inmediación pa-

siva); entonces no se podría hablar de una falta total de inmediación por parte del tribunal superior, aunque ciertamente estará limitada la inmediación activa; sin embargo, siempre los jueces estarían en mejor posición para evaluar en el caso concreto si con el cumplimiento de la primera es suficiente para ejercer el control sobre la sentencia cuestionada.[22]

Además, en el supuesto que se estime que no es suficiente, por estimar que se debieron acotar aspectos importantes con los testigos y peritos, el órgano de casación tendrá siempre la posibilidad, a través del reenvío a juicio oral, de que por el tribunal de instancia se subsanen esas faltas, y de establecerse o a través recurso, por la parte afectada, contra la nueva sentencia, les permitirá a los jueces del tribunal superior evaluar el cumplimiento de lo ordenado.

El desarrollo de la ciencia y la técnica impone que todas las esferas de la sociedad la utilicen en pos de garantizar mejor servicio, y el sistema judicial cubano no escapa de ello porque los tribunales, en su vocación de servicio judicial,[23] están obligados a buscar las vías y formas de alcanzar tal propósito.

En este empeño desempeñan un papel esencial los jueces y legisladores porque su pensamiento no puede quedar atrapado en el tiempo, sino que tienen que evolucionar con el propio desarrollo de la sociedad, porque de lo contrario sería negar el desarrollo.[24]

El Estado cubano tiene un proyecto social, y como parte de este se encuentra el mejoramiento de las condiciones de trabajo del sistema de tribunales. El 23 de diciembre de 2011 la Asamblea Nacional del Poder Popular, en su VII Legislatura en virtud de la rendición de cuenta del Tribunal Supremo Popular, aprobó dentro de sus recomendaciones que en coordinación con los órganos de la Administración Central del Estado y los gobiernos locales se debían continuar trabajando en el mejoramiento de las condiciones, en todos sus órdenes.

Sin lugar a dudas, dentro de los recursos esenciales que se necesitan en los tribunales cubanos para continuar consolidando la calidad del servicio y las prácticas judiciales, está la posibilidad de contar con los medios de filmación y grabación, porque van a facilitar el control más amplio de las sentencias de los tribunales provinciales populares en el procedimiento ordinario, contribuyendo al reforzamiento de los derechos de los ciudadanos a través de los recursos y del cumplimiento eficaz de la garantía de la doble conformidad judicial.

La introducción de estos medios técnicos en nuestro país van a propiciar que los operadores del Derecho y los legisladores se pregunten si la concepción del recurso de casación debe permanecer inmutable, o la posibilidad del que se pueda interponer contra la sentencia del tribunal de juicio sea el de la apelación u otro que haga posible, de manera amplia, el cuestionamiento de la sentencia, y si permite que el tribunal superior se sitúe exactamente en la misma posición de los jueces de primera instancia. Dicho de otra manera, la cuestión es saber si el tribunal superior puede conocer de los hechos con el mismo grado de inmediación de que gozó el juzgador de primera instancia. Esta interrogante no ha recibido en la doctrina foránea igual respuesta.

Por ejemplo, para Llovet la grabación del juicio tiene importancia para analizar los reclamos, pero no propiamente para que se realice una nueva valoración de la prueba con base en los mismos, y «esta tiene especial relevancia cuando se reclama que un testigo dijo algo diferente a lo que se consignó en sentencia, siendo ello esencial, o bien cuando no se consignó algún aspecto de relevancia relacionado con su declaración [...] para determinar limitaciones que haya sufrido la defensa en sus intervenciones, o bien precisar la intervención del tribunal quebrantando el principio de imparcialidad».[25]

Contrario a este criterio se encuentra De Luca,[26] que propone que se pueda utilizar la grabación del juicio, de modo que permita al tribunal realizar una nueva valoración de la prueba. En este mismo sentido se pronunció Luis Paulino Mora Mora en la sesión de Corte Plena 38 de 2004 de 13 de diciembre de 2004, en la que expresó: «Creo que la única forma de solucionar este tema es casualmente con una grabación y filmación con voz e imagen del debate, para que el tribunal de casación pueda revisar la misma prueba, rehacer el cuestionamiento sobre ella y valorarla, aun más la podría valorar de manera diferente».[27]

Shünemann estima que se debería crear la posibilidad específica a la parte que interpuso el recurso de poder oponerse en segunda instancia, pudiendo objetar que el juez de primera instancia entendió o valoró mal la declaración de un determinado testigo en esa instancia, haciendo referencia para su prueba a la filmación de la declaración de ese testigo, y aunque considera que se iría muy lejos exigir al juez del recurso que mirara y analizara sin excep-

ción una filmación de toda la primera instancia, porque en vez de esto podría usar el tiempo del mismo modo para interrogar por sí mismo a los testigos de primera instancia.[28]

Sobre esta última observación se discrepa, porque si la apelación concebida de manera amplia se ha cuestionado porque por el paso del tiempo entre un juicio y otro los testigos podrían cambiar su declaración y el juez de segunda instancia ser el peor informado al momento de resolver, esto permitiría realmente realizar una función de control y no de renovación como acontece cuando lo que se hace es repetir integralmente el juicio, convirtiéndose la solución del recurso en una nueva primera instancia.

No todos los procesalistas le conceden la posibilidad de control amplio en casación, a partir de los registros magnetofónicos, ya que sobre este aspecto González [29] opina que estas cintas de grabación del desarrollo de la audiencia solo pueden ser utilizadas en casación cuando las partes aleguen que el tribunal alteró el contenido de las pruebas al momento de dictar sentencia o hubiera omitido examinar algunos aspectos esenciales, sin que implique que la casación sustituirá la valoración de esa prueba, sino solo controlará la forma en que lo hizo el tribunal de instancia para verificar el respecto de las reglas de la sana crítica y el deber de fundamentación.

Por consiguiente, si en la casación, como se ha analizado con anterioridad, no podía llegarse más allá del control sobre las reglas de la lógica o de las máximas de la experiencia que se habían utilizado para valorar unos hechos enjuiciados que eran intocables, ahora es posible que pueda llegarse incluso a esos mismos hechos, porque el tribunal superior tendrá ante su vista las mismas pruebas que valoró el tribunal de primera instancia. Esta es una de las grandes ventajas que aporta al proceso la grabación y filmación del juicio oral.

En este sentido Shünemann,[30] refiriéndose a la instalación de medios de filmación y grabación, manifestó: «Con este mejoramiento de las posibilidades de control por parte de la segunda instancia que he esbozado, se lograría la optimización y se cumpliría al mismo tiempo acabadamente con todos los presupuestos constitucionales para un control eficiente de la primera instancia por parte de la segunda instancia».

García, comentando el caso Mendoza contra Argentina y lo manifestado por la corte en cuanto a que la doble conformidad judicial, expresada mediante la revisión integral revisión del fallo

condenatorio, conforme al fundamento de otorgar mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y, al mismo tiempo brindar mayor seguridad y tutelar a los derechos de los condenados, plantea[31] «que lo anterior supone un reexamen de gran alcance, que pudiera afectar la observancia de la inmediación procesal, principio que cede frente a la exigencia de revisión integral; empero, este problema se puede resolver aunque la corte no ha ordenado a los Estados una forma específica de hacerlo, recurriendo a los apoyos tecnológicos que moderen la distancia entre los medios de prueba y el juzgador que practica la revisión».

Como se aprecia, la grabación del juicio oral es una de las vías posibles para compatibilizar el principio de la doble conformidad con el de la inmediación; ahora en la norma procesal debe determinarse cómo ha de ser esa grabación para que el principio de inmediación no sufra durante la segunda instancia. Porque no es lo mismo una grabación general o panorámica con una imagen lejana o poco nítida, en la que no se ven los rostros de los declarantes, que una imagen en la que se aprecian las facciones de la cara y los gestos y demás expresiones del rostro (grabación detallada).

En la práctica judicial cubana, en ocasiones, en casos complejos por el gran número de acusados o testigos, se ha autorizado la grabación y filmación del acto judicial, llegando algunos de esos asuntos a conocerse en el Tribunal Supremo Popular, estableciendo en el inciso ñ), apartado I de la metodología para la celebración de juicio oral, que cuando este se filme, se debe acompañar a las actuaciones el soporte tecnológico de esa grabación.[32]

Algunos de esos asuntos se han conocido en virtud de recurso de casación, permitiendo a los jueces del tribunal *ad quem* un mayor control de la sentencia del tribunal de instancia, e incluso en la comprobación del sustento de las partes y de los argumentos que aducen, afirmación que se corrobora con los casos que a continuación se exponen.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular conoció de los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, establecidos por el fiscal y cinco acusados, contra la sentencia número ciento dos de dos mil catorce, dictada por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Holguín, en la causa número ciento veinticuatro del año dos mil trece, seguida por los delitos de cohecho y actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación, que dio lugar a la sentencia número tres mil

ciento ochenta y cinco, de catorce de noviembre de dos mil catorce y la que declaró sin lugar los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, establecidos por los tres de los acusados y el fiscal, para los que declaró la firmeza de la sentencia y con lugar los recursos de casación por quebrantamiento de forma interpuestos por los otros dos procesados, retrotrayendo en cuanto a estos el proceso al trámite de dictar sentencia.

En ese proceso, el acto de juicio oral fue filmado y se acompañaron con la causa los discos contentivos del acto de juicio oral, lo que les permitió a los jueces que resolvieron el recurso observar todo lo acontecido en ese momento procesal, y determinar que lo consignado como probado para dos de los reos, además de no corresponderse con el resultado de la prueba practicada, tenía un grupo de omisiones.[33]

En la nueva sentencia dictada, que correspondió a la número quince de dos mil quince, resultó absuelto uno de los acusados, y en cuanto al otro se precisaron los aspectos indicados por la Sala de casación, lo que demuestra la factibilidad de haberse podido presenciar el acto de juicio oral por los jueces que resolvieron el recurso.

Otro ejemplo: los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, establecidos por seis acusados y el fiscal, contra la sentencia número ciento noventa y nueve del dos mil quince, dictada por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Ciego de Ávila, en la causa número ciento doce del año dos mil quince, seguida por los delitos de falsificación de documentos bancarios y de comercio, malversación, uso indebido de recursos financieros y materiales, incumplimiento del deber de preservar los bienes de entidades económicas y actividades económicas ilícitas que dio lugar al rollo de casación 830 de 2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

En este proceso el acto de juicio oral fue filmado y grabado, lo que permitió controlar integralmente la sentencia y dar respuesta a uno de los acusados sobre el argumento que esgrimía, sobre lo acontecido en el acto de juicio oral, sobre lo que no le asistía razón.[34]

El 16 de julio de 2015 el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante el Acuerdo 151, emitió el Dictamen 446, en virtud de consulta formulada por el Fiscal General de la República, en la que consideró pertinente la utilización de la videoconferencia como medio eficaz de realizar audiencias y recibir testimonios o declaraciones, en los casos en que resulte necesario, y se

garantice a plenitud el cumplimiento de las garantías procesales y constitucionales; y en los argumentos sostiene que la modernización de la administración de justicia implica, inexorablemente, la consecuente incorporación y utilización en los procesos judiciales de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones como medios y herramientas para hacer más efectiva y menos costosa la actividad jurisdiccional.

La introducción de la videoconferencia para la práctica de pruebas en los procesos judiciales constituye una novedad en el quehacer de los órganos jurisdiccionales. Por ello el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en sesión ordinaria celebrada el día veinte de noviembre de dos mil quince, aprobó la Instrucción 232, en la que se realizan, en entre otras, la precisión que para su instrumentación evaluarán la existencia de medios digitales óptimos e idóneos para garantizar la adecuada conectividad informática, que el audio y video utilizados permitan la comunicación oral, directa y fidedigna, en tiempo real entre el tribunal de conocimiento y la sede judicial en que se practica la prueba, la constitución del tribunal con todos sus miembros, con lo que indudablemente se refuerza el principio de la inmediación.[35]

1.2.1. Impactos de la filmación y grabación de los actos judiciales en la doble conformidad

La filmación y grabación de los actos judiciales deviene la posibilidad de controlar con mayor integralidad la sentencia del tribunal de juicio, permitiendo que los informes orales del Ministerio Fiscal o de los abogados de la acusación o de la defensa podrían ser vistos, oídos y valorados por ese órgano y considerados como parte complementaria del escrito de acusación o de defensa, a partir de los propios argumentos orales expuestos en sus tesis.[36]

La disponibilidad de la grabación y filmación a las partes permitirá que si lo consideran necesario, observar y escuchar su contenido con el fin de formular los recursos previstos en la ley.

Por otra parte, permitirá al órgano que resuelve el recurso, determinar con mayor amplitud y certeza la coherencia entre el resultado de las pruebas y la sentencia; si se utilizó correctamente las reglas de la lógica, la experiencia y si fueron realizadas sobre bases científicas; evaluar si las apreciaciones subjetivas expuestas por los jueces de instancia se corresponden ciertamente con lo acontecido

en el acto de juicio oral,[37] e incluso, con una modificación a la Ley de Procedimiento podría ser posible modificar los hechos probados, revocar la absolución o la condena declarada en la sentencia de primera instancia, si le fuera suficiente con la inmediación pasiva; de lo contrario, es necesario practicar las pruebas personales.

En los supuestos de la grabación y filmación de la prueba anticipada, regulada en los artículos de la Ley de Procedimiento Penal de Cuba 328 (testigo impedido físicamente para acudir a la citación y resulta necesario examinarlo en su domicilio 329 (cuando se libra despacho a otro tribunal para que examine al testigo que reside en esa localidad) y 330 (cuando se dispone que el testigo declare o practique cualquier reconocimiento fuera del lugar en que se celebre el juicio), permitirá a los jueces del tribunal de primera instancia apreciar lo que depuso el testigo, y cómo lo hizo, aspectos importantes para el momento de valorar las pruebas y formar convicción, y para los jueces que resuelven recurso realizar con mayor objetividad y racionalidad la revisión de la sentencia.

También la extensión de la filmación y grabación en los supuestos del artículo 194 de la Ley de Procedimiento Penal, respecto a la toma de declaración de testigo que pudiera ausentarse del país o en peligro de muerte, incapacidad física o intelectual, y cuando las víctimas son menores de conformidad con la Instrucción 173 de 7 de mayo de 2003,[38]del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, con la que se pretende evitar la doble victimización, tendrían las ventajas antes descritas para los tribunales de instancia y para los que resuelven los recursos.

Además, la denuncia sobre si la valoración de las pruebas personales se hizo por el tribunal de juicio de forma incorrecta, o si los hechos no se corresponden con lo acontecido y probado en ese acto, se harían sobre bases más objetivas y verificables.[39]

Por último, y no menos importante, la instalación de estos medios técnicos[40] en las Salas de juicio de los tribunales provinciales y municipales permitiría con la ley procesal vigente, y con la vocación de servidores públicos que identifica al sistema de tribunales cubanos, continuar interpretándose por los jueces del Tribunal Supremo Popular, de manera amplia los preceptos que regulan el recurso de casación y, de ser necesario, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular podrá pronunciarse sobre el alcance que tienen los apartados cuarto y sexto del artículo 70 de Ley de Procedimiento Penal, hasta que se produzca una modificación de esa ley.

A los tribunales que conozcan del recurso de apelación, les evitaría repetir en un número de asuntos, la práctica de todas las pruebas, porque este segundo tribunal va a constar de manera completa lo que aconteció en el primero, contribuyendo a la disminución de los gastos económicos que ello puede traer para el país, porque esas personas que comparecen como testigos, peritos y agilidad en la solución del asunto, que es uno de los aspectos que manifiestan los detractores de este tipo de recurso,[41] y se garantizaría un control amplio de la resolución, sin necesidad de convertirse en una segunda primera instancia, siempre que le sea suficiente la inmediación pasiva, y solo reproduciría el acto de juicio oral en los casos que requiera ejercer las facultades que les confiere la inmediación activa.[42]

Notas

1 Ayán define a los recursos, desde el punto sustancial, como una manifestación de voluntad de quien ataca una resolución jurisdiccional, que se considera ilegal y agraviante, a fin de que el tribunal que la dictó u otro de grado superior [...], mediante un nuevo examen, la revoque, modifique o anule. Bajo el aspecto formal lo define como la instancia o solicitud que contiene dicha manifestación de voluntad, y que determina un procedimiento encaminado a lograr esa finalidad, es decir, que provoca un nuevo juicio lógico o una nueva fase procesal. Manuel Ayán: *Recursos en materia penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1985, p. 41. D'Álbora entiende que es un acto procesal de parte enderezado a mejorar en su favor una resolución judicial o eliminarla, pues se persigue su modificación total o parcial, su revocatoria o su nulidad. Francisco D'Álbora: *Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23.984. Anotado, comentado, concordado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 783. Otros autores prefieren optar por la idea que son vías procesales que se otorgan al imputado, al Ministerio Público, al querellante y a las partes civiles para intentar la corrección de decisiones judiciales que, por ser de algún modo contrarias al Derecho (constitucional, sustantivo o procesal), ocasionan algún perjuicio a los intereses que encarnan o representan. José Ignacio Cafferata Nores y otros: *Manual de Derecho Procesal Penal,* Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2003, p. 588.

2 Mendoza Díaz, Juan: *Lecciones de Derecho Procesal*, Tarija-Bolivia, 2001, p.39.

3 Maier, J: defensor de esta posición, basa su criterio en el razonamiento de que el proceso penal no puede ser visto como el típico proceso de partes del

Derecho privado, por lo que no opera para él las reglas de la autonomía de voluntad que son típicas del proceso civil, razón por la cual el imputado no puede disponer íntegramente de su condena, ni aun en vía recursiva; esto motiva que el Derecho procesal penal aprovecha todas las oportunidades posibles para intentar la corrección de vicios o errores que puedan afectar al imputado, de forma tal que incluso en aquellos casos en que sea solo el fiscal quien recurre, el tribunal tiene libertad, e incluso la obligación, de alterar los límites fijados por el recurrente, siempre que dicha modificación beneficie la situación del imputado. *Cfr.* Maier, Julio B: *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Ed. Del Puerto, S.R.L, 1999, p. 43.

4 Tratamiento diferente recibe la motivación y la obligatoriedad de dejar registro escrito de lo acontecido en el acto de juicio oral, en tanto la Ley de Procedimiento Penal Militar (Ley 6 de 1997), en los arts. 311 inciso 9) y 371 apartado e), inciso b), establecen la obligatoriedad de consignar en el acta del juicio oral «los puntos esenciales de las declaraciones emitidas ante el tribunal» y de la motivación fáctica de la resolución definitiva («las pruebas que sirvieron de fundamento al tribunal para acordar la sentencia y los motivos por las que fueron desestimadas otras»).

5 Sobre el fundamento de este sistema, comenta Montero que en el Código de Instrucción Criminal francés se especificaba que antes de comenzar la deliberación, el jefe de los jurados debía dar lectura a una instrucción, la cual era colocada además en el lugar más destacado de la Sala, la cual rezaba: «La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales llegan a convencerse; no les impone regla alguna de la que deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; la ley solo les ordena interrogarse a sí mismos en el sentido y en el recogimiento, y buscar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han producido sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de su defensa. La ley no les dice: tendréis por verdadero todo hecho declarado por tal número de testigos; ella no les dice tampoco: no considerareis suficientemente establecida toda prueba que no haya sido formada por tales documentos, de tales piezas, de tantos testigos o de tantos indicios; la ley no les hace más que una sola pregunta que encierra toda la medida de sus deberes: ¿tenéis una íntima convicción?». J. Montero Aroca: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 132.

6 Sentencia 20 de 7 de febrero de 1941, dictada en el rollo 160 mixto de 1940, ponente Ricardo Duval Fleites, obrante en el Libro de Registro de sentencias del TSP, República de Cuba, t. I, 1941, folios 273-279. Sentencia 44 de 18 de marzo 1941, dictada en el rollo 118 de 1940, mixto, obrante en

el Libro de Registro de sentencias del TSP, República de Cuba, t. II, 1941, folios 519-534. Sentencia 119, de 25 de septiembre 1941, dictada en el rollo 161 de 1941, recurso de casación mixto, ponente Miguel Ángel Rodríguez Morejón, obrante en el Libro de Registro de sentencias del TSP, República de Cuba, t. III, 1941, folio 1319-1327. Sentencia 28, de 13 de febrero de 1942, dictada en el rollo de casación mixto 161 de 1941, ponente Evelio Tabío Castro Palomino, obrante en el Libro de Registro de sentencias del TSP, República de Cuba, t. I, 1942, folios 303-308. Sentencia 66 de 12 de mayo de 1942, dictada en el rollo de casación mixto 66 de 1942, ponente Miguel Ángel Rodríguez Morejón, obrante en el Libro de Registro de sentencias del TSP, República de Cuba, t. II, 1942, del folio 697-708. Sentencia 99, de 21 de julio de 1942, dictada en el rollo de casación 117 de 1941, obrante en el Libro de Registro de sentencias del TSP, República de Cuba, t. III, 1942, folios 1063-1070. Todas las sentencias mencionadas se encuentran en el Archivo Judicial del TSP, de Cuba.

7 Sentencia 189, de 19 de enero de 1987, edición extraordinaria de 1987, año 14, no. 1, ponente Elena del Castillo Hernández. «El tribunal en escueta sentencia valora parcialmente la prueba [...] venía obligado a desestimar la tesis acusatoria en forma expresa, valorar de conjunto y separadamente la prueba practicada y exteriorizar los fundamentos de su convicción, como está previsto en el Acuerdo 172 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular».

8 Juan Montero Aroca: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, p. 134.

9 Claus Roxin: *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 433. Además, este propio autor comenta que la fuerza probatoria formal solo pretende facilitar la casación. Y que la importancia práctica de la regla probatoria del art. 274 consiste en que el defensor solo necesita probar que se ha omitido la protocolización de una formalidad esencial.

10 Vicente Julio Arranz Castillero: *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, «La prueba en el proceso penal: Generalidades». Tema X, p. 37, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

11 Sentencia 1906 de 5 de junio de 1987, ponente Jesús Valdés García, Boletín del Tribunal Supremo, edición extraordinaria, 1987, año 14, no. 1, p. 152.

12 Sentencia 2911 de 30 de julio de 2006, dictada en el rollo de casación 1034, por quebrantamiento de forma e infracción de ley, ponente Gladys Cabrera Bermúdez.

13 Danilo Rivero García: «Comentarios sobre las causales del recurso de casación», en *Temas sobre el proceso penal,* Ed.Prensa Latina, La Habana, 1998, p. 122.

14 *Id*., p. 26.

15 Dictada en rollo de casación 66 de 2016, por quebrantamiento de forma, Sala de Penal del Tribunal Supremo Popular, ponente María Caridad Bertot Yero.

16 «Que las garantías esenciales del debido proceso comprende, entre otras, la realización del juicio oral con todas sus formalidades, y dentro de estas se destaca la integración de las Salas de justicia por el número de jueces que deben conocer del juzgamiento, en correspondencia con la complejidad del asunto y el marco sancionador que el legislador le atribuyó al delito de que se trate; en nuestro caso particular esa regulación está determinada en el art. 35, apartado segundo de la ley orgánica en relación al art. 39 inciso a) de su Reglamento y, por tanto, es de obligatorio cumplimiento.

En el asunto que se examina se advierte la existencia de una falta que vulnera garantías esenciales, porque en la sesión de juicio que logró celebrarse, cuya acta consta en las fojas 40 a la 45 del rollo de la causa, solo aparecen como integrantes del plenario tres jueces, cuando debieron ser cinco, falta que obliga a decretar el quebrantamiento al amparo de lo establecido en el art. 79 de la Ley de Procedimiento Penal. Sentencia 363, 30 de marzo de 2015, rollo 69 de 2015, quebrantamiento de forma, Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado, ponente Alina de Fátima Santana Echerri,

17 Rollo de casación 1080 mixto de 2008, quebrantamiento de forma e infracción de ley, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, ponente Jorgelina Pérez Pérez.

18 Rollo 140 de 2015, quebrantamiento de forma, Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado, ponente Alina Santana Echerri.

19 En igual sentido se pronunció la sentencia 388, de 31 de marzo de 2015, rollo 78 de 2015, quebrantamiento de forma, ponente María Esperanza Milanés Torres: «Que no puede ser un acto de justicia penal, el uso indiscriminado e injustificado del art. 342 de la Ley de Procedimiento Penal, precepto legal reservado únicamente para leerse, a instancia de cualquiera de las partes, las diligencias que tengan derecho a pedir, consten en el expediente de fase preparatoria, y que por razones independientes a su voluntad, o sea, realmente impeditivas, entre otras, la de declaración de testigos ausentes del país; fallecidos; con peligro inminente de muerte o incapacidad física o intelectual al tiempo probable de celebración de la vista pública; los que no aparezcan, después de haberse agotado todas las vías posibles para su localización, en fin por cuyas razones no puedan reproducirse en el juicio oral, norma procesal que se infringe, en el caso que nos ocupa, porque el tribunal de instancia, sin realizar diligenciamiento para la expedición de la cédula de citación de los testigos propuestos y admitidos oportunamente, en el acto del plenario, conforme consta en fojas 43-48 del rollo de autos,

con incumplimiento de lo preceptuado en el art. 356 en relación con los arts. 194 y 195, todos de la Ley de Trámites Penales, al no constar acreditado detalladamente en el acta del juicio los particulares que lo justifican, se procede sin razón legal a dar lectura a la declaración de aquellos. Tal actuación es contraria a las buenas prácticas que, en la función de impartir justicia, deben observar los juzgadores, y se conecta con el debido respeto a las formalidades y garantías esenciales del proceso penal, por su incidencia en el derecho de defensa, con virtual ataque al estado de presunción de inocencia del justiciable y al principio de legalidad procesal, contenidos en el art. 1 de la ley instrumental».

20 Andrés Martínez Arrieta: *Algunos aspectos del recurso de casación: La doble instancia y el control casacional.* CD-ROM Cuadernos del Poder Judicial español, 1992-1996. Carpeta Penal 956, Biblioteca del Centro de Información y Adiestramiento Informático para el Abogado (CIABO), p. 14.

21 Odalys Quintero Silverio: «Casación y cuestionamiento de los hechos. ¿Quimera o realidad?», en *Revista Justicia y Derecho*, no. 19, año 10, diciembre 2012, p. 22. En igual sentido se pronuncia Alejandro Javier Díaz Perera Araoz, Especialista en Derecho Penal, abogado, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, al considerar que en los errores que pueden ser denunciados por vía de recurso se encuentran los relativos al procedimiento y los vinculados a la aplicación del derecho material. Relativo a los primeros, errores del procedimiento, cabe perfectamente en los casos de única instancia el combate del proceso de análisis de la prueba, como vía de control de los fundamentos utilizados para declarar la existencia de un hecho delictivo, el apego a consideraciones científicas, la posibilidad real de comprobar el hecho a partir de la exposición lógica y certera de la valoración efectuada. Esto, ciertamente, garantizaría al acusado la posibilidad de someter este análisis a un órgano de justicia superior, en nuestro caso al Tribunal Supremo Popular en los procedimientos ordinarios, y de este de controlar no solamente la aplicación uniforme de la ley material penal en todo el territorio donde el Estado ejerza su soberanía, sino comprobar la relación directa y material entre hecho probado-hecho ocurrido. Sin dudas, se está garantizando el interés estatal de sancionar solamente a los reales comisores de delitos. Ponencia «Las garantías procesales establecidas en el proceso penal. ¿Del acusado o del estado?,» CD. III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006, Tribunal Supremo Popular.

22 Bernd Schünemann: *La reforma del proceso penal*, Ed. Dykinson, s/a, p. 97, hace hincapié en la desventaja del juez de segunda instancia, quien no está en condiciones de poder hacer al testigo preguntas adicionales o críticas; señala que es importante que la parte indique cuáles eran las preguntas

decisivas o que no se le hicieron las reservas precisas, y que tal interrogatorio defectuoso impide otorgarle fuerza probatoria a dicha declaración; es lo que este autor denomina «impugnación por no haberse agotado el medio de prueba en la primera instancia». Pero, claro, dicho autor no piensa que el tribunal de segunda instancia, que no ha visto ni oído el resto de la prueba, pueda con el solo visionado de la prueba impugnada alterar el hecho probado, sino que él menciona dos soluciones: bien que el juez de la segunda instancia decida tomar declaración nuevamente al testigo, o bien que revoque la sentencia y remita nuevamente la cuestión a la instancia «para realizar una completa producción de la prueba agotando todos los medios existentes». Daniel González A.: «El único desmedro de garantías que puede señalarse al sistema oral es que el tribunal altere la versión de las pruebas recibidas en forma arbitraria y significativas para el fallo. No obstante, este peligro queda fácilmente conjurado con un doble registro magnetofónico de las audiencias, guardándose las cintas en sobre lacrado y firmado por las partes». *Op. cit*., p. 12.

23 Proyecciones estratégicas hasta 2020, en la definición de la identidad de los tribunales, se establece que «asumimos nuestra labor como servidores públicos responsables de brindar acceso a la justicia, tutela judicial y seguridad jurídica a los ciudadanos, las instituciones, las entidades y a la sociedad en general, asegurándoles amparo legal efectivo a sus derechos y garantías sobre la base del cumplimiento de la Constitución y las demás leyes vigentes». En el aspecto 109 relacionado con el perfeccionamiento del Estado socialista, sus sistemas y órganos de dirección, de la conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista aprobado en el VII Congreso del Partido, que promueve el desarrollo y el acceso a la ciencia y su papel decisivo, y el 112, que establece el fortalecimiento de la institucionalidad para garantizar entre otros aspectos la tutela judicial.

24 Rubén Remigio Ferro plantea que el posicionamiento consciente de los jueces como servidores públicos y esa determinación subjetiva al desempeñar su función, interpretando y aplicando el Derecho al caso concreto, con perspectiva integradora, contextualizada y justiciera, son rasgos definitorios comunes en los jueces cubanos. Discurso inaugural VIII Encuentro Internacional Justicia y Derecho. CD, 2016, ubicado en Centro de Información del TSP.

25 Javier Llobet Rodríguez: *Código Procesal Penal comentado de Costa Rica*, 4ta. ed., Ed. Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2009, p. 656. Sin embargo, este mismo procesalista acepta que aunque la grabación fílmica no es igual que la presencia del juicio oral, implica una ampliación importante del control con respecto al que se realiza en la casación propiamente dicha, «no puede garantizarse un derecho amplio a discutir los hechos y la prueba

cuando ante el reclamo presentado en la vía del recurso, el tribunal lo que hace es remitir simplemente a lo que indicó el tribunal de juicio, y recalcar que el mismo fue quien apreció la prueba de acuerdo al principio de inmediación sin que se haga un análisis crítico de los razonamientos que dio». El art. 145.4 del Código Procesal Penal de Colombia establece que el juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio y video, o en su defecto audio que asegure fidelidad, y a continuación agrega que el registro de juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el acto de juicio oral, para efectos del recurso de apelación. El art. 464 bis del Código Procesal Penal de Costa Rica regula que el tribunal de casación apreciará la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, examinando las actuaciones y los registros de la audiencia: 1) de modo que pueda valorarse la forma en que los jueces de instancia valoraron la prueba y fundamentaron su decisión; 2) de no tener registros suficientes para realizar esa apreciación, podrá reproducir en casación la prueba oral del juicio que en su criterio sea necesaria para examinar la procedencia del reclamo; 3) y la valorará en relación con el resto de las actuaciones, de igual manera podrá valorar en forma directa la prueba que se haya introducido por escrito al juicio. Este artículo fue adicionado mediante la Ley 8503 de 28 de abril de 2006, publicado en Gaceta Oficial de la República, no. 108, de 6 de junio de 2006.

26 J. De Luca: «Recurso de casación amplio», en *Revista de Derecho Penal y Procesal*, no. 2, Argentina, 2006, p. 283.

27 Llovet Rodríguez, en el comentario al art. 464 del Código Procesal Penal de Costa Rica, p. 656.

28 *Cf*, Bernd Shünemann: *Op. cit.,* p. 96. Daniel R. Pastor: *Op. cit*., p. 152. Comenta sobre el tema, la percepción acerca de informaciones documentadas, informes, grabaciones, material fílmico, magnetofónicos, la objeción de violación de la inmediación es poco menos que ridícula, pues el *a quo* y el *ad quem* se haya total *par condictio* respecto al material valorable.

29 Daniel González A.: «La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal». Seminario Internacional sobre Administración de Justicia en América, La Habana, Cuba, Sociedad Cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP), Argentina, 12 y 13 de marzo de 1996, p. 17.

30 *Id*., p. 97. Por otra parte, en Venezuela el art. 463 del Código Orgánico Procesal Penal regula que cuando el recurso de casación se fundamente en un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó, de manera distinta a como se señala en el acta de debate o sentencia, se podrá promover, en el escrito de interposición fundamentación, la prueba de medio de

reproducción o registro del juicio oral contemplada en el art. 317; si no es posible el uso de tal medio, se podrá promover la prueba testimonial.

31 Sergio García Ramírez: *Tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana,* «Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derechos fundamentales» (arts. 8.2.h y 25 CADH)* http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/VIII.pdf, fecha de consulta: 1 de marzo de 2016.

32 Instrucción 211 de 15 de junio de 2011 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, apartado I, inciso ñ): Cuando el acto del juicio oral se filme, el presidente de la Sala, escuchado el criterio de las partes, podrá prescindir del dictado del acta, sin perjuicio de que el secretario realice las anotaciones pertinentes en el acta y las partes puedan solicitar que se consigne expresamente algún elemento de interés. En estos casos se debe acompañar a las actuaciones el soporte tecnológico de esa grabación. El Reglamento de la Ley 82 de los Tribunales Populares, de 11 de julio de 1997, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición especial extraordinaria, no. 14, de 24 de julio en su art. 62, permite la grabación visual o auditiva, pero solo con la autorización del presidente del tribunal.

33 Considerando: «Que respuesta aparte merecen los recursos de forma que establecen los acusados […] al amparo de los ordinales cuarto y sexto del referido artículo de la ley adjetiva, porque tal y como denuncian la sentencia en su apartado C es omisa, al dejar de consignarse en el componente fáctico el procedimiento establecido por la empresa importadora para la aprobación de los *leasing*, así como detallar las funciones del cliente final, en este caso de la Empresa del Níquel René Ramos Latourt, además de los niveles de aprobación de las solicitudes. Es necesario también que en relación con el contrato 60647 se diga en qué fundamento legal se amparó la Sala del juicio para decir que había que hacer una reoferta a los demás proveedores […], ¿qué daño generó a la actividad económica o contractual? Por otro lado, se afirma que Volvo presentó la oferta más económica, pero ello no se argumenta, ni se dice si satisfacía o no las necesidades del cliente final; debe también consignarse en relación con las penalidades, cuál es el mecanismo establecido y qué papel juega en ello el operador. Por otro lado, referido al contrato 90207 de los dos camiones Bell que habían prestado servicio en la Empresa del Níquel Pedro Soto Alba, debe explicarse quién realizó la propuesta de incluir la disponibilidad de estos dos vehículos al contrato que ya se estaba operando y los niveles de aprobación por los que transitó, antes de solicitarse a la empresa importadora la realización de este contrato, si podía o no el comprador internacional negarse a ello, si esto fue aceptado o no por el cliente final y si el mismo estableció la reclamación por las dificultades técnicas que después presentaron. Sobre todas estas cuestiones señaladas, en el acto del juicio oral

se practicaron abundantes pruebas, tanto documentales como testificales de especialistas y directivos de la empresa importadora y de la Empresa del Níquel René Ramos Latourt, entre ellas la del testigo [...] quien fuera jefe del Departamento de Compras EINI, actualmente CEXNI, que además de constar su declaración en fojas de la 580 a la 582, fue explícito en el acto del juicio oral, lo que pudo ser verificado por este máximo órgano de justicia al examinar la grabación de ese acto; sin embargo, los hechos que se dieron por probados en este apartado no se ajustan a las pruebas practicadas, con incumplimiento de lo establecido en el art. 357 de la Ley de Procedimiento Penal y el Acuerdo 172 de 1985 del Consejo de Gobierno de Tribunal Supremo Popular. Es por ello que viene obligada esta Sala de control a acoger los motivos de forma alegados y se anula la sentencia, retrotrayendo las actuaciones al trámite de dictar sentencia».

34 Sentencia 2038, de catorce de octubre de dos mil quince, dictada en rollo de casación mixto 830-2015, ponente Maricela Sosa Ravelo: «Considerando: Que no pueden tener éxitos los motivos de casación establecidos por los acusados [...], al amparo del ordinal sexto del art. 70 de la Ley de Procedimiento Penal, pues la Sala de instancia arribó a la convicción sobre los hechos que declaró probados, ajustándose estrictamente al objeto del proceso y contrario a lo alegado por los recurrentes, alcanzó la más plena convicción con las pruebas practicadas en el acto de juicio oral sobre las que realizó el juicio crítico exigido por ley, las analizó en su conjunto de forma lógica y racional, pretendiendo los acusados desmeritar y cuestionar el resultado y contenido de los diferentes medios de probanza, y la valoración que sobre determinadas pruebas testificales y periciales estimó el tribunal de instancia y que se corresponden con su resultado [...]. Por último, respecto a lo relacionado con el modo de vida del acusado [...] y su conducta social, sobre el que denuncia que fue expuesta una extensa prueba, y sin embargo de su escrito de proposición de pruebas obrantes a fojas 66 a la 70 de la causa, se aprecia que solo propuso sobre este extremo a la testigo [...], y su declaración sí consta valorada en la página 27 de la sentencia, obrante en el folio 195 de la causa; además, esta Sala de casación tuvo la oportunidad de ver y oír esa deposición por haberse acompañado con las actuaciones la filmación del acto de juicio oral, sin que la misma aportara nada relevante relacionado con su modo de vida y patrimonio, limitándose solo a referir a que veía personas motoristas de tránsito en el portal de la casa del acusado cuando pasaba por allí, e incluso desconocía que trabajara en las oficinas de estadística; sin embargo, como también obra, que la conducta descrita en la sentencia se corresponde con el contenido de la documental que fue acogida en el segundo resultando».

[35] Instrucción 232, veinte de noviembre de dos mil quince, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular; otra de las precisiones muy importante que realiza a los tribunales es que se registre la información obtenida en acta y, siempre que sea posible, de forma digital, en soportes magnéticos asequibles, a fin de que se unan a las actuaciones judicial y que se velará por el cumplimiento de las garantías procesales establecidos en las leyes de procedimiento y en las disposiciones aprobadas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, lo que también contribuirá, cuando se conozca ese asunto en casación, en un mejor y efectivo control de lo sucedido y sus resultados. *Cfr.* Código Orgánico de Ecuador, de 10 de febrero de 2014 (art. 565).

[36] El 60,12 % de los encuestados respondieron afirmativamente como dentro de los aspectos a valorar por el tribunal del recurso.

[37] *Cfr.* Daniel González A.: *Op. cit.*

[38] La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de la cual Cuba es parte, consigna en su art. 3, apartado 1, que todas las medidas que adopten los tribunales, entre otras instituciones, atenderán a una consideración primordial, que será «el interés superior del niño»; y además, en su art. 12, apartado 2, se establece la obligación de darle oportunidad al menor de ser escuchado en todo procedimiento judicial, «ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado», en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional; y en su art. 39, el propio convenio induce a todos los Estados Partes a adoptar las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica de todo niño víctima, en un marco de respeto a su dignidad. Resulta conveniente, a los fines de no victimizar nuevamente a los menores que han sido objeto de delitos, precisar el proceder de los tribunales, procurando siempre el supremo interés del niño, a cuyo efecto procede realizar la práctica de su examen, solo en los casos en que ello resulte imprescindible.

[39] Jacobo López Barja de Quiroga: *La reforma de la casación penal*. «En relación con las pruebas ya practicadas, el recurrente puede solicitar la reproducción de la grabación de la prueba practicada (la que especialmente le interese) en la primera instancia». Documento de trabajo 108, Ed. Laboratorio de Alternativas, 2007, p. 21.

[40] De introducirse los medios de filmación en las Salas de justicia, debe aprobarse una mínima reglamentación sobre el uso de estas grabaciones, para que sean conservadas por el tribunal para los fines que se regulen. *Cfr.* Daniel González A.: *Op. cit.*, p. 17.

[41] Eugenia Ariano Deho, al referirse a la pluralidad de instancia, sostiene «que puede dar lugar a la demora de los procesos judiciales, lo que hace que la justicia que tarda no sea justicia». «Algunas notas sobre las impugnaciones y el

debido proceso»,·en *Advocatus*, no. 9, 2003, p. 403. *Vid*. Sergio García Ramírez: *Panorama del proceso penal*, Ed. Porrúa, México, 2004, pp. 31 y ss., y *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, Ed. Porrúa, México, 2012, pp. 3 y ss.

42 Danilo Rivero García: «Los medios de impugnación», p. 21. Es posible definir el recurso de apelación insertado en nuestro sistema procesal, como el nuevo examen del proceso, que hace el Tribunal Provincial Popular, a instancia de la parte que se considere agravada, de la fundamentación facticia y jurídica de la sentencia dictada por un tribunal municipal popular, en juicio por delito. Constituye una nueva y total revisión del asunto, tanto respecto de los hechos como del derecho aplicable dentro de los límites trazados por el recurrente; puede hablarse, sin temor, de una posible segunda «primera instancia», donde el tribunal de apelación podrá fallar sobre la base de su propia práctica de pruebas, que puede extenderse a nuevos hechos y nuevos medios de prueba.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Nacionales

Arranz Castillero, Vicente: «Las garantías jurídicas fundamentales de la justicia penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 4, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 1991.

––––: «La prueba en el proceso penal: Generalidades», *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal,* Colectivo de Autores, 2da. Parte, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

Colectivo de Autores: «Enfoque de la práctica judicial en sede penal», en *Procedencia o admisibilidad del recurso de casación, un tema recurrente para el derecho procesal penal*, Ed. ONBC, 2013.

Díaz Perera Araoz; Alejandro Javier: Ponencia: «Las garantías procesales establecidas en el proceso penal. ¿Del acusado o del Estado?», CD, III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006, Tribunal Supremo Popular.

Mantecón Ramos, Ariel: «Rectificar el ángulo en el vértice: Breve historia de la casación hispánica en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, no. 40, julio-diciembre de 2012, Editora UNIJURIS, Cuba, 2012.

Mantecón Ramos, Ariel: «Sobre la concepción circular de la inmediación. Posición del Tribunal Supremo de Cuba en torno al control casacional sobre la motivación de los hechos», en Boletín ONBC, no. 23, La Habana, 2006.

Mendoza Díaz, Juan: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Universidad de La Habana-Universidad Autónoma Juan Misael Caracho (s.e.), Tarija, Bolivia, 2001.
––––: «Principios del Proceso Penal», obra contenida en CD, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, La Habana, Cuba, 2003.
Merino Brito, Eloy: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editora Universitaria, Instituto del Libro, La Habana, 1967.
––––: «La Organización del Sistema Judicial Cubano», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 2. Instituto Cubano del Libro, La Habana, Cuba, 1972.
––––: «El Proyecto de Ley de Procedimiento Penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 4, Año II, Instituto Cubano del Libro, La Habana, Cuba, 1973.
Prieto Valdés, Martha: «Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución», en *Temas de Derecho Constitucional cubano*. Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
Quintero, Silverio Odalys: «Casación y cuestionamiento de los hechos: ¿quimera o realidad?», en *Revista Justicia y Derecho*, no. 19, año 10, diciembre de 2012.
Rivero García, Danilo y Pedro Pérez Pérez: *El juicio oral*, Ediciones ONBC, La Habana, 2002.
Rivero García, Danilo: «Los medios de impugnación», *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal.* Colectivo de Autores, 3ra. Parte, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
––––: «Las nulidades en la práctica procesal cubana», en Boletín ONBC, no. 23, abril-junio, Ediciones ONBC, 2006.
––––: «La redacción de la sentencia penal y el recurso de casación», Ediciones ONBC, La Habana, 2008.
––––: «El recurso de casación por quebrantamiento de forma y la prohibición de *reformatio in peius*», en *Temas permanentes del Derecho Procesal y del Derecho Penal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2010.
Rodríguez Solveira, M.: «Cien años de Derecho en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 1972, pp. 69-105.
Sánchez Roca, Mariano: *Leyes Penales de la República de Cuba y su jurisprudencia*, vol. II, t. I, Ed. Lex, Habana, 1945.

Extranjeras

Aguilera de Paz, Enrique: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. VI, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1916.
Ayán, Manuel: *Recursos en materia penal*, Ed. Marcos Lerner, Córboba, 1985.
Bidart Campos, Germán: *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Ed. Ediar.
Bladimiro Fedel, Daniel: «Derecho al recurso: doble conforme y su presupuesto ineludible, dos sentencias útiles», http://www.alfonsozambrano.com/

doctrina_penal/17042015/dpdoble_conforme.pdf, fecha de consulta, 12 de abril de 2016.
Cafferata Nores, José Ignacio y otros: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2003, p. 588.
Clariá Olmedo, Jorge A: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Editores Tucumun, Buenos Aires, 1960.
––––: *Tratado de Derecho Procesal Penal* vol. 5, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1967.
Couture, J. E: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1972.
Cortez Matcovich, Gonzalo: *El recurso de nulidad*, Ed. Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2006.
D' Albora, Francisco: *La justicia federal*, Ed. Adeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
De la Rúa, Fernando: *Teoría general del proceso*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.
De Lucas, J: «Recurso de casación amplio», en *Revista de Derecho Penal y Procesal*, no. 2, Argentina, 2006.
Escusol Barra Eladio: *Manual de Derecho Procesal*, Ed. Colex, 1993.
Fairen Guillén, Víctor: *Estudios de Derecho Procesal*, tt. I y II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
Favarotto, Ricardo S.: «El derecho al doble conforme», https://practicapp.files.wordpress.com/.../doble-conforme-favarotto.pdf, 26/11/15.
Fernández González, Miguel Ángel: «El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal desde la perspectiva de la Constitución», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, no. 15-1, Chile, 2008.
Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ma. ed., Ed. Trotta, Madrid, 2005.
Ferrajoli, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2da. ed., Ed. Trotta, Madrid, 2005.
––––: *Los valores de la doble instancia y de la nomofilarquia. Nueva doctrina Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1996.
Ferretti del Río, Carlos: «Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. Estudios Constitucionales», año 10, no. 12012, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0718-52002012000100007&lng=es&nrm=iso&tlng=es, fecha de consulta: 26 de noviembre de 2015.
Florián, Eugenio: *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Ed. Bosh, Barcelona, 1934.
García Ramos. Sergio: Tutela de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Interamericana, "Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derechos fundamentales" (artículos 8.2.h y 25 CADH), http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/VIII.pdf, fecha de consulta: 1 de marzo 2016.
García, L: «El derecho a recurrir contra sentencia en la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH habla según su alcance pero se queda

a mitad del camino», en *Revista de Derecho Penal Procesal Penal*, Argentina, no. 9, 2005.

Gimeno Sendra, Vicente *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

González García, José Marí: «¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las naciones Unidas? Posición de los Tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)», http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/11.pdf, fecha de consulta: 12 de abril de 2016.

Granillo Fernández, Héctor: «La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el nuevo superior tribunal argentino en la materia. El caso Herrera Ulloa y la garantía del doble conforme». LL-2005-B-495.

Ledesma, Ángela Ester: «El recurso de casación ¿Tutela el derecho consagrado por el artículo 8.2.h de la Convención Americana de derechos humanos?», http://vvvvvv. Acción penal.com.ar.

Liberatore, Gloria Lucrecia: «La impugnación de la sentencia penal como garantía del imputado». Documento Digital http://www.bibliojuridica.org. consultado: 13 de agosto de 2013.

Llobet Rodríguez, Javier: *Código Procesal comentado*, t. 2, 4ta. ed., Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2009.

Maier, Julio B.: *Derecho Procesal Penal*, t. 1, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1996.

––––: «El recurso como garantía del Derecho», en revista *Justicia y Derecho*, no 1, año 1, junio de 2003. Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

––––: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, t. I, Editorial del Puerto, 1999.

––––: «La impugnación del acusador: ¿un caso de *ne bis in idem*?», disponible: hppt/: www.metabase.net/docs/ilanud. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2014.

Martínez Arrieta, Andrés: «Algunos aspectos del recurso de casación: La doble instancia y el control casacional», CD, Cuadernos del Poder Judicial español, 1992-1996. Carpeta Penal 956, Biblioteca del Centro de Información y Adiestramiento Informático para el Abogado (CIABO).

Minvielle, Bernardette: «La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal». Doctrina Penal, 1988.

Montero Aroca, J: «Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Los poderes del juez y la oralidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Monroy Gálvez, Juan F: «Teoría general del proceso», Palestra Editores, Lima, 2007, Disponible: http://www.bibliojuridica.org. Fecha de consulta: 12 de febrero de 2012.

Navarro Muñoz, Javier: «El control de la valoración de la prueba en la casación penal cubana. Necesidad de una reforma», tesis presentada en opción al título académico de Especialista en Derecho Penal, diciembre 2007.

Pastor, Daniel R y Díaz Cantón, Fernando: «La impugnación de la sentencia penal como garantía del imputado». Disponible: http://www.ucaparana.com.ar. Fecha de consulta: 12 de abril de 2015.

Pastor, R. Daniel: *La nueva imagen de la casación penal*, Daniel González Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

Pereira Anabalón, Hugo: *El recurso y la segunda instancia*, 3ra. ed., Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile, 2004.

––––: «Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal», en *Gaceta Jurídica*, no. 233, Santiago de Chile, 1999.

Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Salazar Rodríguez, Luis Alonso: «Una nueva visión del recurso de casación por el fondo», en *Revista Ciencias Penales*, año 12, no. 7, Editada por la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, marzo de 2000.

Solano Ayala, Javier: «La garantía del doble conforme y el recurso de casación penal en la jurisprudencia de la corte suprema», www.justiciasanluis.gov.ar/.../archivos_Academico_Lagarantía_del_doble_conforme_y_el_recurso_pdf. Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2015.

Schünemann, Bernd: *La reforma del proceso penal*, Ed. Dykinson, s/a, p. 97.

Tavolari Oliveros, Raúl: «¿Tiene el Ministerio Público derecho a un debido proceso?», en *Instituciones del nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Vázquez Rossi, Jorge Eduardo: «Derecho procesal penal», en http bibliotecajuridicaargenti-na.blogspet.com.

Zafaroni E. R.: *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, 2da. ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

Fuentes legales

Nacionales

Constitución de la República de Cuba. Actualizada hasta la ley de reforma constitucional. Gaceta Oficial de la República de Cuba, extraordinaria no. 10 de 16 de junio de 2002.

Decreto Ley 151/94. Modificativo de la Ley de Procedimiento Penal. Gaceta Oficial de la República de Cuba, La Habana, 10 de junio de 1994.

Decreto Ley 310 de 29 de mayo 2013. Modificativo del Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal. Gaceta Oficial de la República de Cuba, extraordinaria, 18, de 25 de junio de 2013, de la República de Cuba, La Habana,

Ley de Enjuiciamiento Criminal española, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.
Ley de Enjuiciamiento Criminal para las Islas de Cuba y Puerto Rico, 1888.
Ley Procesal de Cuba en Armas, Leyes Penales de la Revolución, Cuaderno extraordinario IV, 2da. ed., Ed. Lex, marzo 1959.
Ley Procesal Penal Militar no. 1201 de 1966, Gaceta Oficial de la República de Cuba, 30 de septiembre 1966, extraordinaria.
Ley 1251, Ley de Procedimiento Penal, Gaceta Oficial de la República de Cuba, ordinaria, no. 14, Año LXXI, 26 de junio de 1973.
Ley 1250, Ley de Organización del Sistema Judicial de 1973, Ley 1250, de 23 de junio, Gaceta Oficial de la República de Cuba, 23 de junio de 1973, año LXXI. no. 13.
Ley 4 de 10 de agosto de 1977, Ley de Organización del Sistema Judicial, Gaceta Oficial de la República de Cuba, no.31, año LXXV, 12 de agosto de 1977.
Ley 5, de 5 de agosto de 1977, «Ley de Procedimiento Penal» (versión actualizada), Ediciones ONBC, La Habana, 2008.
Ley 6, de 8 de agosto de 1977, «Ley de Procedimiento Penal Militar», Publicación de Legislaciones, vol. IX, Publicación Oficial del Ministerio de Justicia, Cuba, 1979.
Ley 82, de los Tribunales Populares, de 11 de julio de 1997, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición especial extraordinaria, no. 14, de 24 de julio de 1997.
Ley 97, de los Tribunales Militares, de 21 de diciembre de 2002. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, de 9 de abril de 2003.
Orden 92, Cuartel General División de Cuba. *Gaceta de La Habana*, 26 de junio de 1899.
Orden 213 de 1900 del gobierno interventor norteamericano, *Gaceta de La Habana*, 1900.
Reglamento 1 «De Régimen penal, promulgado en la Sierra Maestra, el día 21 de febrero 1958». Cuaderno extraordinario IV, 2da. ed., Ed. Lex, marzo 1959.

Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba

Acuerdo 261, de 14 de abril de 1976.
Acuerdo 111, de 19 de mayo de 1981.
Acuerdo 172, de 26 de noviembre de 1985.
Acuerdo 9, de 30 de septiembre de 1987.
Instrucción 73, de 13 de julio de 1978.
Instrucción 173, de 7 de mayo de 2003.

Instrucción 208, 26 de abril de 2011.
Instrucción 211, 15 de junio de 2011.
Instrucción 222, de 29 de agosto de 2013.
Dictamen 446, de 16 de julio de 2015.
Instrucción 232, de 20 de noviembre de 2015.

El principio del juez natural. Iniciando el debate en el contexto jurisdiccional cubano

María Caridad Bertot Yero
Dayán Gabriel López Rojas

1. A modo de introducción

Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. Así lo establece el artículo 59 de la Constitución de la República de Cuba, que preconiza que «nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen».

Si bien lo deseable es lograr una justicia objetiva, fundamentada en las normas jurídicas, este *desideratum* no es fácilmente alcanzable. La diversidad de personalidades y credos ideológicos que poseen los jueces, por un lado, así como el abanico de interpretaciones posibles que admiten las leyes, de otro, conducen a pensar que la obtención de uno u otro pronunciamiento judicial está también en función del juez que lo dicta.

Cada juez, en el ámbito de su independencia, interpreta la ley en un sentido u otro, de modo que el resultado del proceso depende, en alguna medida, de su personalidad. Al no existir entonces homogeneidad judicial ni, por tanto, homogeneidad en la interpretación judicial de la ley –sobre todo en tiempos en los que se advierte un creciente número de conceptos jurídicos indeterminados, necesitados de interpretación–, evitar cualquier alteración discrecional de la persona del juez constituye una necesidad inobjetable.

En el contexto patrio, el profesor Juan Mendoza Díaz ha sostenido que «si bien el principio del juez ordinario o predeterminado inspira el ordenamiento cubano, no existe una adecuada sistematicidad en su tratamiento legislativo».[1] No obstante, buscando un referente en la Ley Suprema se advierte que el enunciado constitucional contenido en el mencionado artículo 59, que irradia hacia todo el ordenamiento jurídico, comprende dentro de sí el plexo de valores y principios sobre los que se articula la idea del debido

proceso; y es por ello que un ejercicio de interpretación teleológica aconseja reconducir a este precepto el tácito reconocimiento del principio del juez natural.

Ante esta situación, y más allá de la polémica en torno al reconocimiento normativo del principio estudiado, resulta vital –de cara a garantizar la transparencia de la impartición de justicia y el cabal cumplimiento de la independencia judicial–, voltear la mirada hacia el estudio y la repercusión práctica del principio del juez natural, como baluarte de inestimable valor en la defensa de los principios de imparcialidad e independencia en el ejercicio de la judicatura.

2. Los principios de independencia e imparcialidad y derecho al juez predeterminado por la ley, ¿dos caras de una misma moneda?

Entre los principios de independencia, imparcialidad y juez legal o predeterminado se establece una interrelación especial que, en ocasiones, provoca que el contenido de cada uno de ellos se entremezcle al momento de su explicación teórica. Ello viene determinado, al parecer, por la finalidad común que ellos comparten, que no es otra que la de garantizar un juicio justo.

A propósito de establecer la distinción entre estos principios, explica Cafferata Nores que «independencia e imparcialidad son las condiciones que se procuran asegurar con el principio del juez natural».[2]

Ciertamente, la regla del juez natural no puede valorarse como un fin en sí misma, pues en realidad constituye un medio para lograr el cumplimiento de las garantías de independencia e imparcialidad; y ello así porque un juez legal, por sí solo, no garantiza *per se* imparcialidad e independencia espiritual o anímica. Una cosa es la garantía y otra el medio para lograr su materialización.

No obstante, se aprecian diferencias en cuanto al modo de constatar la vulneración del principio del juez natural y de la garantía de imparcialidad, pues mientras aquel posee un matiz más objetivo, esta ostenta un fuerte contenido de subjetividad. Así, la vulneración del derecho al juez predeterminado es automática –basta con acreditar que no existe predeterminación o que las normas que la rigen se han quebrantado–; en tanto, la lesión del

derecho a un juez imparcial exige una cumplida prueba de la concurrencia de causas tasadas de parcialidad o de apariencia de parcialidad.

3. Sobre el contenido y alcance del principio del juez natural

El derecho al juez natural –también denominado juez legal, ordinario o predeterminado por la ley– se incardina dentro del bloque de principios que informan el Derecho judicial orgánico, según el diseño metodológico acuñado en la doctrina española por Gimeno Sendra, preconizado en el contexto patrio por el profesor Juan Mendoza Díaz[3]; y conviene anticipar que solo opera en el ámbito jurisdiccional y no en vía administrativa, ni en tribunales arbitrales, por lo que no será exigible sino ante los órganos jurisdiccionales, eso sí, ante todos ellos (tanto jurisdicción penal, civil, laboral, contencioso-administrativo).[4]

Sobre la vigencia de este principio en todos los órdenes procesales explica Montero Aroca que «no se limita a un único proceso, por cuanto, además de una garantía procesal en sentido estricto, es también una garantía jurisdiccional, esto es, relativa a la composición y funcionamiento de los tribunales, independientemente del proceso en que estos conozcan».[5]

El contenido del principio objeto de estudio debe analizarse desde dos perspectivas diferentes: una asociada al juez-órgano, y la otra vinculada al juez-persona.

Desde la arista del juez-órgano, este derecho se traduce en la exigencia de que el tribunal llamado a conocer del proceso haya sido creado previamente por la norma, y esté investido de jurisdicción y competencia, antes del hecho que motive su actuación.

Esta vertiente del principio procura prohibir que los asuntos sean juzgados por jueces excepcionales o no ordinarios,[6] pero permite al legislador introducir delimitaciones respecto a la competencia material, para el conocimiento de determinada clase de hechos, de acuerdo a los intereses de la justicia; de modo que se justifica la concentración de determinados asuntos en un solo tipo de órganos jurisdiccionales, basándose en la razonabilidad de la medida centralizadora en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versa, por la amplitud del ámbito territorial en que se produce y por su transcendencia para el conjunto de la

sociedad. El término juez ordinario comprende dentro de sí tanto la jurisdicción ordinaria como las jurisdicciones especiales por razón de competencial material.

La especialización competencial está expresamente reconocida en la Ley de los Tribunales Populares, por lo que es legalmente admisible que el conocimiento de determinados asuntos quede asignado en exclusiva a ciertos órganos jurisdiccionales.

Pero aun verificándose el cumplimiento de la faz juez-órgano, ello resulta insuficiente para sostener la efectividad de la garantía del derecho al juez natural, porque tal y como razona Córdoba Castroverde, «se puede estar de acuerdo, con carácter general, en que de nada serviría adoptar todo tipo de cautelas para determinar legalmente y con criterios de generalidad el órgano judicial llamado a conocer de un determinado asunto si posteriormente se pudiese designar libremente los miembros del órgano judicial correspondiente o sustituirlos a conveniencia».[7]

En este propio sentido pone de relieve Escalada López que «la relevancia de la composición subjetiva del tribunal estriba en la honesta consideración de que es el juez, y no el órgano, quien en verdad interpreta la ley en uno u otro sentido, y resuelve en unos u otros términos. Ello impone la necesidad de que el juez resulte legalmente determinado de forma previa, abstracta y objetiva, ya que, según intervenga un juez u otro, se evidencia que la sentencia podrá ser una u otra y distinta, razón por la que debe ser evitada cualquier manipulación en la composición subjetiva del órgano, susceptible de encubrir una designación *ad hoc* del juez».[8]

La situación antes descrita constituye el fundamento de la postura que obliga a analizar la efectiva vigencia del analizado principio desde el plano del juez-persona,[9] exigiéndose además que la composición del órgano judicial venga determinada por ley, y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente; de tal modo que una irregularidad en la designación del juez constituiría una violación de este derecho.

Particular atención merece en este sentido la problemática que suscitan las normas relativas al reparto de asuntos, pues doctrinalmente se ha sostenido que el derecho al juez predeterminado abarca las reglas que informan el turnado de causas; y en apoyo de esta postura sostiene Ignacio Díez-Picazo que materialmente

una norma de competencia y una norma de reparto es lo mismo, cumple la misma función: determinar qué órgano jurisdiccional debe juzgar un asunto determinado.[10]

Córdoba Castroverde reflexiona al respecto en el sentido de que resulta innegable «la incidencia que una alteración interesada y sobrevenida en las normas de reparto pueda tener sobre la independencia judicial, y por lo tanto sobre la posible lesión de este derecho fundamental, sin que sea lícito descartar toda posible incidencia de las normas de reparto en este derecho fundamental, basándose en que estas persiguen fines meramente organizativos, pues toda norma de distribución de competencias lo persigue y, en todo caso, la manipulación de las normas internas de reparto con fines espurios puede incidir en la independencia del juez sin tener que llegar a demostrar su parcialidad».[11]

En opinión de Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra se quebranta el principio del juez natural si en la constitución de los órganos colegiados se manipula su composición,[12] postura igualmente defendida de forma estable por la jurisprudencia constitucional española que, definiendo el alcance, el estudiado principio, ha sostenido que el juez ordinario predeterminado por la ley «exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que, en cada caso concreto, se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes».[13]

Asimismo, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que «se cumple con el mencionado principio siempre que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad».[14]

De lo anterior se colige que, para garantizar de modo efectivo el cumplimiento de este principio, no resulta suficiente que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional, sino que además se impone la existencia de regulaciones que, con criterios objetivos y de generalidad, ordenen el reparto de asuntos en sede judicial.

Tomando en cuenta la naturaleza de la cuestión a reglamentar, se justifica que en este ámbito quede excluida la intervención del legislador ordinario, quedando en manos de la máxima autoridad judicial el dictado de normas que pauten el procedimiento a seguir para el turnado de los asuntos que ingresen a los órganos jurisdiccionales, y la elección de los jueces que compondrán la sala de justicia encargada de conocer y juzgar el asunto concreto.[15]

4. A propósito del cumplimiento de este principio en el contexto jurisdiccional cubano

Lo relativo al reparto o turnado de los asuntos resulta ser, como antes se anticipó, uno de los ámbitos más proclives a sufrir interferencias que suponen vulneraciones del principio del juez predeterminado.

Estas afectaciones no siempre devienen actos intencionalmente maliciosos, dirigidos a manipular la recta impartición de justicia, sino que muchas veces traen causa de una deficiente reglamentación del tema o de una interpretación simplista e inadecuada de lo establecido, sin meditar sobre las consecuencias que ello genera de cara al debido proceso y a la imagen de la actuación jurisdiccional.

Tradicionalmente las leyes procesales civiles que han regido en Cuba se han ocupado de regular lo concerniente al turnado de los asuntos; sin embargo, ello no ha ocurrido así en sede penal, cuyas normas procedimentales han dejado de un lado la expresa ordenación de tal particular.

Un examen de la legislación decimonónica que rigió los destinos del proceso en nuestro país pone de relieve que mientras la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 14 de septiembre de 1882, silenció toda referencia a la reglamentación sobre el modo en que debían distribuirse las causas a los jueces, la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1885 reguló expresamente el particular en el artículo 335, el cual disponía que «para cada pleito se nombrará un Magistrado Ponente, en cuyo cargo turnarán todos los Magistrados que compongan la Sala, con exclusión del Presidente».

Ya en la época revolucionaria, con la promulgación de las leyes procesales propias, el legislador cubano dio muestras de una mejorada técnica legislativa al regular de un modo más detallado el

particular que se analiza, que aún parecía preocupar exclusivamente al procesalista civil. Así, la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo –Ley 1261, de 4 de enero de 1974–, que vino a sustituir la ley española, estableció en el artículo 123 que «en los procesos que cursen ante el Tribunal Supremo Popular o los tribunales provinciales, se designará un ponente. La designación recaerá en uno de los jueces profesionales adscritos a la sala, mediante turno que llevará su presidente»; e idéntica redacción se aprecia en el artículo 122 de la actual Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, mientras que Ley de Procedimiento Penal de 1973 –Ley 1251, de 25 de junio de 1973– permaneció ajena a tal cuestión, al igual que la ley que rige actualmente.

Ante la desatención del legislador penal respecto al tema, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular hubo de dictar la Instrucción 81, de 13 de enero de 1979, con el propósito de establecer reglas procesales, los casos y las formas en que los tribunales, en el ejercicio de su función jurisdiccional, deben proceder a la designación del ponente que ha de intervenir en la sustanciación de los procesos y expedientes de todas clases, de acuerdo con las respectivas leyes de procedimiento.

Singular importancia reviste esta disposición gubernativa, pues desde una arista unificadora regula lo concerniente al reparto de asuntos para todas las materias jurisdiccionales, además de ser la primera y única norma que se detiene a desarrollar las peculiaridades del turnado en sede penal, así como las funciones y obligaciones del juez ponente.

En lo que respecta al objeto de este estudio, valga resaltar que en la mencionada Instrucción se deja sentada una regla medular, cuyo cumplimiento asegura el respeto al principio del juez natural, consistente en que la designación del ponente se realizará mediante turnos rotativos, según el sistema que cada sala tenga establecido. Con ello se impide que determinados asuntos se asignen, por una razón u otra, a un juez en particular; al tiempo que se asegura una división racional y equitativa del trabajo entre todos los jueces que conforman la dotación de la sala.

De conformidad con lo regulado en la comentada disposición, se requiere que cada sala habilite los cuadernos necesarios para llevar el control sobre este particular, exigencia que no se satisface con los meros listados que, carentes de formalidad y de modo espontáneo, confeccionan algunos presidentes de sala.

Es comprensible que para asegurar una distribución equilibrada de los asuntos, para lo cual resulta obligado atender a su grado de complejidad, se tomen medidas organizativas que impidan un desbalance en cuanto a la carga de trabajo que deben asumir los jueces de una misma sala; sin embargo, ello debe pautarse siguiendo criterios objetivos y de generalidad, que abarquen todos los supuestos vinculados tanto al turnado ordinario como a aquel que se produzca de forma sobrevenida, sea por razones de enfermedad del ponente inicialmente designado, por excusarse varios miembros de la sala o, incluso, por motivo de haberse anulado el juicio por decisión del Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación, con orden de celebrar uno nuevo con jueces distintos.

Asimismo, por tratarse de un principio que se erige en instrumento para garantizar la independencia e imparcialidad –valores supremos de la Administración de Justicia en Cuba, según lo establecido en el artículo 122 de la Constitución de la República, en relación con el artículo 2 de la Ley de los Tribunales Populares–, sería aconsejable que las partes pudieran acceder a esta regulación a los efectos de poder ejercer un control efectivo sobre el cumplimiento del comentado principio.

Resulta curioso que, de cara al control seguido por la Dirección de Supervisión del Tribunal Supremo Popular, cuyas directrices aparecen reguladas en la Guía de Supervisión a los Tribunales Provinciales y Municipales en materia penal,[16] solo se aluda a velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Instrucción 81 en lo que respecta a un aspecto meramente formal del procedimiento, quedando limitado su control a constatar que en la causa obre la providencia en virtud de la cual el presidente de la sala designa al juez ponente, sin que se enfatice en la necesidad de verificar la existencia de los libros y registros que evidencien la adecuada reglamentación del asunto que se analiza como constancia de su aplicación material.

Valga resaltar, por último, lo que tiene que ver con los raros y excepcionales supuestos en los que se excusan todos los miembros de una sala para conocer de determinado caso. Ante tal situación debe respetarse el principio del *locus comissi delicti*, que impone la regla competencial por razón del territorio, de modo que si bien el asunto ha de ser entregado a jueces distintos, aunque se hallen vinculados a otras salas, en ningún caso puede perderse de vista que estos deben ejercer las funciones jurisdiccionales en ese propio territorio.

6. Ideas conclusivas

El principio del juez natural, legal o predeterminado por la ley, ha de entenderse tácitamente reconocido en el plexo de valores tutelados por el artículo 59 de la Constitución de la República, y constituye un baluarte de inestimable valor en la defensa de los principios de imparcialidad e independencia que informan el ejercicio de la judicatura en todos los órdenes jurisdiccionales.

Su vulneración opera de forma automática una vez que se afecte la predeterminación, ya sea porque se entregue el conocimiento del asunto a un tribunal excepcional, o porque se produzcan manipulaciones en la composición subjetiva del órgano, susceptible de encubrir una designación *ad hoc* del juez.

El panorama legislativo cubano resulta omiso en lo que concierne a la regulación de este principio, por lo que las leyes de procedimiento no han previsto adecuadas reglas encaminadas a garantizar su cumplimiento. Ha sido el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular quien, en virtud de la Instrucción 81, de 13 de enero de 1979, ha establecido un algunas reglas procesales que pautan los casos y las formas en que los tribunales, en el ejercicio de su función jurisdiccional, deben proceder a la designación del ponente que ha de intervenir en la sustanciación de los procesos y expedientes de todas clases; sin embargo, tales disposiciones resultan insuficientes.

Una futura revisión sobre el aspecto ha de tomar en cuenta, de cara a su perfeccionamiento, los siguientes aspectos:

- Sería aconsejable que cada sala habilitara los cuadernos necesarios para llevar el control sobre este particular, exigencia que no se satisface con los meros listados que, carentes de formalidad y de modo espontáneo, confeccionan algunos presidentes de sala.
- La distribución de los asuntos debe quedar sujeta a reglas previamente establecidas, de conformidad con criterios objetivos y de generalidad, que abarquen todos los supuestos vinculados tanto al turnado ordinario como a aquel que se produzca de forma sobrevenida, sea por razones de enfermedad del ponente inicialmente designado, por excusarse varios miembros de la sala o, incluso, por motivo de haberse anulado el juicio por decisión del Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación, con orden de celebrar uno nuevo con jueces distintos.

- Tratándose de un principio que se erige en instrumento para garantizar la independencia e imparcialidad –valores supremos de la Administración de Justicia en Cuba, según lo establecido en el artículo 122 de la Constitución de la República, en relación con el artículo 2 de la Ley de los Tribunales Populares–, sería aconsejable que las partes pudieran acceder a esta regulación a los efectos de poder ejercer el control sobre su efectivo cumplimiento.

Notas

1 *Cfr.* Juan Mendoza Díaz: «Principios del proceso penal», en Colectivo de Autores; *Temas para el estudio del Proceso Penal –Primera Parte–*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002, p. 59.

2 José I. Cafferata Nores: *Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 40. De esta opinión, también, Escalada López, quien sostiene que «el derecho al juez legal tutela, en un primer momento, la independencia del órgano y del juez». *Cfr.* María Luisa Escalada López: «El derecho al juez legal en el ordenamiento procesal alemán», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XIX, no. 1, jul., 2006, p. 186.

3 *Cfr.* Juan Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 53.

4 *Cfr.* Diego Córdoba Castroverde: «Algunas cuestiones relativas al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 10, may.-agost., 2010, p. 90, con referencias a distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español contentivos de tal opinión. Además, José Garberí Llobregat: «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», en Martínez Arrieta, Andrés: *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 6, Ediciones del Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 14. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Español mediante la sentencia 101, de 8 de noviembre de 1984 –contrarrestando la opinión contraria sostenida por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo– en la cual dejó sentado lo siguiente*:* «Este Tribunal, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución y de acuerdo con la regla de remisión del art. 10.2 de la CE, declara la plena vigencia del derecho fundamental en cuestión en el orden procesal civil. El derecho de toda persona a que su causa sea juzgada "por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley" se extiende "a los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil", según el

art. 6.1 del Convenio de Roma de 1950, y así ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias sentencias [...]. De modo coincidente, el art. 14.1 del Pacto de Nueva York de 1966 sobre derechos civiles y políticos, establece que "toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley [...] para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". Aunque la dicción del art. 24.2 no sea idéntica a la de las normas citadas, es obvio que las tres se refieren a unos mismos derechos o garantías de contenido procesal y de vigencia explícita en las dos primeras en el ámbito procesal civil, pauta interpretativa obligada e inequívoca que fuerza a concluir que también el derecho al Juez ordinario preestablecido por la Ley tiene vigencia en nuestro ordenamiento y por imperativo constitucional en el proceso civil».

5 *Vid*. Juan Montero Aroca *et. al*.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General,* 7ma. ed.*,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 95.

6 Se trata, en última instancia, de impedir la existencia de tribunales excepcionales o *ad hoc*, concebidos como aquellos que son instituidos de forma arbitraria, sin respetar la atribución jurisdiccional, con la finalidad de resolver casos particulares, concretos e individualmente determinados. Para una adecuada identificación de estos órganos de excepción, Escalada López ofrece un grupo de caracteres identificativos: 1) no creación del tribunal por ley, o creación por ley que no resulta conforme con la Ley Fundamental; 2) no creación *ex ante*, sino con carácter *ex post*, esto es, una vez que ha acaecido el hecho y/o este ha adquirido repercusión procesal; 3) no creación con generalidad, sino con particularidad, de forma *ad hoc, ad casum o ad personam*; 4) Creación con manifiesta falta de independencia. *Vid*. María Luisa Escalada López: *Op. cit*., p. 180.

7 Diego Córdoba Castroverde: *Op. cit*., p. 94.

8 María Luisa Escalada López: *Op. cit*., p. 184.

9 Sin dudas, es a esta arista del juez-persona a la que se asocian los supuestos prácticos más sutiles de vulneración del principio. *Apud*. José Luis Gómez Colomer *et al*.: *Introducción al Derecho Procesal. Parte General del Derecho Jurisdiccional*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón, 2010, p. 65.

10 Citado por Diego Córdoba Castroverde: *Op. cit*., p. 92. Sobre la vinculación de las normas de reparto con la eficacia del principio al juez natural, *vid*. Diego Córdoba Castroverde: *Op. cit*., p. 93.

11 *Vid*. Diego Córdoba Castroverde: *Op. cit*., p. 93.

[12] *Cfr.* Víctor Moreno Catena: Valentín Cortés Domínguez y Vicente Gimeno Sendra: *Introducción al Derecho Procesal*, 4ta. ed., Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 82.

[13] Esta posición jurisprudencial sostenida por el Tribunal Constitucional Español aparece contenida en las sentencias 47 de 1983; 101 de 1984; 303 de 1993 y 65 de 1994. Citadas por Víctor Moreno Catena: *Op. cit.*, p. 82.

[14] *Cfr.* sentencia 205, de 11 de julio de 1994, dictada por el Tribunal Constitucional Español. Sobre la nota de generalidad, explica Garberí Llobregat que esta «asegura la inexistencia de normas apegadas al caso concreto, de normas que regulen la competencia mediante criterios singulares tales como, por ejemplo, la identidad de los contendientes». *Vid.* José Garberí Llobregat: *Op. cit.*, p. 16.

[15] Un referente de derecho comparado, relativo a la reglamentación del reparto de causas, se encuentra en la Ley de Organización del Poder Judicial española –Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio–, cuyo articulado (*cfr.* arts. 152.1.1º y 2.2º y 167.1) atribuye a las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia la elaboración de dichas normas, mediante la aprobación previa de acuerdos gubernativos que posteriormente serán ejecutados por los presidentes de los tribunales y audiencias (*cfr.* art. 160.9) y por los jueces decanos (*cfr.* art. 167.2). Además, en esta propia norma se regula todo lo relativo a la composición (dotación) de los tribunales –se determina por el presidente del Tribunal, pero según los criterios aprobados anualmente por la Sala de Gobierno (*cfr.* arts. 198.1 y 160.10)–, y la asignación de ponencias a los magistrados –se rige por normas de asignación, aprobadas anualmente por las Salas de Gobierno (*cfr.* arts. 152.1.2º), con base en las cuales se realiza la designación del magistrado ponente, lo que se notificará a las partes (*cfr.* art. 203).

[16] *Vid*. Manual de Supervisión elaborado por el Sistema de Tribunales Populares de la República de Cuba del año 2008, p. 15.

7. Bibliografía consultada

Cafferata Nores, José I.: *Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

Córdoba Castroverde, Diego: «Algunas cuestiones relativas al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 10, mayo-agosto, 2010.

Escalada López, María Luisa: «El derecho al juez legal en el ordenamiento procesal alemán», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XIX, no. 1, julio, 2006.

Garberí Llobregat, José: «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», en Andrés Martínez Arrieta: *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 6, Ediciones del Consejo General del Poder Judicial, 1996.

Gómez Colomer, José-Luis *et al.*: *Introducción al Derecho Procesal. Parte General del Derecho Jurisdiccional*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón, 2010.

Mendoza Díaz, Juan: «Principios del proceso penal», en Colectivo de Autores: *Temas para el estudio del Proceso Penal –Primera Parte–*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

Montero Aroca, Juan *et al.*: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General,* 7ma. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Moreno Catena, Víctor, Valentín Cortés Domínguez y Vicente Gimeno Sendra: *Introducción al Derecho Procesal*, 4ta. ed., Ed. Colex, Madrid, 2003.

Tribunal Supremo Popular: *Manual de Supervisión elaborado por el Sistema de Tribunales Populares de la República de Cuba,* 2008.

Consideraciones sobre la vulnerabilidad y el acceso a la justicia. Una mirada desde Cuba

Rubén Remigio Ferro
Odalys Quintero Silverio
María Caridad Bertot Yero

El tema que abordaremos, enunciado en el título, supone una breve mención a sus variables claves: vulnerabilidad, acceso y justicia, algo sobre lo que se ha incursionado con loable profundidad y que haremos con extrema sencillez, solo a los efectos funcionales.

La vulnerabilidad puede entenderse como «una etapa en una línea continua entre dos situaciones extremas de exclusión-inclusión social»,[1] «una condición de debilidad o fortaleza de los actores o entidades».[2]

Son vulnerables «aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».[3]

La vulnerabilidad es, en definitiva, la situación de riesgo que presenta un individuo o grupo social por una amenaza externa o interna. Vulnerables son entonces los pobres, los discapacitados, las mujeres, los niños, los ancianos, los migrantes internos y externos, los privados de libertad, las víctimas, los pertenecientes a pueblos indígenas o a minorías, y todo el catálogo que en su día incluyó las Reglas de Brasilia.

En la vulnerabilidad están presentes aspectos objetivos, sobre los que el Estado y la sociedad pueden incidir más directamente, y subjetivos, de mayor dificultad para su solución, que tienen que ver con la capacidad de los individuos para enfrentar los conflictos, su percepción de la justicia y sus expectativas respecto a ella.

Por eso cuando nos detenemos en el concepto hay que pensar no solo en la búsqueda de recursos para fomentar solidez económica y crear oportunidades, sino también en el estímulo del conocimiento jurídico, del desarrollo cultural, en crear las disposiciones subjetivas de quienes juzgan para percibir las vulnerabilidades y darles el tratamiento debido; instaurar los mecanismos de control de la gestión que garanticen la calidad de la justicia que

se administra y la observancia de los derechos de quienes acudan a ella cualquiera que sea su condición social. En fin, en franquear los caminos de la ley para los más limitados y propiciar, incluso, hasta la cercanía geográfica de las instituciones de justicia.

El acceso, por su parte, tiene igualmente diferentes enfoques. Uno simple lo define como el ingreso al sistema judicial para ventilar presuntas violaciones de derechos, y otro más complejo surge de su visión como trayecto, camino, recorrido, proceso en el que se adentra el individuo o los afectados para hacer valer sus derechos; que no parte únicamente de la incursión en el proceso judicial, sino que incluye lo actuado o posible a actuar desde el momento en que surge la necesidad de defensa de su derecho, en una fase prejudicial.[4]

Esta segunda perspectiva incluye la disposición subjetiva de la parte afectada hacia la justicia, hacia el uso de sus mecanismos, la percepción que sobre su calidad, autenticidad y transparencia tenga, de tal suerte que en ocasiones el descrédito de la justicia constituye el mayor de los obstáculos para una población vulnerable que carece de expectativas legales.

Finalmente nos enfrascamos en el término *justicia*. La justicia es entendida desde una perspectiva formal como el resultado de procesos legales, cualquiera que sea el fallo al que arribaren los jueces, en correspondencia con el Derecho. Un enfoque de fondo se inclina por los resultados y categoriza como tal al acto judicial conclusivo en el que domine la satisfacción de valores.

Para John Rawls, el concepto supone la existencia de un conjunto de principios de aplicación universal, de dominio público, que constituyan la instancia final de resolución, cuya aplicación efectiva esté garantizada a quienes lo requieran, a fin de que sean resueltos todos los conflictos que se planteen.[5]

Acceso a la justicia significa, por tanto, «el derecho al respeto de las garantías del debido proceso [...] y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental».[6]

Por supuesto, no puede pretenderse que un problema de tamaña repercusión pueda resolverse con la sola acción del sistema judicial. Es consenso en los que abordan el tema que dada la esencia de la vulnerabilidad, son las fuerzas combinadas del Estado, la sociedad y el sistema judicial las que pueden brindar una solución plausible.

Al Estado le corresponde una enorme cuota, proveyendo a la sociedad de políticas públicas que ayuden a la erradicación de la marginalidad,[7] asegurando educación para todos, salud gratuita, cultura, empoderamiento de la mujer, protección efectiva al niño y al anciano, garantías para los privados de libertad, igualdad de oportunidades entre los hombres cualquiera que sea su raza, género, pertenencia a grupos o comunidades u orientación sexual.

Al sistema judicial se le adjudica también una gran tarea, que no es solo de administrar justicia. Contrario a como muchos consideran, no basta con hacer cumplir la ley ciegamente. Hay que interpretarla en función de cada realidad histórica, con visión racional e inteligente, dirigida a la protección de los más débiles, porque si bien la ley establece un trato igualitario para todos, lo cierto es que un tratamiento igualitario para los vulnerables es injusto, de ahí la denominada falacia de la igualdad proclamada por el Derecho, a la que algunos hacen referencia.[8] Súmese a lo dicho que el sistema deberá concentrar sus esfuerzos, además, en la labor divulgativa del Derecho, para disminuir la marginación por desconocimiento. A él corresponde una tarea activa en la garantía de la justicia concreta, dotando a los procedimientos de vías para mejor cumplir los mandatos de ley, de la manera en que cada ordenamiento jurídico lo permita, y hacer uso de la iniciativa legislativa siempre que una situación de desventaja corregible por ley así lo aconseje.

El juez no puede estar separado de la realidad, impasible, sujeto a lo que cada parte aporte en el proceso, porque la percepción de los problemas viene del contacto con toda la sociedad, de compartir las mismas situaciones generales, y ello unido a su preparación técnica, a la práctica de los principios del debido proceso, garantizando la igualdad sin igualitarismo; es lo que garantiza la realización de la justicia en el plano legal.

La realidad cubana, sin embargo, no es común a la mayoría del continente. Sin triunfalismos, la Revolución aportó, para bien, la base fundamental de esas diferencias: el cambio en la distribución de la riqueza, los programas sociales de salud y educación, el estímulo para el desarrollo de la cultura, la atención priorizada al niño y al adulto mayor, la adopción de estructuras nuevas en el sistema de justicia donde los tribunales se acercan a todos los territorios, por recónditos que sean, facilitando el acceso geográfico. Conformados por jueces legos y profesionales, los primeros con la misión natural incorporada de aportar las vivencias de la pobla-

ción, que tampoco son ajenas al resto de los jueces porque de igual forma comparten la misma condición social, separándolos solo la práctica profesional del Derecho.

En los tribunales cubanos hay una adecuada representación de sectores o grupos sociales anteriormente desfavorecidos. De las 922 personas que hoy asumen funciones de jueces profesionales en todo el país, 564 (el 61,1 %) son mujeres, 349 (el 38 %) son jóvenes menores de 35 años, y 301 (el 32,6 %) son negros. Esta estructura generacional demuestra las reales posibilidades de acceso de todos los sectores sociales a la judicatura y su representatividad en la administración de justicia.

Es característica de la actividad de los tribunales en Cuba la agilidad o celeridad con que se resuelven o deciden los asuntos judiciales. Al cierre de 2014, en el sistema de tribunales se resolvió el 94 % de los asuntos penales. En el Tribunal Supremo Popular, por ejemplo, la resolución de los recursos de casación se realizó en un promedio de 63 días en los casos de acusados en libertad, aunque se alcanzaron niveles superiores de agilidad en los asuntos con acusados en prisión provisional (28 días). Estos índices evitan la presencia de un fenómeno presente en muchos países: los presos sin condena u olvidados, que permanecen en prisión por varios años en espera de la solución del proceso, en ocasiones por términos iguales o superiores a los que les corresponderían de ser sancionados.[9]

En materia civil los tribunales municipales populares resolvieron el 82,9 % de los asuntos, mientras que en la provincia ese indicador alcanzó el 75,7 %. En materia de familia el 88,1%. En lo administrativo la resolución de los procesos, en el nivel provincial, fue del 78 %, y en apelación del 99,2 %. En la laboral, del 99 % (de ellos el 89,9 % en término inferior a los 24 días hábiles). En la materia económica se alcanzó una resolución del 90,2 % en procesos ordinarios, y 96,5 % en procesos ejecutivos.[10] Del total de recursos que se interpusieron ante el Tribunal Supremo, el 100 % se admitió, lo cual constituye también una garantía de acceso a la justicia.

Para lograr esos resultados, que evidencian un nivel de acceso a la justicia aceptable, es vital, por una parte, no ya la disposición subjetiva de los destinatarios de la justicia, dentro de ellos los vulnerables, a la que de inicio hacíamos referencia, sino también la de los jueces, expresada en sus capacidades y actitudes para una conducción apropiada en el enjuiciamiento de personas vulnera-

bles; y por otra, aportando parte del complemento objetivo del procedimiento: la existencia de sistemas de gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial.[11]

Tan importante como contar con normas eficientes que garanticen el tratamiento diferenciado a personas expuestas a riesgos, es que los jueces que decidan estén subjetivamente condicionados para ofrecerles la tutela jurídica y judicial suficiente que demanden.[12]

El enfoque cubano del tema expone como visión que el cometido de los jueces desborda la mera aplicación de las normas. Conlleva la obligación de hacerlo con sentido de lo justo y sustento humanista, de equidad y racionalidad.

Lograr este objetivo supone para el sistema judicial la implementación de una labor de formación y desarrollo de valores, capacidades y actitudes, sistemática, para lo que se articula una estrategia dirigida a ese objetivo desde la dirección del Tribunal Supremo Popular y se implementa a través de la Escuela de Formación Judicial.

Las acciones de formación continua incluyen la enseñanza de los soportes normativos y deontológicos que exige la impartición de justicia a personas vulnerables. Así son objeto de estudio las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad y la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas del delito o del abuso de poder, entre otras.

El proceso de capacitación tiene lugar sobre la base de la detección de las carencias cognoscitivas y de habilidades, realizada a través de la evaluación de los procesos judiciales por los tribunales superiores al resolver los recursos o los procedimientos especiales de revisión, de la actividad de supervisión de la actividad jurisdiccional y del sistema de atención a la población.

A fin de garantizar un aumento creciente y permanente de la calidad, la Escuela de Formación Judicial en su función de formación de nuevos jueces oferta el Diplomado en Administración de Justicia.

En la actualidad, el 39 % de los jueces tienen títulos académicos de maestrías, especialidades o doctorados. Es parte de la preparación del juez y personal del sistema, lo concerniente a la formación y consolidación de valores, de una cultura general integral y el su-

ministro de informaciones básicas del devenir económico, social, político y cultural territorial, nacional e internacional, para propiciar la meta de un juez apegado a su realidad, informado y culto.

Para garantizar un nivel aceptable de preparación de quienes administran justicia, está establecida la evaluación del desempeño profesional sistemático de los jueces y trabajadores judiciales.

En total coherencia con lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución de la República de Cuba, en los tribunales funciona un sistema de atención a la población que permite el acceso a la justicia de todo quien tenga un problema vinculado con su administración, a la par que posibilita, a través de la tramitación y control de los planteamientos de la ciudadanía, identificar los errores e insuficiencias presentes en el trabajo judicial, y adoptar las medidas que faciliten su erradicación, concediéndoles calidad y transparencia a los procesos y al actuar judicial a la par que viabiliza el control popular. Este sistema cumple, además, con el objetivo de brindar información a las personas que concurren a los órganos jurisdiccionales para derivar a la mejor opción procesal, en una actuación que pudiera considerarse, como afirma un sector de la doctrina, tribunal de múltiples puertas.[13]

Lo dicho hasta aquí engarza con el segundo de los aspectos mencionados: la necesidad y pertinencia de sistemas de gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial.

Hoy en no pocos países persisten resultados disfuncionales en el desempeño de los órganos jurisdiccionales, constatables en extensas moras, exagerados formalismos, existencia de decisiones absurdas con base en rebuscados tecnicismos, y un profundo y galopante distanciamiento entre juzgadores y enjuiciados que hacen cada vez más inaccesible la justicia, separándose de un verdadero sentido democrático en su impartición; fenómeno que impacta en crisis de desconfianza hacia los sistemas judiciales.

Surge entonces una nueva visión ontológica y deontológica de la función judicial, en cuyo contenido se concreta la perspectiva de la actividad judicial como servicio público al ciudadano, cuyo cometido es proporcionar acceso a la justicia institucional como vía para ventilar sus problemas y obtener amparo efectivo al ejercicio de sus derechos lesionados o en riesgo de serlos.

Esta visión impone la jerarquización institucional de valores tales como la honestidad, el sentido de justicia, el actuar diligente, entre otros, que deben entronizarse en la implementación de

buenas prácticas en la actuación de los tribunales y de sus jueces, dirigidos a asegurar la prevalencia de las garantías y derechos de las personas intervinientes en los procesos.

Pero no basta con la jerarquización de valores; se necesita para su implementación y generalización, para la incorporación en el actuar judicial, de la fijación de requisitos e indicadores precisos y medibles que lo garantice.

Las Normas ISO de la Organización Internacional de Normalización (integrada por más de 130 países), especialmente la ISO 9000 e ISO 9001, sirven de sustento a nuestro proceder.

Varios países de América Latina y el Caribe, entre ellos Costa Rica, Colombia y Cuba, están involucrados en la implementación de sistemas de gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial.[14]

En Cuba se han identificado cinco aspectos imprescindibles para promover el desempaño efectivo de la función judicial:

1. Actuación diligente y ágil en la tramitación y decisión de los asuntos, con apego a plazos y términos establecidos en la ley.
2. Respeto y cumplimiento estricto del debido proceso y de las garantías y derechos de las partes y todos los intervinientes en los procesos judiciales.
3. Adopción de decisiones judiciales atinadas, debidamente fundamentadas y argumentadas desde la interpretación clara y precisa de la ley aplicable, y caracterizada por su racionalidad y sentido de justicia.
4. Cumplimiento efectivo y oportuno de las decisiones judiciales firmes.
5. Atención responsable, profesional, transparente y ética de jueces y secretarios judiciales en el desempeño de sus funciones.

Para garantizar los fines previstos e implementar y desarrollar el sistema de calidad internamente, como ya dijimos, se realizan acciones de inspección y monitoreo a través de la revisión de expedientes de casos cerrados o en curso, así como por los tribunales superiores al resolver los recursos y evaluar la tramitación de los procesos.

En fin, en la medida en que el sistema garantice el control de la calidad en el ejercicio de la administración de justicia, se garantiza el acceso de los débiles y vulnerables y de los que no lo son, y la calidad de la justicia que administramos.

Sin embargo, no solo existen medidas sistémico-funcionales susceptibles de ser diseñadas y aplicadas por los sistemas judiciales de cada país, como hasta ahora hemos expuesto, que fran-

quean el acceso de los vulnerables a la justicia. Hay una cara más concreta del asunto al alcance de ese propio actor. De eso también nuestro sistema se ha ocupado.

Refiriéndose a la realidad en su país (Brasil), un magistrado[15] decía que el ciudadano no viene a la justicia porque no conoce su derecho, tiene conciencia además de que el servicio es moroso y caro, entre otros males de importancia, y exhorta al juez latinoamericano a salir de su neutralidad y asumir su rol de ciudadano, comprometido con su realidad, en busca de soluciones.

Hace una propuesta de medidas dentro de la que se encuentra incluir la competencia municipal, la construcción de los juzgados cercana al grueso de la población común, en las periferias, para facilitar el acceso geográfico; la introducción de los juicios con jueces legos, la eliminación parcial de los costos, la flexibilización formal de los procedimientos, la utilización de un lenguaje judicial sencillo. Todas estas medidas son una realidad en nuestro país.

El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular tiene facultad reglamentaria, en virtud de la Ley 82 de 11 de julio de 1997 y su reglamento, que ha venido utilizando en la solución de algunas necesidades, en tanto la ley procesal se modifique.

Así, por ejemplo, para garantizar los postulados del debido proceso, en fecha 26 de noviembre de 1985 dictó el Acuerdo 172, que hizo transitar el sistema penal, de la íntima convicción a la sana crítica, cumpliendo los postulados del derecho a la defensa y facilitando en la actualidad una nueva visión de la casación, que si bien tiene como presupuesto básico el respeto al hecho probado, razón que generaba el rechazo del recurso cuando entraba en cuestionamiento fáctico, hoy, gracias a la motivación de la sentencia y a las instrucciones que respecto a las memorias del juicio da el mencionado acuerdo, la Sala puede aceptar el ataque al hecho y decretar el quebrantamiento cuando no hay correspondencia entre la práctica de la prueba en el acto del juicio oral y el hecho probado consignado en la sentencia.[16] Esta solución garantiza un verdadero acceso a la justicia, convirtiendo un acceso formal en uno sustantivo, porque se pone fin a la tiranía de la intangibilidad de lo probado por romperse la estructura lógica del razonamiento que se hace de la prueba y permite llegar a la realidad de lo ocurrido, lo que no debilita la posición del juzgador de instancia, porque si bien es cierto que es él el que tiene la inmediación, también lo es que no hizo un uso adecuado de ella.

Más recientemente el Consejo de Gobierno dictó la Instrucción 208 de 26 de abril de 2011. Se trata de una metodología para la redacción de la sentencia, y uno de los aspectos en que se insiste es en el lenguaje sencillo, claro, evitando la utilización de latinazgos y palabras en otro idioma, indicaciones que tienen por fin hacer asequible la justicia hasta la persona más desfavorecida, en mayor desventaja, y que esta cumpla su función reeducadora, evidencie su transparencia y garantice el control popular, que es también una forma de evitar la vulnerabilidad.

Por otro lado, la Instrucción 211 de 15 de junio de 2011, de igual órgano, regula la metodología para la realización del juicio oral, poniendo el énfasis en la garantía de los principios del debido proceso que a ese trámite concierne y protegiendo los derechos del acusado de declarar cuantas veces lo requiera en el acto oral, lo que refuerza el principio de defensa y la transparencia de la justicia, cumpliendo con la Declaración y con las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, de marzo de 2008.

Respecto a la flexibilización de los procedimientos, también se ha pronunciado el Consejo. Esta vez en la Instrucción 173 de 7 de mayo de 2003, para evitar una mayor victimización de los menores víctimas y de las personas con déficits mentales, disponiendo el análisis sobre la necesidad del testimonio del menor o persona en la situación mencionada. De ser necesario deberá decidir si puede realizarse el juicio solo con la filmación de la entrevista realizada durante la fase preparatoria al menor, especialmente en los casos de menores de 12 años de edad. Puede también disponer la exploración del menor a través de un especialista en el local creado para ello, de la Unidad de Protección al Menor, quien formulará las preguntas que le traslade el presidente de la Sala a solicitud de las partes, o de oficio, y el testimonio será visto por circuito cerrado desde la Sala o a través de videoconferencia, en comunicación directa entre ambos locales. Si se decide examinarlo ante el tribunal, la entrevista deberá realizarse en un local habilitado para ese fin, sin togas, en presencia de su representante legal, el defensor y el fiscal, realizándose las preguntas solo a través del presidente, sin más formalidades. Se creará un ambiente propicio durante la exploración, con lenguaje claro, sencillo, coloquial, para lograr confianza y comunicación sin dañar la sensibilidad del explorado. La instrucción dispone priorizar estos casos en los tribunales y utilizar a los jueces mejores preparados para ello.

Justamente, estas medidas forman parte de lo que directamente está al alcance del sistema judicial, en el orden funcional. Otra parte depende de cambios legislativos, en manos de los legisladores.

En Cuba el advenimiento de la Revolución condujo a la promulgación de leyes que amparan a los más desfavorecidos. Aunque susceptibles de perfección, con ellas se eliminan, esencialmente, las mayores y más importantes vulnerabilidades, lo que no descarta absolutamente la existencia de alguna, incluso invisibilizada por nuestra cultura patriarcal, aspectos en los que aún hay que seguir incidiendo.

Así, por ejemplo, en 1973 se derogó la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las órdenes vigentes en la justicia penal, promulgándose la Ley 1251 de 26 de junio. En sus artículos 73 y 74 esta ley estableció la obligación del tribunal de instancia de elevar las actuaciones cuando fuere interpuesto el recurso en término, con lo que desapareció la posibilidad del tribunal de base de inadmitir el recurso por problemas formales. El Acuerdo 261 del TSP de 14 de abril de 1976, para complementar la ley y franquear el acceso en lo posible, indicaba que cuando el tribunal que resolviera el recurso advirtiera que el escrito impugnaticio padeciera de la ausencia de algún requisito formal, debía instruir al recurrente para que en un plazo prudencial subsanara el error.

Otra novedad respecto a la anterior que hizo más expedito el acceso a la justicia es que igualmente estableció que la cita inadecuada del precepto no era obstáculo para la admisión del recurso si era posible inferir el propósito del recurrente y la norma que lo amparaba. La vigente Ley de Procedimiento Penal (Ley 5 de junio de 1977) mantuvo estas conquistas y las amplió al extender el término del recurso a diez días hábiles.[17]

De igual manera la vigente ley de procedimiento establece normas que facilitan el acceso a la justicia, tal cual es el caso de que el recurso de apelación en el proceso sumario no lleva dirección letrada, y que si hay presos la sentencia se notifica directamente al preso (artículo 85).

La existencia de la defensa de oficio gratuita es también una prerrogativa de vulnerables y no vulnerables para acceder al sistema judicial, del mismo modo que favorece a los vulnerables que muchos beneficios que se otorgan en trámites de ejecución de sentencia puedan ser gestionados por los sancionados sin necesidad de representación letrada.

De manera que en todas las fases del proceso: acceso, tramitación del procedimiento y fase ejecutiva, nuestras leyes han intentado ir dando oportunidades de defensa y de acceso a la justicia a las personas vulnerables.

Por otro lado, en Cuba no es una preocupación la criminalización por crecimiento de la inseguridad fomentada por las campañas publicitarias por la televisión, que propague el miedo con sus crónicas negras, de las que hablaron Elías Carranza y Ferrajoli,[18] porque la criminalidad de subsistencia, la común, no es objeto de noticia en los medios, y el país se esfuerza por acorralar y combatir la delincuencia de cuello blanco que sí es sancionada severamente y se persigue a conciencia, en términos aceptables.

Sin embargo, no todos son logros en Cuba respecto al tema. Aún padecemos de males que hay que enmendar y que no siempre están al alcance del sistema judicial.

Así, por ejemplo, es una decisión unipersonal del fiscal o del instructor autorizar o no la práctica de una prueba solicitada por el acusado o su defensor, en fase, con inmediatez. El acusado no es parte hasta que se le dicte medida cautelar. La víctima no está reconocida como parte en el proceso, quedando atada a la decisión del fiscal en caso de inconformidad. Existe una única institución de peritaje criminalístico para la investigación criminal, lo que impide una segunda opinión contrastada, ante la inconformidad de la parte afectada. El cobro de servicios jurídicos se realiza con la aplicación de dos monedas, en dependencia de la condición migratoria de la persona. En algunas otras materias, los procedimientos administrativos se terminan en la instancia administrativa, sin recurso judicial. No se instituyen vías alternativas de solución de conflictos que ayude a redefinir el asunto más expeditamente y con menor grado de violencia.

Si fuéramos a enunciar por orden de prioridad los más importantes problemas que tenemos con el acceso a la justicia, podríamos concluir que aún nos afecta la existencia de límites en las leyes que favorecen las vulnerabilidades, algunos de los cuales hemos abordado particularmente, que ni siquiera con la interpretación que pueda realizar el Consejo de Gobierno del TSP pueden enmendarse.

Existen procedimientos para la solución de conflictos, en la vía administrativa, con afectación de derechos importantes del individuo, que carecen de acceso al sistema judicial.

Finalmente, sigue siendo un problema a resolver la creación de vías alternativas para la solución de conflictos, proceder más asequible por su cercanía absoluta al sitio de la contienda y a los contendientes, por la ausencia de formalismos, generalmente menos costoso, y más ventajoso porque minimiza los daños causados en los procesos, sobre todo a los vulnerables.

Actualmente Cuba se encuentra enfrascada en los cambios legislativos. La Asamblea Nacional ya trabaja para modificar la Ley de Procedimiento Penal y el Código Penal, en cuyos proyectos se propone eliminar todas las situaciones de desventaja que explicamos y que esperamos sean resueltos con prontitud.

Respecto a los medios alternativos, cada día son más los intelectuales que piensan en ello y se comprometen con sus proyectos.

Notas

1 Mauricio Padrón Innamorato: «Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes», Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.jurídicas.unam.mx htpp://biblio.juridicas.unam.mx.

2 *Id*.

3 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Marzo 2008.

4 *Id*.

5 Alberto R. Dalla Vía: La protección de las minorías en el campo de los derechos políticos. Ministerio Público de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación 2008.

6 Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis: Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Ministerio Público de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación 2008.

7 LoukHulsman y E. Raúl Zaffaroni: Análisis crítico del acceso a la justicia. Ministerio Público de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación 2008.

8 Alicia Ruíz: Asumir la vulnerabilidad. Ministerio Público de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación 2008.

9 Oscar Silvera Martínez: «Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales en Cuba», en revista *Justicia y Derecho* no. 17 de diciembre de 2011.

10 Informe de balance anual del TSP, año 2014.

11 Rubén Remigio Ferro: «Problemas críticos de la justicia penal y el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad en América Latina y el Caribe: una mirada desde la perspectiva de Cuba», Congreso Internacional sobre Criminalidad y Sistemas de Justicia Penal en América Latina y el Caribe, celebrado en San José de Costa Rica del 5 al 7 de octubre de 2015.

12 *Id*.

13 Oscar Silvera Martínez: «Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales en Cuba», en revista *Justicia y Derecho* no. 17 de diciembre de 2011.

14 Rubén Remigio Ferro: «Gestión de la calidad de la función judicial en Cuba e independencia judicial. Presupuestos para su armonización». Tesis para optar por el título de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, La Habana, 2014.

15 Regis Fernández de Oliveira: «Medidas para hacer efectivo el acceso a la justicia». Consejo General del Poder Judicial. *Revista del Poder Judicial* no. 33, marzo 1994.

16 Odalys Quintero Silverio: «Casación y cuestionamiento. ¿Quimera o realidad?», en *Enfoques de la práctica judicial en sede penal*, coordinado por María C. Bertot Yero, Ediciones ONBC, La Habana, 2013, p. 82.

17 Maricela Sosa Ravelo y Tomás Betancourt Peña: «Procedencia o admisibilidad del recurso de casación: un tema recurrente para la práctica judicial cubana», en revista *Justicia y Derecho* no. 22 de junio de 2014.

18 Luigi Ferrajoli: La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública. Elías Carranza: Criminalización de la pobreza. Ambos en Ministerio Público de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2008.

Bibliografía

Andreu-Guzmán, Federico y Christian Courtis: *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, Ministerio de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires, Defensoría General dela Nación 2008.

Carranza, Elías: *Criminalización de la pobreza*. Ministerio de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación 2008.

Dalla Vía, Alberto R.: *La protección de las minorías en el campo de los derechos políticos*. Ministerio de Defensa Pública. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía a la justicia, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación 2008.

Despouy, Leandro: *Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos*. Ministerio de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires: Defensoría General dela Nación 2008.

Ferrajoli, Luigi: *La desigualdad ante la justicia penal y garantía de la defensa pública*. Ministerio de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires: Defensoría General dela Nación 2008.

Fernández de Olivera, Regis: «Medidas para hacer efectivo el acceso a la justicia», Consejo General del Poder Judicial no. 33. Marzo 1994.

García Ramírez, Sergio*: Derechos humanos de los niños y adolescentes*. Ministerio de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación 2008.

Hulsman Louk y E. Raúl Zaffaroni: *Análisis crítico del acceso a la justicia.* Ministerio de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía a la justicia. Buenos Aires, Defensoría General de la Nación 2008.

Informe de Balance anual del Tribunal Supremo Popular 2014.

Lorenzetti, Ricardo: *Acceso a la Justicia de los sectores vulnerables*. Ministerio de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía a la justicia, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación 2008.

Padrón Innamorato, Mauricio: «Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes», Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unan.mx htpp:// biblio.juridicas.unam.mx.

Quintero Silverio,Odalys: «Casación y cuestionamiento. ¿Quimera o realidad?», en *Enfoques de la práctica judicial en sede penal*, coordinado por María C. Bertot Yero, Ediciones ONBC, La Habana, 2013, p. 82.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Marzo 2008.

Remigio Ferro, Rubén: «Gestión de la calidad de la función judicial en Cuba e independencia judicial. Presupuestos para su armonización». Tesis para optar por el título de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, La Habana, 2014.

Remigio Ferro, Rubén: «Problemas críticos de la justicia penal y el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad en América Latina y el Caribe: una mirada desde la perspectiva de Cuba», Congreso Internacional sobre Criminalidad y Sistemas de Justicia Penal en América Latina y el Caribe, celebrado en San José de Costa Rica del 5 al 7 de octubre de 2015.

Ruiz, Alicia: *Asumir la vulnera*bilidad. Ministerio de Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa Pública: garantía a la justicia, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación 2008.

Silvera Martínez, Oscar: «Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales en Cuba», revista *Justicia y Derecho* no. 17, diciembre de 2011.

Sosa Ravelo, Maricela y Tomás Betancourt Peña: «Procedencia o admisibilidad del recurso de casación: un tema recurrente para la práctica judicial cubana», en revista *Justicia y Derecho* no. 22, junio de 2014.

Índice

Prólogo III
Presentación VII

Parte General

Francisco Muñoz Conde
La polémica causalismo-finalismo en el Derecho Penal español durante la Dictadura franquista 3

Harold Bertot Triana, María Caridad Bertot Yero y Dayán Gabriel López Rojas
Las tendencias del Derecho Penal moderno. Breve acercamiento a la legislación penal cubana 21

Harold Bertot Triana y Nibaldo Hernández Mesa
Los actos reflejos y la función negativa del concepto jurídico-penal de acción 50

Harold Bertot Triana y María Caridad Bertot Yero
Sobre la actio libera in causa. *Una aproximación necesaria* 74

María Caridad Bertot Yero y Dayán Gabriel López Rojas
Reflexiones sobre la eximente de legítima defensa 89

Harold Bertot Triana
Acerca de la teoría de la imputación al tipo objetivo 109

Dayán Gabriel López Rojas y Hugo R. Benavides Gómez
Comentarios en torno a la atenuante de obrar bajo la influencia de una amenaza o coacción 148

Dayán Gabriel López Rojas
Las circunstancias de nocturnidad y despoblado. Una visión desde el Código Penal cubano 162

Parte Especial

Harold Bertot Triana
¿Malversación por dolo eventual? Análisis de una reciente postura de la jurisprudencia cubana 183

María Caridad Bertot Yero
Falsedades documentales 205

Dayán Gabriel López Rojas
¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del artículo 250 del Código Penal cubano 225

Dayán Gabriel López Rojas y Mayda Goite Pierre
Lavado de activos y delito determinante cometido en el extranjero (¿otra incoherencia del Decreto Ley 316/2013?) 247

Derecho Procesal Penal

Marily Rafaela Fuentes Águila y Alina de Fátima Santana Echerri
La no autoincriminación en el contexto sociojurídico cubano 283

Marily Rafaela Fuentes Águila
La non reformatio in peius *en el nuevo juicio. Un análisis desde la casación penal cubana* 310

Dayán Gabriel López Rojas
¿La verdad a toda costa? A propósito de la eficacia probatoria de los registros de llamadas expedidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba (ETECSA) 335

Maricela Sosa Ravelo
Algunos apuntes sobre la doble conformidad en Cuba 365

María Caridad Bertot Yero y Dayán Gabriel López Rojas
El principio del juez natural. Iniciando el debate en el contexto jurisdiccional cubano 402

Rubén Remigio Ferro, Odalys Quintero Silverio y María Caridad Bertot Yero
Consideraciones sobre la vulnerabilidad y el acceso a la justicia. Una mirada desde Cuba 415