



JUSTICIA Y DERECHO

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

Vol. 22, No. 39
Enero-junio 2025



ISSN 1810-0171 (Impresa)
RNPS 0504



Esta obra se publica bajo la licencia
de reconocimiento/atribución
no comercial *creative commons* 4.0.

Director : Rubén Remigio Ferro
Coordinadora general : Maricela Sosa Ravelo
Editora principal : Aymee Fernández Toledo
Editora de sección : Yanelis Ponce Téllez
Editora de sección : Maryla Anna Pérez Bernal
Corrector : Juan Ramón Rodríguez Gómez
Maquetador : Ramón Caballero Arbelo

JUSTICIA Y DERECHO

Publicación semestral
Vol. 22, No. 39, enero-junio 2025

ISSN (Edición impresa): 1810-0171

RNPS: 0504

TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

Aguilar 367, e/ Obispo y Obrapía,
La Habana Vieja, La Habana, Cuba.

☎ (53) 786 98839

🌐 revistajd.tsp.gob.cu

✉ revistajd@tsp.gob.cu

ÍNDICE

VADEMECUM

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Principle of legality and judicial discretion

■ Dr.C. LORENZO MORILLAS CUEVA	/ 7
---------------------------------------	-----

REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA JUSTICIA

The impact of artificial intelligence on justice

■ DRA.C. EMILIA MARÍA SANTANA RAMOS	/ 34
--	------

COMENTARIOS SOBRE EL PROCESO DE AMPARO

Comments about the amparo process

■ Lic. YURISLEIBY BARRERA PRIETO	/ 60
---	------

ROMPIENDO BARRERAS DESDE LO JUDICIAL: LAS SENTENCIAS DE LECTURA FÁCIL

Breaking barriers from a judicial perspective: Easy-to-read judgements

■ Lic. MELISSA DE LA CARIDAD ALAYO HECHAVARRÍA Y Lic. ALBERTO GARCÍA NODAL	/ 86
---	------

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PODER PROBATORIO DEL JUEZ FAMILIAR

The principle of equality and evidentiary power of the family judge

■ Lic. ELVIA LARITZA CRUZ HERNÁNDEZ	/ 109
--	-------

AJUSTES RAZONABLES EN LO ADMINISTRATIVO: RETOS Y DEFICIENCIAS

Reasonable administrative adjustments: Challenges and shortcomings

■ Lic. LILIANA PALMERO MARTÍN	/ 137
--------------------------------------	-------

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS SENTENCIAS PENALES

The best interest of the children in the criminal sentences

■ Lic. YUNAIDA LABORDE CABONELL	/ 163
--	-------

JUSTICIA PENAL E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Criminal justice and best interest of the child

■ Lic. ZAMIRA MARRERO MORGADO	/ 184
--------------------------------------	-------

PRINCIPIOS, LIMITACIONES Y OBSTÁCULOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Principles, limitations and obstacles of judicial control of the provisional detention

■ Lic. JUAN GUALBERTO PIMIENTA IGLESIAS	/ 200
--	-------

EL ADULTO MAYOR, DE VULNERABLE A VÍCTIMARIO

The elderly, from vulnerable to victimizer

■ M.Sc. MILADYS RUIZ BARRETO Y Dra.C. ELIA ESTHER REGA FERRÁN	/ 221
--	-------

EL PRINCIPIO PROTECTORIO EN EL PROCESO LABORAL

The protective principle in the labor process

■ **Lic. Sofía Montenegro González** / 248

VIVIENDA FAMILIAR: NUEVO CONCEPTO JURÍDICO

Family home: a new legal concept

■ **Lic. Yoselí Yero Grillo** / 264

ENTORNO

UNIVERSIDADES POPULARES Y DERECHO A LA EDUCACIÓN:

UNA REVISIÓN DESDE ESPAÑA

Popular universities and human right to education:

Review from Spain

■ **Dr.C. Manuel Palomares Herrera** / 291

CALIDAD EN LA JUSTICIA: MIRADAS DESDE EL DERECHO COMPARADO

Quality of justice: views from comparative Law

■ **M.Sc. Rita Sosa Vera, M.Sc. Mabel Pazos Pérez y Lic. Alina Bielsa Palomo** / 314

REQUIEM

..... / 342

SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

Las denominaciones de las disposiciones normativas que se citan en *Justicia y Derecho* se corresponden con las reglas de uso del idioma español.

El presente documento solo contempla las siglas, los acrónimos y las abreviaturas no declarados, expresamente, en cada uno de los trabajos publicados.

ANPP: Asamblea Nacional del Poder Popular.

BOE: *Boletín Oficial del Estado* (España).

CG-TSP: Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

CJI: Cumbre Judicial Iberoamericana.

DOF: *Diario Oficial de la Federación* (México).

GOR-E: *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria.

GOR-O: *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria.

ISO: *International Standardization Organization*.

OACNUDH: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONBC: Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

ONN: Oficina Nacional de Normalización.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

STJ: Sistema de Tribunales de Justicia.

TCE: Tribunal Constitucional de España.

TSE: Tribunal Supremo de España.

TSP: Tribunal Supremo Popular.

UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México.

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

VADEMECUM



**SE PONEN A DISPOSICIÓN DEL LECTOR
ALGUNAS DE LAS CONFERENCIAS MAGISTRALES
PRONUNCIADAS EN EL XI ENCUENTRO
INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO**



PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

PRINCIPLE OF LEGALITY AND JUDICIAL DISCRETION

■ DR.C. LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho penal y Profesor emérito,
Universidad de Granada, España¹

<https://orcid.org/0000-0003-1431-8506>

lorenzom@ugr.es

Resumen

El presente escrito aborda la trascendencia del principio de legalidad en el Estado de Derecho, como presupuesto de la tutela judicial efectiva. Se destaca, desde semejante dimensión, su incidencia en el sistema de penas y, de ambos, en la aplicación de la norma en vía jurisdiccional, en la determinación y aplicación de aquellas, a solventar sobre los principios básicos del Derecho penal moderno y garantista. Prevalece el requerimiento normativo de las sentencias motivadas como consecuencia del razonamiento objetivo del contenido y la interpretación por parte de los jueces y tribunales. Todo ello se muestra y desarrolla en la relevante importancia de la exigible motivación de las sentencias, garantía del cumplimiento de la legalidad, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica; así como en las respuestas a la situación contraria, es decir, la no motivación o insuficiencia de esta. Para ello, se resaltan las opiniones más destacadas de la doctrina científica y la jurisprudencia, tanto en el contenido y alcance del principio de legalidad, soporte fundamental del Estado de Derecho, como

¹ El autor es, también, Dr. Honoris Causa Múltiple e Investigador Honorario del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología; autor y director de más de 200 publicaciones sobre Derecho penal (general y especial) y Criminología; cuenta con una distinguida actividad académica, nacional e internacional; ha sido reconocido por la Universidad de Granada y es director de la revista *Cuadernos de Política Criminal*.

en el sistema de penas, desde una perspectiva preventiva, general y especial, para dirigir el estudio final al binomio motivación-no motivación y su tratamiento judicial, base esencial de esta intervención.

Palabras clave: Principio de legalidad; discrecionalidad judicial; Estado de Derecho; motivación de las sentencias; garantías jurídico-penales.

Abstract

This paper deals with the transcendence of the principle of legality in the Rule of Law, as a presupposition of effective judicial protection. It highlights, from this dimension, its impact on the system of penalties and, of both, on the application of the law in the courts, in the determination and application of those, to be solved on the basic principles of modern criminal law and guaranteeing the Rule of Law. The normative requirement of reasoned sentences prevails as a consequence of the objective reasoning of the content and interpretation by judges and courts. All of this is shown and developed in the relevant importance of the required motivation of sentences, a guarantee of compliance with legality, effective judicial protection and legal certainty; as well as in the responses to the opposite situation, that is to say the lack of motivation or insufficient motivation. To this end, the most outstanding opinions of scientific doctrine and jurisprudence are highlighted, both in terms of the content and scope of the principle of legality, the fundamental support of the Rule of Law, and in the system of penalties, from a preventive, general and special perspective, in order to guide the final study to the binomial motivation-non-motivation and its judicial treatment, the essential basis of this intervention.

Keywords: Principle of legality; judicial discretion; Rule of Law; statement of reasons for judgments; criminal law guarantees.

Sumario

I. Introducción; II. Principio de legalidad; III. El sistema de penas en su relación con la discrecionalidad judicial; IV. Legalidad y discrecionalidad en la determinación e individualización de la pena. V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Parece conveniente adelantar, al inicio de esta exposición, la dificultad que supone combinar, con precisión, el necesariamente defendido Estado de Derecho, sobre su variable de límite al *ius puniendi* estatal, en este caso sobre la piedra angular del principio de legalidad, y la posible discrecionalidad judicial, su concreción, alcance y efectos; además, con el constante pensamiento de la exigencia de brevedad que impone una intervención de estas características.

Generalmente, en el Derecho comparado constitucional, es relevante que, desde los primeros artículos de la Constitución, se fije la estructura estatal bajo la bandera del Estado de Derecho, en su dimensión social y democrática. Semejante proclamación tiene una enorme trascendencia, tanto teórica como práctica, e incide en todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, en el penal. Entre otras hipótesis, conlleva una serie de garantías en relación con la ciudadanía, que cualquier sector de la estructura jurídica ha de respetar.

En tal sentido, el ejercicio del poder punitivo del Estado debe obedecer a una serie de principios que salvaguardan esas mínimas garantías que la ciudadanía ha de poseer para convivir en una sociedad democrática y respetuosa con los derechos y las obligaciones de todos. El intervencionismo estatal no puede, en ningún caso, por necesario que sea —y en el ámbito penal lo es—, avasallar la dignidad y seguridad de sus ciudadanos.

Con tal perspectiva, cabe mostrar un catálogo de principios que van a dirigir y delimitar todos los contenidos de las normas punitivas y que, en consecuencia, es preciso definir y desarrollar, como parte del estudio de los fundamentos que asientan la estructura penal, porque son, precisamente, los pilares básicos e irrenunciables sobre los que esta se cimenta en el Estado garantista.

Una doble variable es presentada sobre la versión jurídica, social e ideológica que se desarrolla: por un lado, la que distingue entre Derecho penal objetivo y subjetivo, que incluye la enumeración de aquellos principios en la narración de esta, sobre la separación de límites materiales al *ius puniendi*, los que, a su vez, se diferencian en la producción de las normas —necesidad de la intervención, dignidad de la persona, protección de bienes jurídicos— y en su aplicación —necesidad de pena—, y límites formales —legalidad. Por otro, se manifiestan los que fundamentan el Estado social y democrático de Derecho, no solo el Derecho penal en sí mismo, sino también y directamente, sus límites.

Mir Puig (2016, p. 114) distribuye, entre los tres componentes de dicha fórmula, los diferentes límites que han de respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva: Estado de Derecho —principio de legalidad—; Estado social —necesidad social de la intervención penal—; Estado democrático —principios de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano; y en una mayor concreción: culpabilidad, proporcionalidad y resocialización.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad de los delitos y las penas constituye uno de los postulados más importantes de la estructura punitiva del Estado de Derecho, al mismo tiempo que se muestra como una relevante limitación del poder punitivo estatal. Se expresa de la siguiente forma: ningún hecho puede ser estimado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal (*nullum crimen sine lege*); no podrá aplicarse ninguna pena que no haya sido previamente establecida por la ley (*nulla poena sine lege*). Su formulación latina —*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*— procede de Feuerbach (1832, p. 146), que lo expone en relación con su teoría de la pena como coacción psicológica. En sentido inverso, como manifiestan Roxin-Greco (2020, pp. 213-214), supone que, por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado solo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales, si antes lo ha advertido expresamente en la ley.

Estos últimos estudiosos ponen un interesante ejemplo, basado en la tradicional formulación germana y relacionado con la aparición de las máquinas automáticas que funcionan con monedas, cuya inclusión en el mercado fue posterior a la aprobación del StGB (Código penal alemán), en 1871, con lo que algunas personas intentaron sacar provecho de ellas introduciendo en la ranura, en lugar de monedas auténticas, pequeñas fichas metálicas de forma similar y, de este modo, usar gratis dichos aparatos, sobre la hipótesis de no poderse castigar porque el tipo de estafa requiere, según el párrafo 263, un error que desfigure o suprima hechos verídicos, en el que, obviamente, el aparato no puede incurrir —tampoco eran de aplicación los párrafos 146 y 284c del StGB—, de modo que el legislador alemán, para respetar el principio de legalidad y sancionar semejantes conductas, se vio obligado a crear un nuevo precepto penal: el 265a.

En esta dimensión, pero con un enfoque diferente, el Artículo 1.3 del Código penal cubano marca que

en la materia regulada por la presente Ley, rige el principio de lesividad social, mediante el cual, para imponer una sanción, se requiere que el hecho produzca una lesión a los bienes jurídicos tutelados por la ley, o los ponga en peligro o riesgo de provocarla. (2022, p. 2558)

El 1.4 añade una importante referencia a los principios recogidos por la Constitución y otros: «Son de aplicación los demás principios que dimanen de la Constitución, los prescritos en los tratados internacionales en vigor en el país, según correspondan, y los demás que se desarrollan en este Código» (p. 2558). De manera más específica y cercana a la idea del principio de legalidad, el Artículo 2.1 mantiene que «solo constituyen delitos los actos expresamente previstos en la ley vigente, con anterioridad a su comisión» (p. 2558); y en el 2.2 señala que

las sanciones que se imponen en el proceso penal son las establecidas en la ley vigente con anterioridad al acto punible; y, en cuanto a las medidas de seguridad, se imponen las que dispone la ley en vigor en el momento en que el tribunal dicte la resolución. (p. 2558)

Sin entrar en más consideraciones, es preciso concluir que dicha aproximación es conforme a tal principio en su doble significado: político

y científico. Por el primero, se propugna la entronización del *ius certum*, la seguridad del Derecho penal, lo que dirige a una serie de garantías políticas —de ahí su origen político—; por el segundo, se desarrolla, en el terreno práctico, un conjunto de principios científicos formulados por la doctrina.

Desde esa perspectiva, son claves las consecuencias de la proclamación del principio de legalidad; en cuanto a ellas, la mayoría de la jurisprudencia se ha manifestado o, al menos, ha deducido que aquel, en el ámbito del Derecho penal, se configura, mínimamente, sobre tres exigencias: la existencia de una ley, generalmente orgánica, reguladora de las conductas delictivas (*lex scripta*); que esta se halle en vigor antes de cometerse el hecho delictivo sometido a enjuiciamiento (*lex previa*); y que describa o delimite, de forma precisa y concreta, la conducta (*lex certa*). En definitiva, el principio de legalidad constituye, en una primera aproximación, el requerimiento de ley previa, escrita y estricta o cierta.

Por tanto, la proclamación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en los códigos penales y en las constituciones determina, además, una serie de consecuencias que es necesario agrupar en tres planos: el marco de las fuentes del Derecho penal, el ámbito de las garantías individuales y la técnica de elaboración de las leyes penales.

En el primero, la ley penal es la única fuente formal y directa de estas normas y, coherentemente, la única capaz de crear delitos y penas, estados peligrosos y medidas de seguridad. La afirmación no está exenta de problemas y discusiones doctrinales, tanto en su propia esencia como en repercusiones específicas sobre cuestiones tales como la admisión de la costumbre como fuente, la prohibición de la analogía o su aceptación, la irretroactividad de la ley penal o las normas penales en blanco.

En el segundo —el de mayor interés para este discurso—, aquel axioma se sitúa en el ámbito de las garantías individuales, que se proyectan en cuatro direcciones:

a) Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*). Ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal;

b) garantía penal (*nulla poena sine lege*). No podrá aplicarse pena que no haya sido previamente establecida por la ley. Como novedad, el

texto punitivo español vigente, con respecto a los códigos penales anteriores, amplía la garantía —ya no denominada, con acierto, únicamente penal— a las medidas de seguridad;

c) garantía jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*). «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales» —Artículo 3.1, Código penal español. Las notas más características son: 1. La ejecución se refiere tanto a la pena como a la medida de seguridad. A diferencia del Código anterior, el legislador español amplía con esta última previsión el campo de protección; 2. Se precisa que exista una sentencia para la ejecución, por lo que se excluye cualquier otro tipo de resolución judicial; además, aquella ha de ser firme, esto es, que no quepa recurso ordinario alguno. Ambas premisas garantizan, a su vez, la realización de un juicio previo; 3. Dicha sentencia firme ha de ser dictada por juez o tribunal competente, lo que, en principio, puede ser innecesario porque parece contenido en el concepto de sentencia firme, pero viene a concretar, en el ámbito punitivo, la declaración constitucional española del Artículo 24.2 de que «todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley»; 4. Lo anterior —y puede ser una nueva reiteración— ha de hacerse de acuerdo con las leyes procesales, ya que, obviamente, la exigencia de cumplimiento de las leyes es exigible en toda actuación y, mucho más, desde la perspectiva penal;

d) garantía de ejecución. No podrá ejecutarse pena alguna en forma diferente de la prescrita por la ley y los reglamentos. A la garantía estricta de ejecución de penas y medidas de seguridad, se añade, expresamente, la judicial de la ejecución, hasta ahora no contemplada en los textos punitivos anteriores y que otorga dicho control al juez o tribunal sentenciador y a los jueces de vigilancia, como competentes en la materia, de acuerdo con el Título V, artículos del 76 al 78, de la Ley orgánica general penitenciaria española.

Como tercera consecuencia, aparece la técnica de elaboración de las leyes penales. El TCE es reiterativo, como se ha dicho, en manifestar que el principio de legalidad implica una *lex certa* —«*lex certa, previa, scripta et stricta*»— [TCE, Sala Segunda, Sentencia 151 (Septiembre 29, 1997), Recurso 3983/1994; Pleno, Sentencia 136 (Julio 20, 1999), Recur-

so 5459/1997; Sala Segunda, Sentencia 129 (Junio 30, 2003), Recurso 3081/2000].

La auténtica eficacia del principio viene determinada, en la práctica, por la técnica de elaboración empleada en la descripción de conductas prohibidas y en la fijación de las penas. Aunque el grado de previsión exigible al legislador no es el mismo cuando se trata de describir delitos que cuando implica establecer penas, en cualquier caso, este tiene el deber de concretar —obligado por el principio de legalidad—, con exactitud y claridad, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de la norma penal, cuestión esta extensible, también, a los jueces en la aplicación de dicha norma, para que no se conviertan en instancias alternativas de elaboración normativa. En este sentido, es referente, entre otras, la sentencia del TCE (Sala Segunda) que afirma:

La garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones [*lex certa*]. Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in mala partem* [...]. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes. (Sentencia 127, junio 4, 2001, Recurso 4859/1997)

Con similar abordaje inicial, sobre la susodicha dicotomía existente entre principio de legalidad y discrecionalidad judicial, cabe valorar —como posible factor de incidencia en el primero— la propia discrecionalidad, en términos de actuación en el ejercicio de su función jurisdiccional de aplicación de la norma, pues uno de los problemas

que, con mayor intensidad, ha sido planteado en toda la estructura normativa del Código penal y, más específicamente, en atención con el sistema de penas, sobre todo en fase de individualización, es el del cumplimiento efectivo de algunas previsiones del citado principio, que en este sentido se afrontará. Para ello y por ello, es preciso hacer una escueta valoración del sistema de penas, siempre entroncado con la susodicha discrecionalidad.

III. EL SISTEMA DE PENAS EN SU RELACIÓN CON LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Pocos temas en la ciencia jurídica merecen mayor atención que el relacionado con el sistema de penas; como puso de manifiesto Welzel (1987), «el hombre ha meditado sobre el sentido y finalidad [*sic*] de la pena, desde que la reflexión filosófica acompaña su existencia» (p. 328). Del concepto del que se parta, de su justificación y fines, dependerá, en gran medida, la propia idea de Derecho penal que se defienda, desde el momento en que, para muchos autores, la función de este depende de la función que se asigne a la sanción, como medio más característico de la intervención penal (por todos, Mir Puig, 2016, p. 84).

No faltan, sin embargo, los que, en una diferenciada perspectiva, presentan la pena «como un torpe remedio, porque no se ha sabido inventar otro mejor, al que se acude para reforzar una serie de prohibiciones cuya observancia se considera absolutamente necesaria para mantener el orden establecido» (Quintero Olivares, 1981, p. 14), también en su comprensión de acto de fuerza de la sociedad frente al delincuente, «lo que no significa cuestionar su necesidad o su licitud sino solo poner de manifiesto su naturaleza esencial» (Quintero Olivares, 2015, p. 552). En cualquier caso, su significado y activa presencia en el ámbito punitivo es innegable.

A partir de semejante visión, no cabe duda de que la pena y, dentro de ella, la de privación de libertad, ha sido —y es— el instrumento más demandado y utilizado por una sociedad en la que parece que aumentan los peligros, hasta convertirse en una sociedad de riesgo, y donde las reacciones a determinadas convicciones, generalmente asentadas en premisas mediáticas, son las de exigir una más intensa y rígida lucha contra la criminalidad que, inevitablemente, camina

hacia una intensificación de los medios de reacción punitivos. Además, los gobiernos se muestran interesadamente sensibles a trasladar dichas demandas a los textos penales, cuando no a incentivarlas.

La pena de prisión continúa presentándose como referencia principal de los sistemas punitivos a nivel mundial, incluso en los países más avanzados en este ámbito de las reacciones jurídicas a los comportamientos delictivos, y se exhibe como ariete esencial del progresivo expansionismo del Derecho penal. En tal sentido, Van Zyl Smit y Snacken (2013, p. 523) mantienen, con buen criterio, que tanto Europa como Estados Unidos se acercan, con temible velocidad, a la mano más dura del Derecho penal para tratar los problemas sociales, con la creciente utilización del encarcelamiento, como respuesta convenida y sólidamente asentada en su estructura de seguridad, con lo que, posiblemente, caminen hacia un utilitarismo punitivo de necesaria valoración crítica.

Frente a —o junto con— ello, el penalista, el estudioso del Derecho ha de reaccionar con prudencia, rigor en sus investigaciones y estudios, imaginativos aportes dogmáticos y prácticos, y absoluto respeto a los principios básicos del Estado de Derecho, para conseguir propuestas político-criminales que, continuamente, mejoren el sistema, en general, y el de penas, en particular, sobre la aureola, imprescindible y nunca renunciable, del garantismo punitivo. Ello conduce a la actuación judicial y cobra especial relevancia en el sistema jurídico-penal, en clave de posibilidad de discrecionalidad o arbitrio, necesariamente reglado, de jueces y tribunales en la determinación de la pena y su ejecución.

Cuando se escribe sobre el sistema de penas, se refiere, en una parca síntesis de lo mucho que se puede hablar sobre él, con adecuación al contenido de este escrito, a la estructura programática y normativa que el texto punitivo ofrece, sobre esta llamada estrella referencial valorativa del conjunto del Código penal que se quiere analizar y sus respuestas a la delincuencia. Quintero Olivares (2015) se congratula de que, en la actualidad y a diferencia de recientes pasados, los juristas se percatan de que, precisamente, en el propio sistema de sanciones, reside el núcleo del problema: «por qué se castiga, cuándo se puede castigar, con qué finalidad, y, sobre todo, en relación con la pena privativa de libertad, si es posible imaginar formas diferentes de reacción frente al delito, menos toscas y marginadoras» (p. 558),

a lo que se añade cómo se determina la sanción a aplicar y su ejecución para coordinarla con los principios básicos que sustentan el Derecho penal sustantivo e, igualmente, el procedimental.

A la hora de desarrollar, por muy brevemente que se haga, un sistema de estas características o cualquier otro, es preciso, como preámbulo justificador, analizar su fundamento y fin, sobre los cuales gravita no solo el sistema en examen, sino, asimismo, el del conjunto de la ciencia punitiva; pero esos elementos han de situarse, prioritariamente, en aquel. Coincidencia, casi pacífica, es la necesidad de pena para poder ser justificada, aunque, en instituciones de similar trayectoria, no faltan posiciones extremas negacionistas de su propia esencia con respecto a la sanción y al Derecho penal. En este último sentido, determinados enfoques —más desde perspectivas filosóficas— han cuestionado cualquier justificación a aquella y, en consecuencia, al Derecho punitivo; así, propuestas idealistas y utópicas, pero en ocasiones brillantes y solidarias, y anarquistas, marxistas-ortodoxas y algún sector correccionalista, positivista o alternativo, han visto la pena como injusta, inútil y hasta perjudicial —entre otros, Conde Remigio (1968, p. 165), para quien el Derecho, lo mismo que el Estado, se extinguirá cuando todos los hombres hayan aprendido a vivir sin preceptos reguladores de la conducta humana, bajo la amenaza de una pena y con la ayuda de la coacción; cuando los hombres se hayan acostumbrado a respetar, sin necesidad de coacción, las reglas fundamentales de la convivencia.

Tales afirmaciones, como dialéctica de ideas, son de interés, pero en la realidad social y jurídica no han sido suficientemente atendidas, en ocasiones, por sus propios errores de puesta en práctica ideológica o por la misma aducción que suponen en una sociedad cada vez más alejada de estos planteamientos —sobre todo ello, con amplitud, Jiménez de Asúa (1964, p. 170) y Morillas Cueva (1978, p. 35).

Como consecuencia, descartadas las hipótesis negacionistas, es necesario situarse en parámetros de justificación y permanencia de la sanción y del Derecho punitivo. En este último, se ha de asumir la rotunda afirmación que, en su momento, ya hizo Roxin (1998): «no será posible una supresión del Derecho penal —ni de sus presupuestos básicos, como es la pena—, el Derecho penal todavía existirá dentro de cien años» (p. 440), como también han sostenido Morillas Cueva (2002, pp. 17-23), y Hassemer (1984), para el que «quien pretenda

abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú» (p. 400).

En atención a aquella, se ha de partir, inicialmente, de su realista sustento en la justificación de la pena en cuanto a la necesidad para mantener la estabilidad social. Ello no quita un planteamiento reduccionista y crítico de su actual expansionismo. Los mismos autores que participaron en el proyecto alternativo alemán (1966) —14 grandes penalistas: Roxin, Baumann, Stratenwerth, Stree, Noll, Kaufmann Arthur, Brauneck, Hanack, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Schmitt, Schultz—, se enfrentaron a ella con la percepción de su amarga necesidad, la *ultima ratio*, a la que tiene que acudir la sociedad para intentar preservar sus reglas de convivencia —en atención a la pena de prisión, esta se muestra como la *ultima ratio* de la *ultima ratio* que es el Derecho penal.

Sin entrar en el gran debate entre retribucionismo, preventivismo y teorías unitarias, se profesa la idea de la prevención, tanto general como especial. En ello influyen, notoriamente, la ideología de la que se parte y los planteamientos político-criminales que se desarrollan. No siempre se comprende de esta manera. Así, desde otra dimensión —patrocinada, entre otros, por Hassemer (1984, p. 351)—, se mantiene que las teorías de la pena no se eligen: se ubican y encuentran raíces en una cultura determinada, en este caso jurídica, lo que no evita que los esquemas culturales que propician alguna de aquellas puedan cambiar; es el caso, por ejemplo, de la teoría pura de la retribución de compleja adecuación a la actualidad, pues para eso tendría que cambiarse de época, de justificación de la propia pena y las exigencias sociales sobre ella. Verdad es que no puede predecirse la permanencia de los parámetros básicos que sustentan la situación contemporánea, inclinada hacia las teorías relativas de la prevención, pero, también es cierto que ello puede alterarse y obstruir su alcance.

Dicho lo anterior y, en parte, próximo al planteamiento de Hassemer (1984, p. 347), se ha de añadir la necesidad de dar fluidez a las opciones político-criminales, incluidas las ideológicas, para presentar una propuesta no especialmente encorsetada en la no elección. Al hilo director de este escrito, el autor considera que la pena hay que conceptualizarla como un mal, en el sentido de acto de fuerza que la sociedad emplea para su defensa, y supone, para el individuo que la recibe, una privación de derechos, lo cual no significa que se esté adelan-

tando ningún otro criterio, pues ese mal no tiene por qué comportar retribución en ningún caso.

La pena se justifica en su necesidad para la protección de bienes jurídicos, a través de la prevención. Su fundamento es doble: por un lado, la culpabilidad, que actúa, prioritariamente, como limitación de la intervención; por otro, la necesidad, y aquí enlaza con la justificación: una pena adecuada a la medida de la culpabilidad, únicamente, puede fundamentarse cuando, en realidad, sea necesaria para la protección de la sociedad y del individuo; si no lo fuera, para atender a las exigencias preventivas, no debiera ser aplicada. La culpabilidad desempeña un notable papel de garantía: cuando la pena adecuada a la culpabilidad entre en conflicto con los fines preventivos de aquella, el límite superior será invariable, mientras que el inferior podrá ceder para disminuirla o, incluso, sustituirla, si los fines preventivos así lo demandan, con la única restricción de que las causas de rebaja o sustitución vengan legalmente establecidas en la ley.

Esta introducción lleva al compromiso con dos ideas claves: la renuncia a toda retribución, incluido el supuesto de acompañamiento secundario junto a la prevención, y el asumir que los fines a perseguir por las penas serán puramente preventivos, tanto generales como especiales; en caso de antinomia entre ellas, se prefiere la prevención general.

Para una mejor comprensión de semejantes conceptos y sus diversos significados, es conveniente acomodarlos en las tres fases que, con cierta frecuencia, atiende la doctrina:

- La de conminación legal tiene un marcado carácter preventivo general —la pena abstracta señalada en la ley con anterioridad a la comisión del delito se dirige a la colectividad, y se fundamenta y justifica en la necesidad para la convivencia a través de la protección de bienes jurídicos.
- La de determinación e imposición, en la que la justificación es la misma, pero para su fundamento, junto a la necesidad, hay que situar la culpabilidad, con el carácter garantista que ella le ha otorgado; los fines son, preferentemente, preventivo-generales, aunque también pueden advertirse algunos especiales. Al suponer la determinación e imposición de la sanción una confirmación de la amenaza abstracta tipificada, de forma previa, en la ley, se está sirviendo, en esencia, a criterios preventi-

vo-generales; no obstante, en ciertos casos, la punición actúa como elemento de prevención especial, cuando incide en el delincuente, frente a una posible reincidencia. En esta fase, es de relevante interés la actuación judicial, pues será el juez o tribunal quien concrete la extensión y efecto de la pena, con mayor o menor discrecionalidad, según los casos y la normativa vigente. Para Mir Puig (2016, p. 105), en este momento de determinación judicial de la pena es donde resulta más difícil conciliar las exigencias de justicia, prevención general y prevención especial.

- La de ejecución, que se encamina, primordialmente, hacia la prevención especial, aunque sin anular los efectos preventivo-generales, como pueden ser los producidos por una ejecución efectiva, que reitere la seriedad de la conminación legal para el resto de los ciudadanos.

IV. LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

En la línea de garantismo penal que se defiende es preciso afrontar, después de todo lo dicho, la exigencia de adaptación de los sistemas punitivos a los principios político-criminales que lo dibujan en el Estado social y democrático de Derecho, lo informan y limitan. Enumerarlos y analizarlos todos no sería adecuado en un trabajo como este —legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, resocialización, intervención mínima, presunción de inocencia, necesidad, *non bis in idem*. De ellos, los más directamente relacionados con aquel, y así lo ha entendido la doctrina (Mapelli Caffarena, 2011, pp. 25-35; Morillas Cueva, 2021, pp. 109-144), son los primeros cinco y, sobre todo, el de legalidad, especialmente, en cuanto a la individualización de la pena. Su importancia deviene, así, mandato de certeza, tanto en su vertiente de garantías individuales, ya comentadas, que afectan a la sanción —penal, jurisdiccional y de ejecución—, como en la de técnica de elaboración de las leyes respectivas, con sus delitos y sanciones. Acaso sea en este ámbito en el que, con cierta frecuencia, se acude a indeterminaciones que pueden afectar, además, otro principio, estrechamente conectado: el de seguridad jurídica.

Barquín Sanz (2001), sobre tales previsiones del principio, en lo correspondiente a su exigencia de que las normas penales sean lo más precisas posible, y expresen con detalle razonable la conducta desvalorada y la sanción que se prevé para el infractor, enumera lo que llama «determinadas faltas de respeto e incluso quiebras del susodicho principio» (pp. 280-281), ante las siguientes situaciones:

a) La regulación legal es oscura y ambigua, de tal forma que, por la vía interpretativa, se puede llegar a diversas soluciones, igualmente razonables;

b) la regulación penal es incierta y deja al juzgador la tarea de decidir en cada caso cómo aplicarla; con mayor o menor margen, existe cierto arbitrio judicial en la determinación de la pena;

c) varias normas, suficientemente claras y precisas en lo individual, son contradictorias entre sí, de modo que lo previsto por una es incompatible con lo regulado en la otra;

d) varias normas son de aplicación a un mismo supuesto, sin que se indique al intérprete cuándo optar por una u otra y cómo hacerlo;

e) la regulación deriva, en ocasiones, irrazonable, y conduce a los órganos judiciales, bien a no aplicar la institución o bien a apartarse de lo previsto legalmente para evitar soluciones absurdas;

f) el Código se abstiene de regular algún instituto punitivo, y deja al reglamento o, directamente, al criterio del órgano judicial, la concreción de las cuestiones esenciales (trabajo en beneficio de la comunidad).

Estos ejemplos y otros muchos que se podrían añadir —como los márgenes entre el mínimo y el máximo de la pena o los ya aludidos elementos normativos de los tipos— ponen de manifiesto una situación ciertamente delicada, en torno al cumplimiento de los desarrollos del principio de legalidad, y que conduce a una de las cuestiones de mayor debate, tanto doctrinal como jurisprudencial: la del arbitrio o discrecionalidad judicial, tema que no puede ser planteado, en exclusiva, con argumentos especialmente formalistas, de rancia concepción legalista, sino abierto a las necesarias precauciones de concreción y taxatividad de las normas penales, pero también, a las exigencias sociales de valoración y de respeto a las coordinadas preventivas de la

aplicación e individualización de la sanción o de interpretación de los tipos delictivos.

Puede pensarse en el juez como una instancia político-criminal esencial, como hace Silva Sánchez (1998, p. 1451). Eso es así porque al juez se le confiere, en determinadas situaciones y supuestos legalmente establecidos, un margen de libertad para decidir, por ejemplo, en la individualización de la pena y, también, en la ejecución y la concreción de bastantes tipos contenidos en el texto punitivo. *Vgr.*, el Código penal español, de 1995 y, también, las leyes orgánicas 5/2010 y 1/2015 asumen este planteamiento e, incluso, lo refuerzan, lo que no deja de ser una previsión de cierto interés, si es coherentemente supeditada a otras exigencias garantistas. En términos generales, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye, entre otros, el derecho a obtener, de los órganos judiciales, una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que evite la indefensión del ciudadano ante la ley y la jurisdicción, en este caso penal, por lo que la motivación de las resoluciones judiciales, además de venir expresamente requerida por el Artículo 120.3 de la Constitución española, es una exigencia, asimismo, derivada del Artículo 24.1 del mismo texto. En consecuencia, existe una cobertura constitucional que posibilita tales planteamientos y ayuda a reducir sus efectos perturbadores. Además, el legislador penal español ha sido reiterativo, excesivamente acaso, a la hora de marcar semejante exigencia de motivación, en muchos de los supuestos en los que posibilita cierto margen de arbitrio judicial. Así, en clave de penas, han de analizarse los artículos 36.3 («acordar razonadamente» —período de seguridad—), 45 («ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia» —inhabilitación especial—), 74.2 («motivadamente» —pena del delito masa—), 78.2 («razonadamente» —cumplimiento de pena—), 80.1 («resolución motivada» —suspensión de pena—), 129.1 («motivadamente» —consecuencias accesorias—).

Lo que ha de estar claro es la vinculación del juez a la ley, sobre los parámetros fijados por los textos correspondientes, en este caso, los penales. Dicho esto, a pesar de la exigencia de taxatividad, que en su comprensión más restrictiva anularía cualquier posibilidad de discrecionalidad e, incluso, de arbitrio judicial, el lenguaje jurídico está relacionado, generalmente, con un significado abierto y, en ocasiones, con el uso de conceptos vagos e imprecisos, a los cuales hay que atender con valoraciones del propio aplicador de la norma. El problema es hasta dónde se puede lle-

gar sin conculcar, precisamente, el principio de legalidad. En el ámbito penal, y como bien dice Hassemer (1984, p. 246), tal vinculación del juez a la ley no solo significa para dicho sistema la garantía de una jurisprudencia consistente y la previsibilidad de la decisión, sino, sobre todo, la protección del inculpado concreto, ante la intervención arbitraria, lo que no significa una propuesta de rigidez interpretativa, más bien todo lo contrario.

La discrecionalidad judicial es una cuestión permanente en la historia y la realidad actual, tema de preocupación, debate, frentes dialécticos inacabados y, posiblemente, necesario, como se muestra en la mayoría de los textos punitivos. Tres hipótesis de trabajo cabe plantear:

a) Teoría de la libertad y discrecionalidad absoluta del juez en la esfera de determinación de la pena —opción poco defendida y de difícil argumentación porque conculca los principios básicos del Derecho penal y, en consecuencia, de las penas.

b) Teoría del margen de libertad, de origen alemán, elaborada inicialmente por la jurisprudencia y seguida por relevantes autores, eso sí, desde diferentes dimensiones —los planteamientos referenciales de esta posibilidad se basan, desde el punto de vista del conferencista, en demasía, en la limitación provocada por la culpabilidad, en cuanto dicho margen no puede sobrepasar el grado máximo de la pena adecuada a la culpabilidad. Según Roxin (2008, pp. 146-154), coincidiendo con Schultz (1966, pp. 113-123), el juez no puede, en consecuencia, imponer una pena que, en su magnitud o naturaleza, sea tan grave que ya no se sienta por él como adecuada a la culpabilidad; pero lo que sí puede decidir es hasta dónde llegar dentro del margen de libertad; la segunda reflexión, la imposibilidad de imponer la pena inferior al grado mínimo del marco de culpabilidad, es más compleja de asumir en la posición que asume el autor acerca del fundamento y los fines de la pena. La culpabilidad ha de ceder cuando la pena no sea necesaria a los fines preventivos de aquella, en cuanto a disminución o, incluso, supresión, como ya se ha mantenido. El Código penal español admite esa posibilidad, regulada en el Artículo 66, en varias de sus reglas: 7.^a y 8.^a, por ejemplo.

c) Teoría de la pena exacta, única en la que la determinación ya viene expresada en la regulación, sin capacidad de variar para más o menos —el maximalismo de esta opción es sumo y su manifestación

más pura es, inequívocamente, difícil de asumir, pues despreciaría circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto, en un automatismo más matemático que penal.

De todo lo narrado, el autor se manifiesta a favor de la teoría del margen de libertad en el sentido más amplio, entre los esquemas que ella asume. Además, es la que mejor responde al planteamiento preventivo defendido, tanto general como especial, con la culpabilidad como base, pero sin exclusivismo en su determinación, puesto que, aun admitiendo su papel relevante, se ha de configurar en cada caso, para poder así transformarse sobre los niveles cuantitativos de una pena, de consuno con los supuestos objetivos y la necesidad de sanción. Como escribe Castelló Nicás (2007, p. 10), la libertad del juez en la individualización de esta, según la regulación del texto punitivo, es evidente; no puede negarse, guste o no guste, con lo que coincide el autor; al tiempo que la base y el alcance de esa libertad, sobre las decisiones que sean motivadas por dicho margen de actuación, han de estar suficientemente documentadas y fundamentadas.

Las anteriores previsiones legales y doctrinales marcan, al mismo tiempo y en sentido contrario, los niveles de arbitrio judicial, en ocasiones, descritos con cierta amplitud, que puede inquietar el principio de legalidad en instituciones tales como las de suspensión y determinación de la pena concreta, consecuencias accesorias, cumplimiento íntegro, utilización analógica de las reglas de aplicación, responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa, etc., lo que ha llevado a algún autor a afirmar, con manifiesta dureza dialéctica, que

en materia de penas, los responsables de la elaboración del Código de 1995 no fueron muy respetuosos del principio de legalidad. Si hubieran acometido sus muy altas responsabilidades legislativas con la mitad de empeño con que maltrataron este derecho constitucional, tendríamos un buen sistema de consecuencias jurídicas del delito en vez de esta mezcla de píos deseos, incoherencia e improvisación. (Barquín Sanz, 2000, p. 313)

El problema es más de ponderación y de equilibrio entre ambos factores. Así lo ha visto la jurisprudencia, tanto constitucional como judicial. La importante Sentencia 108 (Abril 23, 2001), del TCE (Sala Segunda), recaída en el Recurso 1772/1999 y corolario de otras mu-

chas anteriores, marca con precisión el camino seguido, como *supra* se ha adelantado. Se llega así, a la otra exigencia indiscutible de la susodicha libertad judicial: la motivación.

La cuestión de fondo del problema y el espacio judicial de la motivación se proyectan en el exigente equilibrio y ponderación entre el margen de libertad del juez y la taxatividad de la norma penal, demandada por el principio de legalidad, en los que el deber de motivación supone un evidente límite para aquella, la libertad judicial, en tanto, como pone de manifiesto la referencial sentencia 108/2001, la obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidencia de que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho.

En consecuencia, la exigencia de motivación cumple una doble finalidad: a) exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión; b) garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los tribunales superiores, mediante los recursos que procedan.

Con semejante perspectiva, la jurisprudencia ha marcado tres metas esenciales al respecto para el ciudadano de un Estado social y democrático de Derecho, sobre la exigencia del razonamiento y la motivación. En tal sentido, la Sentencia 567 (Junio 2, 2011), del TSE (Sala Segunda de lo Penal), dictada en el Recurso 1195/2010, ilustra y resume la trilogía señalada:

a) Ambos se configuran como valladares contra la arbitrariedad judicial que deja de serlo, por su impacto, basado en la racionalidad del quehacer judicial, para convertirse en juicio razonado y razonable, si se expresan los razonamientos y las valoraciones para llegar al fallo, y sustentarlo;

b) dicha fundamentación actúa como medio de incrementar la credibilidad de la justicia, en la medida en que con ella se trata de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada, con lo que se avanza en la obtención y el ensanchamiento de los procesos de convicción social, lo que demuestra, en afirmación que se

comparte, el definitivo fundamento del cumplimiento de la ley y el respeto a las resoluciones judiciales, con preferencia a esquemas puramente coactivos;

c) tal fundamentación sirve para controlar la actividad judicial de los órganos de instancia por parte del tribunal superior, cuando conocen del asunto mediante el sistema de recursos, ya sea la apelación o la casación, pues, tanto en un caso como en el otro, esa falta de argumentos atenta, directamente, contra el sistema de recursos, en la medida en que se priva a las partes de que su causa sea examinada por un tribunal distinto y superior al primero, examen que no se puede verificar en la apelación o casación, si la sentencia carece de fundamentos, cuestión esta última que será matizada *infra*.

Sobre los anteriores criterios, que marcan una notable garantía en la actuación de los órganos jurisdiccionales, el TCE exige un canon todavía más riguroso en la motivación, cuando la tutela judicial efectiva se encuentra conectada con otro derecho fundamental, en particular, si lo hace, directa o indirectamente, con la libertad personal: en una sentencia penal, el deber de motivación incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena finalmente impuesta [TCE, Sala Segunda: sentencias 2 (enero 13, 1997), Recurso 285/1994; 235 (diciembre 14, 1998), Recurso 1770/1994; 108 (abril 23, 2001), Recurso 1772/1999; Sala Primera: Sentencia 214 (septiembre 18, 2000), Recurso 2406/1996].

En un sistema legal de determinación de la pena, caracterizado por la estrecha vinculación del juez a la ley, como bien manifiestan las sentencias citadas, el arbitrio judicial se encuentra fuertemente limitado y poco espacio queda para la motivación, en la medida en que esta se erige como expresión de la racionalidad de la decisión y, por tanto, excluye la arbitrariedad. De este modo, aparece conectado, en los presupuestos constitucionales, el margen de discrecionalidad fijado en el Código para la individualización e imposición de la pena por el delito cometido e, incluso, para su ejecución, o no, con la medida de la argumentación constitucionalmente exigible. El binomio arbitrio judicial-motivación ha de impedir que el primero pase a ser arbitrariedad irracional, subjetiva e injustificada y, como tal, conculque los presupuestos básicos del principio de legalidad.

Doctrinalmente, existen profundas discrepancias sobre este tema. No es infrecuente, sin embargo, en un amplio y relevante sector, encontrar argumentos de cierta flexibilidad interpretativa. En este sentido, Roxin (2020) afirma que, en las consecuencias jurídicas, se puede aceptar una indeterminación algo mayor que en los presupuestos de la punibilidad porque el principio de culpabilidad y los codificados para la medición de la pena le dan, al autor del delito, cierto grado de seguridad compensadora, aunque, asimismo, matiza, que la cuantía de la sanción, que debe calcularse mediante aquellos, es menos calculable y, además, no es independiente del marco penal; por eso, concluye con la referente afirmación de que el legislador alemán, «que aún es poco consciente de los problemas en este campo, se ajustaría mejor a la Constitución[,] si de modo general se decidiera a ceñirse a unas penas de dimensiones determinadas y precisas» (p. 263). No es de extrañar esta última afirmación del autor germano, si se analiza el amplísimo margen de discrecionalidad que desarrolla el texto de ese país. En España, Barquín Sanz (2000, p. 314) se muestra disconforme con los términos en que el Código plantea la cuestión, al considerar que existe un exceso de discrecionalidad que, plasmada en la realidad cotidiana, ofrece demasiados ejemplos de arbitrariedad y, en la jurisdicción penal, se ventilan asuntos de tan trascendental relevancia y conviene acentuar las precauciones.

El problema no es baladí. Es real que el Código penal establece frecuentes ámbitos de disposición, esencialmente, en el sistema de consecuencias jurídicas y, también, en el de la descripción de muchos tipos, espacios que, para unos, son insuficientes al objeto de lograr una auténtica política criminal preventiva, en concreto preventivo-especial; y, para otros, son especialmente amplios, con lo cual peligran los fundamentos del principio de legalidad, y de certeza y taxatividad de las normas jurídico-penales.

Nadie duda, en este sentido, que las leyes han de ser claras y precisas; pero ello no es incompatible con la fijación legal, en determinados supuestos, de cierto margen de arbitrio judicial que puede y debe reforzar los criterios político-criminales del sistema de penas en el Estado social y democrático de Derecho, a través de hipótesis de indeterminación legal relativa. Se opta, en definitiva, por una posición intermedia entre los criterios más extremos, la que se basa en la confianza en la profesionalidad, los conocimientos y la pru-

dencia del juzgador, pero también en el buen hacer del legislador que sepa introducir suficientes y claras formulaciones legales, a fin de orientar adecuadamente las resoluciones judiciales y conseguir bastantes mecanismos de control, que eviten disfuncionalidades en la actuación judicial, y la consecuente indefensión y perjuicio para el ciudadano o la sociedad, siempre sobre la exigencia legal de motivación y respeto al principio de legalidad, con el que, en ningún caso, es antagónico, sino complementario.

La siguiente cuestión relevante de esta situación, una vez fundamentada la exigencia de motivación, es precisamente la contraria a lo dicho, es decir, los efectos jurídico-penales y procesales que tiene el incumplimiento legal, por parte del juez, de la exigencia de motivación, proceder que se aleja de las prescripciones normativas al respecto y de las previsiones garantistas que fija el texto punitivo. Al margen de las posibles medidas disciplinarias que esta situación ha de producir, la jurisprudencia ha creado doctrina —que se entiende discutible— sobre cómo afrontarlo y, en esa perspectiva, apunta tres modos posibles de remediar la grave disfuncionalidad, desde la resolución del previo recurso en casación —TSE, Sala Segunda de lo Penal, Sentencia 455 (marzo 13, 2002), Recurso 2787/2000:

a) Devolver la sentencia al tribunal de instancia para que dicte otra, en la que valore lo que, en la primera, quedó irrazonado. En dicho sentido, la indicada Sentencia 567 de 2011, del TSE anula por falta de motivación y acuerda «la devolución de la causa al mismo Tribunal, para que sin necesidad de nueva Vista, proceda a dictar nueva sentencia que subsane la falta de motivación observada, con declaración de oficio de las costas de los respectivos recursos». En definitiva, aun admitiendo, como preferida por la Sala, la imposición de la pena mínima, esta opta, dado el caso concreto que valora, por la devolución al tribunal sentenciador para la subsanación del defecto. Tal opción, para algunos autores, en forma de nueva tendencia jurisprudencial, aunque ya advertida en sentencias anteriores, gana terreno, bien orquestada en sus presupuestos, en la más reciente jurisprudencia, que Besio Hernández (2011, p. 517) sitúa a partir de 2009. En la Sentencia 161 (febrero 25, 2009), Recurso 289/2008, del TSE, Sala Segunda de lo Penal, se falla:

Como tenemos dicho en la sentencia rescindente ante la falta de motivación de la cantidad de pena a imponer y en atención a los datos o elementos contenidos en la sentencia de instancia se estima justo rebajar la pena a 3 años de prisión con mantenimiento de todos los demás pronunciamientos.

En definitiva, se anula la sentencia de casación de la audiencia y, sobre la base de los contenidos de la sentencia inicial, el Tribunal Supremo rebaja la pena.

b) Subsanan el defecto en el supuesto de que, en la sentencia recurrida, se ofrezcan tantos elementos útiles para la individualización que permitan al tribunal de casación realizar una operación reservada, en principio, al de instancia.

c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

Esta última, como se adelantó, se presenta como la solución más adecuada en la jurisprudencia mayoritaria. Las tres se le antojan al autor con ciertas debilidades formales y de fondo: la primera, porque es previsible que se demore la finalización del proceso más allá de lo razonable; la segunda, por tropezar con obvias dificultades planteadas por el relato fáctico —el de la sentencia recurrida— que, difícilmente, permite formular un juicio fundado para la motivación en casación, además de poder extralimitarse en la función asociada al recurso de casación penal, al implicar al tribunal de instancia, que es el órgano llamado a desarrollar, de inicio, la función de individualización de la pena; la tercera y más elegida, también cuestionable, menos que las anteriores, busca la solución más fácil, la que no necesita motivación, al menos para el condenado, la más favorable para él, pero que puede presentarse como desigual con otros pronunciamientos en los que el juez o tribunal de instancia haya actuado, de forma correcta, motivando su resolución. Así visto, un reo conocedor de estas circunstancias hará rogativas peticionarias para que lo juzgue un juez no motivador.

El progresivo giro que parte de la jurisprudencia está dando hacia la opción de remisión al juez o tribunal de instancia puede ser una vía interesante para sustituir la primacía de aquella, siempre que sean pulidos los inconvenientes que esta ha presentado hasta ahora, lo que parece que desarrolla, con buen criterio, la ya mencionada Sentencia 161 de 2009, con protagonismo de la casación, al fijar ese equilibrio

entre los datos y fundamentos de la de instancia y la exclusividad de señalamiento de pena.

V. CONCLUSIONES

Acerca de la dicotomía existente entre principio de legalidad y discrecionalidad judicial, este último elemento se valora como posible factor de incidencia en el primero, en términos de actuación en el ejercicio de la función jurisdiccional de aplicar la norma, pues uno de los problemas que, con mayor intensidad, ha sido planteado en toda la estructura normativa del Código penal y, más específicamente, en atención al sistema de penas, sobre todo en la fase de individualización de estas en prisión, es el del cumplimiento efectivo de algunas previsiones del principio de legalidad, que en esta parcela se ha afrontado.

El sistema de penas está basado en parámetros preventivos y en el respeto a los principios básicos desarrollados por una política criminal moderna y respetuosa con las exigencias del Estado garantista.

La pena de prisión se muestra como referencia principal de los sistemas punitivos a nivel mundial, incluso en los países más avanzados, en el ámbito de las reacciones jurídicas a los comportamientos delictivos, y aparece como ariete esencial del progresivo expansionismo del Derecho penal.

Dos premisas son fundamentales en el proceso jurisdiccional, en general, y, más insistentemente, en el penal:

— La motivación, exigible a todos los jueces y tribunales, en cuanto requerimiento de una valoración lógica, concreta e individualizada de los elementos que componen el conflicto y las pruebas llevadas a cabo, y, en consecuencia, del razonamiento realizado.

— Existe una situación ciertamente delicada en torno al cumplimiento de los desarrollos del principio de legalidad, que conduce a una de las cuestiones de mayor debate, tanto doctrinal como jurisprudencial, el del arbitrio o la discrecionalidad judicial, cuestión esta que no es planteada, en exclusiva, con argumentos en especial formalistas, de rancia concepción legalista, sino abierta a las necesarias precauciones de concreción y taxatividad de las normas penales, pero, también, a

las exigencias sociales de valoración y respeto a las coordinadas preventivas de la aplicación e individualización de la pena o de interpretación de los tipos penales.

Las previsiones narradas llevan a asumir, de la trilogía propuesta, la teoría del margen de libertad en el sentido más amplio, en los esquemas que ella misma desarrolla, al responder a un planteamiento preventivo, tanto general como especial, con la culpabilidad como base, mas sin exclusivismo en su determinación, en cuanto esta se ha de concretar en cada supuesto para, de este modo, poder transformar sus niveles cuantitativos, además de los supuestos objetivos y de necesidad de pena.

En todo caso, la cuestión de fondo del problema y el espacio judicial de la motivación se proyectan en el exigente equilibrio y ponderación, entre el margen de libertad del juez y la taxatividad de la norma penal, demandada por el principio de legalidad, en los que el deber de motivación supone un evidente límite para la libertad judicial.

El binomio arbitrio judicial-motivación judicial ha de impedir que el primero pase a ser arbitrariedad irracional, subjetiva e injustificada y, como tal, conculque los presupuestos básicos del principio de legalidad.

Se defiende una posición intermedia entre los criterios más extremos, la que se basa en la confianza, la profesionalidad, los conocimientos y la prudencia del juzgador, pero, también, en el buen hacer del legislador.

Se alcanzan situaciones de no motivación y varias han sido las opciones a presentar para solucionar tal problema; la más resaltada y propuesta es la de remisión al juez o tribunal de instancia para no sustituir la primacía de aquel, siempre que sean pulidos los inconvenientes que tal variante, hasta ahora, ha presentado.

VI. REFERENCIAS

- Barquín Sanz, J. (2000). Sistema de sanciones y legalidad penal. *Aequitas*, (58), 171-212.
- Besio Hernández, M. (2011). *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant Lo Blanch.

- Castelló Nicás, N. (2007). *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos*. Comares.
- Conde, R. (1968). *Sociedad, Estado y Derecho en filosofía marxista*. Cuadernos para el Diálogo.
- Feuerbach, A. R. (1832). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho penal*. Bosch.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte general* (10.^a ed. actualizada y revisada, con la colaboración de Gómez Martín y Valiente Ibáñez). Reppertor.
- Morillas Cueva, L. (1978). Derecho penal e ideología. En *Derecho y economía en la sociedad española actual*, 30-68. UNED.
- Morillas Cueva, L. (2002). Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (4), 1-23. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf
- Morillas Cueva, L. (2021). *Sistema de Derecho penal. Parte general*. Dykinson.
- Quintero Olivares, G. (1981). *Introducción al Derecho penal*. Bosch.
- Quintero Olivares, G. (2015). *Parte general del Derecho penal*. Aranzadi.
- Roxin, C. (1998). *Dogmática penal y política criminal*. Idemsa.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Hammurabi.
- Roxin, C. y Greco, LL. M. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5^a Aufl.). C-H.BECK.
- Schultz, H. (1966). Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962. *JuristenZeitung*, (4).
- Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general* (12.^a ed. alemana, 3.^a castellana). Editorial Jurídica de Chile.
- Van Zyl Smit, D. y Snacken, S. (2013). *Principios de Derecho penal y Política penitenciaria europea. Penología y derechos humanos*. Tirant Lo Blanch.

REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN,
ORIGINALES E INÉDITOS, Y OTROS TIPOS
DE COLABORACIONES CIENTÍFICAS

EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA JUSTICIA

THE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON JUSTICE

■ **DRA.C. EMILIA MARÍA SANTANA RAMOS**

Profesora de Filosofía del Derecho,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España

<https://orcid.org/0000-0002-7390-4065>

emilia.santana@ulpgc.es

Resumen

La actualidad evidencia cómo la inteligencia artificial ha irrumpido en la órbita planetaria e impactado en todos los sectores sociales; evidentemente, el Derecho no es la excepción. Las posibilidades que ella ofrece, en relación con la capacidad para procesar y almacenar datos, abre un abanico de probabilidades en la administración de justicia. Sin embargo, su incorporación en la toma de decisiones judiciales está sujeta a discusiones de gran calado ético y jurídico. El presente trabajo analiza los beneficios y riesgos de tal uso. Si bien es cierto que la inteligencia artificial promete mejorar la eficiencia y optimizar los procesos, es preocupante, realmente, reconocerla como una herramienta capaz de dictar decisiones judiciales. Las preguntas obligadas se centrarían en la responsabilidad en caso de un fallo erróneo, la garantía de la proporcionalidad, la salvaguarda de los derechos fundamentales y la limitación de los sesgos en la toma de decisiones automatizadas, con respecto a la equidad. Evidentemente, estas cuestiones no son baladí y, por tanto, no han de ser ignoradas.

Palabras clave: Inteligencia artificial; administración de justicia; decisiones judiciales; legitimidad de la justicia; derechos fundamentales.

Abstract

The current situation shows how artificial intelligence has burst into the planetary orbit and impacted on all social sectors; obviously, law is no exception. The possibilities it offers, in relation to the capacity to process and store data, opens up a range of probabilities in the administration of justice. However, its incorporation in judicial decision making is subject to profound ethical and legal discussions. This paper analyses the benefits and risks of such use. While it is true that AI promises to improve efficiency and optimise processes, it is worrying to recognise it as a tool capable of making judicial decisions. The necessary questions would focus on liability in the event of an erroneous ruling, ensuring proportionality, safeguarding fundamental rights and limiting bias in automated decision making, with respect to fairness. Clearly, these issues are not trivial and therefore should not be ignored.

Keywords: Artificial intelligence; administration of justice; judicial decisions; legitimacy of justice; fundamental rights.

Sumario

I. Impacto de la inteligencia artificial en el Derecho; II. La inteligencia artificial en la toma de decisiones judiciales; III. El mito de la neutralidad: cuando el sesgo se esconde tras la objetividad; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO

La inteligencia artificial (IA) se configura en un contexto teórico y conceptual en el que se reconoce que esta tiene como objetivo el desarrollo de sistemas computacionales que cuentan con capacidad para actuar en espacios en los que se requiere de la inteligencia humana. Se hace referencia al razonamiento, el aprendizaje, la percepción y la toma de decisiones, etc. Así la reconoce Cotino (2017), cuando defiende que ella «permite generar patrones dinámicos de

tendencias de futuro: la predictibilidad y el apoyo en la toma de decisiones» (p. 133). De igual manera, otros autores la entienden como «la capacidad de las máquinas para imitar y ejecutar tareas que requieren inteligencia humana» (Farfán, 2023, p. 175).

Esta problemática recuerda el debate planteado por Hart (1961), quien sostenía que el Derecho es un sistema de reglas primarias y secundarias. En el pensamiento del autor, podría entenderse la aplicación de las reglas primarias (obligaciones legales) como un intento de automatizar, pero sin la capacidad de interpretar las normas, atendiendo a otras cuestiones en el caso concreto (pp. 102-103).

En el contexto actual, no es discutible el impacto provocado por la IA y la importancia en su empleo y manejo, pues la capacidad para replicar procesos cognitivos humanos, como el razonamiento y la toma de decisiones, la convierte en una herramienta con el poder de proyectarse en los diferentes marcos, como los económicos, políticos, sociales y jurídicos.

Desde algunos sectores proponen identificarla, atendiendo a la capacidad algorítmica que le permite un aprendizaje por el cual es capaz de instruirse a partir de datos; ese conocimiento pudiera destinarse a la adopción de decisiones, cual si se tratase de un ser humano. A diferencia de las personas, los sistemas de IA pueden operar sin descanso y analizar grandes volúmenes de información simultáneamente, lo que les permite ejecutar tareas con mayor eficiencia y con una proporción de errores considerablemente menor. Para Rouhiainen (2018), son destacables las características que la identifican. En este sentido, apunta a la capacidad que tiene de almacenamiento de datos y de aprendizaje para adoptar decisiones, lo que significa que una máquina puede convertirse en un actor con posibilidad de adoptar decisiones concretas en un ámbito específico (p. 17) o, lo que es lo mismo, «trasladar el modo de pensamiento y razonamiento humanos a la computación. Particularmente se propone desarrollar en la máquina la capacidad de percepción, el aprendizaje a partir de la experiencia, relacionar conocimiento incluyendo conocimiento abstracto o conceptos y resolver problemas» (Alastruey, 2021, p. 183). Permitir la sustitución de una responsabilidad que, en principio, debería asumirse por una persona, por la de los sistemas inteligentes, debe llevar consigo un análisis cauteloso, sobre todo, en los marcos concretos en que esa situación se produzca.

Debido a las particularidades inherentes a la IA, algunos autores sostienen que, para comprenderla mejor, es necesario analizar tanto sus componentes como su alcance. De este modo, se hace menester precisar, desde un punto de vista conceptual, su significación. En la nomenclatura de la IA, el término *inteligencia* se refiere a la capacidad de razonar, aprender y tomar decisiones. Cuando se alude al concepto de artificial, aflora la falta de univocidad del término, lo que impide determinar, de forma nítida, la naturaleza de la IA y su relación con la inteligencia humana (Pazos y García, 2024, p. 8).

Esto permite preguntarse hasta qué punto uno estaría dispuesto a renunciar al raciocinio humano por la capacidad generativa de lo artificial. Este parecer pone de relieve que determinados elementos, pese a ser artificiales, pueden dar una apariencia de naturalidad. Por ejemplo, el césped artificial y el natural. No se duda de que ambos cumplen la misma función decorativa, pero no tienen las mismas propiedades. Lo que se quiere significar es que no basta con que una máquina simule el comportamiento humano, si no comprende ni experimenta la realidad de igual modo. Así como el césped artificial no respira ni interactúa con el entorno de la manera en que lo hace el natural, una IA, por avanzada que sea, no cuenta con sentimientos, no interpreta el mundo con subjetividad ni construye conocimientos desde la experiencia vivida.

Es por ello que, en este trabajo, se pretende abrir una reflexión sobre la importancia de la implementación de la IA en un espacio en el que entran en juego los derechos fundamentales (DF). Esto obliga a considerar que la IA posee una estructura basada en algoritmos, *software* y *hardware*, mientras que la respuesta humana proviene de redes neuronales y procesos racionales que integran conciencia, emoción y percepción sensorial, entre otros elementos.

Tales cuestiones cobran una importancia significativa cuando se trata de la salvaguarda de los DF en la interpretación y aplicación del Derecho. Imputar un significado a un enunciado normativo requiere tanto de una lógica humana como de una interpretación de valores, especialmente en lo relativo a DF como la libertad, la tutela judicial o la privacidad, entre otros.

Ahora bien, la realidad se impone: no se está ante una mera ilusión tecnológica, más bien, ante un sistema que aspira a replicar el raciocinio humano sin alcanzarlo realmente. El discurso sobre el remplazo

de la mente humana por la máquina no se puede decir que sea actual; ha estado presente en diferentes momentos históricos. Es muy acertado el pensamiento de Habermas (1948) cuando reconoce que «las realizaciones de la técnica, que como tales son irrenunciables, no podrán ser sustituidas por una naturaleza que despertara como sujeto» (p. 63). Aun asumiendo la postura de este autor y reconociendo que la técnica y la ciencia son irremplazables, por cuanto se configuran como un potencial en el desarrollo humano, en ningún caso aquellas pueden concebirse como un remplazamiento de la máquina sobre el humano ni en el servilismo del hombre hacia el artefacto.

Aunque exista la tentación de imaginar una alternativa en la cual la tecnología no domine la vida humana, ella solo sería posible si se modificara, por completo, la manera en que la especie interactúa con su entorno. Y, en ese contexto, no se puede olvidar que el constructo social se fundamenta en una racionalidad instrumental o, lo que es lo mismo, una técnica como medio para alcanzar fines específicos. Es indiscutible que un sistema computacional no debiera asumir el rol de una persona —y tampoco debiera hacerlo—, pues, con independencia de que se permita a los sistemas de la IA simular un comportamiento, ellos nunca podrán asumir la respuesta de la misma manera en que lo haría un ser pensante, ya que, evidentemente, la comprensión, en el análisis de la realidad, se percibe de diferente manera.

Este cambio de paradigma muestra cómo los constructos sociales, bajo el racionalismo técnico-científico, se configuran como una brújula de acción. Ello se demuestra cuando las sociedades se preocupan más por alcanzar una serie de beneficios y rentabilidad para optimizarlos. Desde este particular, se entiende que el avance tecnológico se centra más en el principio de utilidad, aunque tenga que superar los límites éticos o jurídicos. En efecto, se trata de implementar la IA con el claro objetivo de *optimizar*, sin tener en cuenta los derechos que entran en juego, como la privacidad, la libertad o seguridad personal. Esto lleva a plantearse el dilema entre la racionalidad y las decisiones generadas por la IA.

El impacto de esta racionalidad no se limita al ámbito productivo o científico. Sus principios se han trasladado al mundo social e influyen en la manera en que se estructuran las instituciones y las relaciones

humanas. Como consecuencia, se impone una lógica en la que todo se somete al cálculo, la planificación y la eficiencia, a la vez que se desplazan otras formas de pensamiento y decisión. Incluso, aspectos esenciales de la vida, como la naturaleza o la comunicación, son reinterpretados bajo esta lógica cuantificadora y pierden su dimensión cualitativa. Algunos autores ya advierten que, al carecer de sentido común, la IA no cuenta con la posibilidad de sostener un argumento sólido, con independencia de que sí puede replicar o simular silogismos formalmente válidos. «Lo que una máquina puede aportar a nivel argumentativo, es reproducir silogismos formalmente válidos, pero no sólidos. La veracidad que un juez debe determinar depende de características humanas que un sistema de IA no puede replicar» (Cabrera, 2024, p. 194).

No se está en presencia, únicamente, de avances tecnológicos, más bien, de una transformación de la sociedad y la manera en que se concibe la existencia, como resultado de la IA. Es decir, la evolución o involución a la que el ser humano está condenado, irremediablemente, radica en la eficiencia y la optimización. Así, la vida y sus interacciones corren el riesgo de ser reducidas a simples datos o procesos ajustables, y generar un mundo en el que la razón instrumental sustituya la reflexión crítica y la deliberación. Es interesante el aporte que ofrece García-Marzá (2024) cuando asevera que

el interés técnico busca el dominio, la superación de los límites impuestos por la naturaleza. Pero el éxito de sus resultados no tarda en aplicarse al mundo social, a la sociedad y a sus instituciones. En consecuencia, se prioriza una forma de pensar en la que todo se somete al cálculo y planificación [sic], donde incluso la vida, la naturaleza y la comunicación humana, quedan interpretadas bajo este cálculo de resultados. (p. 106)

No es extraño, por tanto, que la IA y la automatización sean consideradas no solo como herramientas tecnológicas, ya que representan la última expresión de un proceso más amplio de desplazamiento de la capacidad humana por sistemas técnico-administrativos. Son riesgos presentes en el pensamiento de Truyol (1991, p. 118), quien sugiere no olvidarlos, aun cuando reconoce los beneficios que llevan aparejados las tecnologías. Lo que, en realidad, resulta importante

es, precisamente, quién controla la IA y con qué propósito se implanta esta. Desde luego, se coincide con este parecer, ya que no solo se habla de innovación tecnológica, también se plantea la necesidad de garantizar que el avance de la IA continúe al servicio del ser humano y favorezca su desarrollo, evitando nuevas formas de dependencia. Desde esta perspectiva, más que discutir sus beneficios o su potencial, el debate se centra en la capacidad para orientarla, de manera que promueva el bienestar y la autonomía de las personas. Ahora bien, existe el riesgo —que no pocos temen— de que la tecnología deje de ser un medio y se convierta en un fin en sí misma, y el de que la voluntad humana se someta a dinámicas automatizadas o estructuras de control difíciles de revertir.

Se pone en cuestión la capacidad de la IA para simular procesos cognitivos, pero, también, el hecho de que se trata de un diseño concebido por seres humanos con el propósito de replicar ciertas funciones de la mente e, incluso, remplazarlas. Lejos de ser una abstracción teórica, la IA tiene aplicaciones tecnológicas concretas y consecuencias tangibles en múltiples ámbitos. Desde esta perspectiva, resulta imprescindible evaluar el papel y el impacto que ella genera en la transformación de los constructos sociales y jurídicos. Porque, indiscutiblemente, la proyección inmediata de la implementación de la IA redefine la manera en que se interactúa con la tecnología, al tiempo que obliga a replantear nociones como autonomía, dignidad, intimidad, libertad.... Desde luego, sería aberrante que la racionalidad instrumental pueda sustituir esferas que, por la propia naturaleza de los derechos en juego, no queden gobernadas por una lógica racional, porque, de lo contrario, en vez de reflexionar sobre la justicia, se haría un replanteamiento sobre qué es más óptimo en términos de eficiencia e, incluso, aquellos marcos en los que la eficiencia no debería ser el único criterio de decisión. Así lo defiende Otero (2023) cuando reconoce que «hay operaciones de inteligencia que precisan la utilización de características que sólo las personas tienen y nunca podrán tener las máquinas, por ejemplo, las emociones, la conciencia, la intuición etc.» (p. 47).

En el ámbito jurídico, la implementación de la IA sería un ejemplo palmario de lo antedicho, pues va más allá de la eficiencia o la automatización de procesos y cómo se debe gestionar la aplicabilidad de la norma en relación con la justicia y el Derecho. En este punto,

no se quiere manifestar una postura contraria a los beneficios referidos a la capacidad de la IA para la recopilación de datos y la agilización de respuestas. Sin embargo, el Derecho no puede reducirse a un ejercicio mecánico de aplicación de normas. El sentido de justicia no debe reducirse a un compendio de datos o patrones de actuación, ya que implica, también, la exigencia de una interpretación basada en principios que no siempre pueden ser reconocidos por un algoritmo. Los operadores jurídicos deben ser cautelosos en el manejo de la IA, a la hora de adoptar una decisión. Cobra sentido la preocupación que se despierta en la doctrina sobre la posibilidad de que los algoritmos reproduzcan sesgos estructurales que tengan como respuesta desigualdades o prácticas discriminatorias o, incluso, las refuercen. Son muchos los debates que se han abierto sobre la posibilidad de considerar legítima una decisión, basada en un sistema que carece de la capacidad de fundamentar la toma de decisiones que afectan DF de razonamiento jurídico. Desde luego, atendiendo a la dimensión axiológica del Derecho, la pregunta obligada sería si los algoritmos, por muy desarrollados que se encuentren, cuentan con la equidad, proporcionalidad o ponderación necesarias en la aplicación e interpretación del Derecho. El núcleo fundamental y problemático lo constituye el empleo de la IA en el proceso judicial. Desde una visión crítica, este tema obliga a repensar la labor del juez como garante de la justicia y la ponderación que caracterizan al Derecho, si una y otra son sustituidas por la IA.

II. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES

Que la IA ha irrumpido en los constructos sociales es un hecho evidente. Con mayor frecuencia se observa cómo, en todos los sectores (económicos, sociales, sanitarios, etc.), ejerce una influencia más que significativa. En el contexto que se aborda, el que la IA encuentre acomodo en el ámbito jurídico, con la promesa de agilizar procesos, reducir la carga de trabajo de los tribunales y, en algunos casos, predecir decisiones judiciales, posiciona a los operadores jurídicos en una situación, cuanto menos, expectante.

Sin entrar en la disquisición sobre las fortalezas de la IA en términos de eficiencia, su implementación en las decisiones judiciales abre la puerta a reflexionar sobre los atributos del Derecho y la legitimidad

de la función judicial. Se trata, por tanto, de evaluar su eficacia operativa, y de cuestionarse hasta qué punto una máquina puede asumir el papel de garante de la justicia, sin poner en riesgo los principios fundamentales que sustentan el sistema jurídico, como la equidad, la imparcialidad y el respeto a los DF. La justicia no es más que el reflejo de un constructo social; por ello, no puede ser concebida como un valor estático. La realidad sobre la posibilidad de que la IA se convierta en una herramienta que, lejos de contribuir como un apoyo, se configure como un órgano activo, en la toma de decisiones judiciales, despierta un debate que no queda exento de contradicciones, sobre todo, en el papel del juez en el sistema de la administración de justicia. Pues, ¿hasta qué punto se puede confiar en que los sistemas computacionales desempeñen la labor tradicional del juez?

Hasta el momento, se ha defendido la IA como una socorrida herramienta de apoyo en la gestión de expedientes. Sin embargo, de manera inexorable, ella está revolucionando el concepto tradicional en la práctica jurídica, tanto en la interpretación del Derecho como en su aplicación, lo cual redimensiona la lógica algorítmica. Lo anterior obliga a meditar sobre el nuevo modelo de escritura jurídica que se enfrenta, en el que la argumentación jurídica tradicional es sustituida por la predicción automatizada o, al menos, condicionada por esta; por ende, ha de evaluarse la redefinición del valor o sentido de la justicia.

Algunos autores reconocen las fortalezas de la IA como instrumento de auxilio para optimizar la administración de justicia. En tal sentido, Cabrera (2024, p. 186) identifica dos algoritmos de evaluación de riesgos que analizan la probabilidad de reincidencia en Derecho penal, y los sistemas jurídicos expertos, centrados en la predicción de razonamientos interpretativos mediante el análisis de legislación y jurisprudencia.

Sin embargo, el verdadero punto de inflexión llegará cuando la IA no solo se configure como una herramienta auxiliar, más bien, cuando asuma un rol más determinante. La pregunta obligada no es si la IA podrá sustituir la labor del juez y cómo asegurar la protección de los derechos, la justicia y la independencia, además de prevenir la arbitrariedad. Desde una perspectiva garantista, Ferrajoli (2006) sostiene que el Derecho debe estructurarse en torno a la protección de los DF, mediante un sistema de garantías; considera como tal «cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo» (p. 31). La implementación de la IA

en la justicia obliga a pensar en cómo pueden quedar garantizadas las decisiones automatizadas para que cuenten con los principios que inspira el debido proceso. El autor antes mencionado —coincidiendo con Dworkin en el reconocimiento de las reglas primarias y secundarias— muestra su preocupación por el sistema de garantías institucionales. En su línea de pensamiento, se entiende que el poder judicial debe actuar como un contrapeso que limite la arbitrariedad y asegure, por ende, que los jueces resuelvan conforme a una argumentación racional inspirada en el control de constitucionalidad.

En este marco, surge la preocupación de que los algoritmos, al no estar sujetos a una reflexión moral ni a un control judicial tradicional, puedan emitir fallos que vulneren las garantías fundamentales. Esto pone en cuestión si la IA es compatible con un modelo garantista de justicia.

En el razonamiento dworkiniano, el Derecho es concebido como un sistema de reglas que dependen de principios como la equidad y la justicia. Se sostiene que los jueces no solo aplican normas, ya que el resultado de su interpretación debe estar en consonancia con principios morales. De este modo, se defiende que «una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos (como hacía el viejo iusnaturalismo) es una doctrina peligrosa» (Dworkin, 1989, p. 8). Siguiendo este planteamiento, si la IA se limita a aplicar reglas sin ponderar principios jurídicos, se podría suponer que, en las decisiones automatizadas, se crean decisiones formalmente correctas, pero que pueden ser injustas en su impacto real.

Frente a este horizonte, la respuesta compulsa a estar conscientes de que no se trata de una posibilidad lejana ni de un argumento propio de la ciencia ficción, pues hay que tener presente el valor que asume la justicia en la interpretación del Derecho. Esta transformación viene reconocida como

la integración de la tecnología digital en las distintas áreas del sistema judicial, con la finalidad de mejorar la calidad y eficacia en la resolución de conflictos, modificando tanto la organización de la justicia como la forma en que se relaciona con el ciudadano, y gestionando los riesgos generados sobre

los derechos de las personas y las garantías procesales. (Delgado, 2021, p. 28)

La implementación de la IA en la administración de justicia no debería quedar reducida a una visión simplista, constreñida en la automatización de datos y la eficiencia administrativa, sin tener en consideración el alcance que tiene y sus implicaciones en materia de DF. No se puede olvidar la razón de ser de aquella; como agente auxiliar, no posee capacidad de adaptación ni autonomía en la toma de decisiones (Castillejo, 2022, p. 64).

El rol del juez en la resolución de conflictos trasciende la mera aplicación mecánica de normas a hechos, ya que su labor implica interpretación, ponderación de principios y valoración de circunstancias específicas. Cuanto menos, resulta preocupante que, en la función jurisdiccional, el juicio humano quede relegado por decisiones automatizadas, basadas en el resultado de datos y patrones estadísticos antes que en el imperio de la ley. De ser así, cabría preguntarse cómo garantizar los DF, proteger la independencia judicial y preservar el principio de justicia. Por el momento, la respuesta es una incógnita. Por supuesto, se quiere que el debate se centre, fundamentalmente, en la implementación de unos términos que tengan como objetivo declarado el respeto de los DF y el valor que irradia la dignidad humana.

De este modo, se desea evidenciar que un sistema automatizado y basado en algoritmos carece de la capacidad para justificar una decisión en términos jurídicos y, sobre todo, en términos humanos. La robotización judicial ya es una realidad que no se puede soslayar. La posibilidad de que los algoritmos y sistemas computacionales asuman funciones que, en principio, el Derecho adjudicaba a los jueces humanos cobra, cada día, más fuerza. Esta situación se ha revertido en la aparición de jueces robots que asumen decisiones automatizadas. Por ello, resulta necesario «trabajar con la *deep learning*, integrando la base de datos con redes neuronales para entrenar a los robots jueces en el dictado de sentencias similares a las de los jueces profesionales» (Barona, 2024, p. 172).

Si se atiende al principio tradicional del Estado, como garante de los derechos en la administración de justicia, el principio de independencia cobra especial relevancia, pues, de no ser considerado, el sentido y la esencia del Derecho quedarían difuminados, ello por no hablar de la independencia como principio rector de aquella fun-

ción; si la autonomía del juez frente al sometimiento de la ley no se materializa, la decisión judicial queda vacía de legalidad. De sustituir al juez por la IA, la función jurisdiccional perdería su capacidad de tutela efectiva y se convertiría en un mero trámite, condicionado por intereses ajenos a la justicia misma (Barranco, 2005, p. 122). Esta idea obliga a tener en cuenta, de inicio, que la norma y su aplicación concreta en cada caso no es un aspecto secundario; es, en cambio, el núcleo que permite que el Derecho siga siendo un mecanismo de garantía y no un instrumento de arbitrariedad o discrecionalidad, pues la ley y la interpretación de esta ofrecen seguridad jurídica al justiciable.

Se hace forzoso, entonces, poner énfasis en la centralidad del Derecho como mecanismo de garantía. Aparte de la seguridad jurídica que se brinda al justiciable, también, cuenta cómo se concibe la justicia y su efectividad por parte del constructo social. Por lo que

el derecho es un complejo de motivos fácticos de determinación de la acción humana real que está vinculado a los demás órdenes sociales, agrupados por él en la costumbre (tradicción) y la convención (costumbre en sentido estricto). Es derecho vivo, en contraste con el derecho jurídicamente válido. (Monereo Pérez y Monereo Atienza, 2016, p. 344)

Frente a la idea de que puede optimizarse la decisión automatizada o adoptada por un sistema de IA, no se ha de pensar que el Derecho asume una proyección viva en la medida en que es observado, aceptado y reconocido por el constructo social y queda constreñido, exclusivamente, a la validez formal. En este punto, la cuestión quedaría resumida a la percepción sobre la legitimidad, ante la falta de autonomía del juez en la interpretación y aplicación del Derecho, por lo que, de ser así, podría verse afectada aquella y, por consiguiente, la probabilidad de que la sociedad acate voluntariamente las normas. Atienza —citado por García (2016)— reconoce que

hay discrecionalidad porque en Derecho no se puede decidir sin valorar, sin establecer valorativamente preferencias y sin optar entre alternativas abiertas; por ejemplo, a la hora de elegir una de entre las varias interpretaciones que de la norma son razonablemente posibles. (p. 49)

Por tanto, el Derecho no puede reducirse a un sistema determinista, en el que una norma lleve, de forma automática, a una única solución. Todo lo contrario, la discrecionalidad no se identifica, de ningún modo, con la arbitrariedad. Simplemente, responde a una exigencia valorativa entre distintas alternativas, todas ellas válidas para el Derecho. Piénsese, si no, en cómo una norma puede asumir diferentes interpretaciones en función de la órbita jurídica. La función del juez no será otra que la de aplicar una interpretación ajustada a su criterio y los valores que orientan el Derecho en una delimitación concreta.

Desde una visión constructivista, el Derecho se configura, más que como un compendio de normas, cual resultado de la interpretación y aplicación de estas por parte de los operadores jurídicos. Haciendo una extensión a lo que se aborda, se podría reconocer que el poder judicial estaría compuesto como una especie de *mente colectiva* derivada de las decisiones adoptadas por los diferentes jueces y tribunales que, con independencia de asumir decisiones de manera independiente, quedan sometidos, inexorablemente, al imperio de la ley. Podrá constatarse que

el conjunto de los integrantes del poder judicial, pueden actuar de manera para-consistente, dando soluciones diferentes para los mismos tipos de casos. Si el juez puede identificar distintos tipos de enunciados y aplicar la regla de derrotabilidad, es porque previamente se presuponen esquemas cognitivos provenientes de la teoría general del Derecho. (Martínez, 2012, p. 837)

Lógicamente, la toma de decisiones no sigue un camino único e invariable; puede adaptarse a distintos momentos y escenarios sin que, con ello, pierda la coherencia. Aplicado al Derecho, este razonamiento permite comprobar que la interpretación jurídica no ha de ser concebida como una actividad mecánica, sino como un proceso en el que se ponderan principios, se analizan las diferentes circunstancias específicas y se valora el impacto de cada decisión en la realidad social.

El juez, cual operador jurídico, en el ejercicio de sus competencias, debe resolver las diferentes controversias que se le plantean. Su obligación es interpretar y significar el hecho, con base en una norma. Para ello, deberá reconstruir la carga de la prueba y hacer una valoración racional basada en un principio de justicia.

Sobre esta premisa, si se entiende que la justicia tiene como *prima facie* la equidad y la proporcionalidad, ella se aleja, desde luego, de los sistemas algorítmicos y tecnológicos que, de entrada, pueden presentar matices discriminatorios que impiden una sentencia justa. Cuando se deposita la confianza en que una persona sea juzgada por algoritmos opacos, se desvirtúa el sentido del Derecho, bajo la justificación de la eficiencia que proporciona la IA. Si se sustituye al juez humano por el juez robot, la carga de la prueba, la testifical, los informes periciales, entre otros ejemplos, carecerían de cualquier sentido. Por ello, no se puede pensar que la actuación del juez es mecánica, como, tampoco, que su valoración se agota con la carga de la prueba de datos objetivos. La labor interpretativa del juez lleva aparejados otros aspectos de análisis, en los que la argumentación, la coherencia y la ponderación se configuran como la brújula que guía la actuación judicial. Aquí se torna más relevante la pregunta sobre la posibilidad de implementar la IA como un sistema que permita ejercer la labor judicial con las mismas garantías. Hay elementos que son difícilmente detectables por un algoritmo, como pueden ser el lenguaje corporal, la credibilidad de los testigos, la coherencia del relato de estos. Lo importante en un juicio es, verdaderamente, la valoración de las circunstancias humanas que rodean al caso concreto, pero, de admitirse la práctica de la prueba automatizada, ¿cómo se podría determinar la veracidad del testimonio? o, si existiera una duda razonable, ¿cómo se medirían los diferentes elementos en términos algorítmicos? El intento de dar una respuesta conduce a la misma conclusión: la justicia en este escenario no puede reducirse a una sentencia automatizada cuyo razonamiento sea inaccesible.

Precisamente por ello, se entiende que la decisión judicial dependerá de la valoración (que pasa por el razonamiento humano) sobre una serie de factores que influyen en la decisión y que solo un humano es capaz de interpretar y ponderar. Es más, la garantía reside en la exigencia de motivar el fallo, fundamentar el criterio y abrir la posibilidad de recurrir, en caso de que la decisión pueda ser apelada ante un tribunal superior.

Pese a todo, hay países que ya han implementado el juez robot, como China o Estonia. Es relevante que este último, desde el año 2000, cuenta con un sistema de justicia computacional. Sin embargo, fue en 2019 cuando China implementó lo que se conoce como los *Tribunales de*

internet. Un dato significativo es que ninguna de estas dos naciones ha remplazado al juez humano, pues, en ambos casos, el robot solamente se emplea en cuestiones en materia civil y las decisiones son ratificadas por el humano.

III. EL MITO DE LA NEUTRALIDAD: CUANDO EL SESGO SE ESCONDE TRAS LA OBJETIVIDAD

Hasta el momento, se han destacado los riesgos éticos que implica la implementación de la IA en la toma de decisiones judiciales frente a la racionalidad humana. En este punto, es necesario ahondar sobre los sesgos que llevan implícitos la automatización en la IA y su proyección en los derechos. En las decisiones judiciales entran en juego los DF del justiciable. Por esta razón, habrá que analizar si ellas no se ven afectadas por algoritmos discriminatorios por razón de raza, género, cultura identitaria o cualquier otro rasgo que se identifique como un factor discriminatorio. En no pocas ocasiones, se ha demostrado que la implementación de la IA en la administración de justicia, bajo la apariencia de imparcialidad, ha logrado aumentar la discriminación y perpetuarla. De hecho, cuando se ha optado por la implementación de la IA, como herramienta para evaluar los riesgos en la ejecución de las penas o la libertad condicional, los sistemas algorítmicos se presentan como soluciones, aparentemente, objetivas y eficientes. Sin embargo, cuando se señala que la IA está sesgada, rara vez se explicita qué se entiende por *sesgo* ni por qué su presencia es problemática. La ausencia de una visión crítica no hace más que invisibilizar la reproducción de desigualdades estructurales en el ámbito judicial y su consolidación.

La realidad que no se quiere ver es que la neutralidad no existe en la IA. Un algoritmo está diseñado para cumplir una función. Eso significa que se nutre de datos previos en el ámbito judicial; por lo que no va a operar en vacío. El problema se presenta cuando el algoritmo aprende y asimila datos que cuentan con patrones basados en prácticas discriminatorias. La respuesta lógica será más rigurosa en aquellos colectivos que cuentan con un patrón sesgado y discriminatorio. De esta manera, la aparente neutralidad tecnológica que se defiende con la IA quedaría sin valor, ya que, realmente, se estaría perpetuando la desigualdad (Cantero, 2024, p. 56).

Confiar en la IA para llevar a cabo esta función podría crear una falsa apariencia de independencia e imparcialidad, sin tener en cuenta que se podría estar reproduciendo una discriminación. La posición de algunos autores no se ha hecho esperar; se afirma que,

aunque se podría programar a [sic] estos sistemas para evitar sesgos basados en raza, género u otros factores discriminatorios, sigue existiendo el riesgo de que las decisiones sean influenciadas por sesgos inherentes en los datos de entrenamiento. Los algoritmos de inteligencia artificial aprenden a partir de datos históricos, y si estos datos reflejan sesgos sistemáticos, los jueces robóticos podrían perpetuar esas desigualdades. (Farfán, 2023, p. 178).

A modo de ejemplo, reflexiónese sobre lo sucedido en Inglaterra y Gales. Un error de cálculo en el formulario oficial utilizado en casos de divorcio provocó una incorrecta determinación de la pensión alimentaria en 3600 casos, a lo largo de 19 meses. El verdadero problema no radica en el fallo del sistema; cabría preguntarse por qué ni el Ministerio de Justicia ni las personas que completaron los formularios detectaron el error durante tanto tiempo (Contini, 2019, s.p.). La IA no deja de ser un sistema que se nutre del almacenamiento de datos previos. Por lo que, si cuenta con una orientación predeterminada, con base en una apariencia de neutralidad, su respuesta no siempre será imparcial y objetiva. Cotino (2019, p. 36) defiende la necesidad de una IA confiable y ética, y pone de manifiesto que la automatización no es un proceso neutral y la ausencia de un diseño responsable no haría más que reproducir y amplificar los prejuicios preexistentes.

El problema de fondo no reside en si la implementación de la IA sirve como una herramienta de auxilio en el ámbito judicial, sea justificable y beneficiosa o no, o en enrocarse sobre el modelo tradicional, sin tener en cuenta los emergentes. De lo que, verdaderamente, se trata es de que se deje al margen la capacidad crítica que tiene el juez, sin obviar que el Derecho no se presenta como un sistema de certezas absolutas, sino que se entiende más bien un entorno argumentativo, en el que la interpretación jurídica se convierte en la piedra angular de cualquier sistema de justicia. Se quiere decir con ello que no se rechazan los beneficios que genera la IA para la administración de justicia, pero, de ningún modo, se puede suplir el juicio humano sin comprometer los principios que irradia el valor de la justicia, como pueden ser la tutela,

la presunción de inocencia o la equidad. Se defiende que la implementación de la IA no ha de conceder a las máquinas el poder de decisión sobre cuestiones que afectan, directamente, los derechos y las libertades de las personas. La regulación de la IA, en sí misma, conduce a exigir, de igual manera, un marco que defina quiénes son los responsables que intervienen en el diseño y el desarrollo, puesto que, «sin poder identificar con claridad quién es responsable por los daños provocados por la actuación del juez-robot, el perjudicado quedará desamparado» (Pinerós, 2024, p. 71).

Algunos autores ponen de manifiesto que, a la hora de adoptar una decisión, el funcionamiento de la IA es similar al de los humanos, en cuanto a los sesgos y prejuicios. Es decir, cuando se identifica un sesgo algorítmico, lo que se presencia no es más que una falta de neutralidad en la respuesta, con base en los datos con los que la máquina ha sido «entrenada».

Cuando se imputa a los algoritmos de IA un sesgo, lo que se quiere decir es que los datos que arroja no son neutrales. En igualdad de circunstancias, el pertenecer a determinado grupo social, género, religión, etc., hace que la solución sea distinta. No garantizan un trato igual entre los diferentes grupos (por ejemplo, si eres de raza negra vas a prisión provisional, si eres de raza blanca a libertad provisional). (Sanchís, 2023, p. 74)

Desde luego, el debate actual se ha centrado en la implementación de la IA, con relación a los posibles sesgos discriminatorios referidos a la desigualdad de género o racial, especialmente, en escenarios en los que esta problemática está generando una vulneración de DF. De hecho, diferentes sectores aluden a la posibilidad del sesgo que hay detrás de los conocidos *algoritmos opacos*. Estos tienen un objetivo claro en su estructura de diseño predictivo. Es decir, se encargan de evaluar los niveles de riesgo y predecirlos. En este sentido se pronuncia Páez (s.f.), al advertir que,

desde el punto de vista ético, plantea muchas de las mismas preguntas que la opacidad jurídica con respecto a la discriminación oculta y la violación de los derechos humanos. Desde el punto técnico, es un obstáculo para los desarrolladores que quieran mejorar el desempeño del modelo, y detectar y resolver sesgos y otros riesgos semejantes. (s.p.)

Se concuerda en la doble dimensión en la que se proyecta el problema de los algoritmos opacos, puesto que, por un lado, se dimensionan por tratarse de una clara vulneración de los DF y, por la otra, es notable la falta de transparencia técnica.

La lógica de funcionamiento, verdaderamente, despierta las alarmas, sobre todo, porque la estructura y metodología del diseño de los sistemas automatizados quedan amparadas por el Derecho de propiedad intelectual de los creadores; por lo que se evidencia una falta de transparencia que impide que las personas afectadas conozcan los criterios exactos que determinan las decisiones que les conciernen (Roa, 2022, p. 278).

Los programas de IA son creados y desarrollados, en la mayoría de los casos, por entidades privadas y se amparan en el Derecho sobre la propiedad intelectual que garantiza la inversión tecnológica. Ello lleva implícita la imposibilidad de conocer la estructura del sistema y los datos que se han incluido para su desarrollo.

Si en la fase procesal, al justiciable le resulta incomprensible el fallo, el derecho a la tutela judicial efectiva o a un juicio justo, como lógica respuesta, tiene un sistema de justicia carente de legitimidad. En atención a lo anterior, se defiende que la opacidad y la falta de transparencia atentan, directamente, contra el derecho a la tutela judicial. ¿Cómo puede un ciudadano ejercer su derecho a la defensa, si no sabe qué criterios se han utilizado para valorar su caso? ¿Cómo puede un juez verificar la equidad de una decisión, si el sistema que la ha generado no es auditable ni cuestionable?

Hasta el momento, no hay respuesta. Bajo este planteamiento, habrá que pensar en la reformulación de un derecho que garantice la tutela efectiva y el derecho del justiciable a estar informado sobre cualquier decisión judicial que lo afecte. En principio, esto podría parecer algo descabellado; sin embargo, es una cuestión de primer orden en la pretensión de implementar la automatización en las decisiones judiciales. La automatización de estas no se puede alcanzar a cualquier costo, sobre todo cuando entra en juego la vulneración de los DF. En el prisma del sentido de la justicia, no cabe la posibilidad de que la decisión sea incomprensible por el justiciable. Si se reconoce al «lenguaje judicial como [aquel] emplead[o] por los diferentes entes encargados de administrar justicia en sus relaciones

con los ciudadanos» (Apa, 2021, p. 151), se hace necesario que él sea claro e inteligible para el justiciable. De lo contrario, el derecho a la defensa quedaría como un muro infranqueable en el acceso real a los derechos, y minaría la legitimidad y eficacia del sentido del Derecho, por lo cual se evidencia un significativo riesgo del derecho a la defensa, la tutela judicial y el derecho a una sentencia justa y sin dilaciones indebidas.

Es preocupante verificar, ciertamente, hasta qué punto la implementación de la IA en la administración de justicia tiene capacidad para preservar los valores que fundamentan las funciones del Derecho, como la equidad, la proporcionalidad y el respeto a los DF. Desde luego, esto resulta aberrante y un despropósito en clave de garantía procesal; desde una visión de justicia, los jueces y tribunales deben ser imparciales; su actuación, también, ha de ser verificable y comprensible para quienes se ven afectados por sus decisiones. La opacidad no puede tratarse como un simple defecto técnico; más bien debe asumirse como lo que, realmente, significa: una vulneración del derecho a la defensa en materia de DF, pues, si el justiciable no puede cuestionar la base de su propia condena, ¿cómo puede hablarse de un juicio justo?

Un ejemplo palmario se encuentra en COMPAS que, traducido del inglés, significa «Administración de perfiles de criminales para sanciones alternativas del sistema de prisiones de los EE.UU.» y ha sido implementado por varios Estados norteamericanos, con el objetivo de evaluar el riesgo de reincidencia de los penados (Miró, 2018, p. 108). Sobre la justificación de ofrecer rigor y previsibilidad en la toma de decisiones judiciales, numerosos estudios muestran cómo la implementación de ese sistema ha generado un mayor impacto en la raza afroamericana, en comparación con las personas blancas, a pesar de que contaban con los mismos perfiles delictivos de riesgo. Es reseñable, en tal sentido, el estudio realizado por ProPublica (Larson, Mattu y Angwin, 2016, s.p.) en el que identificaron que COMPAS situaba el factor del colectivo afroamericano con un mayor porcentaje de reincidencia (44,9%), frente a los acusados de raza blanca (23,5%). De hecho, a la inversa, en el estudio sobre la baja reincidencia, las personas blancas contaban con una tasa del 47,7%, frente a los afroamericanos que disminuía en un 28%.

Esto, desde luego, evidencia un modelo de justicia que, lejos de corregir las desigualdades existentes en el sistema penal, parece perpetuarlas, bajo la apariencia de una supuesta objetividad matemática y, a la vez, que se reproducen desigualdades estructurales y se eternizan, como si se tratara de una legitimidad renovada. Ello conduce a reflexionar sobre el principio de responsabilidad individual, conforme con el cual las personas deben ser juzgadas por sus actos, mas no por la probabilidad estadística de que reincidan en el futuro.

Al igual que en el caso de COMPAS, existen otros programas como el *ShotSpotter*, creado para la detección temprana de posibles tiroteos, mediante la alerta a la policía. De igual forma, este sistema ha sido cuestionado por sus sesgos y la falta de transparencia en las decisiones judiciales. Prueba de ello es el estudio realizado por MacArthur Justice Center, en el que se hizo un diagnóstico cuantitativo de las estaciones de policía en Chicago. Los datos revelaron que cerca del 89% de las alertas generadas por *ShotSpotter* no resultaron en la identificación de crímenes relacionados con armas de fuego y el 86% no identificaron ningún tipo de crimen (Associated Press, 2023).

Lo expuesto pone en evidencia la falacia de la neutralidad algorítmica. Desde una visión ética, pensar que los datos automatizados puedan proveer respuestas desprovistas de valoraciones ideológicas ignora el rol de quienes diseñan y desarrollan la tecnología. Se olvidan, quienes así piensan, que la realidad es que cualquier sistema de IA es el resultado de una voluntad humana y, en función de su diseño, la toma de decisión tendrá en cuenta las variables (datos históricos, precedentes judiciales, etc.). Vistas las cosas así, la implementación tecnocrática en la administración de justicia no hace más que reducir al individuo a una serie de datos cuantificables. Tratándose de DF, al menos resulta preocupante encomendar la responsabilidad a un sistema opaco y discriminatorio. Esto se podría entender, casi como una renuncia a la responsabilidad que el Derecho tiene de garantizar la dignidad y la igualdad de todas las personas ante la ley, sin prejuicio de raza, género o cualquier otra diferenciación.

A mayor abundamiento, si se acepta y normaliza la opacidad de esos sistemas, sin cuestionar su legalidad, no se hace más que renunciar a los principios que inspiran el Estado de Derecho. En este sentido, se pronuncia Monasterio (2017), al reconocer que «garantizar todos los derechos de las personas y en particular aquellos que se pueden

conculcar a partir de los usos innovadores de los datos personales no es algo abstracto y difícil de conseguir» (p. 214).

En la misma línea, otra cuestión que está presente en el debate sobre la implementación de la IA en el sistema de justicia es la que afecta la responsabilidad. Moralmente, las decisiones automatizadas carecen de responsabilidad, ya que no cuentan con conciencia ni ética. Es alarmante cómo se desdibuja la responsabilidad del operador jurídico, bajo el manto de la supuesta objetividad que ofrece la IA para eludir sus obligaciones éticas y jurídicas en el ejercicio de la función social que representa.

Ya se ha advertido que, entre los riesgos más temibles, están, precisamente, los algoritmos que cuentan, por un lado, con la posibilidad de tener un sesgo discriminatorio y, del otro, la opacidad y falta de transparencia que se enarbola a partir del derecho de propiedad intelectual de sus creadores. Son varios los interrogantes que no cuentan con una fácil respuesta o, por lo menos, hasta el momento, esta no resulta del todo significativa, al no quedar claro sobre quién recae la responsabilidad, cuando el algoritmo cuenta con un sesgo discriminatorio: si sobre el programador que diseñó el modelo, quienes diseñaron el programa de *software* o el juez que adoptó una decisión generada por la IA. Sobre este parecer, algunos autores reconocen que

los humanos serían los «autores intelectuales» de las acciones de una IA. Por otro lado, puede atribuirse responsabilidad a la persona que dirige o es propietaria de un sistema de IA, de la misma manera que el propietario de una empresa es responsable por las acciones de esta, aunque no las ordene directamente. (Espínosa, 2023, p. 6)

IV. CONCLUSIONES

La implementación de la IA y los sistemas automatizados no pueden asumirse con un entusiasmo ciego, como, tampoco, con la ingenua creencia de que, por sí sola, esta puede alcanzar la eficiencia de la administración de justicia. Ante la cuestión, sumamente importante, de si la IA puede juzgar, o no, se defiende que la justicia no es un mero ejercicio de predictibilidad estadística ni de procesamiento de datos, sino un acto de ponderación de valores, de interpretación de principios

y de reconocimiento que solo el humano puede realizar. La justicia no se reduce a una neutralidad matemática, ya que se fundamenta en la legitimidad democrática.

El riesgo de trasladar estas decisiones a un sistema algorítmico expone a que las decisiones provengan de sistemas opacos. El peligro latente recae sobre quién controla la IA en la justicia. Los algoritmos son diseñados, programados y gestionados por corporaciones privadas o estatales, y no siempre el objetivo es la justicia; se busca, antes, la eficiencia, el control e, incluso, la rentabilidad económica. De igual manera, habría que detenerse en los sesgos que han demostrado las numerosas investigaciones realizadas hasta el momento.

La IA puede ser una herramienta de apoyo en la administración de justicia, y debe serlo, pero nunca un sustituto del juez humano. Se trata de aceptar la tecnología y su utilidad, pero con plena comprensión de sus límites. Si se confía, ciegamente, en la IA para impartir justicia, se asistiría a un mundo en el que las decisiones judiciales no serían actos de justicia, sino simples cálculos impávidos y opacos; por no decir que la justicia, sin humanidad, no es justicia; es solo un espejismo de equidad, una simulación de legalidad, una sombra de lo que debería ser. Es aquí donde reside la mayor responsabilidad de los juristas y teóricos del Derecho: en garantizar que el progreso tecnológico no haga olvidar lo esencialmente humano de la justicia. Al final, la pregunta no es si la IA puede juzgar; primero, hay que inquirir qué tipo de justicia se desea para la sociedad.

V. REFERENCIAS

- Alastruey Merino, C. F. (2021). Estado de la cuestión de la inteligencia artificial y los sistemas de aprendizaje autónomo. *Sociología y Tecnociencia*, 11(2), 182-195. https://doi.org/10.24197/st.Extra_2.2021-182-195
- Apa, M. J. (2021). El lenguaje judicial y el derecho a comprender. *Pensar en Derecho*, 18, 149-177. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/18/el-lenguaje-judicial-y-el-derecho-a-comprender.pdf>
- Associated Press. (Enero 20, 2023). *Confidential document reveals key human role in gunshot tech*. <https://apnews.com/article/>

[shotspotter-artificial-intelligence-investigation-9cb47bbfb565dc3ef110f92ac7f83862](https://doi.org/10.36151/TD.2024.109)

- Barona Vilar, S. (2024). El dilema del razonamiento, motivación y decisión judicial algorítmica (IA): ¿La posibilidad de lo imposible? *Teoría & Derecho*, 37, 150-175. <https://doi.org/10.36151/TD.2024.109>
- Barranco Avilés, M. C. (2005). El papel del juez en el Estado constitucional. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 22, 113-130. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/2096>
- Cabrera Fernández, M. (2024). Aplicación de la inteligencia artificial a la toma de decisiones judiciales. *Eunomía*, 27, 183-200. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9006>
- Cantero Gamito, M. (2024). Acceso a la justicia en tiempos de IA: ¿hacia una justicia low-cost? *CIDOB*, 138, 51-71. <https://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/view/433783>
- Castillejo Manzanares, R. (2022). Digitalización y/o inteligencia artificial. En Calaza López, S. y Sánchez Arjona, M. (Dtores.). *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*. Thomson-Reuters-Aranzadi.
- Contini, F. (s.f.). La inteligencia artificial: ¿un nuevo caballo de Troya que influye indebidamente en el poder judicial? *UNODC*. <https://www.unodc.org/dohadeclaration/es/news/2019/06/artificial-intelligence-a-new-trojan-horse-for-undue-influence-on-judiciaries.html>
- Cotino Hueso, L. (2017). *Big data* e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *Dilemata*, 24, 131-150. <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000104>
- Cotino Hueso, L. (2019). Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y *big data* confiables y su utilidad desde el Derecho. *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, 29-48. <https://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-rcdp.i58.2019.3303>

- Delgado Martín, J. (2021). Reflexiones sobre el estado actual de la transformación digital de la justicia. *Acta Judicial*, 8, 27-43. <https://revistaactajudicial.letradosdejusticia.es/index.php/rajj/article/view/58>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2.ª ed.). Ariel.
- Espinosa, P. y Clemente, M. (2023). La percepción de la toma de decisiones a través de inteligencia artificial cuando se produce daño a las personas. *Estudios Penales y Criminológicos*, 44, 1-13. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8917>
- Farfán Intriago, J. L., Farfán Largacha, J. A., Farfán Largacha, B. y Núñez Vera, J. P. (2023). Inteligencia artificial y Derecho: ¿La justicia en manos de la IA? *Frónesis*, 30(2), 173-197. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/view/40853>
- Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías* [Carbonel, M., Cabo, A. y Pisarello, G. (Trad.)]. Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.
- García Amado, J. A. (2016). ¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica? *Teoría & Derecho*, 20, 22-49. <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/455>
- García-Marzá, D. (2024). Crítica de la razón algorítmica: contra la neutralidad como ideología. En González-Esteban, E. y Siurana Aparisi, J. (Eds.). *Inteligencia artificial: concepto, alcance, retos*, 106. Tirant Humanidades.
- Habermas, J. (1984). *Ciencia y técnica como ideología* [Jiménez Redondo, M. (Trad.)]. Tecnos.
- Herbert Hart, L. A. (1961). *El concepto de derecho* [Carrió, G. R. (trad.)]. Abeledo-Perrot.
- Larson, J., Mattu, S. y Angwin, J. (s.f.). Cómo analizamos el algoritmo de reincidencia COMPAS. *ProPública*. <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>
- Martínez Bahena, G. C. (Septiembre-diciembre, 2012). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho.

- Alegatos*, 82, 827-846. <https://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/205>
- Miró Llinares, F. (2018). Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 20, 107-130. <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26446>
- Monasterio Astobiza, A. (2017). Ética algorítmica: Implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos. *Dilemata*, 24, 185-217. <https://dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000107>
- Monereo Pérez, J. L. y Monereo Atienza, C. (2016). *Sociología jurídica en Max Weber: economía, sociedad y derecho*, 344. Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). <https://www.econbiz.de/Record/sociolog%C3%ADa-jur%C3%ADdica-en-max-weber-econom%C3%ADa-sociedad-y-derecho-monereo-p%C3%A9rez-jos%C3%A9-luis/10011588392>
- Otero Parga, M. (2023). ¿Puede la inteligencia artificial sustituir a la mente humana? Implicaciones de la IA en los derechos fundamentales y en la ética. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 57, 39-61. <https://doi.org/10.30827/acfs.v57i.24710>
- Pazos Sierra, J. y García Codina, C. (2024). La inteligencia artificial general y su llegada. *I+S*, 158, 7-13. <https://seis.es/wp-content/uploads/2024/03/IS-158.pdf#page=7>
- Pineros Polo, E. (2024). El juez-robot y su encaje en la Constitución española: La inteligencia artificial utilizada en el ámbito de la toma de decisiones por los tribunales. *Estudios de Deusto*, 72(1), 53-78. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/3100>
- Roa Avella, M. P., Sanabria-Moyano, J. E., Dinas-Hurtado, K. (2022). Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8(1), 275-310. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615>
- Rouhiainen, L. (2018). *Inteligencia artificial*. Alienta Editorial.

- Sanchís Crespo, C. (2023). Inteligencia artificial y decisiones judiciales: crónica de una transformación anunciada. *Scire, Representación y Organización del Conocimiento*, 29(2), 65-84. <https://roderic.uv.es/items/bc1e94a5-b829-4815-a738-1d54943d3659>
- Truyol Serra, A. (1991). Bases filosóficas y metodológicas para un derecho de la sociedad de la información. En *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información*, 118. Centro de Informática, Telemática y Medios Afines.

COMENTARIOS SOBRE EL PROCESO DE AMPARO

COMMENTS ABOUT THE AMPARO PROCESS

■ LIC. YURISLEIBY BARRERA PRIETO

Jueza profesional, Tribunal Municipal Popular de Sancti Spíritus, Cuba

<http://orcid.org/0009-0009-7988-6951>

yurisleiby.barrera@tsp.gob.cu

Resumen

El artículo analiza el proceso de amparo de los derechos constitucionales en Cuba, con especial atención al trámite de admisión de la demanda, en el afán de identificar sus fortalezas y debilidades y evaluar su eficacia para garantizar la protección efectiva de los derechos tutelados. Se examinan los requisitos de admisibilidad y su control, en aras de determinar si el referido trámite cumple con la función de filtrar las demandas improcedentes y facilita el acceso de todos los ciudadanos a la justicia. El análisis se basa en la revisión de la normativa legal vigente en el país y en otras naciones con práctica y experiencia en la aplicación de este proceso. Se busca, así, identificar las áreas que requieren mayor atención para optimizar el amparo y asegurar un acceso más expedito y eficaz.

Palabras clave: Proceso de amparo; trámite de admisión; derechos constitucionales.

Abstract

This article analyses the process of protection of constitutional rights in Cuba, with special attention to the process of admission of the claim, with the aim of identifying its strengths and weaknesses and evaluating its effectiveness in guaranteeing the effective protection of the rights protected. The admissibility requirements and their control are examined, in order to determine whether this procedure fulfils its function of filtering

out inadmissible claims and facilitating access to justice for all citizens. The analysis is based on a review of the legal regulations in force in the country and in other countries with practice and experience in the application of this process. The aim is to identify the areas that require greater attention in order to optimise amparo and ensure more expeditious and effective access.

Keywords: Amparo process; admission procedure; constitutional rights.

Sumario

I. Introducción; II. Reseña histórica; III. Definición y naturaleza jurídica; IV. El trámite de admisión en México y España; V. El juicio de admisibilidad; 5.1. La demanda de amparo; 5.2. La especial trascendencia constitucional; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Sin margen a dudas, la Constitución de 2019 (CRC) significó un salto trascendental para Cuba. Con ella, se atemperó el orden superior a las transformaciones políticas, económicas y sociales que se constataban en la realidad nacional.

El sistema de garantías que asegura la protección real de los derechos consagrados en la suprema norma se torna complejo; las garantías normativas abarcan las jurisdiccionales y las no jurisdiccionales (Pérez Martínez, 2022, p. 25). Entre ellas, Prieto (2020) aborda el principio de supremacía constitucional, a partir de la posición de los magnos textos en la cúspide de la pirámide normativa, como expresión de poder, y resultado de la voluntad constituyente y la soberanía popular, con impacto en el plano doctrinal, el jurídico-formal y el funcionamiento de los órganos estatales y de poder (pp. 347-365).

Estas ideas sustentan la lucha perenne por el reconocimiento de la CRC como ley suprema de aplicación directa y norma de contraste, y no, como históricamente se ha asumido, de mero acompañamiento. El Artículo 7 legitima este principio y, a la vez, lo diferencia del de legalidad, reconocido en el precepto 9 del propio texto (2019, p. 72).

Ello resulta un avance significativo; al respecto, Guzmán (2024) asegura que, con la reforma de 2019, tanto constitucional como procesal, se perciben los nacientes pasos hacia el control judicial difuso (s.p.). En estas ideas se patentiza la obligatoriedad de que los tribunales procuren el fundamento de sus decisiones en la CRC, en la cual se encuentra, además, el límite ante este ejercicio de poder.

Resulta inexorable advertir acerca de la transparencia que debe guiar el actuar judicial. Desde este punto de vista, Álvarez Tabío expresa:

Digamos al juez, parafraseando una célebre fórmula filosófica: no hagas como el alquimista que hacía oro de la nada, haz como el minero, extrae la norma que ha de medir tu conducta arrancándola de lo bueno y de lo justo que se esconde en las entrañas de la ley, y así el Derecho positivo dejará de ser un cuerpo sin alma para adquirir el valor de fuerza estructurante de la vida futura. (1952, p. 53)

Esta expresión sintetiza de forma crucial la actuación del juez cubano de hoy, quien enfrenta un reto significativo a partir de la reforma normativa, lo que constituye un extraordinario desafío que abre paso a la capacidad creativa y de asimilación de los operadores del sistema de justicia, además de conducir a nuevos enfoques y modelos del desempeño, desarraigados de malas prácticas.

El Artículo 99 de la Carta Magna es la expresión del renacimiento del constitucionalismo en Cuba, con lo cual se revitaliza el sistema de garantías de los derechos, a partir de la posibilidad de exigir reparación o indemnización ante la eventual lesión o violación de estos; a pesar de ello, la citada formulación garantista ha sido objeto de múltiples críticas con relación a su extensión.

Se le censura por padecer de una redacción restrictiva, que encierra una antinomia (Prieto, 2020, pp. 347-365), y porque, aun cuando establece que el proceso para el aseguramiento de los derechos constitucionales (DC) ha de ser preferente, expedito y concentrado, remite la regulación de este a la ley ordinaria, como, también, la determinación de los derechos justiciables en ella (Prieto, 2022, pp. 82-102). Pese a lo anterior, el mandado constitucional ofrece garantías amplias e introduce un proceso en el que deben primar la celeridad y el papel activo de los jueces (Prieto, 2020, pp. 347-365).

El desarrollo del 99 constitucional llegó, con cierto retraso, el 15 de julio de 2022, con la promulgación de la Ley No. 153, «Del proceso de amparo de los derechos constitucionales» (LPADECO) (2022, pp. 2047-2054); no obstante, el legislador atenuó la demora al extender los efectos de la nueva ley, retroactivamente, hacia aquellas vulneraciones de los derechos tutelados que se hubieran producido entre las fechas de entrada en vigor del texto supremo y la disposición novel.

Así, se materializó la competencia de los tribunales cubanos para conocer de estos asuntos, mediante las salas de Amparo de los Derechos Constitucionales, creadas —tiempo antes— por la Ley No. 140, «De los tribunales de justicia» (2021, pp. 3928-3975). Esta sala especializada permitirá concretar, de mejor manera, el mandato de *preferencia* fijado en la letra superior.

El amparo es expresión del derecho de acceder a la justicia, en situaciones diversas, por medio de un proceso en el que primen la igualdad jurídica, la total sujeción a la Constitución, los tratados en materia de derechos humanos ratificados por Cuba y la ley. Exige —al igual que todos los demás asuntos sometidos a la consideración de los tribunales— total transparencia y, por ende, la argumentación de las decisiones adoptadas en el caso concreto y la posibilidad de ejecutarlas inmediatamente.

Por su parte, la LPADECO, al desarrollar dicho medio garantista, reconoce la condición residual de este, pues parte de la existencia de otros procesos mediante los que se defienden y protegen los derechos constitucionalizados, sin obviar que, cuando la trascendencia de la vulneración alegada requiera de una actuación judicial urgente, la reclamación deberá tramitarse por esta vía, dado su carácter preferente, de acuerdo con el mandato constitucional. El juicio de admisibilidad está sujeto a un especial rigor, con base en la ponderación de los criterios que la propia ley establece —significación jurídico-social de la vulneración alegada; posible irreparabilidad de la violación y del daño o perjuicio causado, si se dilata la protección; situación de vulnerabilidad de la persona agraviada, entre otras circunstancias de naturaleza similar [artículos 5 y 8 (2022, p. 2048)]. Queda claro en la norma que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y otras disposiciones normativas no podrá ser objeto de este proceso, al ser una facultad exclusiva de la ANPP —Artículo 6 (2022, pp. 2048, 2049).

En Cuba, a grandes rasgos, no existe un referente normativo para la tramitación y resolución de este proceso; por ende, tampoco hay práctica en ello. Casi dos años después de la puesta en vigor de la LPADECO, impresiona que no existen suficientes jueces especializados en la materia, como reclama un verdadero proceso garantista de los derechos fundamentales.

El artículo se propone analizar el trámite de admisión en el proceso de amparo (PA) de los DC, momento que opera como un mecanismo de filtrado esencial para garantizar la viabilidad en la protección de tales derechos. El esclarecimiento de los elementos que los jueces han de tener en cuenta pasa por inteligir los requisitos fijados por el legislador; de ahí, la necesidad y pertinencia del presente estudio.

Sirvieron a ese objetivo los métodos histórico-jurídico —para valorar, desde dicho prisma, la evolución y transformación del proceso en cuestión—; jurídico-doctrinal —que permitió sistematizar las fuentes bibliográficas, identificar los posicionamientos doctrinales, asumir posturas y formular conclusiones— y jurídico-comparado, que facilitó el análisis contrastivo de las regulaciones que rigen en otros ordenamientos.

II. RESEÑA HISTÓRICA

A partir de la segunda mitad del siglo xx, el amparo se incorporó como un elemento fundamental del constitucionalismo moderno. En el proceso de globalización, tuvo lugar una transculturación, mediante la cual la institución, nacida en México, se adaptó al ordenamiento jurídico de cada país que la acogió.

En Cuba, los antecedentes del amparo se remontan a diferentes momentos y contextos de la historia legal de la isla. La evolución se puede delimitar en tres etapas: 1. Dominio colonial; 2. República, que abarca poco más de la primera mitad del siglo xx; y 3. Revolución, que se extiende desde el 1.º de enero de 1959 hasta la actualidad.

Con anterioridad a 1901, no se identifican aportes significativos en el tema que se analiza. La primera constitución republicana dispuso que las leyes reguladoras de los derechos reconocidos en ella serían nulas si los disminuyeran, restringiesen o adulteraran. Por consiguiente, se facultó al Tribunal Supremo para decidir sobre «la constitucionalidad

de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversia entre partes» —artículos 37 y 83 (Torres-Cuevas y Suárez Suárez, 2018, pp. 347, 359). En criterio de Merino, el recurso habilitado se caracterizó por su rasgo especial o extraordinario (1938, p. 15).

Como afirma Fernández Toledo (2023), apoyada en Betancourt (1915, pp. 15-17):

El precepto constitucional fue desarrollado en la Ley de 31 de marzo de 1903, que, a tono con el texto fundamental, encomendó, exclusivamente, al Tribunal Supremo la resolución de toda controversia entre partes sobre la constitucionalidad de una ley, decreto o reglamento. Si la inconstitucionalidad se planteaba durante el curso de un proceso civil, criminal o contencioso-administrativo, el juez o tribunal encargado de sustanciarlo se abstenía de pronunciarse sobre tal particular y lo consignaba así en la sentencia; las partes podían, entonces, plantear el recurso de apelación o casación procedente, de acuerdo con la disposición procesal vigente, ante el máximo órgano de justicia. Esta previsión era válida, igualmente, en los casos en que no procediera recurso alguno, según la norma instrumental.

Esa ley, también, permitía el planteamiento de la inconstitucionalidad fuera de las contiendas judiciales. En tal sentido, establecía que todo aquel a quien le fuera aplicada una ley, decreto o reglamento que estimase inconstitucional podía, dentro de los cinco días posteriores a la notificación, manifestar por escrito, a la autoridad o funcionario de quien procediera la decisión, su intención de acudir ante el Tribunal Supremo a plantear tal cuestión. Siempre que se tratara de un acuerdo del Consejo Provincial o el Ayuntamiento, el interesado debía solicitar la suspensión de la decisión en la vía administrativa, y transitar por varias instancias que llegaban hasta el presidente de la República; solo luego podía plantear el recurso de inconstitucionalidad. (p. 12)

La Ley del recurso de inconstitucionalidad (1903) fue la primera de su tipo en el país y significó la creación de la jurisdicción constitucional en Cuba. Para justificar la procedencia de este medio, «debía evidenciarse la lesión de un derecho o el interés legítimo, individual o corporativo» (Mondelo, 2024, p. 99).

De acuerdo con la Ley orgánica del Poder Judicial de 1909, el Tribunal Supremo en Pleno, constituido en Sala de Justicia, conocía de los recursos sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, órdenes y disposiciones, y de los recursos de apelación o casación en los asuntos civiles, contencioso-administrativos o criminales, fundados en la inconstitucionalidad de alguna de aquellas disposiciones, pero el fallo se limitaba a declarar la inconstitucionalidad, o no [...]. (Fernández Toledo, 2023, p. 12)

Del recurso de inconstitucionalidad de 1901, ampliado en 1934 y 1935 (García, 2001, p. 88), se llega a otro de los hitos más significativos en la historia del amparo en Cuba: la Constitución de 1940, que marcó un punto crucial en la historia legislativa del país (Hernández, 2019, p. 205). La carta fundamental dispuso la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, con competencia para la resolución de asuntos de ambas clases. La posibilidad de establecer el recurso de *habeas corpus* por la vía de apelación, así como la diversidad de cuestiones políticas y sociales, asignadas a dicho órgano, ilustran que este traspasaba la naturaleza constitucional, estrictamente; de ahí el calificativo de *garantías*, en plural, con que fue identificado.

La influencia norteamericana en este modelo y el contexto histórico-cultural condujeron a que se percibiera un distanciamiento del referente español; Segado —citado por Fernández Fernández (2011)— afirma que él «puede ser considerado, como la primera experiencia iberoamericana, que muy tempranamente reflejara, parcial, impropia o desnaturalizadamente, el modelo europeo de los Tribunales Constitucionales» (p. 173), idea que dilucida Hernández Rodríguez (2019) al explicar que «la esencia se encontraba en la creencia del valor de la judicatura» (p. 205), con lo que la autora está conteste.

El mencionado tribunal se configuró, en realidad, como una Sala más del máximo órgano judicial. Las previsiones constitucionales encontraron desarrollo normativo en la Ley orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, la No. 7, de 31 de mayo 1949, formalmente vigente hasta 1974. Para el juzgamiento de asuntos constitucionales, la Sala se integraba por 15 magistrados y la encabezaba el presidente del Tribunal Supremo, mientras, en los sociales, la componían nueve, cifra esta coincidente con su membresía (Fernández Toledo, 2023,

pp. 53, 87). La amplísima competencia del foro quedó dibujada en el Artículo 13 de la disposición, modificativo del 127 de la Ley orgánica del Poder Judicial, de 1909 (García, 2001, pp. 43-44).

El Golpe de Estado del 10 de marzo de 1952 y la posterior instauración de los Estatutos Constitucionales conllevaron al declive de la función judicial en lo constitucional (Fernández Fernández, 2011, p. 173). La Ley fundamental (febrero, 1959) restauró, en gran medida, la Constitución de 1940 y mantuvo el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, aunque, a la par del avance de las conquistas sociales, este fue cada vez menos utilizado. Con la Ley No. 1250 de 1973, «Ley de organización del Sistema Judicial», desapareció la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales.

El texto de 1976 —según afirma Prieto (2022, s.p.)— tuvo la peculiaridad de centrarse en las garantías de tipo material, muy pocas jurídico-normativas, y no previó un proceso especial para la defensa de los derechos consagrados en él. La propia docente enfatiza en que la Constitución fue un medio de expresión del proceso revolucionario, a partir de los logros alcanzados en varios sectores y expresión garante para el desarrollo de la soberanía (2016, pp. 170-188.)

III. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, en términos generales, el amparo es la protección, ayuda, apoyo, cobijo, abrigo o salvaguardia que se da a alguien o algo (2024, s.p.). Cabanellas (2006) lo define como:

La institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Político o Constitucional y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas [*sic*] por una autoridad cualquiera sea su índole que actúa fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los derechos que ella protege. (s.p.)

Llanes (2023) lo describe como «el proceso que permite impugnar las violaciones de los derechos fundamentales y [las] libertades públicas» (s.p.). Por su parte, Pérez y Carrasco (2018) estiman que

el recurso de Amparo es el instrumento procesal a través del cual se puede obtener la tutela de los derechos fundamentales y [las] libertades públicas en el caso de que los mismos [sic] hayan sido vulnerados por los poderes públicos o por particulares. (p. 458)

En similar acorde, Aragón lo considera como el «procedimiento procesal cuya finalidad es proteger los derechos y [las] libertades fundamentales de las personas frente a las violaciones cometidas por los poderes públicos» (2022, s.p.).

La autora coincide con la propuesta de Pérez y Carrasco, mencionada *supra*. El amparo es un recurso extraordinario y último, que debe utilizarse cuando no existan otros remedios procesales ordinarios o eficaces. La definición de la acción de amparo, más allá de su enfoque técnico o académico, debe caracterizarse por una perspectiva humanista. Ello se justifica por su naturaleza como garante de derechos supremos, derechos humanos, y por su aspiración a la protección de estos.

La naturaleza jurídica del PA es controvertida. Algunos autores lo consideran un proceso constitucional, y otros, administrativo. Sin embargo, la mayoría de la doctrina coincide en que es «un proceso *sui generis*, es decir, [...] que tiene características propias y no puede ser encuadrado en ninguna de las categorías tradicionales» (Ferrer, 2010, p. 26).

Esta institución es, en la práctica, una acción independiente. A diferencia de la acción de amparo, los recursos judiciales, por lo general, se encuentran vinculados a una decisión previa, emanada de un proceso judicial o administrativo. La independencia de la acción de amparo frente a otros procesos se debe, en el criterio de Serrano Robles (1999), a que el juicio de amparo es «un procedimiento autónomo con características específicas propias de su objeto, que es el de lograr la actuación de las prevenciones constitucionales a través de una contienda equilibrada entre el gobernado y el gobernante» (p. 3).

Para determinar la naturaleza jurídica del recurso de amparo,

la cuestión no estriba, pues, en decidirse por la alternativa proceso o recurso, sino en diferenciar si el proceso que transcurre ante el Tribunal Constitucional posee, o no, una naturaleza dis-

tinta a la de cualquier proceso jurisdiccional, y, en este sentido, la contestación a la enunciada pregunta nos la dará, de un lado, el estudio de su objeto litigioso, es decir, de la pretensión y, de otro, el examen del órgano jurisdiccional de quien deba aquélla recibir satisfacción. (Gimeno Sendra, 1982, p. 44.)

A grandes rasgos, se puede definir el PA como un tipo especial de proceso judicial cuyo objetivo principal es restablecer o restituir los derechos fundamentales de las personas, vulnerados o amenazados por acciones u omisiones de autoridades públicas o particulares.

A diferencia de otros procesos judiciales, el amparo tiene un carácter inmediato, lo que significa que el juez puede restablecer la situación jurídica infringida de forma rápida y eficaz. Esto es importante, cuando otras vías legales no ofrecen tal posibilidad; ello sin desconocer que la técnica procesal moderna tiende a incorporar mecanismos de esa naturaleza en las vías ordinarias, tales como la tutela inhibitoria, las medidas cautelares innominadas, la protección autosatisfactiva, entre otras. El objetivo del amparo es brindar una protección efectiva y extraordinaria a los derechos fundamentales. Por tanto, la naturaleza jurídica del amparo se define por su carácter especial y su capacidad para restablecer los derechos fundamentales de manera inmediata y efectiva.

IV. EL TRÁMITE DE ADMISIÓN EN MÉXICO Y ESPAÑA

Resulta atinado abordar el tema a partir de su instrumentación en México, por ser el precursor de la institución; y en España, en tanto fuerte exponente en el sistema europeo, con una influencia significativa en el Derecho cubano, por razones históricas.

La jurisdicción constitucional de amparo tiene un carácter limitado por su objeto y alcance, lo que conduce a un trámite previo de admisión cuya finalidad es comprobar si, en efecto, se requiere de ella.

La admisión es la expresión primera del carácter funcional y materialmente limitado del PA constitucional, y el meollo de este proceso. En primer lugar, no cabe invocar posibles lesiones o perturbaciones de derechos fundamentales de todos los actos u omisiones; en segundo, técnicamente, el PA no es el único garante del disfrute de los derechos fundamentales, sino una jurisdicción subsidiaria de la ordinaria, tam-

bién comprometida con aquellos; y, por último, a pesar de considerarse que la defensa y protección de estos derechos corresponden a la jurisdicción ordinaria, su trascendencia puede requerir una actuación ágil y preferente, a partir de los análisis de ponderación que sea capaz de realizar el juez.

El amparo, consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde 1857, representa un mecanismo fundamental de control constitucional en el sistema jurídico de ese país. Con una tradición jurisprudencial robusta, el también conocido como *juicio de amparo* se configura como un medio de defensa de los derechos individuales, frente a actos de autoridad que se consideren violatorios de la carta fundamental. La «Ley de amparo» (2024) desarrolla los artículos 103 y 107 constitucionales y establece el procedimiento para la interposición de este recurso.

A diferencia de la acción de inconstitucionalidad y la controversia judicial, el amparo puede ser promovido por cualquier persona física o moral que considere que sus derechos han sido vulnerados por un acto de autoridad, con lo cual permite una amplia protección de los derechos fundamentales (Fernández Fernández, 2011, p. 173). Es el medio legal para impugnar los actos de autoridad que vulneren las garantías otorgadas por la Constitución a todos los individuos.

Para su procedencia, se debe agotar la vía ordinaria y se caracteriza por constituir un juicio impugnativo autónomo, lo que se traduce en que no es otra instancia, sino un proceso completamente nuevo, o sea, un juicio de orden constitucional, aunque este requisito presenta excepciones que serán tratadas más adelante. Las resoluciones emitidas tendrán efectos restitutorios, al buscar como finalidad el restablecimiento en el goce de la garantía individual violada.

En México, el amparo contra leyes puede presentarse de dos maneras: directa e indirecta. La primera de ellas se utiliza contra sentencias definitivas de tribunales, mientras que la segunda combate leyes. El juicio de amparo directo se interpreta como la petición a un tribunal superior para que revise si la sentencia de uno inferior se ajustó a la ley o la Constitución. Esto sucede después de que se hayan agotado todas las formas de apelar la sentencia. Es posible presentar un amparo directo ante un tribunal colegiado de circuito para que examine la legalidad de la sentencia que puso fin al juicio principal.

Como recurso extraordinario, el juicio de amparo mexicano se activa cuando los mecanismos ordinarios de justicia se han agotado, pero, también, si —dada la naturaleza de los actos reclamados— se justifica su interposición sin agotar aquellas vías, es decir, cuando se presentan supuestos de excepción (Fernández Fernández, 2011, p. 173).

Existen varios ejemplos de la excepcionalidad a las reglas generales para el juicio de amparo. En primer orden, se hace alusión a los actos reclamados, cuando importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro; o se trate de actos prohibidos por el Artículo 22 constitucional, en el que se proscriben las penas de muerte, mutilación, infamia, marcas, azotes, palos o tormentos de cualquier especie, entre otras (2025, p. 29).

El amparo, en determinadas circunstancias, puede promoverse sin necesidad de agotar las vías ordinarias, incluso cuando estas son obligatorias. Esto se aplica, por ejemplo, si se impugna un auto de formal prisión, se alega una falta de emplazamiento legal o el afectado es un tercero ajeno al proceso, que no fue emplazado debidamente; también, en el caso de que el acto reclamado carezca de fundamentación jurídica o la ejecución del acto no se suspenda, a pesar de que la «Ley de amparo» (2024) lo exija.

El amparo mexicano presenta una dualidad: funciona como un juicio, cuando se impugna un acto de autoridad que incumpla con la ley; y cual recurso, si se reclama la violación del Artículo 14 constitucional, que exige la correcta aplicación de la ley (2025, p. 19). En ambos casos, su naturaleza excepcional se mantiene. Además, se considera un recurso extraordinario de legalidad, pues permite combatir actos inconstitucionales directa o indirectamente, siempre que un acto legal, aplicado de manera errónea, viole la carta política (Hurtado, 2004, s.p.).

El modelo mexicano presenta notables características que se resumen en que solo puede solicitarlo quien se vea afectado, quien crea que sus derechos han sido violados por un acto de autoridad; debe seguirse un proceso específico, que cumpla con las reglas establecidas en la invocada «Ley de amparo» —que no haya otro recurso o se den las excepciones delimitadas—; tiene efectos concretos y la sentencia solo afecta a la persona que solicitó el amparo y el acto de autoridad específico impugnado.

En el caso de España, el recurso de amparo se prevé en los artículos 161 y 53.2 de la Constitución y se desarrolla en la Ley orgánica No. 2, del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, órgano al que se atribuye la competencia para conocer de tales asuntos, por disposición expresa del Artículo 48 de la citada ley (2024, s.p.).

El recurso de amparo constitucional tiene como finalidad proteger a todos los ciudadanos, frente a las violaciones de los derechos y las libertades reconocidos en los artículos del 14 al 29 de la ley fundamental hispana, así como la objeción de conciencia que prevé el 30.2, con origen en disposiciones, actos jurídicos o vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes —Artículo 41 (2024, s.p.).

A pesar de los derechos reconocidos como objeto de protección, el recurso de amparo se extiende a otros no comprendidos en los preceptos mencionados, dada su íntima vinculación con aquellos, como sucede con el derecho a crear partidos políticos que señala el Artículo 6 de la Constitución española, que no puede desligarse del derecho de asociación resguardado en el 22 (2024, s.p.). «En sentido contrario, no todas las previsiones contenidas en los artículos 14 a 29 [sic] pueden fundar el recurso de amparo, pues resulta necesario que el correspondiente precepto constitucional se refiera efectivamente a un derecho fundamental» (Hurtado, 2004, s.p.).

Es importante resaltar la naturaleza subsidiaria de este recurso en el país objeto de análisis y ello se sustenta en que no se concibe como un medio de control abstracto de constitucionalidad de normas o resoluciones judiciales, sino cual un recurso extraordinario que tiene por objeto la reparación de las lesiones concretas y actuales de las libertades y los derechos mencionados.

El recurso de amparo solo podrá plantearse una vez que se haya agotado la vía judicial procedente, lo que responde al carácter subsidiario de ese medio de defensa; no tendrá viabilidad la interposición de aquel, si antes no se establecieron, en tiempo y forma, los medios de defensa pertinentes para intentar la reparación de las vulneraciones a los derechos fundamentales denunciadas —principio de definitividad, Artículo 43.1, parte final (2024, s.p.).

Por ende, si la vía agotada no es la idónea o el recurso no se interpuso en tiempo y forma, se entenderá incumplido el principio de definitividad. El requisito del agotamiento de la vía judicial no obliga a utilizar, en cada caso, todos los medios de impugnación existentes en el ordenamiento, sino solo aquellos que, razonablemente, convengan, según sostuvo el Tribunal Constitucional en la Sentencia No. 81, de 10 de octubre de 1983.

Sin embargo, esta regla admite, como excepción, el caso de que no exista cauce procesal alguno que brinde la posibilidad de reparar las vulneraciones a los derechos y las libertades fundamentales que se pretende proteger, pues la obligación de agotar los recursos ordinarios requiere de la existencia de vías que, de manera eficiente, garanticen el cumplimiento de los derechos constitucionalmente protegidos.

La figura del amparo en España tiene características *sui generis* que la distinguen, toda vez que la Constitución configura una doble protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y un procedimiento especial ante los tribunales ordinarios, basado en los principios de preferencia y sumariedad, por lo que se reconoce como *recurso de amparo ordinario o judicial*, para distinguirlo del anterior, denominado *recurso de amparo constitucional*.

En el caso de este país, no se pueden obviar las razones que han conducido a la objetivación del recurso de amparo, las que están dadas por el número de asuntos sobre los que ha de pronunciarse el tribunal; de ahí la necesidad de precisar cuáles deben ser estos. A partir de lo anterior, se han establecido presupuestos para el trámite de admisión: primeramente, deberán cumplirse los presupuestos procesales del recurso de carácter formal, entre los que destacan el plazo de interposición, el agotamiento de la vía judicial previa y la oportuna invocación del derecho vulnerado —artículos 43 y 44, Ley orgánica del Tribunal Constitucional (2024, s.p.)—; el no agotamiento del curso judicial previo determina la condición prematura del proceso, pero los recursos improcedentes condicionan que el amparo sea extemporáneo por el transcurso del plazo para recurrir. En segundo lugar, es preciso que la vulneración constitucional que se denuncia en el recurso sea verosímil —Artículo 51.1 b) (2024, s.p.). De lo anterior se colige que la *especial*

trascendencia constitucional del recurso es la nota fundamental para su admisión.

En cuanto a la naturaleza del amparo español, este se distingue por su carácter subsidiario, como recurso extraordinario al que solo se puede acceder cuando se han agotado las vías ordinarias procedentes; su naturaleza no es revisora ni constituye una tercera instancia para defender la mera legalidad ordinaria, sino solo en cuanto incida en el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales.

Al efectuar este análisis, se observan coincidencias y divergencias en el amparo de ambos países, especialmente, en cuanto a naturaleza, objeto, legitimación activa y pasiva, lugar de presentación, efectos e impugnabilidad.

V. EL JUICIO DE ADMISIBILIDAD

El juicio de admisibilidad del PA es un filtro esencial, a fin de determinar si la demanda cumple con los requisitos legales para ser admitida. Es un trámite que posibilita garantizar la eficiencia del sistema judicial, al evitar el ingreso de demandas sin fundamento, la dilación de los procesos, la evasión de la justicia ordinaria y la sobrecarga en los fueros de justicia.

El PA-DC en Cuba, a más de dos años de vigencia, ha presentado serias dificultades en su implementación y ello se debe a causas que serán analizadas con detenimiento. Razonable resulta comenzar el análisis a partir de los requisitos que la norma impone para la admisión y los elementos que no pueden ser perdidos de vista por el juez de amparo. Para ello, se establecerá la distinción entre la demanda de este proceso y las restantes previstas en el ordenamiento nacional, y se llenarán de contenido los conceptos que el legislador ha colocado como requisitos de este momento crucial.

El juicio de admisibilidad en el PA constitucional constituye un mecanismo fundamental para la gestión de la complejidad que deriva de la propia naturaleza de aquel. La exigencia de acreditar la trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada, aunque dificultosa, busca asegurar que el PA se enfoque en la protección efectiva de los DC, para evitar la judicialización excesiva y la saturación del sistema judicial.

5.1. LA DEMANDA DE AMPARO

La demanda de amparo constitucional presenta una singularidad que la distingue de las demás que pueden interponerse ante los tribunales. Se requiere una abstracción multidimensional, que considere tanto los diferentes puntos de vista como los momentos en que se produce la supuesta vulneración de derechos. Esta exigencia deriva de la naturaleza misma del PA, que busca proteger los derechos reconocidos en la CRC, pero no opera como una demanda sencilla. Su complejidad se relaciona, directamente, con la irradiación de la ley fundamental sobre todos los órdenes jurisdiccionales, lo que genera una potencial colisión entre los objetos de los procesos que tienen lugar en estos y los del PA y, por ende, entre las demandas de unos y otro.

El PA incorpora el juicio de admisibilidad, como filtro que busca asegurar la pertinencia y trascendencia de la demanda, y así evitar la congestión y el colapso del sistema judicial. Este juicio, a su vez, presenta una singularidad: exige acreditar la *trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada*, un concepto que se diferencia de la *especial trascendencia constitucional* que caracteriza al amparo en otras latitudes, y puede considerarse el núcleo de aquel.

La valoración afronta una mayor dificultad, dado que no existen criterios previos establecidos que sirvan como guía para el tribunal, a lo cual se suman la novedad de la disposición normativa y la insuficiencia de jueces especializados en la materia. El juicio de admisibilidad en el amparo no puede basarse en una simple evaluación de las carencias argumentativas de la demanda.

Las ideas que anteceden, con las que la autora se muestra de acuerdo, son defendidas por Pérez Bernal (2024), quien refiere:

Por la complejidad del juicio de admisibilidad de la demanda de amparo, es obvio que esta debe contener una fundamentación suficiente para advertir de manera liminar los requisitos apuntados y, por supuesto, sus probabilidades de éxito, con más razón si se trata de asuntos que tienen vías de defensa propia en otros órdenes jurisdiccionales. En condiciones de ausencia de argumentos que funden la necesidad de aceptar la promoción del asunto por el cauce del amparo constitucional

no habrá elementos que juzgar por el tribunal en el análisis de admisibilidad. (s.p.)

Existen otros criterios, más radicales, que tratan el tema acentuando la existencia de falencias en la interpretación de los presupuestos exigidos por el legislador para el cauce feliz del amparo, al tiempo que señalan la existencia de una política restrictiva que ha condicionado la realidad que se percibe. Guzmán (2024, s.p.), por ejemplo, describe que, durante todo el período transcurrido desde la entrada en vigor de la ley reguladora del PA, solo ha sido admitida una demanda, lo que ilustra el rigor impregnado a la admisibilidad y la política limitativa que se ha seguido.

Mondelo (2024, p. 99) considera las exigencias en el trámite de admisión como un obstáculo para el acceso a la justicia constitucional, el cual atribuye a la interpretación asumida por el juzgador. Sería errado asumir este criterio, toda vez que no ha habido una intención deliberada de no admitir —como correspondería si se tratara de una política—, sino que se ha aplicado lo dispuesto en la LPADECO, en cuanto a qué se puede conocer en este proceso y qué no, para solucionar los asuntos que sí lo ameriten y darles garantía judicial por esta vía, sin sobredimensionar el daño real, ante el cual puede encontrarse resguardo o protección desde otro orden jurisdiccional. El camino del amparo se irá moldeando poco a poco, sin obviar que esta será siempre una vía excepcional y especial, a partir de su naturaleza jurídica.

En cuanto a las peculiaridades de la demanda, Pérez Bernal acenúa que, entre sus elementos esenciales, están la cuantificación del daño y la argumentación (2024, s.p.). Con total acierto sobre el tema, Mondelo enfatiza que el legislador ha intentado que el PA se vea como una vía más ante otros caminos efectivos (2024, p. 99).

Esta idea se relaciona con la vinculación estrecha de la justicia constitucional con los procesos de la llamada jurisdicción ordinaria; esto implica que los mecanismos de control constitucional son ejecutados dentro del mismo marco judicial que incluye la resolución de asuntos en cualquier materia. Esta interacción responde a un modelo en el que los principios y las normas constitucionales son aplicados y garantizados por todos los tribunales, que aseguran, así, la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico.

En el contexto cubano, la distinción entre la vía de defensa ordinaria y la constitucional no es aplicable. La ausencia de un tribunal constitucional, dedicado, específicamente, a la revisión de la constitucionalidad de las leyes, junto con la falta de una dualidad de jurisdicciones, permite concluir que la vía de defensa es, en su totalidad, ordinaria.

Todos estos criterios, desde la lógica de quienes los defienden, en general, ilustran la necesidad perenne de llenar de contenido los conceptos difusos que afectan el correcto cauce del amparo; por ello, los operadores del Derecho —jueces, abogados y otros profesionales del ámbito jurídico— enfrentan desafíos significativos en la interpretación de estos conceptos. La necesidad de abordar cuestiones que no solo son técnicas, sino también éticas y sociales, implica un compromiso con una perspectiva multidimensional que contemple las diversas implicaciones de sus decisiones.

En síntesis, la complejidad de las ideas en cuestión demanda un análisis profundo de la trascendencia jurídico-social, así como una reflexión crítica sobre los retos que se enfrentan en su interpretación. Esta labor es fundamental para asegurar que el Derecho sea, más que un conjunto de normas, un instrumento efectivo para la justicia y el bienestar social.

5.2. LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

Como se ha referido en epígrafes anteriores, el Artículo 5 de la LPADECO establece las circunstancias para determinar la trascendencia jurídico-social; estas se sintetizan en: la significación jurídico-social de la vulneración, la posible irreparabilidad del daño o perjuicio causado, la situación de vulnerabilidad de la persona agraviada y otras de similar naturaleza (2022, p. 2048).

Todas estas situaciones se encuentran concatenadas, a pesar de poseer su propia autonomía; sin embargo, entre ellas, se reconoce la significación jurídico-social de la vulneración alegada como el concepto que vislumbra mayor incertidumbre. Esta afirmación se sustenta en que el resto ha tenido un uso más frecuente en el quehacer judicial y, por demás, se domina su alcance.

Con independencia de lo explicado, tal concepto no resulta del todo desconocido para los juristas, pues ha sido empleado en algunas ramas del Derecho, aunque con matices diferentes. En el Derecho penal, se manifiesta en la protección de bienes jurídicos que tienen relevancia para la sociedad, como la vida, la integridad física, la libertad sexual, entre otros; en el civil, encuentra reflejo en la regulación de las relaciones entre particulares, mientras que, en el familiar, aflora en la tutela de las instituciones, los valores y principios que rigen las relaciones en la familia. La trascendencia jurídico-social en el ámbito constitucional se centra, en cambio, en la protección y garantía de los derechos fundamentales, con lo cual asegura la dignidad humana y la justicia social, como pilares esenciales del modelo de Estado proclamado en el Artículo 1 de la CRC (2019, p. 71).

Lo complejo de estas determinaciones lleva a inferir la necesidad de centrar la mirada en los argumentos axiológicos, que permiten interpretar

las normas jurídicas en función de los valores que contienen o se persiguen con ellas. Se estima que el ordenamiento contiene y está orientado por valores, por lo que el método interpretativo nos dice que debemos adscribir los significados de la norma a través de sus valores o fines. (Cárdenas, 2014, s.p.)

Pérez Bernal (2024), en pos de aportar herramientas a esta dimensión, considera que,

para determinar y manejar el concepto es importante conocer las soluciones teóricas que han encontrado brújulas con referentes objetivos que permiten fijar algunas pautas de seguridad jurídica, que no se hagan depender de las oscilaciones de las subjetividades[,] y [...] arribar a una comprensión científica de la objetividad de los valores. (s.p.)

En sentido general y sin adentrarse en lo profundo de este campo, en el ámbito de las ciencias sociales y humanas, la subjetividad desempeña un papel fundamental en la interpretación de conceptos complejos. Estos constructos teóricos, por su naturaleza multidimensional y su estrecha relación con la experiencia humana, requieren de un abordaje que integre tanto elementos objetivos como subjetivos.

La subjetividad, entendida como el conjunto de vivencias, emociones, creencias e intenciones del ser humano, se erige en elemento constitutivo del proceso interpretativo. Sin embargo, ella no debe concebirse cual un sesgo a eliminar; más bien es una dimensión inherente a la comprensión de fenómenos sociales y culturales. En este sentido, la interpretación de conceptos en el marco de las ciencias sociales implica un ejercicio hermenéutico que articule la subjetividad del investigador con los principios y valores subyacentes en los marcos teóricos y normativos de referencia.

En el caso particular de la interpretación de textos jurídicos o constitucionales, la subjetividad del intérprete debe estar guiada por los principios y valores fundamentales que emanan de estos cuerpos normativos. La objetividad en el análisis de los conceptos no radica en la eliminación de la subjetividad, sino en el reconocimiento de su carácter constitutivo y en la explicación de los marcos interpretativos que orientan la construcción de sentido. La intersubjetividad, entendida como el diálogo entre diversas perspectivas subjetivas, se erige como un mecanismo para alcanzar niveles de objetividad en la comprensión de fenómenos sociales complejos (Seijo, 2009, p. 154).

Cabe aplicar la norma

del modo que más favorezca a la persona y al respeto a la dignidad humana, en correspondencia con los valores y principios consagrados en la Constitución, en especial los de progresividad e igualdad y no discriminación, en función de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos. (Pérez Gutiérrez, 2024, s.p.)

En el entramado del concepto examinado, se puede atender a los fundamentos deducidos por el Tribunal Constitucional de España, tras años de desarrollo de jurisprudencia en esta materia, que han permitido la sistematización de diversas esencias constitucionales de gran relevancia, organizadas a partir de grupos de casos resueltos.

La trascendencia jurídico-social estará condicionada por un proceso de aclaración judicial progresiva, que se desarrollará, caso a caso, en los tribunales. La función del TSP en este contexto es relevante. En Cuba no se reconoce la jurisprudencia, formalmente, dado que el Artículo 4.1 del Código de procesos (2021, p. 3978) no menciona dicha figura, pese a ser el único precepto que, tras la reforma constitucional, precisa el sistema de fuentes formales; no obstante, allana el cami-

no, al considerar la incidencia de las decisiones judiciales reiteradas, emitidas por las salas de justicia de la máxima autoridad judicial del país. «Este enfoque resalta la interrelación entre la práctica judicial y la configuración del derecho, mostrando [sic] la influencia de las decisiones judiciales en la evolución de principios jurídicos dentro del marco legal cubano (Guzmán, 2024, s.p.).

La fórmula empleada por el legislador cubano, a pesar de que pueda tener puntos en común con la española de la *especial trascendencia*, se diferencia ampliamente de esta. El tema no se encuentra del todo resuelto en España, no obstante que el Tribunal Constitucional de ese país se pronunció al respecto, en la Sentencia No. 128, de 21 de julio de 2014:

[...] por situarse en planos diferentes el razonamiento sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental y la argumentación relativa a la trascendencia constitucional del recurso de amparo tendente a su restablecimiento y preservación, uno y otra son necesarios, de modo que la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo. (s.p.)

La lección hispana «es un caudal del que se puede beber por la experiencia innegable en la materia y las luces que puede ofrecer a su aplicación en Cuba, hasta tanto, se construyan con la práctica sistemática y el fortalecimiento de la jurisprudencia» (Bruzón, 2019, p. 146) los contenidos que conforman la *trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada*.

VI. CONCLUSIONES

El PA es un salto de avance para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales, a pesar de que se requiere pulir la interpretación de las disposiciones procesales para su correcto funcionamiento.

El amparo se erige como el proceso constitucional autónomo de mayor alcance en la protección jurisdiccional de los derechos y las libertades fundamentales, con rasgos comunes en la doctrina, legislación y jurisprudencia, pero, también, con características internas propias de la regulación en cada país.

Se constatan falencias que conspiran contra la eficacia de este proceso en Cuba, las que están dadas por la novedad de la norma que lo regula, la carencia de antecedentes en su instrumentación, la insuficiencia de los fundamentos en las demandas y la falta de especialización de los jueces en la materia.

En pos de la optimización del acceso a la justicia, se ha concebido el PA para aquellos DC que lo requieran, por la trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada, mientras que el resto de los derechos se canaliza por medio de otros mecanismos más específicos.

La demanda de amparo exige una precisión y claridad excepcionales en la exposición de los hechos y los derechos vulnerados, y se diferencia de otras demandas en la necesidad de argumentar sus presupuestos con exactitud.

El trámite de admisión del amparo se caracteriza por su complejidad y rigor, para comprobar la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad.

No puede afirmarse que se trate de un proceso residual, sino que su regulación y acceso están definidos y concebidos por la ley con tal carácter, como parte del sistema de protección de los derechos.

La calidad de la demanda de amparo es un factor determinante para la correcta aplicación de la ley.

Se requiere que el máximo órgano de justicia establezca criterios o pautas de admisibilidad más claros que permitan definir, con mayor precisión, los requisitos sustanciales de la trascendencia constitucional para la admisión del PA-DC.

VII. REFERENCIAS

- Álvarez Molina, M. (2007). *La tutela de los derechos fundamentales en Costa Rica por medio del recurso de amparo*. Investigaciones Jurídicas.
- Álvarez Tabío, F. (1952). Tesis. En Montero, J. (Ed.). *Legalidad y justicia*. Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros.
- Aragón Reyes, M. (Ed). (2022). *Tratado de Derecho procesal constitucional*. Thomson-Reuters-Aranzadi.

- Bruzón Viltres, C. J. (2019). La jurisprudencia como fuente formal del Derecho en Cuba. *Dikaion*, 28(1), 146-172. <https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.1.6>
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. Heliasta. <https://unidaddegenerosgg.edomex.gob.mx/sites/unidaddegenerosgg.edomex.gob.mx/files/files/Biblioteca%202022/G%C3%A9nero%2C%20Sociedad%20y%20Justicia/GSJ-11%20Diccionario%20juri%CC%81dico%20elemental.%20Guillermo%20Cabanellas%20de%20Torres.pdf>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Constitución de España. (Febrero 17, 2024). *BOE*, (311), s.p. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2025). Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Diccionario de la lengua española*. (2024). Real Academia Española. <https://dle.rae.es>
- Fernández Fernández, V. y Samaniego Behar, N. (2011). El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México. *IUS*, 5(27), 173-200. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100009&lng=es&tlng=es
- Fernández Toledo, A. (2023). Fe en la justicia (estudio monográfico presentado en el Concurso Aniversario 50 del Sistema de Tribunales). Inédito.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). El Derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma. En *El juicio de amparo y Derecho procesal constitucional*, 121-147. Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia.
- Fix-Zamudio, H. (2001). Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica. En Valadés, D. y Gutiérrez R. (Eds.), *Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho constitucional*, 1-26. UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9068>

García Belaunde, D. (2001). *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Gimeno Sendra, V. (Septiembre-diciembre, 1982). Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (6), 43-60. <file:///C:/Users/TSP/Downloads/Dialnet-NaturalezaJuridicaYObjetoProcesalDelRecursoDeAmpar-249959.pdf>

Guzmán Hernández, T. Y. (2024). El amparo de los derechos constitucionales en Cuba desde el análisis de la "trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada" de la Ley 153/2022. *Revista General de Derecho Público Comparado*, (35), s.p. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9652028>

Hurtado Ferrer, M. E. (Julio-septiembre, 2004). El recurso de amparo español. *Revista Internacional del Foro Iberoamericano*, 7, 1-40. <https://www.scjn.gob-mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/136martha-elba-hurtado-ferrer.pdf>

Ley de amparo (reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución Política de los Estados Unidos mexicanos). (2024). *Diario Oficial del Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>

Ley de 31 de marzo de 1903. En Betancourt, Á. C. (1915). Recurso de inconstitucionalidad. Rambla, Bouza y Cía.

Ley No. 140, «De los tribunales de justicia». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (137), 3928-3975.

Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (138), 3976-4069.

Ley No. 153, «Del proceso de amparo de los derechos constitucionales». (Julio 15, 2022). GOR-O, (74), 2047-2054.

Ley orgánica No. 2, del Tribunal Constitucional (texto consolidado). (2024). BOE, (239), s.p. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>

- Llanes Rubio, F. (2023). *Comentarios a la Constitución española*. Marcial Pons.
- Merino Brito, E. G. (1938). *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*. Cultural.
- Mondelo Tamayo, J. O. y Lora Romero, D. (2024). El proceso de amparo de los derechos en Cuba. Análisis crítico de sus bases constitucionales y legislativas. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 28(1), 99-128. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.28.04>
- Pérez Bernal, M. A. (Mayo 14, 2024). Significación jurídico-social y trascendencia constitucional en el amparo cubano. Inédito.
- Pérez Gutiérrez, I. (2024). La demanda de amparo: peculiaridades procedimentales y de fondo. Inédito.
- Pérez Martínez, Y. (2022). La tutela judicial de los derechos consagrados en la Constitución de la República de Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 95-133. <https://revista.unjc.cu>
- Pérez Royo y Carrasco Durán, J. M. (2018). *Curso de Derecho constitucional*. Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491235613.pdf>
- Prieto Valdés, M. (2016). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución de 1976. En Matilla Correa, A. (Ed.). *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, 170-188. UNIJURIS.
- Prieto Valdés, M. (2020). El amparo en el nuevo panorama constitucional cubano. En Lledó Yagüe, F., Benítez Ortúzar, I. y Mendoza Díaz, J. (Eds.), *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, 347-365. Dykinson. <https://cuba.vlex.com/vid/amparo-nuevo-panorama-constitucional-842812362>
- Prieto Valdés, A. L. (2022). *La defensa de los derechos constitucionales: presupuestos jurídicos para el perfeccionamiento del proceso de amparo en Cuba* [tesis en opción al grado científico de Doctor en ciencias jurídicas, Universidad de La Habana].

- Prieto Valdés, A. L. (2022). Novedad en Cuba: proceso especial para la defensa de los derechos constitucionales. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 82-102. <https://revista.unjc.cu>
- Rivery Ruiz y Duany Muñoz, A. C. Y. (2012). Joaquín Infante: el ilustre jurista que dejó una huella en nuestra historia constitucional. En Matilla Correa, A. (Ed.). *El Proyecto de Constitución para la Isla de Cuba de Joaquín Infante. Aproximaciones histórico-jurídicas a propósito de su bicentenario*, 9-21. Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Archivo Nacional de la República de Cuba. https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/774211.pdf&ved=2ahUKEwio0fqOvqqJAxUTQjABHS_IGGoQFnoECBMQAQ&usg=AOvVaw19qb3JAzu3BSnV6lY5lvZJ
- Serrano Robles, A. (1999) El juicio de amparo en general y las particularidades del amparo administrativo. En *Manual del juicio de amparo* (2.ª ed.). Themis.
- Seijo, C. (Julio-diciembre, 2009). Los valores desde las principales teorías axiológicas: Cualidades apriorísticas e independientes de las cosas y los actos humanos. *Clío América*, (6), 152-164. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5114848.pdf>
- Torres-Cuevas, E. y Suárez Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones* (t. 1). Imagen Contemporánea.
- Tribunal Constitucional de España. (Octubre 10, 1983). Sentencia No. 81. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/209>
- Tribunal Constitucional de España. (Julio 21, 2014). Sentencia No. 128/2014. *BOE*. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-8761

ROMPIENDO BARRERAS DESDE LO JUDICIAL: LAS SENTENCIAS DE LECTURA FÁCIL¹

BREAKING BARRIERS FROM A JUDICIAL PERSPECTIVE: EASY-TO-READ JUDGEMENTS

■ LIC. MELISSA DE LA CARIDAD ALAYO HECHAVARRÍA

Jueza profesional, Tribunal Municipal Popular de Boyeros, Cuba

<https://orcid.org/0009-0001-5769-7203>

melissac@tsp.gb.cu

■ LIC. ALBERTO GARCÍA NODAL

Auxiliar de Notaría, Notaría de Don Emilio Leal Labrador, Madrid, España

<https://orcid.org/0000-0002-4076-5273>

albertonodal@gmail.com

Resumen

La confección de sentencias en formato de lectura fácil es una cuestión novedosa en la práctica y doctrina del Derecho procesal, que ha ganado seguidores y detractores. A este debate sobreviene la necesidad de diseñar un modelo procesal equilibrado en el que el juez sea capaz de ajustar los procedimientos, lo que debe significar dotarlo de potestades en los órdenes formal y material que llenen de contenido la función jurisdiccional, de modo que él cuente con herramientas procesales para perseguir, desde una postura imparcial e independiente, la realización de la justicia. La redacción de sentencias en dicha forma se presenta como una garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos ciudadanos. Conforme a tales presupuestos, aparece la institución en estudio en las normas proce-

¹ El presente texto se origina en los estudios que realiza la autora, como parte de la primera edición de la Maestría en Derecho judicial, desarrollada, de conjunto, entre la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y el Tribunal Supremo Popular.

sales. La mirada a los ordenamientos foráneos indica puntos de contacto con la legislación cubana, en la que la figura de un juez, que ponga todos sus poderes en función de ajustar procesalmente la impartición de justicia, continúa siendo un reto, al que se acerca el presente trabajo con el objetivo de realizar propuestas para perfeccionar su regulación y estimular su empleo en la práctica judicial nacional.

Palabras clave: Sentencias de lectura fácil; personas en situación de vulnerabilidad; juez; acceso a la justicia; tutela judicial efectiva.

Abstract

The preparation of judgments in an easy-to-read format is a novel issue in the practice and doctrine of procedural law that has gained followers and detractors. This debate has given rise to the need to design a balanced procedural model in which the judge is capable of adjusting procedures, which should mean providing him with powers in the formal and material order that fill the jurisdictional function with content, so that he has the procedural tools to pursue, from an impartial and independent stance, the realisation of justice. The drafting of judgments in this form is presented as a guarantee of the effective judicial protection of citizens' rights. In accordance with these assumptions, the institution under study appears in the procedural norms. A look at foreign legal systems indicates points of contact with Cuban legislation, in which the figure of a judge who uses all his or her powers to procedurally adjust the administration of justice continues to be a challenge, which this paper approaches with the aim of making proposals to perfect its regulation and stimulate its use in national judicial practice.

Keywords: Easy-to-read judgments; people in vulnerable situations; judge; access to justice; effective judicial protection.

Sumario

I. Introducción; II. Juez y tutela efectiva: alabanzas al activismo judicial; III. Acceso a la justicia de las personas en situación de vul-

nerabilidad; IV. Contexto comparado; V. Pertinencia jurídica para Cuba; VI. Pautas metodológicas; VII. Conclusiones; VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Comunicar en códigos que se ajusten a las necesidades de los receptores es la pretensión esencial de las sentencias de lectura fácil (SLF), institución en cuyo centro se encuentran el juez y su responsabilidad de ofrecer tutela efectiva a todos los ciudadanos. El abordaje teórico deviene uno de los aspectos más tratados desde la doctrina en el Derecho procesal civil. El tema destaca por su novedad y su escaso tratamiento legal. De lo anterior, se desprende la relevancia del estudio, encaminado a la defensa de un juez activo, que ponga todos sus poderes en función de ajustar, procesalmente, la impartición de justicia. Asimismo, su utilidad deriva de la sistematización de las posturas existentes en la temática, el análisis de su diseño en las normas adjetivas cubanas y la propuesta de pautas concretas para la redacción de resoluciones judiciales ajustadas a la capacidad progresiva de las personas que intervengan en los procesos y, por esa razón, las requieran.

El desuso de las SLF en la práctica forense lacera la tutela judicial efectiva (TJE) de las personas en situación de vulnerabilidad (PSV) por razón de la edad y la capacidad.

Tal escenario pudiera transformarse, de existir una metodología que coadyuvase a la utilización de ese instrumento, a lo cual se encamina el trabajo que se presenta, en el que se procura fundamentar las pautas que han de tenerse en cuenta al efecto. Para lograrlo, será necesario:

- Sistematizar las posiciones teóricas y tendencias normativas en las que descansa la posibilidad de dictar SLF y su impacto en la TJE de los derechos.
- Analizar los presupuestos jurídicos y prácticos para la reconfiguración del marco ordenador de las SLF en Cuba.
- Diseñar una metodología para la redacción de las SLF, dirigidas a PSV por razón de la edad y la capacidad.

La realización de los propósitos antedichos se vale de los métodos jurídico-doctrinal, jurídico-comparado e histórico-jurídico, los que hacen posible el análisis y la sistematización de contenidos centrales, tales como los poderes del juez, la TJE y las SLF; la evaluación de legislación constitucional, sustantiva y procesal extranjera, para dotar de referentes al marco investigativo; y la determinación de los fundamentos, las tendencias y el estado actual de la institución examinada en el texto supremo y la ley procesal cubana vigentes.

II. JUEZ Y TUTELA EFECTIVA: ALABANZAS AL ACTIVISMO JUDICIAL

Al abordar las facultades de los jueces para el desempeño de su función de dirimir conflictos resulta ineludible la referencia a la jurisdicción que, como categoría de la Teoría general del proceso, ha sido comprendida desde una perspectiva tripartita: función estatal, garantía constitucional y poder-deber. En la segunda de estas aristas se concentra la presente valoración, pues la función jurisdiccional, además de manifestarse como actividad del Estado, dirigida a solucionar las diferencias que se establecen en el ámbito de la impartición de justicia, deriva en un conjunto de potestades que le asisten al juez, cual garante de la TJE de los derechos ciudadanos y el debido proceso. Por otro lado, entender la jurisdicción como garantía constitucional implica, ante todo, otorgar al juez un rol en el que los poderes procesales e instructorios, amparados por la letra mayor, desempeñan un papel fundamental. Por esa razón, no existe regulación más acertada y protectoria que la posibilidad de los ciudadanos de acudir a los tribunales a ejercer la acción, ante la vulneración de sus derechos y libertades individuales, acogidos por la Carta Magna, y en defensa de ellos.

Los poderes otorgados al juez llenan de contenido el ejercicio de la actividad jurisdiccional judicial, el que debe caracterizarse por el respeto absoluto a los derechos y las garantías de las partes. La calidad de la decisión dependerá, en gran medida, de las facultades de dirección del proceso —formales y materiales—, conferidas al juez.

La función jurisdiccional judicial que es, a la vez, poder-deber y garantía de las partes, dota al juzgador de potestades que le permiten conducir el proceso eficientemente y alcanzar la justicia en sus fallos. Como

poderes formales, pueden entenderse los vinculados con el desarrollo e impulso procesal, o sea, los que señalan el control de la regularidad técnica de los actos procesales y están ligados a la gestión de los tiempos, a fin de conducir, sin dilaciones, a la justa solución del conflicto. Sin embargo, la concesión de la dirección formal del proceso no agota la activa participación defendida por la *publicización*, corriente doctrinal —también conocida como *neoprocesalismo*— que nace de la concepción de Franz Klein e instaura un modelo de juez nuevo (Fairén Guillén, 1955), no circunscrito, únicamente, a la función de pronunciar la sentencia, sino facultado para administrar y gestionar el proceso de principio a fin, con poderes discrecionales que le permiten dirigir el debate, como representante calificado del bien común, con la finalidad de satisfacer, conjuntamente, los intereses privados en pugna y el interés del Estado.

Contestes con ello se muestran Cappelletti y Garth (1972, p. 125), cuando aseveran que no es suficiente posibilitar al juzgador la determinación de los límites esenciales de la acción (subjettivos, objetivos y causales) y la decisión, sino que debe asignársele, también, la dirección material del proceso. Esta es la que respalda y justifica su intromisión en asuntos reservados, originalmente, a las partes, como paliativo al principio dispositivo, que son los conocidos y polémicos poderes instructorios (Pérez Gutiérrez y Hierro Sánchez, 2019, p. 43). Por poderes materiales o probatorios, pueden entenderse los circunscritos a la aportación al proceso de dos de sus elementos fundamentales, a saber, los hechos y las pruebas. Como indica Fairén Guillén (1955, p. 313), el poder de dirección procesal del juez se manifiesta mediante el auxilio que este presta a las partes en las alegaciones y actividades que han de desplegar para conseguir el objeto del proceso.

En el escenario jurisdiccional vislumbrado, con poderes contemplados para que el juez cumpla con su rol de dirigir el proceso, no solo en sentido formal, sino materialmente, se impone un cambio de actuación en las formas de gestionar los tiempos procesales e impulsar los asuntos y, también, en el protagonismo que deben tener los juzgadores en el momento de comunicar los fallos judiciales.

Las manifestaciones de pasividad no pueden tener espacio en un proceso como el cubano, que necesita de un nuevo modelo de juez, con una mentalidad distinta, dispuesto a desmontar arraigados procedimientos y poner todos los poderes de los que dispone a favor de la legalidad,

los derechos de las partes y la justicia, aun más cuando, por las características de la sociedad actual, se incrementan los sujetos de las decisiones judiciales que se encuentran en situación de vulnerabilidad, bien sea por razón de su edad o de su capacidad de discernimiento, grupos a los que es necesario dirigir la mirada en clave de comunicación procesal de la resolución judicial definitiva, que es lo mismo que enrumbar el debate hacia la fácil lectura y las sentencias en este formato como ajuste de procedimiento.

III. ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Con la aparición del Estado y, al unísono, del Derecho, la función de resolver los conflictos entre particulares se desplazó, de las manos de los justiciables hacia los representantes del poder, quienes concentraron la potestad de aplicar las reglas consuetudinarias para imponer sus decisiones sobre los particulares. Ello, necesariamente, implicó la actividad estatal encaminada a tal fin: la impartición de justicia, mediante la aplicación del Derecho abstracto al caso concreto y, a su vez, la necesidad de estructurar un sistema de órganos que llevaran a cabo tal encomienda (Fernández Bulté, 2008, pp. 35-36).

Desde la primigenia justicia monárquica hasta el esplendor de las asambleas populares como órganos judiciales, aun con el surgimiento de los tribunales y la justicia popular, uno de los principales dilemas de la función jurisdiccional era el acceso universal a la justicia —y continúa siéndolo—, tal como aseveraron Cappelletti y Garth (1983).

En los prolegómenos de las civilizaciones antiguas, el derecho a accionar era un privilegio de pocos; quienes tenían el estatus civil (ciudadanos romanos, eupátridas, brahmanes) estaban legitimados para pedir de la justicia una decisión sobre su conflicto (Fernández Bulté, 2008, p. 42), amparados por normas clasistas y que, por lo general, favorecían a estos grupos poderosos en política, economía o religión. La panorámica no cambió con el decurso del tiempo y, aun llegada la modernidad, las ideas iusfilosóficas imperantes tendieron al enfoque individualista de los derechos y su ejercicio. En este contexto, el acceso a la justicia se redujo, drásticamente, al derecho a accionar que, visto desde una concepción iusnaturalista, estaba desprovisto de garantías materiales para su ejer-

cicio universal. El derecho se les reconocía a las personas, pero en un ámbito formal, sin tener en cuenta las reales barreras que existían en la sociedad, más allá de un proceso permeado de una idea de igualdad ante la ley.

Fue a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando los derechos, entre ellos el de acceso universal a la justicia, cobraron una visión social y colectiva. La Declaración universal de derechos humanos, paradigma jurídico en el plano internacional, estipuló, en su Artículo 10, que toda persona ha de contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos violatorios de los derechos fundamentales reconocidos, constitucional o legalmente. Desde ese reconocimiento, el acceso a la justicia ha encontrado asidero en diversos instrumentos de protección internacional y en la mayoría de las constituciones de posguerra.

Por otra parte, en la contemporaneidad y como consecuencia de la globalización, se han marcado aun más las brechas entre las personas, y los esfuerzos de las organizaciones defensoras de los derechos humanos se han encaminado a establecer pautas y regulaciones para la salvaguarda diferenciada de los derechos y las garantías procesales de las personas a las que se ha llamado *en situación de vulnerabilidad*.

Las PSV son aquellas que, por razón de su edad, capacidad intelectual, origen étnico, procedencia social, orientación sexual, identidad de género, situación de salud o cualquier otra distinción, no tienen la misma capacidad de respuesta ante la dinámica social. En la definición de estos grupos, es necesario considerar, junto a la dimensión jurídica, la histórica y la social, ya que se trata, casi siempre, de personas que han sido, persistentemente, objeto de alguna forma de discriminación o afectación de sus derechos y que, por lo tanto, requieren de políticas activas para garantizar, mediante el reconocimiento y respeto de su identidad, condición y necesidades particulares, el goce igualitario de derechos.

La Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, México, considera que

los *grupos en situación de vulnerabilidad* son aquellos que[,] debido al menosprecio generalizado de alguna condición específica que comparten, a un prejuicio social erigido en torno a ellos o por una situación histórica de opresión o injusticia, se

ven afectados sistemáticamente en el disfrute y ejercicio de sus derechos fundamentales. [...] El concepto de vulnerabilidad se aplica a aquellos sectores o grupos de la población que[,] por su condición de edad, sexo, estado civil, origen étnico o cualquier otro[,] se encuentran en condición de riesgo, impidiendo [sic] su incorporación a la vida productiva, el desarrollo y acceder a mejores condiciones de bienestar. (2011, s.p.)

Este concepto, tradicionalmente usado, de *vulnerabilidad* se asocia al de debilidad, incapacidad o riesgo, y constituye una identidad devaluada del grupo al que califica, cuya discriminación refuerza. Por ello, resulta más adecuada la expresión *grupos en situación de vulnerabilidad* (GSV), que posee carácter dinámico y modificable de una situación, para transformarla.

La expresión GSV designa a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas.

Para ellos, en el ámbito jurídico procesal, también, se han dispuesto regulaciones con la misión de garantizar sus derechos, sobre la base del principio de equidad, en contraposición con la sacrosanta igualdad ante la ley. Es por esta razón que

en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, [se ha] resaltado el reconocimiento de los derechos de las personas por parte de los Estados. Asimismo, la comunidad internacional ha efectuado un importante avance admitiendo la existencia de diferencias y particularidades entre las personas, que aun naciendo libres e iguales en dignidad y en derechos requieren de un reconocimiento de su diversidad. (2011, s.p.)

En la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI) de 2008, celebrada en el gigante sudamericano, se generó un conjunto de postulados que han sido denominados como «Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», las que resultaron actualizadas 10 años después, en el propio espacio de concertación que, para la ocasión, tuvo sede en Ecuador (CJI, 2024). Este acuerdo multilateral, si bien no es de obligatorio cumplimiento para

sus signatarios, obtiene cierta virtualidad jurídica sobre la base de la buena fe de los Estados que le dieron vida y se constituye como una guía de buenas prácticas para los países de la región en cuanto a tan actual problemática. El objetivo de este acuerdo es garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las PSV, sin discriminación alguna, mediante el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial (López Cabello *et al.*, 2011, p. 280).

En este sentido, la regla 25 (CJI, 2024, s.p.) establece que se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, por medio de aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad; más adelante, se proponen, entre otras acciones, la promoción de la asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita, el derecho a un intérprete, la simplificación de las normas adjetivas en cuanto a requisitos procesales y supuestos de legitimación, el impulso de la oralidad como vía para garantizar la celeridad y la economía procesal, y el desarrollo de medios alternativos de solución de conflictos, todo ello en un loable y necesario esfuerzo por ajustar los procedimientos judiciales a las necesidades de las PSV, concepto que deja claro la regla tercera.

La regla 60 (CJI, 2024, s.p.) pauta que las resoluciones judiciales emplearán términos y construcciones sintácticas sencillos, sin perjuicio de su rigor técnico, lo que, si bien refleja el interés por disminuir el lenguaje endógeno de los juristas, en pos de una mayor asequibilidad del servicio judicial, resulta insuficiente para la cabal comprensión de la resolución por los destinatarios, cuando su causa de vulnerabilidad es por razón de edad o discapacidad. A partir de la regla 61 (CJI, 2024, s.p.), se exhorta a los sistemas judiciales a implementar las medidas pertinentes para que las PSV puedan comprender las actuaciones judiciales orales en las que intervengan.

La adopción de este instrumento fue objeto del Acuerdo No. 72, del CG-TSP, de 27 de marzo de 2012, mediante el que se asumió el compromiso de promover la divulgación, el conocimiento y la aplicación de las Reglas, en lo pertinente, en el ejercicio de la función de impartir justicia, prueba de la intención estatal de proteger el derecho en examen.

IV. CONTEXTO COMPARADO

Las resoluciones judiciales definitivas serán más legítimas, si contienen un espacio dedicado a quien va a estar afectado por la decisión que se adopta. Esta es, precisamente, la premisa sobre la que se erigen las SLF, a cuyo concepto y utilización en contextos judiciales extranjeros se acercará este epígrafe.

La lectura *fácil* surgió como una estrategia de fomento a la lectura, especialmente dirigida a personas sin el hábito de leer o imposibilitadas de hacerlo. Como herramienta de facilitación, pretende garantizar el acceso a la información y la cultura de todas las personas, con independencia de sus capacidades. Como indica García Muñoz (2011),

no sólo es un derecho, sino que permite el ejercicio de otros, como el de participación, para tener la opción de influir en decisiones que pueden ser importantes para su vida, así como la posibilidad de desenvolvimiento autónomo de cualquier persona en un entorno como el actual que produce la mayor cantidad de texto de la historia, tanto en soporte físico como en digital. (p. 21)

Al referenciar los hitos de la lectura fácil, como formato para la redacción de sentencias, hay que partir de su nacimiento, previo a su uso cual apoyo en el sistema judicial. Este puede encontrarse en la Suecia de 1968, coincidente con la creación y publicación del primer libro con tal conformación, auspiciado por la Agencia Sueca de Educación; posterior a ello, en 1997, se promulgaron las Directrices para materiales de lectura fácil de la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas, que se revisarían en 2010. Estas marcaron un jalón en la uniformidad de las pautas para la redacción de documentos y sentaron las bases sobre las que se erigieron la Constitución europea de 2005 y otros textos, como mecanismos para garantizar el acceso de todos a las leyes (Poblete y Fuenzalida, 2018, p. 125).

En España, la historia de la lectura fácil se remonta a 1993, con el nacimiento de la organización «Plena Inclusión Asturias», vinculada a la protección de personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, y que hasta hoy ha desempeñado un excelente trabajo en la atención

a grupos sociales vulnerables. Ello responde al cumplimiento de los compromisos impuestos por la Carta Magna de esa nación que, en su Artículo 49, reformulado, expresa el compromiso estatal con la protección de las personas con discapacidad (2018, p. 41).

En la 54.^a Asamblea de la OMS, celebrada en mayo del 2001, se aprobó la actual Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, que persigue, entre sus objetivos primordiales, proporcionar un lenguaje que —a través de estándares unificados— sirva de referencia para la descripción de la salud y los estados relacionados con esta. La propuesta abandona el concepto de *minusvalía* y acoge el término genérico de *discapacidad*, que engloba todas las limitaciones, los déficits y las restricciones en la participación, así como los aspectos negativos del contacto entre una persona con una condición de salud y los factores ambientales. El ordenamiento jurídico español se hace eco de este nuevo enfoque y adopta el concepto mencionado.

La primera sentencia hispana en formato de lectura fácil se dictó en la Audiencia Provincial de Madrid en 2018, en un procedimiento asociado a la materia penal, contrario a las primeras experiencias que serán comentadas posteriormente, vinculadas al Derecho civil (Sanz, 2021, p. 2). En el caso, la víctima de estafa era una persona con discapacidad intelectual y recibió la sentencia en la que se aplicó este método de comprensión más sencillo. Ello sirvió de base para que el Consejo General del Poder Judicial y la organización Plena Inclusión Asturias rubricaran un convenio con el fin de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, el que ha dado frutos, muestra de lo cual es la existencia en el país de 23 sentencias en tal formato, registradas durante el propio año.

Igualmente emblemática es la experiencia mexicana (Poblete y Fuenzalida, 2018, pp. 127-130). En 2011, Ricardo Adair Coronel Robles —diagnosticado con síndrome de Asperger desde 2007—, sus padres, la Confederación Mexicana de Organizaciones a favor de la Persona con Discapacidad Intelectual y el Centro Estratégico de Impacto Social promovieron, ante el juez de primera instancia, una demanda de amparo para que se declararan inconstitucionales los artículos 23 y 450 del Código civil del Distrito Federal, que regulan el juicio de interdicción —una figura legal que cancela la posibilidad de tomar decisiones propias a quienes se encuentran en ese caso, pues ellas

deben ser asumidas por sus tutores. Se alegó que el referido juicio y, por ende, la tutela, restringían, casi por completo, la capacidad de Ricardo para hacer valer sus derechos por sí mismo e inhibían al máximo el goce de su personalidad, pues él había sido declarado incapaz en el expediente 260/2008, por el juez trigésimo quinto de lo familiar del Distrito Federal, y, en consecuencia, sus padres habían sido designados como tutores.

El juez de primera instancia desestimó el amparo, argumentando que el régimen de tutela en el Distrito Federal satisfacía los estándares internacionales y, en ningún caso, ocasionaba desigualdad o trato discriminatorio. La decisión fue apelada ante el tribunal de segunda instancia. Debido a la importancia del asunto, este fue atraído para su conocimiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que debió determinar si el declarar la incapacidad legal de una persona resultaba contrario a la Constitución mexicana y la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CIDPD), o no. La sentencia 159/2013, contentiva de la solución del caso, consideró que el juicio de interdicción y el régimen de tutela limitan el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y, por tanto, ambas figuras contravienen los estándares internacionales reconocidos por la citada convención.

La resolución judicial sentó jurisprudencia en materia de garantías de las PSV, pues reconoció el derecho de un joven con discapacidad intelectual a decidir sobre su propia vida y le comunicó la decisión mediante el formato de lectura fácil. Esta fue la primera vez que se utilizó el procedimiento en la nación azteca, con base en las Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de 4 de marzo de 1994, aprobadas por la Asamblea General de la ONU, que, aun cuando carecen de fuerza vinculante, resumen 22 buenas prácticas, como expresión del compromiso de los países signatarios de tomar medidas para la satisfacción social y el alcance de oportunidades de las personas con discapacidad. El Poder Judicial Federal de México, a través del Consejo de la Judicatura Federal, escribió sus reglas para uniformar el actuar de la persona responsable de la confección de las resoluciones de lectura simple.

En el caso de Perú, Edwin Romel Béjar Rojas, juez del Tercer Juzgado de Familia de Cusco, conoció una demanda de interdicción civil y nombramiento de curador, presentada por una madre contra sus hijos de 49 y 47 años de edad, respectivamente, ambos con diagnóstico de esquizofrenia paranoide, en la que recayó una resolución judicial paradigmática y revolucionaria para el contexto del momento, pues se reconoció la capacidad jurídica de los demandados en igualdad de condiciones con las demás personas y se les hizo saber la decisión en el formato de lectura fácil (Poblete y Fuenzalida, 2018, p. 130). De esta forma, se cumplía con el mandato de la Constitución política de 1993, en cuyo Artículo 7 se plantea que la persona incapacitada a causa de una deficiencia física o mental, para velar por sí misma, tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad, dado que el indicado método, por su redacción sencilla y clara, garantizaba la comprensión y el entendimiento de la decisión por los destinatarios.

No obstante, continúa siendo un reto para ese país que se armonice el ordenamiento jurídico vigente a lo dispuesto en el Artículo 12 de la CIDPD, a fin de que, en los procesos de interdicción civil y los que atañan a las personas con discapacidad, las actuaciones judiciales se adecuen de forma expresa, sobre todo con términos sencillos, en función del grado de incapacidad que se haya probado, para evitar posibles excesos contra la voluntad o el mejor interés de estas personas.

V. PERTINENCIA JURÍDICA PARA CUBA

En este punto del debate, cabría la posibilidad de cuestionar si, usando este ajuste procesal, como forma de inclusión y TJE, se garantizan un proceso judicial más eficiente y un resultado más justo. La contestación debe partir de los razonamientos sobre la categoría económica que hiciera Bullard (2019, p. 27), citando al óptimo paretiano, al plantear que una situación es más eficiente que la anterior, cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra, todo lo que procede en el presente caso, en tanto dar a conocer el resultado del proceso al destinatario en situación de vulnerabilidad, en una forma accesible a su condición, no genera perjuicio alguno para los intervinientes del asunto y sí beneficia, en gran medida, la comprensión del contenido de la sentencia, facilita la ejecución del

fallo y satisface el mandato constitucional de proteger los derechos e intereses legítimos de todas las personas, devenido garantía de la función judicial.

Lo anterior refuerza la idea de que lograr la eficiencia es un objetivo social porque ella genera mayor bienestar agregado. Al derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente, contribuir con reglas que muevan a situaciones cada vez mejores (Bullard, 2019, p. 31). La lectura fácil encuentra asidero jurídico en la Constitución cubana de 2019, sobre la base de un conglomerado de preceptos que la Carta Magna reconoce como derechos o garantías de las personas y en los que se sustentaría la necesidad de tal deferencia judicial para el efectivo ejercicio de los primeros y la virtualidad de las segundas.

En primer orden, el Artículo 40 constitucional (2019, p. 79) eleva la dignidad humana a valor supremo para el reconocimiento de los derechos y deberes, por lo que se debe entender una obligación del Estado garantizar el pleno acceso a la justicia de todas las personas; ello, además, en atención al principio de no discriminación establecido en el Artículo 42 del propio texto (2019, p. 79), en el que se recoge la igualdad ante la ley, el recibimiento de la misma protección e igual trato de las autoridades, y el goce de idénticos derechos, libertades y oportunidades, sin distinción alguna que resulte lesiva a la dignidad humana.

Especial relevancia recae en el postulado del Artículo 92 de la ley de leyes (2019, p. 86), en tanto este enarbola, como garantía de la TJE de los derechos y legítimos intereses de las personas, el acceso a la justicia que —como se ha apuntado con anterioridad— no se agota con el ejercicio de la acción, sino que implica el respeto a las reglas del debido proceso y la ejecución eficaz de las decisiones judiciales. A tono con esta interpretación, cualquier acto del Estado encaminado a disminuir las brechas entre los justiciables, y a asegurar el efectivo ejercicio del acceso a la justicia, resulta una obligación, con sustento en el reconocimiento constitucional de este, de naturaleza instrumental, por ser garantía del resto de los derechos justiciables. De ello no escapa la redacción de SLF para aquellas personas que, por su condición de vulnerabilidad, puedan resultar lesionadas en sus derechos por la notificación de una resolución judicial, recaída

en un asunto que les interesa y que les resulta incomprensible, al incumplir los estándares de asequibilidad y sencillez que se requieren para que ellas puedan entenderla, sin mediación de un letrado que interprete los tecnicismos jurídicos, fundamentos, motivos y efectos de dicha resolución.

Asimismo, el inciso a) del Artículo 94 de la Constitución de 2019 (p. 79) establece que toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso en el que goza de igualdad de oportunidades al intervenir como parte, lo que contrasta con los preceptos establecidos para niños, adolescentes y personas en situación de discapacidad —artículos 86 y 89 (2019, p. 78)— teniendo en cuenta que, si bien en algunos casos no concurren por sí mismos al proceso, son partes de este y, en consecuencia, darles un tratamiento diferenciado es, en definitiva, cumplir con el mandato constitucional de garantizarles la igualdad de oportunidades en el proceso judicial.

El Código de procesos (CPR) regula el proceso sumario sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la provisión de apoyos y salvaguardas, único espacio en el que la legislación procesal vigente hace referencia a las SLF (2021, pp. 3980-3981). El Artículo 569 (2021, p. 3988) indica que este método debe ser utilizado para la comunicación de lo resuelto a la PSV por razón de su capacidad, a la vez que ofrece pautas procedimentales y de contenido para la redacción, e indica la pertinencia de utilizar un lenguaje sencillo y claro que se atempera, siempre, a las necesidades de la persona sobre la que recae el asunto. Estará en manos de quien confeccione la resolución el ajustar estos requerimientos al nivel evolutivo y la comprensión del mundo de aquel a quien vaya dirigida la sentencia y, en consecuencia, el contenido de sus pronunciamientos variará en cuanto a su complejidad. A esta actuación conmina la propia norma procesal en su Artículo 9 (2021, p. 3978).

La regulación de la ley de trámites penales —artículos 138-142 (2021, pp. 4122-4123)— reconoce, expresamente, el derecho de acceso a la justicia de la víctima o el perjudicado; por imperio del Artículo 139, esta(e) es la persona natural o jurídica que, a consecuencia de un delito, haya sufrido un daño físico, psíquico, moral o patrimonial, lo cual no descarta la posibilidad de que se trate de una persona menor de edad o en situación de discapacidad, muy a pesar de que tal

condición se extiende, en esos casos, a los familiares, según se establece en el inciso b) del 140, los que, si bien comparecen al proceso en representación de aquella, no excluyen su cualidad de afectada directa del delito, como establece el inciso a) del mismo precepto. En consecuencia, y con particular atención a las regulaciones de los artículos 141, inciso k), y 142.2, esta víctima tiene derecho a ser informada de los resultados del proceso y notificada de las resoluciones que se dicten, y a agotar los medios de impugnación que la ley franquea, razón que amerita, entonces, un pensamiento de los jueces sobre la pertinencia de que, para satisfacer de manera eficaz dichos derechos, deba redactarse, en estos especiales supuestos, una sentencia que sea mucho más asequible, directa y comprensible para su destinatario.

Por su parte, la Instrucción No. 265 del CG-TSP (2022, pp. 717-725) resultó un paso de avance para conseguir una resolución que se adecue a una lectura ciudadana, mas no cumple con lo requerido en materia de fácil lectura; ni siquiera contempla la metodología única para ese tipo de resolución que se mandata por el tenor del ya precitado Artículo 569 del CPR. Con la pretensión de disminuir estas brechas, la Instrucción No. 278 del CG-TSP (2022, pp. 35-42), en su pronunciamiento vigésimo segundo, ofreció pautas de redacción para la segunda sentencia a confeccionar en los casos en que se resuelva sobre la provisión de apoyos y salvaguardas, o ajustes razonables, para la PSV. Los criterios se encaminan a evocar la condición de esta como sujeto procesal y titular de derechos subjetivos, al tiempo que convocan a respetar la dignidad plena de los destinatarios de la resolución en formato de lectura fácil, con insistencia en la necesidad de la formulación de su contenido de manera sencilla, sin utilizar el lenguaje jurídico, con expresiones en sentido positivo que supriman cualquier indicio de discriminación.

A pesar de que, como se ha demostrado, esta práctica resulta pertinente y compatible con el ordenamiento patrio, ella no ha logrado hacerse cotidiana en la práctica judicial cubana, a lo que ha coadyuvado la inexistencia de pautas que homogenicen su redacción, a cuyo acercamiento se enrumba el siguiente epígrafe.

VI. PAUTAS METODOLÓGICAS

La voluntad de acercarse a los códigos comunicativos necesarios, para lograr que una persona menor de edad o con discapacidad comprenda lo dispuesto judicialmente, debe pasar por la evaluación de las más claras herramientas de redacción y estilo, las que se ofrecen luego de la sistematización de los criterios para el perfeccionamiento de los actos procesales de comunicación escrita que constituyen las SLF.

Según afirma Durán Alonso (2023, p. 189), el lenguaje jurídico proporciona una comunicación eficaz entre operadores jurídicos; como contrapartida, también puede suponer una barrera comunicacional. Las SLF pueden devenir garantía de accesibilidad al proceso y fracturar aquel obstáculo. Ese fin se persigue tras la identificación de defectos comunicativos que pueden atentar contra la formulación simple de las resoluciones judiciales (Ato Alvarado, 2021, pp. 64-65) y van desde la sintaxis inentendible, el uso excesivo de oraciones subordinadas y complejas, hasta el empleo de términos obsoletos. Como remedio, pretender una forma de redacción accesible es la solución más efectiva para garantizar la comprensión del contenido, lo que, si bien debe nacer de la sapiencia natural del redactor, ha de pasar, además, por la asimilación de reglas en el orden sintáctico y estilístico.

Las recomendaciones que serán indicadas toman, como punto de partida, manuales de referencia para la redacción de textos en lectura fácil ciudadana y técnicas de comunicación escrita para la confección de documentos accesibles a personas menores de edad o con discapacidad (Antolín Marsal, s.f.; García Muñoz, 2011; Suárez de los Santos, 2022). Además, beben de las pautas procesales que establecen normas como la CIDPD, el CPR y la Instrucción No. 278 del CG-TSP, al igual que de la consulta de sentencias en este formato que constituyen paradigmas para el mundo judicial.

Las propuestas que se expondrán no buscan agotar toda la metodología para la redacción de SLF, ni mucho menos proyectar un procedimiento para su dictado, sino ofrecer nociones de buenas prácticas para una futura regulación de este tipo de resolución, sin desprenderse del papel protagónico que deberá desempeñar quien las confeccione, a los efectos de realizar un apropiado juicio de discernimiento que permita escoger las mejores formas de comunicar lo resuelto, en atención

a la discapacidad que tenga la persona o las necesidades de comprensión, progresivamente ascendentes, de niños y adolescentes.

En el orden gramatical y sintáctico:

- El punto será el signo ortográfico fundamental para la separación de contenidos. El punto y aparte funcionará como mecanismo para separar párrafos con diferentes ideas. Es preferible el uso del punto en vez de la coma para separar y diferenciar mejor las ideas enlazadas. Se debe suprimir el uso del punto y coma y de los puntos suspensivos.
- Se deben evitar determinados tiempos y modos verbales: futuro, condicional, formas compuestas y subjuntivo.
- Se utilizará, de preferencia, la voz activa, debido a que esta facilita la comprensión de la acción.
- Se evadirá la elisión del sujeto. Se recomienda repetirlo o sustituirlo por un pronombre, para reiterar el protagonista de la acción. Si el referente contextual es claro, será posible la elisión.

En el orden estilístico, se sugiere:

- Emplear oraciones simples, cortas, con la estructura «sujeto + verbo + complementos».
- Prescindir de oraciones complejas (coordinadas o subordinadas).
- Usar formas afirmativas.
- Valerse de palabras sencillas, expresadas de forma simple (vocablos cortos, de uso cotidiano y cercanos al lenguaje hablado que utilice el público objetivo del texto).
- Obviar palabras largas o difíciles de pronunciar.
- Utilizar términos con significado preciso. Evitar las palabras genéricas de significado vacío.
- Reiterar los vocablos para mantener la legibilidad. Es preferible la repetición, para mantener la coherencia en el uso de los términos. Se debe evitar la variación unificando diferentes nombres y formas de referirse a algo.

- Explicar las palabras menos comunes o complejas, por medio de la contextualización, el apoyo en imágenes y la explicación del significado.
- Se pueden utilizar adverbios, pero se deben evitar los terminados en -mente.
- Utilizar siempre el mismo sinónimo. Se pueden emplear antónimos.
- Evitar tecnicismos, jergas y extranjerismos, aunque, si se usan, se debe explicar su significado.
- No usar el lenguaje figurado, las metáforas y los proverbios porque generan confusión.
- Prescindir de conceptos abstractos, y, de emplearlos, ilustrarlos de forma concreta, mediante comparaciones o ejemplos prácticos y de la vida diaria.
- Evitar el uso de números en exceso; ante la necesidad de utilizarlos, es mejor hacerlo sin consignarlos en letras.
- Escribir de un modo concreto, simple y directo, cercano al estilo de conversación. Evitar el simplismo.
- Limitar el número de pautas, ideas y mensajes; seleccionar, de forma precisa, las ideas principales que se quieren transmitir y reflejarlas con claridad.
- Expresar una idea por frase, ser concisos; evitar la introducción de varias ideas o acciones en una oración. Es importante concentrar la información relacionada, pero, si no es posible porque es extensa, se optará por cortarla y ofrecerla por separado, utilizando guías, como encabezamientos.
- Utilizar un lenguaje coherente con la edad y el nivel intelectual del receptor, aunque sin acudir al lenguaje infantilista.
- Proporcionar información relevante y significativa para los lectores. Centrarse en qué información debe adaptarse.
- Dirigirse a los lectores de forma respetuosa, directa y personal, personificar el texto en la medida de lo posible y remarcar los aspectos que pueden resultar más próximos o interesantes para él.

- Eliminar todo tipo de contenido, ideas, vocablos y oraciones innecesarias. Contar solo lo que se necesita saber y dejar fuera lo que no va a utilizar el lector.

VII. CONCLUSIONES

Las brechas que genera la vulnerabilidad por razón de la edad o la capacidad, en los entornos judiciales, puede disminuirse si se recurre a la adaptabilidad del procedimiento a las necesidades de las personas intervinientes en él.

Las SLF constituyen una valiosa herramienta para perseguir ese fin, como garantía de comprensión lectora que asegura la igualdad de oportunidades a los ciudadanos.

Traer esta práctica a los entornos judiciales es un fenómeno de la actualidad procesal y, por ello, ha sido preciso dirigir la mirada a ordenamientos como el mexicano, el ecuatoriano o el español, pioneros en registrar resoluciones en este formato, a fin de encontrar nociones esenciales para perfeccionar su redacción y realizar una propuesta de pautas que fomente el acercamiento de los jueces cubanos a este modo de hacer, que, aunque es compatible con la regulación constitucional y legal de la nación, no ha logrado hacerse cotidiano en el escenario procesal patrio.

La presencia de un juez proactivo, con las herramientas necesarias de redacción y estilo a su disposición, es la clave del éxito, la inclusión y la eficiencia. Toda la regulación y el amparo constitucional y legal que se proporciona a las PSV será letra muerta, si tales disposiciones no son aplicadas por un juez que ponga todas sus facultades y poderes procesales en función de conseguir que cada proceso obtenga la solución más beneficiosa y eficiente, y que la justicia deje de ser más que una aspiración paradigmática. Contar con una metodología que homogenice la redacción de las SLF hace parte de tan loable propósito.

VIII. REFERENCIAS

Antolín Marsal, R. (s.f) *Manual de lectura fácil y formatos accesibles*. Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades. <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=899>

[78449&url=https://www.iddcconsortium.net/wp-content/uploads/2021/07/Manual-de-lectura-f%25C3%25A1cil-y-formatos-accesibles.f&ved=2ahUKEwjf_8aEx5iKAXUHibAFHbqRLCsQFnoECCwQAQ&usg=AOvVaw1Sa1LNGsGsZT5HIsGDazHw](https://www.iddcconsortium.net/wp-content/uploads/2021/07/Manual-de-lectura-f%25C3%25A1cil-y-formatos-accesibles.f&ved=2ahUKEwjf_8aEx5iKAXUHibAFHbqRLCsQFnoECCwQAQ&usg=AOvVaw1Sa1LNGsGsZT5HIsGDazHw)

- Ato Alvarado, M. E. (Julio-diciembre, 2021). El lenguaje claro y la transparencia de las decisiones judiciales. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(16), 61-76. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i16.450>
- Bullard González, A. (2019). *Análisis económico del Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1983). *El acceso a la justicia* (Amaral, S., trad.). Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Febrero 1.º, 2022). Instrucción No. 265. *GOR-E*, (13), 717-725. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-ex13.pdf>
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Febrero 14, 2023). Instrucción No. 278. *GOR-E*, (11), 35-42. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2023-ex11.pdf>
- Constitución española (ed. conmemorativa del cuadragésimo aniversario). (2018). Cortes Generales.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2024). Las Reglas de Brasilia. <https://www.cumbrejudicial.org/sites/default/files/2024-02/Documento%205-Edic%C3%B3n%20Reglas%20deBrasilia-Texto%20y%20Comentarios%20de%20Joaqu%C3%ADn%20Delgado%20Mart%C3%ADn.pdf>
- Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León. (2011). Grupos en situación de vulnerabilidad. <https://www.cedhnl.org.mx/imagenes/publicaciones/presentaciones/>

[CEDHNL_VIISeminarioDHS/Moduloll/Grupos-en-situacion-de-vulnerabilidad.pdf](#)

Durán Alonso, S. (2023). Accesibilidad al proceso y menores de edad: desde la figura del facilitador hasta las resoluciones «de lectura fácil». En Martínez Calvo, J. (Coord.). *La protección jurídica del menor en el Derecho comparado*, 187-203. Prensas.

Fairén Guillén, V. (1955). *Estudios de Derecho procesal*. Revista de Derecho Privado.

Fernández Bulté, J. (2008). *Siete milenios de Estado y de Derecho* (t. I). Editorial de Ciencias Sociales.

García Muñoz, O. (2011). *Lectura fácil: Métodos de redacción y evaluación*. Editorial Real Patronato sobre Discapacidad.

Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (138), 3977-4069.

Ley No. 143, «Del proceso penal». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (140), 4095-4251.

López Cabello, A., Trovato, M., Griffo, T. y Morales, D. (2016). El acceso a la justicia como una cuestión de derechos humanos. En *Derechos humanos en la Argentina. Informe 2016*, 271-297. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/12/IA2016-09-acceso-a-la-justicia.pdf>

Organización de Naciones Unidas. (1994). Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/standard-rules-equilization-opportunities-persons-disabilities>

Pérez Gutiérrez, I. y Hierro Sánchez, L. A. (2019). *La tutela judicial efectiva en el proceso civil*. Leyer.

Poblete, C. y Fuenzalida González, P. (2018). Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano. *Lengua i Dret*, (69), 119-138. <https://urbeetius.org/articulos-argumentacion-redaccion-juridica-y-lenguaje-claro/una-mirada-al-uso-de-lenguaje-claro-en-el-ambito-judicial-latinoamericano/>

Sanz, I. (2021). Las sentencias de 'lectura fácil', una traducción para personas con discapacidad que se implanta lentamente. https://www.telecinco.es/noticias/espana/sentencias-lectura-facil-traduccion-personas-discapacidad_18_3219047058.html

Suárez de los Santos, D. C. (Coord.). (2022). *Guía para elaborar sentencias en formato de lectura fácil dirigidas a personas con discapacidad intelectual*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-12/Gu%C3%ADa%20para%20elaborar%20sentencias%20en%20formato%20de%20lectura%20f%C3%A1cil%20para%20pcd%20intelectual.pdf>

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PODER PROBATORIO DEL JUEZ FAMILIAR¹

THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND EVIDENTIARY POWER OF THE FAMILY JUDGE

■ **LIC. ELVIA LARITZA CRUZ HERNÁNDEZ**

Vicepresidenta, Tribunal Provincial Popular de Las Tunas, Cuba

<https://orcid.org/0009-0004-5810-781X>

elvialaritza.cruz@gmail.com

Resumen

El presente artículo pretende argumentar cuáles son los fundamentos teóricos esenciales sobre los que debe sustentarse la actuación del juez para lograr el equilibrio, en el ejercicio de los poderes probatorios que la ley procesal cubana le confiere y, a la vez, preservar el principio de igualdad de las partes en los procesos familiares. Se analiza la importancia de este último y la necesidad de garantizar un balance adecuado con aquellos, de manera que se asegure un proceso justo y equitativo. Se discute el papel del activismo judicial en el ámbito familiar y la relevancia de que quienes imparten justicia utilicen sus potestades activamente para promover la igualdad procesal y proteger los derechos de todas las personas involucradas. El examen de la temática subraya que el juzgador puede intervenir de forma efectiva, corregir desequilibrios y garantizar un proceso imparcial. Además, se aborda la carga dinámica de la prueba, como una herramienta fundamental para resguardar la igualdad procesal, y permitir a las partes la presentación adecuada de sus argumentos y pruebas, en función de las circunstancias del caso.

¹ El presente texto se origina en los estudios que realiza la autora como parte de la primera edición de la Maestría en Derecho judicial, desarrollada, de conjunto, entre la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y el Tribunal Supremo Popular.

Palabras clave: Principio de igualdad de las partes; activismo judicial; poderes probatorios del juez familiar; carga dinámica de la prueba; justicia familiar.

Abstract

This article aims to argue what are the essential theoretical foundations on which the judge's actions must be based in order to achieve a balance in the exercise of the evidentiary powers that Cuban procedural law confers on him and, at the same time, to preserve the principle of equality of the parties in family proceedings. The importance of the latter is analysed and the need to guarantee an adequate balance between them in order to ensure a fair and equitable process. It discusses the role of judicial activism in the family sphere and the relevance of those who impart justice to actively use their powers to promote procedural equality and protect the rights of all persons involved. The examination of the subject matter underlines that the judge can intervene effectively, correct imbalances and ensure a fair trial. Furthermore, the dynamic burden of proof is addressed as a fundamental tool to safeguard procedural equality, and allow the parties to present their arguments and evidence adequately, depending on the circumstances of the case.

Keywords: Principle of equality of the parties; judicial activism; powers and evidentiary powers of the family judge; the dynamic burden of proof; family justice.

Sumario

I. Introducción; II. El principio de igualdad de las partes; III. El activismo judicial en el ámbito familiar; IV. Poderes del juez familiar e igualdad procesal; V. La carga dinámica de la prueba; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La igualdad, para algunos, puede parecer una utopía; para otros, es un tema o concepto del que se ha hablado, a lo largo de toda la

humanidad, en disímiles ordenamientos jurídicos. Desde la visión de los jueces cubanos, ella posee un significado relevante, que se pudiera llegar a equiparar, incluso, con el de la justicia, pues lograr el equilibrio procesal en sede judicial, mediante el papel activo del tribunal y el efectivo ejercicio de sus poderes, debe ser una meta a alcanzar.

El Título V de la Constitución de la República de Cuba (CRC) (2019, pp. 79-88) establece los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas, sus deberes y garantías, al tiempo que recoge una amplia gama de valores y principios que alcanzan su materialización con la reforma judicial y procesal. Sin embargo, esto es insuficiente para lograr la efectividad de tales previsiones en la práctica. El particular no se puede dejar a la suerte, como tampoco a la voluntad de los operadores del Derecho. La experiencia indica que, en el curso de los procesos judiciales, en ocasiones, predominan el tecnicismo y la rapidez para evitar dilaciones, y se olvida el papel activo del juez, al igual que los valores y sentimientos que deben impregnar la solución del conflicto.

La Ley No. 141 de 2021, «Código de procesos» (CPR) —Título II, Capítulo VI, pp. 3988-3989—, regula las potestades y facultades de los tribunales, las que no se aprovechan en toda su plenitud, pues, a veces, no se alcanza la percepción de las ventajas y posibilidades que este texto legal ofrece. De igual forma, no se le concede la debida importancia a la doctrina, vinculada, necesariamente, con la práctica, para poder interpretar el alcance, la eficacia y el momento procesal en el que deben ser usadas las herramientas procesales concedidas al juez.

En este sentido, el CPR es novedoso, al introducir la institución de las cargas probatorias dinámicas. A pesar de los criterios controvertidos que circundan su aplicación y efectividad (Alvarado, 2011, pp. 1-153; García, 2010, pp. 19-46; Palomo, 2013, pp. 447-466), centrados en los posibles perjuicios que ella puede irradiar en el proceso, se advierten sus múltiples ventajas para la solución del conflicto, como vía directa que permite restablecer la igualdad de las partes durante la actuación probatoria.

Cuando se tratan los poderes probatorios del juez, resulta esencial abordar el activismo judicial, concepto que está estrechamente ligado al primero, pues la actitud proactiva de los jueces y la capacidad de intervenir de forma oportuna, en la protección de los derechos y la aplicación de la justicia, son imprescindibles para promover los principios garantistas

y la seguridad jurídica, todo ello, evidentemente, en los límites establecidos por la ley.

En la práctica judicial familiar, constituye una condición indispensable lograr el equilibrio entre el principio de igualdad y los poderes probatorios del juez, lo que debe sustentarse en fundamentos teóricos relacionados con una adecuada definición conceptual de aquel y de los que, particularmente, rigen la audiencia probatoria, vista como el momento procesal más importante, en cuanto a la demostración de los hechos por los intervinientes. Ello, a la vez, favorece la intermediación. Esta obra intenta esclarecer cuáles son esos fundamentos teóricos esenciales que permiten balancear uno y otros, adecuadamente. Esclarecer esta problemática y argumentar una propuesta que le dé solución conforma su objetivo general.

Para lograrlo, se intentará sistematizar el principio de igualdad entre las partes; identificar los poderes con que cuenta el juez para alcanzarla, con especial referencia al activismo judicial y la distribución de la carga de la prueba en el ámbito familiar; y delimitar, finalmente, las bases teóricas que los reconcilien.

En el trayecto, la autora se vale de métodos teóricos generales, como el de análisis-síntesis, que permite identificar los rasgos que distinguen al principio de igualdad de las partes, durante la práctica de prueba en los procesos familiares; y el teórico-jurídico, para el estudio de esta máxima, desde puntos de vista doctrinal, constitucional, normativo y jurisprudencial. También, se acude a métodos empíricos como el análisis de contenido y, formando parte de este, la técnica de la entrevista.

La observación es otra de las técnicas empleadas, pues, a partir de las apreciaciones captadas en el ejercicio de la actividad judicial, la tramitación de distintas materias y las disímiles acciones de control y supervisión, han sido advertidas deficiencias en la aplicación efectiva y oportuna de los poderes con los que cuenta el juez, lo que está relacionado, principalmente, con la adecuada admisión de las pruebas y su práctica, la identificación de las partes que pudieran encontrarse en situaciones de evidente desventaja o vulnerabilidad y la omisión de pruebas de oficio con las que pudiera alcanzarse certeza de los hechos. Se aspira a contribuir, así, al desarrollo del Derecho nacional y el perfeccionamiento de la impartición de justicia.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES

La igualdad presenta dos niveles o dimensiones fundamentales: formal y material. Ambas son complementarias y se refuerzan de forma mutua, en la búsqueda de una sociedad justa y equitativa. Las dos deben ser consideradas en el momento de diseñar políticas públicas, tomar decisiones judiciales y promover la igualdad de oportunidades para todos los individuos.

Acuña (2009) ha sostenido que

la primera suele identificarse con las exigencias jurídico-políticas sintetizadas en el principio de igualdad ante la ley, también denominado igualdad jurídica e igualdad de trato e impone que la ley se aplique de forma uniforme a todos los individuos, sin distinciones arbitrarias o injustificadas, ni discriminación por razón del género, la etnia, la religión o cualquier otro factor que pueda vulnerar la dignidad humana, implica además la consideración de las diferencias individuales y la adopción de medidas correctivas para alcanzar una verdadera equidad. (s.p.)

La segunda, en cambio, consiste en el simple hecho de tomar en consideración criterios materiales y de contenido, a la hora de determinar las exigencias del principio de igualdad. En la filosofía política y jurídica, suele entenderse como el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales.

Desde la posición de autores como Rodríguez (1973), Pallares (1973), Cayuso (2009), Didier (2011), Yarza (2013), Loutayf (2017) y Villavicencio (2018), se reconoce esa doble vertiente. Estos estudiosos destacan que se deben equiparar las posibilidades de todos los ciudadanos para ejercer sus derechos, reclamar la protección jurídica del Estado en igualdad de condiciones, sin distinción o discriminación jurídica, y obtenerla.

La igualdad debe ser analizada desde su carácter trifronte (derecho-principio-valor). En su condición de derecho, habilita a los individuos para oponerse a normas o actos violatorios de aquel principio, en términos generales, o francamente discriminatorios desde lo específico (estatus negativo), o exigir algún comportamiento determinado de los poderes públicos (estatus positivo).

Como garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos. En esta línea, interesa determinar cuál es el parámetro para maximizar la tutela en el sistema jurídico constitucional. De acuerdo con Cayuso (2009), «en su condición de principio, irradia al resto del ordenamiento, pues constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización [...]» (pp. 382-383).

Se concluye que debe ser una garantía esencial protegida por el texto constitucional de cada Estado. En consecuencia, se erige en presupuesto ineludible de la sentencia y se obtiene al evitar situaciones de supremacía o privilegio de alguna de las partes en la conducción de los hechos del proceso o, lo que es lo mismo, al garantizar la igualdad efectiva en las posibilidades y cargas del actor y el demandado, en la alegación de los hechos controvertidos y su prueba, para lograr la plenitud del resultado probatorio.

El principio de igualdad forma parte de la gama que contempla el Derecho y, con diferentes funciones, se encuentra inmerso en las normativas jurídicas de todas las ramas e, incluso, en algunos casos, se emplea para complementar vacíos legislativos y, en otros, para integrar lagunas. Es un pilar central de un sistema democrático justo y baluarte de justicia y equidad en el ámbito jurídico, dado que garantiza que todas las personas sean tratadas equitativamente, sin discriminación alguna.

En palabras de González (2020),

los principios del Derecho constituyen [...] los componentes neurálgicos de la superestructura jurídica, que informan la conformación de la conciencia jurídica, de la legalidad, de la administración de justicia, etc., y que se refieren tanto al fundamento social (general) del Derecho, como a los fundamentos jurídicos (específicos) de los procesos que en él tienen lugar. [Y agrega que] el debate sobre los principios generales del Derecho en el pensamiento jurídico cubano estuvo alrededor de la identificación de las fuentes de los principios generales del Derecho y de su relación con la jurisprudencia y con las cualidades creativas del juez. (pp. 44-45)

La igualdad —como concepto y principio— encuentra respaldo en los instrumentos internacionales, tales como la Declaración universal de los derechos humanos, en cuyo Artículo 1 se regula que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» (OACNUDH, 2014, p. 4).

Por otro lado, el Artículo 7 de la Convención americana sobre derechos humanos (1978, s.p.) dispone que «todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de [esta]», mientras que el 8 prevé que «toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley».

Añádese a este, el Artículo 10, conforme con el cual

toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente o imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

En el mismo sentido, el Artículo 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos consigna que «todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia» (OACNUDH, 2014, p. 64).

Del estudio realizado a los textos constitucionales de países como Colombia, Argentina, México, Ecuador, Chile y España, se observa que todos ellos se hacen eco de los tratados internacionales sobre los derechos humanos, pues reconocen, de forma expresa, que sus ciudadanos son iguales ante la ley, sin discriminación de sexo, religión, edad, raza, preferencia sexual, condición física y social. Dichos textos hacen alusión a disímiles situaciones de vulnerabilidad que encuentran similitudes. En el caso de Ecuador, además, se enuncian el estado de salud, portar VIH, la condición migratoria, el pasado judicial, y se regula, en el propio articulado, que la ley sancionará cualquier manifestación de discriminación.

La Constitución española resulta ser la única de las estudiadas que propugna, como valor superior de su ordenamiento jurídico, la igualdad; en el resto de los países, no se enuncia este principio y menos

se conceptualiza. Solo el Artículo 31 de aquella declara que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad, lo que demuestra que lo reconocen como uno de los principios generales del Derecho.

En Cuba, la igualdad de las partes es un pilar fundamental del sistema jurídico nacional. De forma especial, en el ámbito judicial y, particularmente, en los procesos de familia, su aplicación adquiere una mayor relevancia porque está relacionada con la protección de los derechos de individuos involucrados en situaciones familiares delicadas.

El texto constitucional cubano vigente introduce avances significativos en materia de principios, derechos y garantías, además de asegurar el ejercicio de los derechos y delimitar diversas formas de salvaguardarlos ante posibles vulneraciones. Un rasgo a destacar en la Carta Magna recae en el reconocimiento y la protección de los derechos de todas las personas y su igualdad ante la ley.

Como parte del amplio proceso de creación legislativa, en el ámbito procesal, se promulgó el CPR y, en el sustantivo, el Código de las familias (CFS) (2022, pp. 2893-2995), disposiciones jurídicas de vital importancia para la temática que se aborda, teniendo en cuenta que, en ambos casos, se constata la pretensión del legislador de garantizar la igualdad de las partes en los procesos judiciales, al establecer preceptos dirigidos a la preparación y presentación de pruebas de manera equitativa y justa.

Se debe distinguir el principio de igualdad en los órdenes constitucional, sustantivo y procesal. El primero se refiere a la idea de que todas las personas involucradas en un proceso legal deben ser tratadas de manera justa y equitativa ante la ley. El reconocimiento constitucional de este derecho fundamental se considera como una garantía para la igualdad de oportunidades, la presentación de argumentos y la defensa de los intereses de las partes.

Desde el punto de vista sustantivo, los litigantes deben tener los mismos derechos y obligaciones frente a la ley, sin recibir tratos diferenciados o discriminatorios por parte de las autoridades judiciales. Las normas aplicables se interpretarán y aplicarán, de manera objetiva y neutral, sin favorecer a uno de ellos.

En lo procesal, en consonancia con la norma suprema, los litigantes deben poseer iguales oportunidades y recursos para hacer valer sus derechos y defender sus pretensiones en igualdad de condiciones, tener acceso a la misma información, pruebas y recursos legales durante el proceso judicial, ser tratados con imparcialidad por el juez o tribunal encargado de resolver el caso, el que ha de garantizarles un proceso justo y equitativo. Al llegar a este punto, se puede resumir que, en cualquiera de los tres aspectos, existen puntos de coincidencia en el contenido y el alcance de cada uno, los que se expresan en los principios del proceso, entre ellos el que es objeto de estudio.

De acuerdo con Pérez y Agustín (2015), el principio de audiencia o contradicción y el de igualdad

constituyen principios básicos de la justicia natural [...] por lo que el juez debe ofrecer a las partes procesales una posibilidad adecuada de formular sus alegaciones y de defender sus respectivas posiciones en cada una de las fases que integran el proceso, desde el mismo momento de iniciarse la litispendencia. (p. 134)

Refiere Rodríguez (1973), por su parte, que «[...] este principio es rector de la actividad del juez y de las partes», a lo cual agrega que «ambos deben estar en situación idéntica, por lo cual no debe haber ventajas o privilegios en favor de una, ni hostilidad en perjuicio de otra [...]» (p. 37).

No es suficiente contar con una amplia normativa jurídica, impregnada de valores, principios y garantías, si no existe la voluntad por parte del tribunal de hacer efectivo cada uno de ellos, desde la interpretación adecuada y el activismo en la solución de los conflictos, pues, como expresara el presidente del TSP:

Sin jueces subjetivamente dispuestos y comprometidos con los principios y valores que informan las normas y disposiciones del Derecho procesal, por muy avanzadas que estas sean, no pasarían de ser mera apariencia y envoltura formal, que no alcanza a materializarse en su contenido. (Remigio Ferro, 2019, pp. 3-9)

III. EL ACTIVISMO JUDICIAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR

El denominado *activismo judicial* tuvo sus orígenes en la doctrina nacional de los Estados Unidos de América y, luego, comenzó a desplegarse, con distintas acepciones, a mediados de la década de los cuarenta. La expresión se empleó para caracterizar el actuar de la Corte Suprema de aquel país y como criterio para examinar la conducta de los jueces. Sus definiciones varían en dependencia del ordenamiento jurídico y el enfoque que se le dé. Se asocian a estos factores, también, su contenido y finalidad.

El presente artículo aborda el activismo judicial que deriva del concepto de igualdad. Tal enfoque define y delimita la interpretación constitucional, incluso, ante la idea de libertad, y establece un paradigma de interpretación de los derechos constitucionales, separado de la senda del liberalismo tradicional.

Consecuente con la idea anterior, Racimo (2015) afirma que

[...] los jueces deben volcar toda su energía en la tarea jurisdiccional para sustanciar las cosas adecuadamente, con transparencia, con eficiencia, sin morosidad y llegando a resultados que se traduzcan en una reparación válida e integral del derecho que ha sido lesionado. (p. 89)

En el campo de la protección de los derechos humanos y la modernización de los procesos, se destacan autores como Morello (1988) —principal propulsor de esta tendencia— y otros procesalistas, entre ellos, Peyrano (2008) y Santos (2005), los que han relacionado el rol activo del juez con la adecuada dirección del proceso. Desde esta postura, se cuestiona la pasividad de los juzgadores en la interpretación de las leyes y se le vincula a la pacificación de los interesados antes que la sentencia misma.

El activismo judicial en el Derecho familiar se refiere a la intervención protagónica de los jueces en la interpretación y aplicación de las normas legales con el objetivo de proteger los derechos de las personas involucradas en los asuntos. De acuerdo con García y Verdugo (2013), «la definición de activismo judicial dependerá del concepto que se tenga de democracia, del rol de los jueces dentro del sistema político [sic], y de teorías jurídicas acerca de la interpretación normativa y la función jurisdiccional [...]» (p. 64).

La doctrina no es pacífica en el tema. Para algunos estudiosos, como Morello y Campaña (2007), Maraniello (2012), Manso Lache y González Chau (2015), Peyrano (2017) y Duquelsky (2018), el activismo es una herramienta legítima y necesaria en la protección de los derechos fundamentales, la corrección de las injusticias y la promoción del progreso social. La creatividad de los jueces permite adaptar la ley a las realidades cambiantes de la sociedad.

En cambio, otros sostienen que quienes juzgan no han de exceder sus funciones e interferir en las políticas públicas o legislar desde el estrado judicial, con lo cual pueden, además, socavar el principio de separación de poderes y la democracia representativa (Monteleone, 2010; Berizzone 2010; Masciotra, 2014; Sánchez, 2011; Waltman, 2015). Un sector más moderado (González, 2012; Gómez y Ramírez, 2017; Mantecón, 2022) aboga por que se reconozca su importancia en la protección de los derechos individuales y colectivos, a la vez que se respeten los límites del poder judicial y la autonomía de los otros poderes del Estado. En general, se reconoce la complejidad del tema y la necesidad de analizar cada caso concreto considerando múltiples factores, como los contextos social, político y jurídico en los que se desenvuelve.

El alcance del activismo judicial en asuntos familiares puede manifestarse en la interpretación amplia de disposiciones normativas que permitan proteger los derechos de las partes involucradas, así como en la adopción de medidas que fomenten la inclusión, la equidad y el respeto a la diversidad familiar. A pesar de su importancia, tiene límites que deben ser respetados, en aras de mantener el equilibrio entre los poderes del Estado y garantizar la imparcialidad de la justicia. Estos incluyen la obligación de los jueces de actuar con responsabilidad y prudencia, ceñirse a la ley, respetar las competencias del poder legislativo, evitar la arbitrariedad en sus decisiones, y respetar los principios de legalidad y seguridad jurídica.

En este mismo sentido, es importante analizar la relación entre el activismo judicial y el garantismo, pues ambos son conceptos que abordan la función de los tribunales desde perspectivas diferentes, pero complementarias. El activismo implica una intervención más proactiva de los jueces en la protección de derechos y la aplicación de la justicia. El garantismo es esencial para asegurar que la actuación de los jueces se base en el principio de legalidad y respete los derechos

fundamentales, con lo cual se evitan interpretaciones subjetivas o discrecionales que puedan comprometer la imparcialidad.

Es fundamental encontrar un equilibrio entre la protección activa de derechos por parte de los jueces y el apego a las normas establecidas para garantizar la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. En resumen, el activismo judicial es una herramienta importante en los asuntos familiares para resguardar a las personas y promover la equidad; sin embargo, resulta esencial actuar en los límites establecidos por la ley y respetar los principios democráticos y constitucionales. A la vez, ello implica asumir el compromiso con la defensa de tales derechos, utilizar la autoridad y competencia conferidas para impulsar el cambio social y proveer mayor justicia, con equidad y culto a los derechos humanos en este ámbito, a un tiempo, tan íntimo y relevante para la sociedad.

IV. PODERES DEL JUEZ FAMILIAR E IGUALDAD PROCESAL

Los conflictos familiares que se presentan ante los tribunales cubanos exigen que los jueces, además de poseer los conocimientos necesarios para tramitarlos y solucionarlos, en virtud de los principios y procedimientos que rigen este ámbito jurídico, regulados en el CFS (2022, pp. 2893-2995), se impregnen de la sensibilidad que acompaña a estos asuntos, por su propia naturaleza y las características de los litigantes y otras personas involucradas, algunos de los cuales pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad, y que incorporen una actitud proactiva, para la salvaguarda de esos intereses.

En este sentido, Álvarez-Tabío Albo (2016) enfatiza la necesidad de «dotar a la justicia, en general, y a la justicia familiar, en particular, de un rostro humano, cálido y cercano a los intereses de todos los involucrados» (p. 40); según sus palabras, «la familia [...] merece y requiere de un tratamiento especial en todos los ámbitos, y en el plano judicial necesita de gente especializada» (p. 41).

Aunque son muchos los principios a tener en cuenta, el de igualdad requiere una singular atención, pues su cumplimiento equipara las posibilidades de las partes litigantes. En sede familiar, cabe preguntarse quién es el sujeto procesal al que atañe el deber de velar por el cumplimiento,

el respeto y la efectividad de aquel. A las partes, por su interés en el asunto sometido al conocimiento judicial, toca hacer que se cumpla con las garantías constitucionales y procesales, y exigir el respeto o restablecimiento de estas, si resultan vulneradas en algún momento procesal. Pero el juez desempeña un rol relevante en el cumplimiento de las normativas sustantivas y procesales. Los poderes que estas le confieren, unidos a las exigencias propias de la sociedad actual, influyen, necesariamente, en las posturas y decisiones que los juzgadores adoptan, en especial, en el momento de admitir, disponer y valorar las pruebas, lo cual los convierte en uno de los protagonistas del proceso.

El origen histórico de las posiciones sobre las facultades probatorias del juez encuentra sus raíces en la reforma procesal austríaca de 1895, bajo la conducción de Klein, quien reconoce las amplias potestades de aquel para conducir el proceso e intervenir en las pruebas a practicar y la decisión del material de hecho a valorar. En este sentido, Franco Cipriani (1995) sostiene que

el juez no se limita a juzgar, sino que administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final. Él, a tal fin, cuenta con amplios poderes discrecionales, con la obvia consecuencia de que no es más, como en los ordenamientos liberales, una marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran de los hilos, sino el director, el timonel, el representante profesional del bien común, aquél a quien el legislador asigna la delicadísima tarea de asegurar que en el proceso, instituto de derecho público sean también satisfechos, junto con los intereses de aquellos, los más altos valores sociales. (pp. 4-5)

De manera general, tales facultades pueden clasificarse desde las dos vertientes fundamentales de la justicia: la formal y la material. Al respecto, indica Rodríguez (1990) que

[...] por poder de dirección debe entenderse la suma de atribuciones del juez en cuanto al impulso del juicio y la reglamentación de la prueba; [el que] se extiende a dos campos sustancialmente diferentes en cuanto a su contenido y ámbito de aplicación, pero cuya imbricación posibilita, o por lo menos facilita, un resultado procesal eficiente [...]. (p. 90)

Se entiende por *dirección material* (social) la actividad desplegada para garantizar el equilibrio y procurar la certeza; mientras que la

formal, también conocida como técnica o gerencial, es la actuación destinada a imprimir celeridad y economía en el proceso judicial, en bien de la sociedad que requiere resultados menos onerosos, y de los contendientes que necesitan definir sus conflictos, rápida, justa y económicamente.

Ferrer Beltrán (2017) menciona seis poderes probatorios que los ordenamientos pueden reconocer con una amplitud menor o mayor. Entre ellos, según refiere, se encuentra

la potestad del juez de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes, la capacidad de intervenir en su práctica, de indicar lagunas probatorias que estas deberían integrar, pudiendo [sic] incluso determinar cuáles concretamente deberían aportar y no han aportado al procedimiento. (pp. 137-164)

A aquellos, se unen otras potestades, como las de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas, alterar la carga probatoria durante el desarrollo del proceso, decidir qué hipótesis fácticas se consideran probadas, así como identificar la ausencia de estándares probatorios que apelen a criterios controlables intersubjetivamente. La mayor de todas ellas es la de decidir el grado en que una hipótesis fáctica debe ser corroborada para considerarse probada y, con ello, dirimir el procedimiento.

La dirección formal abarca las posibilidades de admitir la demanda o rechazarla, controlar los requisitos de procedibilidad, impulsar las actuaciones y velar por la buena marcha del proceso, en lo cual desempeña un papel principal la gestión procesal; la material confiere al juez un poder de intervención, pues, no solo controla el proceso técnicamente, sino también las cuestiones de fondo.

Para Montero Aroca (2001, pp. 129-165), estas facultades quedan limitadas a arbitrar la contienda, sin posibilidad de introducir hechos ni incorporar pruebas, en tanto Morello (2001) postula que el juez debe tener una posición más activa, dirigida a «quebrar una actitud pasiva o de libertad negativa, porque sabe que, al actuar así, declina de sus deberes, especialmente el básico del acceder a la verdad jurídica objetiva» (pp. 213-243). Esta postura se considera acertada, ya que el tribunal tiene la misión de impartir justicia, lo que solo es posible, si alcanza certeza de los hechos y actúa en correspondencia.

De ahí la importancia de analizar las potestades concedidas al juzgador, las que abarcan un cúmulo de funciones que comienzan con el estudio del escrito promocional, mediante el que se plantea el litigio. Luego, le sigue la tramitación del asunto, a partir de su naturaleza y sus peculiaridades, que conlleva a la decisión del caso y, por último, la ejecución de la decisión, cuando proceda. Lo anterior resume lo analizado por Hierro (2022), al referir que «la cuestión estriba en relacionar lo que puede hacer el juzgador con las clásicas voces derechos, facultades, potestades, poderes, e incluso obligaciones» (p. 61).

Vale la pena analizar la potestad de disponer pruebas de oficio en cualquier estado del proceso, que ha resultado controvertida. La relación entre las facultades de las partes y los poderes del tribunal no es, necesariamente, disyuntiva. Sobre este particular, Mantecón (2010) expone dos tesis; en la primera de estas plantea que, «al otorgar poderes probatorios al juez, se priva de ellos a los contrincantes, pues no se trata de una competencia entre ambos» (pp. 90-91); en la segunda, asegura que,

cuando el juez determina la realización de prueba para el mejor esclarecimiento de los hechos relevantes, no está, en absoluto, usurpando función de la parte; no está actuando en el lugar de ella, haciendo algo que a ella, y sólo a ella, incumbía hacer. Su iniciativa no es, en rigor, un sucedáneo de la iniciativa de la parte: es algo inherente a su misión de juzgador. Él no actúa como sustituto de la parte, actúa como juez, empeñado en juzgar bien. (pp. 90-91)

Este último criterio parece más atinado. El hecho de que el juez disponga la práctica de pruebas de oficio no significa que se encuentre parcializado con alguna de las partes, sino que considera que, con las practicadas, el hecho o las afirmaciones no han quedado suficientemente sentadas. En tal supuesto, lógicamente, desconoce su resultado, por lo que no puede tomar partido por ninguno de los contendientes. Por el contrario, no disponer pruebas, cuando el caso lo amerita, puede interpretarse como un signo de parcialidad y una infracción al principio de igualdad, pues supone que una de las partes saldrá perjudicada.

El debate doctrinal es resumido magistralmente por Hierro (2023), cuando afirma:

El esclarecimiento de los hechos es una de las principales funciones del órgano juzgador, pues sobre ellos recae la labor

de valoración de la prueba y posteriormente el fallo del caso. Sin embargo, la tramitación de los procesos implica una serie de actos del tribunal que requieren de su constante intervención, tanto en el orden procesal como en el material. El papel del juez constituye, en los contornos de la nueva norma, una cuestión de principalística procesal, pues determina el comportamiento que debe asumir la judicatura en todo momento, ya sea el tipo procesal ordinario o sumario, ya sea la naturaleza del asunto disponible o indisponible, pues en los casos de familia y los de trabajo y seguridad social, se acentúa el protagonismo de la judicatura.

Para mantener ese papel activo durante todo el iter procesal, el juez cuenta con un abanico de poderes, regulados en el cuerpo del CPR, que le permiten desarrollar la función que les viene atribuida constitucionalmente. Los poderes del juez constituyen la base de su actuación no solo en el impulso y dirección del proceso, sino también en la toma de decisiones, por lo que abarcan dos direcciones: una, asociada a impulsar los actos del proceso, de cara a lograr una impartición de justicia expedita y eficiente; y otra, que respalda y justifica su intromisión en asuntos originalmente reservados a las partes, como paliativo al principio dispositivo, que son los conocidos y polémicos poderes probatorios e instructorios. Por supuesto, el radio de acción que permite al juez un menor o un mayor despliegue de su actividad está en dependencia de la naturaleza de los derechos para los cuales se reclama la tutela judicial; de ahí que a intereses superiores corresponda un mayor protagonismo al juzgador. (p. 438)

El Artículo 292.2 del CPR (2021, p. 4019) regula la facultad del tribunal de acordar, de oficio, la práctica de las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en cualquier estado del proceso; el apartado 3 del propio precepto prevé que, en los procesos relativos a las familias, el trabajo y la seguridad social, dispone las necesarias para formarse convicción sobre los hechos.

La distinción que ha realizado el legislador para la materia familiar y el empleo del término *convicción*, en lugar de *certeza*, guarda relación con las propias particularidades de los asuntos de este orden, que ameritan mayor rigor al practicar y valorar las pruebas. El juez,

con su papel activo, debe ser capaz de comprobar los hechos y proteger el interés superior de las personas menores de edad.

Ello ratifica lo defendido hasta el momento en el sentido de que el tribunal está obligado a profundizar en cada medio aportado, analizarlo y valorar la suficiencia del material probatorio con el que cuenta para dictar la resolución correspondiente, e ir más allá del esclarecimiento de las posturas de los litigantes, siempre que respete los derechos y las garantías de las partes, bajo los presupuestos del principio de igualdad, ponderado a partir de las posibilidades con las que cuente cada interviniente.

El juez familiar patrio tiene ante sí el reto de materializar los principios y valores consagrados en la CRC, con respaldo, también, en las normas sustantivas y procesales promulgadas posteriormente. A tal fin, cuenta con el conjunto de potestades y facultades que recogen los artículos del 55 al 64 del CPR (2021, pp. 3988-3989), junto a otras dispersas en la regulación de la ley ritual. El Artículo 57, inciso a), prevé, de forma expresa, que el tribunal dispone, de oficio, las medidas necesarias para mantener la igualdad de las partes en el proceso. Dicho principio se halla reconocido, a la vez, en el Artículo 3, inciso a), del CFS (2022, p. 3978), adosado a su par negativo de no discriminación.

Los poderes probatorios concedidos al juez le ofrecen disímiles posibilidades, entre ellas las de dirigir e impulsar el proceso, de acuerdo con los plazos previstos, fijar las audiencias y determinar las actuaciones necesarias para el adecuado desarrollo del litigio. Asimismo, puede controlar la actividad probatoria, con apego a los principios de contradicción e igualdad, y hacer comparecer a las partes en cualquier estado del proceso, requerir la presentación de pruebas adicionales, tomar decisiones en cuanto a la suspensión de los términos, exigir el cumplimiento del mandato judicial, realizar diligencias para esclarecer la controversia o distribuir, excepcionalmente, la carga de la prueba, en aquellos casos en que los intervinientes no sean capaces de aportar las necesarias.

En la práctica judicial, existen diversas situaciones que pueden necesitar de una mirada más profunda; tal es el caso de aquellos procesos en los que el demandado rebelde se presenta a la audiencia, pues, sin entrar a cuestionar las razones que pudieron haberlo llevado a no ejercer su derecho de contestación —muchas veces, no relacionado con el posi-

ble desinterés sobre el asunto—, en ocasiones no se le interroga de forma adecuada, para determinar si es necesario disponer alguna prueba de oficio que permita alcanzar certeza sobre los hechos, con independencia de la carga probatoria que incumbe a cada parte.

También, se han identificado situaciones en las que las pruebas aportadas no guardan estrecha relación con el objeto de la litis ni son suficientes para formar convicción. En tales casos, se debe encauzar la admisión de aquellas y su práctica, desde el activismo, en ese momento procesal tan importante que es la audiencia. Para ello, es imprescindible que el juez se prepare adecuadamente, antes de celebrarla: ha de estudiar los escritos polémicos, definir los puntos controvertidos, centrar las cuestiones importantes que deben ser objeto de debate y, sobre esta base, determinar qué medios probatorios de los previstos en la ley procesal se requieren. Solo así, está en condiciones de evaluar la pertinencia y suficiencia de las propuestas, y adoptar decisiones al respecto.

El juez familiar, además, está facultado para disponer medidas de protección especiales en los supuestos en que exista una parte vulnerable, tales como personas menores de edad o adultas mayores, o con discapacidad, de modo que pueda garantizarse la participación equitativa de estas en el proceso y velar por su bienestar. Intervenir activa y efectivamente con el objetivo de nivelar las condiciones entre quienes intervienen en la litis, y asegurar que se respeten sus derechos y se cumplan los principios fundamentales de la justicia constituyen una necesidad para el Derecho de las familias.

V. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

Entre los poderes probatorios, se encuentra la distribución de la carga de la prueba, conocida en la doctrina, también, como *carga dinámica*. Pudiera considerarse que esta traspasa los límites que debería tener el juez en la dirección del proceso y compromete su imparcialidad. Sin embargo, tal prerrogativa, ejercida conforme con las reglas previstas en ley, lejos de causar un perjuicio a las partes, permite amparar a aquella que se encuentre en una situación de desventaja por determinada vulnerabilidad o limitación. En tal sentido, se convierte en una herramienta de la igualdad procesal, en la medida en que facilita equilibrar las posiciones entre los contendientes.

La carga dinámica de la prueba deviene, entonces, un principio jurídico que busca garantizar la igualdad entre las partes de un juicio. La carga de probar los hechos controvertidos no debe recaer, únicamente, en una de ellas, sino que ha de distribuirse de manera equitativa y flexible durante el proceso judicial, para asegurar que los litigantes tengan la oportunidad de presentar sus argumentos y pruebas de manera justa. Así, se evita que alguno se beneficie de una posición de ventaja injusta.

El instituto antes comentado hace posible exigir la información y las pruebas necesarias para respaldar las pretensiones, de acuerdo con la disponibilidad que tengan los involucrados sobre ellas, lo que se traduce en que, quien tenga mayor acceso a ciertos elementos puede ser requerido para que los presente, incluso, si inicialmente no le correspondía ese deber, según la distribución tradicional del *onus probandi*. Este es el criterio de *facilidad probatoria*.

Peyrano (2017) puede considerarse el padre de esta teoría. Para el procesalista argentino, «la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparte [sic] los esfuerzos probatorios» (p. 61), a lo que agrega que,

más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla [...]. Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga [...], sino que trata de complementarla o perfeccionarla [sic], flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad. (p. 430)

Dicha regla permite apartarse, excepcional y parcialmente, de la generalidad que impone a cada parte la carga de demostrar los hechos que alega, a riesgo de sufrir las consecuencias de no satisfacer esa exigencia. Entre sus detractores, se ubican Alvarado (2011), García (2010) y Palomo (2013), cuya crítica reside en dos aspectos fundamentales: por una parte, estiman que su aplicación atenta contra la seguridad jurídica, al impedir que las partes conozcan de antemano

las reglas que se impondrán en el proceso, para formular sus estrategias de defensa; por la otra, cuestionan el criterio o fundamento sobre el que se determinará quién se encuentra en mejor condición de soportar la carga de la prueba, por considerar que ello afecta la igualdad.

Posturas intermedias —Berizonce (1999) y Arazi (2008)— defienden la necesidad del cumplimiento de presupuestos básicos para la aplicación de la citada doctrina, en tanto, en el extremo opuesto, están los partidarios de su libre aplicación, sin necesidad de mayores disquisiciones —Midón (2007) y Peyrano (2008).

A pesar de sus posibles limitaciones, la carga dinámica resulta beneficiosa en la práctica judicial, pues garantiza la igualdad procesal, al permitir equilibrar las posiciones de las partes y, a la vez, promover la transparencia, imparcialidad y eficacia de la impartición de justicia. Sin embargo, no se debe abusar de ella. El empleo de la herramienta ha de apegarse a sus requisitos y fundamentos. Determinar cuándo una parte está en mejor situación para probar, con racionalidad y justeza, resulta una cuestión trascendental, si se desea que la institución no se aparte de su cometido.

Díaz (2016) enfatiza en el cumplimiento estricto de los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos, a saber, la existencia de una justificación objetiva y razonable, así como una relación de proporcionalidad y racionalidad entre esta, los hechos y el fin perseguido. Por tal razón, el tribunal debe analizar a fondo la concurrencia de un desequilibrio real en el acceso de la prueba, con el fin de proteger el derecho a la tutela y efectuar una distribución ponderada de las cargas mencionadas. Según este autor, el dinamismo de la carga se sustenta en la igualdad material y se enfoca a la corrección de los desatinos judiciales derivados de la aplicación de la regla general y estática, dado que en el proceso pueden aparecer situaciones de desequilibrio, que impidan un ejercicio eficaz del derecho a la defensa y hagan recomendable procurar la igualdad real de derechos y oportunidades, para procurar la verdad y el convencimiento en torno a los hechos que han originado la contienda (p. 2023).

La distribución de la carga de la prueba aporta significativas ventajas en clave de igualdad procesal, toda vez que permite que ninguno de los litigantes quede en situación de desventaja y que el juez alcance certeza

sobre las afirmaciones de los hechos o pretensiones. Ello revoluciona la manera de impartir la justicia en los casos familiares.

Ilustran lo anterior, por ejemplo, los asuntos en que una de las partes o los posibles interesados y perjudicados se encuentran fuera del territorio nacional, pues esta situación, aunque voluntariamente escogida, puede impedirles intervenir en el proceso y colocarlos, así, en una situación de desventaja. El juez, sin embargo, no ha de obviar su opinión, sobre todo cuando de la responsabilidad parental se trata, ya que la requiere para lograr la certeza de lo solicitado.

Como se ha dicho, el Artículo 57 del CPR sirve de base a esta institución, al permitir que el órgano judicial disponga, de oficio, las medidas necesarias para mantener la igualdad en el proceso (2021, p. 3988), previsión complementada por el precepto 58.1 (p. 3988), en el que se establece que, cuando en un proceso se presente una situación de evidente indefensión o desigualdad, —susceptible de causar un perjuicio irreparable, no imputable a la parte que la sufra, y que no tenga una solución específica en el Código—, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, adoptará las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal.

Por su parte, el Artículo 293.1 de la misma disposición (p. 4019) faculta al tribunal para, de oficio o a petición de las partes, atribuir la carga de la prueba de determinado hecho a aquella que se encuentre en una posición más favorable para demostrarlo. Seguidamente, el precepto 294 (p. 4019) regula que, en tal caso, se otorga un plazo prudencial para que el requerido aporte los medios probatorios pertinentes, decursado el cual, si no se hubiera cumplido con lo exigido, podrán tenerse por acreditados los hechos en cuestión. Ello está en relación con el Artículo 295 (p. 4019), en el que se deja sentado que la conducta evasiva o resistente de la parte obligada puede acarrear tal consecuencia.

De manera general, el tribunal debe identificar cuál de las partes dispone de mejores posibilidades para demostrar los hechos, en razón de la posesión de los medios idóneos y la cercanía al material probatorio; para ello, ha de valorar el conocimiento técnico que posea, por haber intervenido, directamente, en los sucesos que dieron lugar al litigio, y la concurrencia de alguna situación de vulnerabilidad o incapacidad que pueda suponer indefensión, entre otros elementos o circunstancias similares.

En resumen, la carga dinámica de la prueba se erige como un mecanismo clave para salvaguardar el principio de igualdad en un proceso judicial; al permitir que el juez participe, de manera más directa, en la recolección de los medios probatorios y su valoración, se fomenta un ambiente propicio para el esclarecimiento de los hechos y la toma de decisiones fundamentadas, lo que no solo promueve la equidad de posiciones, sino que, también, contribuye a garantizar la transparencia y eficiencia en la resolución de los conflictos familiares. Por esta vía, se corrigen posibles desequilibrios de información y se asegura que todos tengan igual oportunidad de hacer valer sus argumentos.

Sin embargo, su implementación no está exenta de desafíos. La discrecionalidad judicial y la necesidad de mantener la imparcialidad son aspectos que requieren especial atención para asegurar que esta facultad sea utilizada de manera mesurada, justa y equitativa. La incorporación de la institución en el CPR refleja un compromiso con la modernización y mejora continua del sistema judicial, en aras de proporcionar una justicia más transparente y accesible a todos los ciudadanos.

Identificar cuándo emplear este medio, cuáles pudieran ser las situaciones de desventaja, y cuáles pautas seguir para determinar qué parte está en una posición más favorable para probar son tareas apremiantes, ante los perjuicios que puede acarrear el ejercicio desmesurado de esta atribución. Ella, como todas las demás potestades reconocidas en el CPR, entraña una responsabilidad para el juzgador, quien, en todo caso, ha de interiorizar su alcance.

Solo de esta manera se concretará lo afirmado por Álvarez-Tabío Albo (2016), para quien se trata de hacer

justicia con rostro humano, cercana a la gente, propensa a la autocomposición de los involucrados, bajo la dirección y supervisión de un juez activo como nunca, encargado de remediar la situación, no agravarla con vencedores y vencidos en detrimento de las partes más vulnerables. Jueces visibles, presentes y partícipes, garantistas, directores del proceso, que velen por el respeto de los derechos de las partes y de las reglas del equilibrio con su imparcialidad, la bilateralidad de las audiencias, la oralidad, la intermediación y concentración, la protección, la intervención inmediata y oportuna. Justicia de acompañamiento, de acercamiento de las partes, no justicia dictatorial. (pp. 45-46)

A fin de cuentas, como la propia autora subraya,

el juez de lo familiar debe ser una persona conectada con su entorno, informada de la realidad sociofamiliar dentro del espacio geográfico en el cual dispensa justicia, con habilidades personales, negociadoras y propositivas, que faciliten la conciliación, y de una humildad infinita para aceptar que la razón no le asiste ni se impone solo por su posición, por la facultad que le corresponde de decir el derecho o como personificación de la función jurisdiccional, sino únicamente porque ha logrado, a través de su dictado, hacer justicia en el caso en concreto y ofrecer protección a quien está en desventaja en esa relación jurídico-familiar específica, a sabiendas de que trabaja con sentimientos y emociones, con el fin de recomponer la situación que presenta uno de esos tantos núcleos fundamentales de la sociedad. (Álvarez-Tabío Albo, 2023, p. 16)

VI. CONCLUSIONES

El principio de igualdad y los fundamentos teóricos que lo sustentan parten de su doble dimensión, formal y material, y su carácter trifronte, como principio, valor y derecho, en lo cual destaca su relevancia como pilar fundamental de la impartición de justicia.

La interacción entre el activismo judicial y el garantismo puede contribuir a fortalecer el Estado de Derecho y promover una justicia más inclusiva y transparente.

Las potestades y facultades otorgadas al tribunal deben ser empleadas de forma racional, especialmente, en sede familiar, dada la susceptibilidad y naturaleza de esta, así como la indisponibilidad de los derechos que se reclaman en este ámbito. Ello implica garantizar su equilibrio con el principio de igualdad.

Hacer un uso efectivo de la posibilidad para disponer pruebas de oficio presupone el examen concienzudo de las actuaciones, previo a la audiencia, y la valoración medida, en esta, de las posiciones, argumentos y propuestas de las partes.

La carga dinámica de la prueba debe ser usada de forma excepcional, para evitar lesiones al principio de igualdad.

Tanto en un caso como en el otro, el juez ha de exponer los argumentos objetivos y razonables que justifican su decisión.

Para determinar la facilidad probatoria, podrán considerarse, entre otros elementos, la posesión de los medios idóneos de prueba, la cercanía al material probatorio o las circunstancias que concurran en la parte, que la coloquen en una posición más favorable para demostrar los hechos.

Jueces y tribunales tienen ante sí el desafío de efectivizar la igualdad en la impartición de la justicia familiar. De la prudencia y sensibilidad con que lo hagan dependerá, en gran medida, la concreción de los valores constitucionales en un ámbito tan relevante para la sociedad.

VII. REFERENCIAS

- Acuña Bohórquez, J. M. (2009). *El principio de igualdad en la legislación procesal colombiana* [tesis de grado, Universidad Libre de Colombia]. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6850/AcunaBohorquezJoseMiguel2009.pdf>
- Alvarado Velloso, A. (2011). *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial ¿Qué es el garantismo procesal?* Ediciones Nueva Jurídica.
- Álvarez-Tabío Albo, A. M. (2016). El papel activo del juez en el proceso. En Matilla Correa, A., Mendoza Díaz, J. y Mantecón Ramos, A. (Coords.). *Perspectiva actual del Derecho procesal (civil y administrativo) en Cuba* (homenaje al profesor Dr. Rafael Grillo Longoria), 26-43. Ediciones ONBC.
- Álvarez-Tabío Albo, A. M. (Julio-diciembre, 2023). Nuevos retos de la justicia familiar: Adopción y compensación económica. *Justicia y Derecho*, 20(36), 13-40. <https://revistajd.tsp.gob.cu/index.php/JD/article/view/2/2>
- Arazi, R. (Octubre, 2005). *Teoría general de la prueba. La carga probatoria* [ponencia, XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal]. www.eldial.com
- Berizonce, R. (1999). Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por

- audiencias (a propósito de las reformas procesales en Argentina). *Revista de Derecho de Daños*, (5), 121-132.
- Berizonce, R. O. (2010). Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Civil Procedure Review*, 1(3), 46-74.
- Cayuso, S. G. (2009). El principio de igualdad: Problemas e interrogantes: El Sistema constitucional argentino. *Revista de Derecho Político*, (75-76), 359-383. <https://doi.org/10.5944/rdp.75-76.2009.9096>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Convención americana de derechos humanos (Pacto de San José). (1978). Organización de Estados Americanos. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3nAmericanasobreDerechosHumanos.pdf
- Declaración universal de los derechos humanos. (2014). En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 3-10. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Díaz Restrepo, J. (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. *Entramado*, 12(1), 202-221. <https://doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>
- Duquelsky Gómez, D. J. (2018). La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (41), 193-209. <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.10>
- Ferrer Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 7(2), 137-164. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697>
- Franco Cipriani, B. (1995). En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad). *Revista*

- del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 27(27), s.p.
<https://doi.org/10.32853/01232479.v27.n27.2001.163>
- García Grande, M. (2010). *Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas*. Juris.
- García, J. F. y Verdugo, S. (2013). *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Ediciones Libertad y Desarrollo.
- Gómez, M. S. y Ramírez, C. V. (2017). Las medidas cautelares innominadas y el activismo judicial. *IUSTA*, (46), 139-158.
<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2017.0046.06>
- González Álvarez, R. (2012). Eficientismo y garantismo procesales en serio: pasando la página del debate entre publicismo y dispositivismo procesales. *Derecho y Sociedad*, (38), 281-296.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13127>
- González Monzón, A. (2020). *Los principios generales del Derecho en el ideario jurídico cubano durante el período 1959-1992* [tesis en opción al grado científico de Máster, Universidad de La Habana].
- Hierro Sánchez, L. (2022). *Los poderes del juez en el proceso civil cubano* [tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana].
- Hierro Sánchez, L. (Julio-diciembre, 2023). El modelo actual de juez: Pautas teóricas y filosóficas. *Justicia y Derecho*, 20(36), 430-467 <https://revistajd.tsp.gob.cu/index.php/JD/article/view/22/19>
- Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (138), 3977-4069.
- Ley No. 156, «Código de las familias». (Septiembre 27, 2022). GOR-O, (99), 2893-2995.
- Manso Lache, J. y González Chau, A. L. (2015). El proceso de familia: una realidad. En Pérez Gutiérrez, I. (Coord.). *Derecho procesal civil*, 306-343. Félix Varela.
- Mantecón Ramos, A. (2010). *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*. Editorial ONBC.

- Mantecón Ramos, A. (Enero-junio, 2022). Notas para una primera aproximación a la prueba en el Código de procesos. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 265-292. <https://revista.unjc.cu>
- Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tla-melaua: Revista de Ciencias Sociales*, (32), 46-83.
- Masciotra, M. (2014). *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Astrea.
- Midón Sebastian, M. (2007). *Derecho probatorio: parte general* (vol. 1). Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Monteleone, G. (2010). Jurisdicción, proceso, juez en el sistema de las libertades civiles. *Teoría y Derecho*, (7), 67-74.
- Montero Aroca, J. (2001). Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (3), 261-277.
- Morello, A. M. (1988). El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*.
- Morello, A. M. (2001). *El proceso civil moderno*. Librería Editora Platense.
- Morello, A. M. y Campaña, G. G. (2007). *La Corte Suprema en acción*. Librería Editora Platense.
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos. (2014). En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 57-82. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Palomo Vélez, D. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta? *Ius et Praxis*, 19(2), 447-466. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015>
- Pérez Cruz, M. y Agustín, J. (2015). *Constitución y Poder Judicial*. Universidad Da Coruña.
- Peyrano, J. W. (2008). *Sobre el activismo judicial*. La Ley.

- Peyrano, J. W. (2017). Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes. En *Elementos de Derecho probatorio*. Rubinzal-Culzoni.
- Racimo, F. M. (Agosto, 2015). El activismo judicial. Sus orígenes y recepción en la doctrina nacional. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, (2), 89-157.
- Remigio Ferro, R. (Diciembre, 2019). Derecho procesal: sustrato instrumental de jueces y magistrados. *Justicia y Derecho*, (33), 3-9. <https://revistajd.tsp.gob.cu/index.php/JD/issue/view/5/3>
- Rodríguez Salazar, R. (1973). *El principio de igualdad procesal y el proceso de amparo*. UNAM.
- Rodríguez Urraca, J. (1990). El recurso extraordinario de revisión. *Revista de Derecho Procesal*, (1), 1-90.
- Sánchez Pilco, P. F. (2011). *Activismo judicial* [Master's thesis, Universidad del Azuay].
- Santos, M. A. (Octubre, 2005). La flexibilización de la congruencia. *Cuestiones Procesales Modernas* (suplemento especial). <http://cporesolucionesjudiciales.blogspot.com/2012/09/la-flexibilizacion-de-la-congruencia-de.html>
- Waltman, J. (2015). *Principled judicial restraint: a case against activism*. Springer. <https://doi.org/10.1057/9781137486967>

AJUSTES RAZONABLES EN LO ADMINISTRATIVO: RETOS Y DEFICIENCIAS

REASONABLE ADMINISTRATIVE ADJUSTMENTS: CHALLENGES AND SHORTCOMINGS

■ **LIC. LILIANA PALMERO MARTÍN**

Presidenta de Sala,¹ Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus, Cuba

<https://orcid.org/0009-0008-0106-9356>

lilipalmeromartin@gmail.com

Resumen

El presente estudio examina la necesidad de la adopción de ajustes razonables, como medio para hacer efectivos los derechos de las personas en situación de discapacidad en el ámbito administrativo. Se parte de la evolución y concepción doctrinal de la institución, de conjunto con las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el reconocimiento de los ajustes razonables como mecanismo de defensa, así como la regulación vigente en Cuba, lo cual permite resaltar la urgencia de una estrategia clara y concreta, desde la ley, para crear un sistema inclusivo en las administraciones públicas.

Palabras clave: Igualdad; administraciones públicas; ajustes razonables.

Abstract

This study examines the need for the adoption of reasonable accommodation as a means of enforcing the rights of persons with disabilities in the administrative sphere. It is based on the evolution and doctrinal conception of the institution, together

¹ Sala de lo Civil, de lo Familiar, de lo Administrativo, de lo Mercantil, del Trabajo y de la Seguridad Social.

with the relevant provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the recognition of reasonable accommodation as a defence mechanism, as well as the current regulation in Cuba, which highlights the urgency of a clear and concrete strategy, from the law, to create an inclusive system in public administrations.

Keywords: *Equality; public administration; reasonable adjustments.*

Sumario

I. Introducción; II. Ajustes razonables y Administración pública; 2.1. Análisis doctrinal y conceptual; 2.2. Administración pública; 2.3. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. III. Tratamiento nacional y comparado; 3.1. Orígenes en Cuba; 3.2. Análisis comparativo; 3.3. Retos y deficiencias; IV. Ajustes razonables como garantía de igualdad en la vía administrativa. V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Las personas en situación de discapacidad (PSD) enfrentan diversas barreras que pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Según el propósito establecido en el Artículo 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), de la que Cuba es signataria desde el 2007, los Estados parte tienen la obligación de «Promover, proteger y asegurar en igualdad de condiciones, el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades [sic] fundamentales por todas las personas en situación de discapacidad, así como el respeto de su dignidad inherente» (UNICEF, 2017, p. 11).

Dada su realidad, las PSD merecen del Estado y la sociedad un tratamiento adaptativo para conseguir su igualdad material. Este grupo de individuos ha tenido que enfrentar arduas luchas desde los terrenos jurídicos, políticos, sociales y médicos para conseguir que se le deje de ver como una «carga» o con una membresía cuya situación es anormal. Entre estas batallas se encuentra, indiscutiblemente, el reconocimiento de la obligación estatal de realizar los denominados

«ajustes razonables» (AR), como medio para la accesibilidad de sus derechos y la materialización de su igualdad. Dicha institución jurídica, tal como está expresada en Cuba, parece no plasmar, de manera clara y contundente, que la Administración pública es un escenario que no está exento de la obligación de realizar aquellos.

El ajuste se inscribe en el marco del derecho a la igualdad, que presenta un carácter, principalmente, reivindicatorio y busca reposicionar o adaptar una situación, de acuerdo con un orden preestablecido. En este contexto, los particulares y las administraciones públicas deben gestionar la diversidad, tanto por la vía de la legislación, mediante posibles excepciones, como a través de AR, en calidad de mecanismos subsidiarios del diseño universal.

El dibujo general del juego entre la accesibilidad universal (para todas las personas) y los AR parte del presupuesto irrenunciable de que, al ser estos algo subsidiario, un mecanismo de protección y solución *in extremis* que ofrece salidas aceptables a situaciones particulares, el dispositivo reforzado previo ha de ser lo más amplio e intenso posible (Palacios, 2004, s.p.).

En el nuevo contexto cubano, derivado del cambio legislativo, procesal y sustantivo, a partir del mandato constitucional, se reconoce, por primera vez, la figura del ajuste razonable y se crea un terreno que se hace necesario seguir expandiendo, como signatarios de la CDPD.

A pesar de que los tribunales de justicia, a tenor de la Instrucción No. 278 (2023), conocen de AR denegados por la Administración pública o, desde la Ley del proceso administrativo (LPA) (2021, pp. 4071-4093), de reclamaciones del derecho vulnerado, queda mucho por hacer con respecto al tema y por encontrar más soluciones que eliminen barreras que puedan obstaculizar el ejercicio de los derechos de las PSD ante las administraciones públicas.

A priori, se percibe una insuficiente utilización de la institución, que puede conducir a un estado de indefensión, ya sea por la inexistencia de una normativa propia que regule los AR en todos los ámbitos, ya por la novedad de la institución, de la mano de la falta de preparación de los funcionarios llamados a aplicarla, o por el inadecuado control de la actividad administrativa desde este punto de vista.

El presente trabajo pretende demostrar la necesidad de regular, de manera clara y uniforme, la obligación de utilizar los AR, como mecanismo de protección al principio de igualdad entre todas las personas, en el ámbito administrativo. Ello transita por analizar, doctrinalmente, los AR y la Administración pública, lo regulado al respecto en la CDPD, el origen del instituto en Cuba y algunas legislaciones foráneas que lo prevén, y explicar la necesidad de su incorporación explícita y exhaustiva en el ordenamiento jurídico nacional.

II. AJUSTES RAZONABLES Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. ANÁLISIS DOCTRINAL Y CONCEPTUAL

Es menester analizar qué se entiende por AR desde el punto de vista doctrinal. Según Cayo (2012), el AR corresponde a una

[...] conducta positiva de actuación del sujeto obligado por norma jurídica consistente en realizar modificaciones y adaptaciones adecuadas del entorno, entendido en un sentido lato, a las necesidades específicas de las personas con discapacidad en todas las situaciones particulares que éstas puedan encontrarse a fin de permitir en esos casos el acceso o el ejercicio de sus derechos y su participación comunitaria en plenitud, siempre que dicho deber no suponga una carga indebida, interpretada con arreglo a los criterios legales, para la persona obligada y no alcancen a la situación particular las obligaciones genéricas de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal. (p. 8)

La figura del AR va dirigida a las PSD, entendidas como aquellas que tienen alguna condición física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, según lo contemplado en el Artículo 1 de la CDPD. Dichos obstáculos colocan a estos sujetos en una situación de vulnerabilidad ante la colectividad. Para evitar tal estado, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas, establece dos conceptos a tener en cuenta por los Estados; el primero es la accesibilidad, como condición previa que busca garantizar que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente, participar plenamente en la sociedad y disfrutar, de manera efectiva

y en igualdad de condiciones, de sus derechos; el segundo es el diseño universal, que significa concebir productos, entornos, programas y servicios que puedan ser utilizados por todos, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni concepto especializado, con lo cual se pretende hacer realidad la accesibilidad universal.

El logro de estas exigencias no es inmediato; no siempre el diseño cubre todas las posibles situaciones de las personas; ahí es donde operan los AR. De vuelta al concepto del autor citado, el ajuste se presenta como el mecanismo que opera, cuando existe una situación contraria al principio de igualdad en el caso concreto porque ha fallado el sistema jurídico de derechos, que no ha sido capaz de regular todas las situaciones en que una persona puede hallarse en su interacción con el entorno que la rodea y con la mayor intensidad de protección y aseguramiento de derechos que debería esperarse de aquel.

Finsterbusch (2016) considera que «los ajustes razonables se entienden como una garantía al derecho a la igualdad, llevando la falta de concretización del mismo [*sic*] a generar una discriminación para el caso particular» (s.p.). Para este autor, el ajuste debe estar despojado de límite; de forma específica, es una configuración jurídica que pretende que determinado organismo, entidad o institución realice las adaptaciones necesarias, sin obstáculo alguno al acto o procedimiento que interesa realizar la persona que posea la discapacidad, pues no hacerlo conllevaría a discriminarla y vulnerar su derecho.

Coincidiendo con el anterior, Bolaños (2017, p. 4) afirma que los AR son mecanismos para conseguir la igualdad fáctica de las personas con discapacidad. Por su parte, el Ministerio de Educación de Argentina estima que «los ajustes razonables son todas aquellas modificaciones, adaptaciones, apoyos, estrategias, recursos necesarios para que la persona con discapacidad pueda acceder en igualdad de condiciones (equidad) y haciendo uso de sus derechos a todo aquello que requiera» (2009, s.p.). Esta exposición reafirma el fin de la institución: colocar a las PSD en igualdad de condiciones que las demás, con el auxilio de un apoyo o una estrategia.

Este autor, al igual que los otros, considera al ajuste como una adaptación, pero esta tiene que ser la adecuada; las modificaciones no pueden ser excesivas, sino las necesarias, las que requiera la situación de discapacidad en la que se encuentre la persona para ser situada en igualdad

de condiciones con el resto, pues, en caso contrario, se vulnerarían los derechos de los demás miembros del conglomerado social.

Los conceptos analizados poseen, como arista común, que los AR son mecanismos para lograr la igualdad de las PSD ante determinado entorno, ambiente o situación. Así lo consagra el Artículo 2 de la CDPD (UNICEF, 2017), que ofrece la definición más completa de la institución en estudio, al entenderla como

las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [sic]. (p. 11)

El concepto que consagra el citado instrumento internacional ha sido redactado en términos amplios, de manera que comprende las más variadas situaciones y actos. Para lograr un AR, se deben realizar adecuaciones, pero no se determinan las acciones precisas a realizar ni tampoco en qué ámbitos. La redacción se ha dejado abierta para que las autoridades o las personas encargadas de realizar los AR puedan elegir aquella(s) práctica(s) que mejor se adapte(n) para el cumplimiento de la finalidad, en consideración a las particulares características del sujeto receptor o beneficiario y su entorno, el medio o procedimiento que se debe adecuar, y las características culturales y el nivel de desarrollo de cada país o sociedad.

Las modificaciones o adaptaciones deben ser «necesarias y adecuadas», es decir, deben cumplir con el objetivo de ajustar la situación existente para que las PSD puedan incluirse, en igualdad de condiciones, en la sociedad, y eliminar la barrera existente hasta ese momento; el límite consagrado en la CDPD es la «carga indebida» para quien deba efectuarlo, sin determinar qué se entiende por esta. El AR se aplica a un caso particular o una situación específica, en virtud del (de la) cual la norma, no habiendo sido concebida con carácter discriminatorio, adquiere este carácter al ser aplicada al caso concreto. Los AR procuran garantizar el pleno goce y disfrute de los derechos humanos de las PSD en igualdad de condiciones con las demás.

Contrario sensu, la denegación de realizar los AR constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad. Refuerza esta última

característica lo indicado en el Artículo 5 de la CDPD (2017, p. 14), conforme con el cual los Estados están obligados a realizar los que resulten pertinentes y necesarios.

2.2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración pública es una organización compleja que tiene como finalidad gestionar la acción del Estado, conforme a un régimen jurídico particular; entendida como aparato, definitivamente, es un complejo organizado de órganos, organismos, servicios y otras expresiones organizativas, cuya función es proveer y garantizar la satisfacción de las necesidades generales de la colectividad, con un condicionamiento histórico cuya existencia y funcionalidad se fundamenta en el marco jurídico que la ordena y determina (Tabares, 2016, p. 37).

La noción de Administración pública se asienta, jurídicamente, en la organización administrativa, su personificación jurídica y su actividad real y efectiva; esa actividad se basa en el principio de autoridad administrativa con el respaldo del de legalidad, toda vez que ella se encamina a la satisfacción de los intereses de la colectividad, de acuerdo con la noción de interés público o social (Tabares, 2016, p. 119).

Con base en esta definición y teniendo en cuenta el propósito de los AR, sin duda alguna, esta figura es imprescindible para el ámbito de las administraciones públicas, concebidas para satisfacer a la sociedad, de la que también son parte las PSD; por tanto, aquellos son herramientas necesarias para su adecuado funcionamiento social.

Los artículos del 5 al 8 de la LPA (2021, pp. 2062-2063) no definen, propiamente, el concepto de Administración pública, sino que se refieren a la actuación administrativa, que no escapa a la aplicación de los AR, cualquiera que sea el ámbito en que se proyecte.

2.3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Cuba es parte de este instrumento, nacido en 2006, desde fecha temprana —lo firmó el 26 de abril de 2007 y lo ratificó el 6 de septiembre de ese mismo año. La CDPD tiene el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno, y en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las PSD, así como motivar el

respeto a su dignidad. En su virtud, los Estados parte quedan obligados a adoptar las medidas pertinentes para que quienes integran este grupo puedan ejercer sus derechos.

El Artículo 5 de la CDPD (UNICEF, 2017) establece:

Los Estados Partes [sic] reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y que tienen derecho a beneficiarse de ella sin discriminación alguna. Los Estados Partes [sic] prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todos los discapacitados protección legal y efectiva contra esta a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes [sic] adoptarán las medidas necesarias para asegurar la realización de ajustes razonables. (p. 11)

De su clara interpretación, se aprecia la finalidad de los AR, como mecanismo subsidiario para evitar la discriminación y garantizar un escenario de igualdad ante la ley. En criterio de la autora, para que tal previsión cumpla, cabalmente, con su finalidad, las administraciones públicas o demás entidades que brindan un servicio público han de quedar compelidas a su aplicación.

Seguido de ello, se define la aplicación de AR en tres escenarios importantes en cualquier Estado: el acceso a la justicia, la educación y el trabajo, todos los que resultan vinculantes, de una forma u otra, para las administraciones, incluida la pública.

En su Artículo 13, el citado Convenio refiere:

los Estados Partes [sic] asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, incluso mediante ajustes de procedimientos, para facilitar el desempeño de esas personas como participantes directos o indirectos en todos los procesos judiciales. Con ese propósito, se promoverá la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario. (UNICEF, 2017, p. 21)

Más adelante, se abordará el impacto de este precepto en el país a raíz de la reforma legislativa nacional.

Por su parte, el Artículo 24 indica:

Los Estados Partes [sic] reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación mediante un sistema de educación inclusivo y gratuito a todos los niveles, con miras a desarrollar en estas personas el potencial humano, el sentido de la dignidad y la autoestima, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, la personalidad, los talentos, la creatividad, así como sus actitudes mentales y físicas, haciendo los ajustes razonables en función de las necesidades individuales y prestándoles el apoyo necesario, con vistas a conseguir tal inclusión. (UNICEF, 2017, p. 30)

Por último, el Artículo 27 establece:

Los Estados Partes [sic] reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo elegido o aceptado libremente, en entornos laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles.

Los países promoverán y salvaguardarán el ejercicio del derecho al trabajo sin discriminación, adoptando las medidas pertinentes, las cuales estarán dirigidas a la promulgación de legislación, la protección del derecho a condiciones de trabajo seguras, saludables, justas y favorables, a igualdad de oportunidades, de remuneración por trabajo de igual valor, al acceso a programas de rehabilitación y orientación técnica y vocacional y a servicios de colocación y formación profesional, la promoción de oportunidades empresariales, de empleos por cuenta propia y de constitución de cooperativas, al empleo de los discapacitados en el sector público y privado, la realización de ajustes razonables en los puestos de trabajo, entre otras. (UNICEF, 2017, p. 34)

Si bien el Artículo 5 prevé los AR para rediseñar y adaptar cualquier situación en la que se limite u obstaculice el libre y pleno ejercicio de los derechos de las PSD, con base en el principio de igualdad de todas las personas ante la ley, los preceptos antes citados enfatizaron la obligación de realizarlos en los tres escenarios mencionados, dada la importancia de cada uno de ellos; sin embargo, esto no impide su utilización en cualquier otro espacio que pueda suponer una

barrera para las PSD, en atención a que la definición tiene un amplio rango de acción, que se extiende a la salud, la cultura e, incluso, el que es objeto de estudio, el de las administraciones públicas.

En este punto, la Convención es especialmente ambiciosa, pues vincula la figura a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo cual amplía, formidablemente, su radio de acción y vigencia. Se reconoce, así, que las PSD experimentan restricciones, limitaciones y exclusiones, por motivos de su situación, en el ejercicio y goce de los derechos y las libertades fundamentales que les son inherentes, no solo los que dependen del acceso previo.

Como bien establece la CDPD, la realización de los AR no ha de suponer una carga desproporcionada o indebida, pero, a diferencia de otras legislaciones europeas, no ofrece criterios o pautas orientadores(as) para determinar cuándo puede considerarse que el ajuste es indebido, los(las) que deben concretarse por cada Estado parte en su Derecho interno.

III. TRATAMIENTO NACIONAL Y COMPARADO

3.1. ORÍGENES EN CUBA

El país antillano incorporó los AR desde 2007, cuando ratificó la CDPD. De conformidad con el Artículo 8 de la Constitución de la República (2019, p. 72), los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno o se integran a él. A raíz de la entrada en vigor de este texto, en cuyo Artículo 89 (p. 85) se reconoció la protección de los derechos y las garantías de las PSD, el CG-TSP dictó la Instrucción No. 244 (2019, pp. 473-477) —hoy derogada—, que uniformó la práctica judicial en los procesos inherentes a la modificación de la capacidad de obrar, en consonancia con los preceptos 30 b) y c), y 31 b) y c) del Código civil (CC) (Carrasco, 2000, pp. 23 y 24).

Pese a sentar pautas procedimentales para el proceso de incapacitación judicial, la restricción de la capacidad de obrar, por razón de enfermedad mental, y la restitución o gradación de la capacidad, con base en la Convención, la disposición dejó fuera los AR, pues se sustentó en la institución de la representación sobre la figura del tutor hacia la PSD, quien no podía decidir, de manera autónoma, según la manifestación de su voluntad, debido a que, a tenor de lo dispuesto

en los artículos del 29 al 32 del CC (Carrasco, 2000, pp. 23-24) era considerada *incapaz*. En consecuencia, los actos jurídicos que realizaba estaban sujetos a procesos de interdicción civil, que requerían de la intervención del tutor para efectuarse, válidamente.

La reforma legislativa desarrollada en el país marcó un antes y un después en la institución del AR que, hasta el momento, había sido refrendado, únicamente, a nivel convencional. Con la entrada en vigor de la Ley de los tribunales de justicia (LTJ) (2021, pp. 3929-3975), el Código de procesos (CPR) (2021, pp. 3977-4069) y la LPA (2021, pp. 4071-4093), se estableció un amplio abanico de garantías procesales y facultades, en pos de la igualdad y el acceso de las personas a los medios de justicia. Así, se reconocieron los AR.

La aprobación posterior del Código de las familias (CFS) (2022, pp. 2893-2995) modificó el CC y eliminó los viejos conceptos de incapacidad y capacidad restringida, para garantizar el reconocimiento de los derechos de las PSD, desde los apoyos y AR, es decir, la asistencia y no la representación. Ello fue complementado por la Instrucción No. 278 (2023, pp. 35-42) del CG-TSP. Luego, se promulgó la «Ley de procedimiento administrativo» (LPAD) (2024, pp. 2061-2130), que reguló, por vez primera, los AR en este ámbito, con trascendencia al reconocimiento de los derechos de las PSD.

3.2. ANÁLISIS COMPARATIVO

Los AR, como mecanismo secundario para modificar, cuando sea preciso, el engranaje diseñado por la sociedad, ha sido reforzado en distintos pronunciamientos internacionales; uno de los más completos es el Convenio europeo de derechos humanos (s.f.).

La Corte Europea de Derechos Humanos, en materia de discapacidad, ha aplicado los AR, mediante el conocido «test de proporcionalidad», lo que ha llevado a prohibir los procedimientos diferenciados que resulten discriminatorios. Se basa, para ello, en los tres criterios esenciales a que está sujeta dicha técnica: *primero*, el Estado debe demostrar que el ajuste persigue un fin legítimo; *segundo*, ha de darse una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad procurada; y, *tercero*, no debe existir otra medida capaz de alcanzar el mismo fin con menor daño para el derecho indivi-

dual de aquel a quien se limita en el ejercicio de un derecho legítimo, a favor de la PSD.

En el año 2000, el Consejo de Europa obligó a los Estados parte a adoptar AR en el acceso al empleo y, durante este, mediante la Directiva No. 78 (pp. 16-22). Posteriormente, se adoptó, en España, la Ley No. 51 (2003, pp. 4-18) que, aunque derogada en la actualidad, reguló los AR, con carácter general, para todos los derechos, más allá del campo laboral que establecía la disposición comunitaria.

La citada ley siguió el dibujo que hacen de la institución las legislaciones de otros países desarrollados en materia de protección a los derechos de las PSD (Canadá y Estados Unidos de América), y entidades supranacionales (Unión Europea), según revela el estudio realizado en 2008 por la Fundación F. Largo Caballero (pp. 2-68). Esta disposición normativa inaugura un nuevo sistema de igualdad de oportunidades que define los AR y los hace operar, de conjunto con la no discriminación, la accesibilidad universal y el diseño para todas las personas. En el Artículo 4 (2003, p. 8), se considera que la falta de AR, cuando ellos resulten obligados, constituye una infracción del derecho a la igualdad y parte sustantiva de las garantías legales de no vulneración de los derechos de las PSD.

En España, luego de la promulgación de la Ley No. 51, se dictó la Ley No. 49 (2007), que estableció el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las PSD. De acuerdo con el Artículo 2 (s.p.), constituyen infracciones administrativas

las acciones y omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora. (2007, s.p.)

En tal sentido, el incumplimiento de lo dispuesto en la ley es considerado una infracción administrativa, acreedora de las sanciones correspondientes en esta sede. Por su parte, los acosos o el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad adquieren la misma protección que las discriminaciones.

Argentina es otro país que contempla los AR, en virtud de haber ratificado la CDPD, y haberla elevado a la jerarquía constitucional, mediante la Ley No. 27.044 (2014, s.p.). El Artículo 16 de la Constitución de esa nación establece que se debe garantizar la igualdad ante la ley de todas las personas (2016, p. 8). Siguiendo los mandatos convencional y constitucional, se han dictado algunas normas para la aplicación de AR en el escenario del trabajo y el empleo, tales como la Ley No. 25.164, «Ley marco de regulación de empleo público nacional» (1999, s. p.), que garantiza la igualdad en el acceso a la función pública y en el desarrollo de la carrera administrativa, entre otras destinadas a asegurar la accesibilidad de empleo para las PSD.

En México, el 30 de mayo de 2011, se puso en vigor la «Ley general para la inclusión de las personas con discapacidad» (2024, pp. 1-35), en la que se define el concepto de AR, en relación con los de accesibilidad, discriminación por motivos de discapacidad y otras figuras que irradian en las esferas en que es posible la vulneración de un derecho fundamental, por una situación de discriminación, ya sea de manera directa o indirecta.

En Perú existe la Ley No. 29973, «Ley general de la persona con discapacidad» (2012, pp. 1-52), en cuyo Artículo 4.1 se prevé la no discriminación contra PSD como uno de los principios rectores de las políticas y programas del Estado. La regulación sobre la igualdad y no discriminación, establecida en el Artículo 8.2 de la disposición, no dista en demasía de los estándares sobre igualdad que se han desarrollado en el Derecho internacional de los derechos humanos, dado que la denegación de AR se considera una forma de discriminación. Esta precisión vislumbra un paso firme y garantista hacia la inclusión y accesibilidad en ese país.

En síntesis, varios países del continente americano regulan los AR y les reconocen un espacio general de actuación, a diferencia de Argentina que ha desarrollado la figura, principalmente, en materia de trabajo y empleo. No obstante, la norma más completa que se identifica es la de la Unión Europea y, entre los ordenamientos nacionales integrados a esta, la española, que iguala la inaplicación de AR a las discriminaciones, los acosos o el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y considera su inobservancia una infracción administrativa. Ninguna de las legislaciones estudiadas ha vinculado la institución, específicamente,

con las administraciones públicas, aunque pueda inferirse la obligación de estas de aplicarla, a partir de las normas generales.

3.3. RETOS Y DEFICIENCIAS

En Cuba, con la entrada en vigor de la CRC (2019, pp. 69-116), se reforzaron los derechos de las PSD. El Artículo 89 (p. 85) regula la obligación del Estado, la sociedad y las familias, de proteger, promover y asegurar el pleno ejercicio de los derechos de aquellas, su rehabilitación, el mejoramiento de su calidad de vida, su autonomía personal e inclusión social. En tal sentido, el precepto 40 (p. 79) establece la dignidad humana como valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en el texto supremo y los tratados internacionales de los que Cuba es parte, conforme con lo prescrito en el Artículo 8 (p. 72) de la ley de leyes, lo cual incluye la CDPD.

El Artículo 42 constitucional establece la máxima de que

todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razón de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencias religiosas, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana.

Todos tienen derecho a disfrutar de los mismos espacios públicos y establecimientos de servicio.

Asimismo, reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna. La violación de este principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley. (p. 79)

El AR es un medio secundario para garantizar ese postulado, dados los propósitos a los que sirve, anteriormente explicados. Complementa lo dicho el Artículo 94 del texto superior, vinculado con el 13 de la CDPD (UNICEF, 2017, p. 21). Conforme con el primero de ellos,

toda persona —sin discriminación alguna—, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto

en el ámbito judicial como administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes:

- a) Disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte;
- b) recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene;
- c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido;
- d) acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, en los casos que corresponda;
- e) no ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme del tribunal;
- f) interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan;
- g) tener un proceso sin dilaciones indebidas y;
- h) obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba. (pp. 86-87)

Esta previsión constituye la base de la trascendencia y necesidad de aplicar los AR en los casos que lo requieran. Cuando a la PSD se le dificulta gozar de los derechos recogidos en el precepto o el Derecho, en general, deben adoptarse medidas en lo administrativo y lo judicial que, razonablemente, le permitan disfrutarlos, como método alternativo del diseño universal. En ello reside la garantía de seguridad jurídica.

El Artículo 13 de la CDPD deja clara la obligatoriedad de los Estados parte de aplicar ajustes de procedimiento, en caso de ser necesario, en aras del acceso a la justicia. Esta figura, a la que hace mención el citado enunciado, no se menciona, expresamente, en la LTJ (2021, 3929-3975); sin embargo, al definirse el principio de igualdad [Artículo 13.1 d)] —uno de los que sustenta el ejercicio de la función judicial—, se constata, nítidamente, su previsión:

la justicia se imparte sobre la base de la igualdad efectiva de todas las personas; cuando el tribunal advierta la concurren-

cia de situaciones de vulnerabilidad, que puedan dificultar, ante los órganos judiciales, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, adopta las medidas pertinentes para la protección de la persona en tal condición. (p. 3932)

De similar manera, el Artículo 15 a) (p. 3933) —garantías de la función judicial— se enfila hacia lo pretendido, cuando consagra el acceso a la justicia para todas las personas.

De las normas procesales, el CPR (2021) es la única que recoge, explícitamente, esta institución. El Artículo 9.3 dispone que,

cuando se ventilen cuestiones relacionadas con las personas en situación de vulnerabilidad, el tribunal protege sus intereses; a tal fin, realiza los ajustes razonables en cuanto al acceso a la justicia, las audiencias, los actos de comunicación procesal, la intervención de los especialistas que requiera su condición, el uso del lenguaje, la redacción de las resoluciones judiciales, los medios de ejecución y cualquier otra medida necesaria para garantizar su participación y la defensa de sus derechos. (pp. 3978-3979)

Lo anterior favorece a las demás leyes procesales —142, LPA (2021, pp. 4071-4093); 143, «Del proceso penal» (LPP) (2021, pp. 4095-4251); y 153, «Del proceso de amparo de los derechos constitucionales» (LPADECO) (2022, 2047-2050), gracias al carácter supletorio de la disposición.

Según Pérez Gutiérrez (2022),

la ley adjetiva reconoce un tratamiento procesal diferenciado ante las especiales situaciones de desventaja social de las personas menores de edad y de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. En relación con las primeras, garantiza su derecho a ser escuchadas y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta, en atención a la capacidad progresiva y a su interés superior; referente a las segundas, exhorta a realizar los ajustes razonables en el orden del «acceso a la justicia, las audiencias, los actos de conminación procesal, la intervención de los especialistas que requiera su condición, el uso del lenguaje, la redacción de las resoluciones judiciales, los medios de ejecución y cualquier otra medida ne-

cesaria para garantizar su participación y la defensa de sus derechos». Apréciase que las normas utilizan el término «garantizar», lo que implica una obligatoriedad de actuación del tribunal en cada uno de estos casos y a cada paso del proceso. (p. 390)

El Artículo 9.3 del CPR, ya referido, es el único que, de manera precisa, obliga a los jueces en el ámbito de competencia de esa norma procesal, a realizar AR en su procedimiento, como medida necesaria para proteger a las personas en condición de vulnerabilidad y asegurarles la participación y defensa de sus derechos, en igualdad de condiciones; ella logra cerrar el círculo y concretar, en la práctica, el mandato de la CDPD y la CRC, sobre el pleno ejercicio de todos los derechos de las PSD y su no discriminación en el acceso a la justicia.

El CFS (2022) modificó los artículos del 29 al 32 del CC (Carrasco, 2000, p. 23). Así, cambió, radicalmente, de acuerdo con la CDPD, el ejercicio de la capacidad jurídica civil, ahora con un enfoque inclusivo de asistencia y no, como antes, de total representación. Dejaron de existir la incapacidad y la restricción de la capacidad, para contemplar las figuras del apoyo, el AR y las salvaguardias. El Artículo 29.2 establece (2022, p. 2978) que «las personas en situación de discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida».

El Artículo 30 (pp. 2978-2979) concreta los AR, al prever que, cuando la PSD requiera de estos o de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, puede solicitar los primeros y designar los segundos. Los AR son entendidos como

las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las PSD el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de sus derechos. (p. 2979)

Más adelante, el Artículo 32.2 del CC (p. 2980), extiende la provisión del AR al CPR y las normas notariales, con lo cual amplía su alcance más allá de la materia familiar. Sin dudas, la modificación que trajo consigo el CFS configuró una conquista en la interpretación del ejercicio de la capacidad jurídica y atemperó la regulación nacional a las legislaciones más modernas con respecto a este tema, al convertir a la PSD en sujeto de Derecho.

En el contexto histórico actual, tras la entrada en vigor de nuevas legislaciones procesales y el CFS, que supuso un giro de 180 grados en el ejercicio de la capacidad jurídica, se hizo indispensable instruir sobre su aplicación en el ámbito judicial, para implementar los modos de hacer en la tramitación y solución de los procesos relativos a aquella, en correspondencia con el específico tipo procesal que, al efecto, regula el CPR.

A tal fin, el CG-TSP aprobó la Instrucción No. 278 (2023, pp. 35-42), con el propósito de introducir las pautas para la implementación del sistema de protección que regula el marco sustantivo y procesal vigente, en beneficio de las PSD, en la práctica judicial, mediante el cumplimiento de los AR, la provisión de apoyos y salvaguardias. Según lo establecido en el CPR, los AR no se concibieron en el tipo de proceso establecido para el ejercicio de la capacidad jurídica, solo favorecido con las figuras de los apoyos y salvaguardias.

La mencionada disposición es clave para entender los AR en la vía administrativa. Si bien la realización de aquellos, cuando la situación lo amerite, es obligación de las administraciones públicas y los sujetos que prestan servicios públicos, en el caso de que los denieguen, el tribunal deberá disponerlos. De esta forma, la instrucción configura un mecanismo de garantía y obligación; la persona a quien le sea denegado el AR puede establecer demanda contra el compelido a dispensarlo y exigir su adopción al tribunal.

La Instrucción No. 278 complementa el CPR —que no estableció un cauce procesal ante el rechazo de una solicitud por inaplicación de los AR—; tal cuestión será conocida a tenor del Artículo 520.1 n) (pp. 4047-4048) de la mentada ley instrumental, mediante el proceso ordinario. Resulta atinada la previsión de que el tribunal, de oficio, reduzca los plazos a la mitad, como permite el Artículo 580 (p. 4058); al efecto, tiene que concederse traslado de la promoción a la persona natural o jurídica que fue requerida y se negó a adoptar aquellos.

Para pronunciarse como corresponda en Derecho, el tribunal debe tener en cuenta la proporcionalidad entre la específica necesidad del ajuste, lo pretendido y su adecuación, el carácter razonable de su adopción, la modificación o adaptación concreta que se requiera, en el orden de los derechos fundamentales, reconocidos en la CRC, las demás leyes de desarrollo y los instrumentos jurídicos interna-

cionales de los que Cuba es parte (acceso, igualdad, inclusión, no discriminación, equidad, entre otros, en todas las esferas).

En consecuencia, la disposición marca la forma de interpretación a seguir sobre los AR, establece quiénes están legitimados y deja claro que se conocerán aquellos que hayan sido denegados, previamente, como un acto de discriminación. Siguiendo su línea de enfoque, el primer escenario de aplicación de esta figura es en el que intervienen los obligados a dispensar los derechos fundamentales reconocidos. Las administraciones públicas tienen que aplicar AR, cuando el diseño predeterminado conforme una barrera para que las PSD ejerzan sus derechos y, de serles denegados, podrán exigirlos ante el tribunal competente, aun cuando no exista una norma específica que disponga tal obligación en sede administrativa.

Sin embargo, en la práctica, se ha apreciado que las PSD interponen el proceso judicial sin habérseles denegado un acto, de cualquier naturaleza, dado que no sienten la seguridad de que el requerido para su trámite aplique los ajustes, de ser imprescindibles para el ejercicio de sus derechos. Por ende, en aras del acceso de justicia y la tutela efectiva, el tribunal conoce sobre los AR y resuelve al respecto, con lo cual suple la función del obligado a dispensarlos.

Una de las deficiencias que padece la normativa cubana es, justamente, la no regulación de los AR en el ámbito administrativo, en especial, si se tiene en cuenta su diversidad normativa (legislación inmobiliaria, agraria, ordenamiento territorial y urbano, entre otras). Ello se manifiesta, incluso, en las promulgadas con posterioridad a 2007, cuando Cuba ratificó la CDPD; de hecho, la «Ley general de la vivienda» (LGV) experimentó sus últimas modificaciones en 2011, 2016 y 2018, y tampoco incluyó los AR.

La Instrucción No. 278 comporta un mecanismo de protección de la PSD, que le permite reclamar la negativa de dispensar un AR en la vía judicial. El Artículo 49 c), con relación al 35 e) de la LPA (2021, pp. 4079, 4078) puede inducir a que la Administración pública adopte normativas para regular la configuración de la institución y la forma de aplicarla, desde el ámbito administrativo.

La LPAD (2024, pp. 2061-2130) abrió una posibilidad a ese efecto, cuando en su Artículo 60.1 estableció que

todas las personas, en el ámbito de la actividad administrativa, son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana.

La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley. (p. 2070)

Respaldao la igualdad de todas las personas ante la ley, en clara consonancia con la CRC, seguidamente, la disposición menciona los AR. El Artículo 64 refiere:

1. Las personas en situación de vulnerabilidad tienen el derecho a que se les proteja, promueva y asegure la tutela administrativa efectiva y el pleno ejercicio de sus derechos en el ámbito administrativo.

2. A los efectos de esta ley se consideran personas en situación de vulnerabilidad las que, por razón de edad, condición física o intelectual, situación económica o social, presentan particulares dificultades para el pleno ejercicio, en el ámbito de la actividad administrativa, de los derechos reconocidos en las disposiciones normativas.

3. Esas personas tienen derecho a que sus asuntos sean tratados, en el ámbito de la actividad administrativa, con ajuste a las concretas necesidades y particularidades de la situación de vulnerabilidad que presenten y a que se les dé un trato especial y preferente o prioritario por parte de las autoridades correspondientes.

4. Los ajustes a que se refiere el apartado anterior de este artículo se realizan en cuanto al acceso al órgano o autoridad competentes y al procedimiento administrativo que proceda, las audiencias, los actos de comunicación procedimental, la intervención de los especialistas que requiera su condición, el uso del lenguaje, la redacción de las resoluciones administrativas, los medios de ejecución de las decisiones administrativas y cualquier otra

medida necesaria para garantizar su participación y la defensa de sus derechos. (pp. 2070-2071)

Entre las personas vulnerables a que se refiere el apartado 2 del precepto se incluyen PSD; el ajuste previsto tiene un alcance amplio y puede ser destinatario de él cualquier persona que reúna el atributo de «vulnerable», independientemente de su capacidad, máxime en relación con el principio rector de la ley procedimental: la buena Administración.

En el apartado 3, se refrenda el derecho a que los asuntos sean ajustados a las necesidades y particularidades de la situación de vulnerabilidad en la que pueda encontrarse la persona, aunque, por el objeto de regulación de esta disposición, se concentre en lo procedimental, en el camino que alguien deberá transitar sin que se menoscaben sus derechos, como se refleja en el apartado 4.

Esta ley logra darle cumplimiento al Artículo 94 de la CRC (2019, p. 86) y respalda que todas las personas, como garantía a su seguridad jurídica, disfruten de un debido procedimiento en el ámbito administrativo; el ajuste deviene un mecanismo efectivo, cuando el diseño universal falla.

IV. AJUSTES RAZONABLES COMO GARANTÍA DE IGUALDAD EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

Las administraciones públicas en Cuba son generadoras de un grupo importante de derechos que recoge la CRC, no solo en una esfera específica, sino en varias, como salud, educación, vivienda y otras, por ser estas en las que más interactúan las personas, entre ellas las que se encuentran en una situación de discapacidad. Los AR adquieren gran importancia en tal terreno, que abarca tantos ámbitos de interacción con ese grupo de individuos.

El AR hace un llamado a la imaginación práctica, a los efectos de alcanzar la plena igualdad de todas las personas en una sociedad, apoyada en una concepción de justicia social proporcional, desde una perspectiva de ciudadanía incluyente, que supone el respeto del individuo tal cual es; de ahí que las administraciones públicas no deban tratar de forzar el procedimiento, sino rediseñarlo, según la

necesidad específica del individuo para darle acceso al ejercicio de su derecho.

Si bien los documentos que rigen la política social del país expresan la voluntad de impulsar la inclusión y la accesibilidad, no todas las administraciones realizan las adaptaciones pertinentes o los AR ni agotan las posibilidades a su alcance para coadyuvar a que las PSD disfruten, efectivamente, de sus derechos; por otra parte, se subestima la capacidad de aquellas, al considerarlas incapaces de realizar los actos que solicitan.

Como consecuencia de lo anterior, las administraciones públicas deben asumir la responsabilidad en la modificación de todas aquellas barreras que limitan a las PSD. Se busca, así, que la autoridad pública resuelva, de forma práctica o por medio de un mecanismo subsidiario, situaciones en las que, al ser aplicada una ley, norma o política, o un procedimiento, formulada(o) de un modo, aparentemente, neutro y destinada(o) para todas las personas, en casos concretos, se generen injusticias. La autoridad debe reajustar su actuación para dar la solución más equitativa y justa posible, y preservar el principio de igualdad material o efectiva, en tanto las administraciones tienen el deber de buscar los mecanismos más acordes con su realidad sociocultural y económica, y adaptar prácticas, ambientes, reglas generales, etc., con el objetivo de suplir las diferencias existentes entre las personas para asegurarles la igualdad de oportunidades y accesibilidad.

Las entidades de la Administración pública y las privadas que brindan servicios públicos tienen que considerar las necesidades e intereses de las PSD y garantizarles el acceso al entorno físico, la información, las comunicaciones y los servicios e instalaciones, a fin de que no se vean menoscabadas en su dignidad como seres humanos y puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás; en resumen, han de evitar cualquier acto de distinción o exclusión por motivo de discapacidad. La aplicación de los AR impide que la persona solicitante pierda un derecho por el incumplimiento del deber formal que pesa sobre la Administración y obliga a esta a optar por la solución más favorable para aquella, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de formalidades.

Ante la falta de una norma general que regule dicha institución y pese al importante paso que supuso la LPAD, queda mucho camino por recorrer, en especial, en cuanto a la definición de las pautas o los cri-

terios para la aplicación de los AR, su extensión, efectos o finalidad e, incluso, proporcionalidad. Lo anterior plantea múltiples interrogantes: ¿quién o quiénes han de asumir responsabilidades en la realización de los ajustes?; ¿cuál es su alcance?; ¿qué criterios o pautas deben tenerse en cuenta para determinarlos?; ¿en qué casos proceden y bajo qué circunstancias?, entre otros.

El AR conlleva un criterio de inclusión e igualdad para el sujeto pasivo de la conducta o beneficiario y, a la vez, para el sujeto activo u obligado a realizarlo. Según Cayo (2012),

[...] no todas esas eventuales adaptaciones terminan siendo jurídicamente obligatorias, por más justas materialmente que puedan parecer, sino únicamente aquellas que sean razonables. El deber de realizar ajustes cesa en el momento en que los mismos *[sic]* no sean razonables con arreglo a una serie de criterios, que de ordinario la propia regulación concreta o meramente enuncia, que habrá que aplicar al caso particular suscitado. (p. 166)

No existen respuestas generales a los interrogantes anteriores en los textos jurídicos administrativos existentes, por lo que se vuelve del todo necesario analizar la figura desde la regulación de la norma procesal, el CC y la Instrucción No. 278, los que permiten acercarse a algunos principios comunes, aplicables en consideración a cada caso concreto y las especiales características concurrentes en las personas con respecto a las cuales deban realizarse los AR.

V. CONCLUSIONES

La CDPD ofrece la definición más completa que se conoce sobre los AR, al considerarlos como una actuación positiva consistente en realizar las modificaciones o adaptaciones necesarias y adecuadas para que las PSD puedan disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás. Los AR vienen requeridos por el caso particular y no han de suponer una carga desproporcionada o indebida.

Las previsiones del instrumento internacional trascienden al ordenamiento cubano, al que se incorporan. A pesar de que los AR están reconocidos en la normativa nacional, aún quedan muchos interro-

gantes por responder para su aplicación efectiva, sobre todo en el ámbito administrativo, a la vista del actual escenario.

VI. REFERENCIAS

- Bolaños Salazar, E. R. (2017). Propuestas al proyecto de Observación general No. 6 sobre el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad y la no discriminación, preparado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRPD/DGD/Article5/RicardoBolanos.docx>
- Cayo Pérez Bueno, L. (2012). La configuración jurídica de los ajustes razonables. En Durán López, A. (Dtor.) y Álvarez Ramírez, G. E. y Cayo Pérez Bueno, L. (Coords.). *Revista 2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España* (estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna), 159-183. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.
- Consejo de Europa. (Diciembre 2, 2000). Directiva No. 78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. *Diario Oficial*, (303), 16-22. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32000L0078>
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Abril 23, 2019). Instrucción No. 244 (derogada). *GOR-O*, (32), 473-477.
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Enero 27, 2022). Acuerdo No 87, «Reglamento de la Ley de los tribunales de justicia». *GOR-E*, (9), 453-507.
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Febrero 14, 2023). Instrucción No. 278. *GOR-E*, (11), 35-42.
- Constitución de la Nación Argentina (2.^a ed.). (2016). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. <https://abc.gob.ar/secretarias/sites/default/files/2021-08/Constitucion%20Nacional.pdf>

- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2017). UNICEF.
- Convenio europeo de derechos humanos. (s.f.). Corte Europea de Derechos Humanos-Consejo de Europa. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa
- Finsterbusch Romero, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. *Ius et Praxis*, 22(2), 227-252. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200008>
- Fundación F. Largo Caballero. (2008). Ajustes razonables del puesto de trabajo para personas con discapacidad. Estudio de fuentes secundarias. <http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO22275/factoresadaptpuestos.pdf>
- Ley No. 59, «Código civil». (2000). En Carrasco Perera, A. (Ed.) *Código civil y leyes civiles cubanas*, 15-116. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Ley No. 65, «Ley general de la vivienda». (Julio 24, 2017). *GOR-O*, (23), 631-677.
- Ley No. 140, «De los tribunales de justicia». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (137), 3929-3975.
- Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (138), 3977-4069.
- Ley No. 142, «Del proceso administrativo». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (139), 4071-4093.
- Ley No. 143, «Del proceso penal». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (140), 4095-4251.
- Ley No. 156, «Código de las familias». (Septiembre 27, 2022). *GOR-O*, (99), 2893-2995.
- Ley No. 169, «Ley de procedimiento administrativo». (Diciembre 11, 2024). *GOR-O*, (121), 2061-2130.

- Ley 27.044, Argentina. (Diciembre 11, 2014). <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27044-239860/texto>
- Ley 25.164, «Ley marco de regulación de empleo público nacional», Argentina. (1999). InfoLEG [repositorio en línea]. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60458/norma.htm>
- «Ley general para la inclusión de las personas con discapacidad», México. (2024). *DOF*, 1-35. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPD.pdf>
- Ley No. 51, «De igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», España. (Diciembre 3, 2003). *BOE*, (289), 4-18. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-22066>
- Ley No. 49, España. (Diciembre 27, 2007). *BOE*, (310), s.p. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-22293>
- Ley No. 29973, «Ley general de la persona con discapacidad» (Perú). (2012). *El Peruano*, 1-52. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=90011>
- Palacios, A. (2004). El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables. En Campoy Cervera, I. (Ed.). *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, 187-204. Dykinson.
- Pérez Gutiérrez, I. (Enero-junio, 2022). Un nuevo modelo procesal al servicio de las familias cubanas. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 383-409. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/120/195>
- Tabares Neyra, L. (2016). *Administración pública*. Editorial Universitaria.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS SENTENCIAS PENALES

THE BEST INTEREST OF THE CHILDREN IN THE CRIMINAL SENTENCES

■ **LIC. YUNAIDA LABORDE CABONELL**

Jueza profesional, Tribunal Municipal Popular de Santiago de Cuba, Cuba

<https://orcid.org/0009-0008-7334-8637>

labordeyunaida@gmail.com

Resumen

La argumentación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia de la Ley del proceso penal y solo se logra si, en ellas, se exponen los razonamientos que permitan calificar la decisión como adecuada. El presente trabajo pretende actualizar el estado del tema en Cuba, analizar la evolución histórica de la protección a las personas menores de edad y su reconocimiento normativo, desde los instrumentos internacionales que fijan el interés superior del niño, cual consideración primordial a tomar en cuenta, a modo de justificación y base de las decisiones judiciales, para dar satisfacción al catálogo de derechos que lo integran. Se destaca la función garante del mencionado principio y se pauta su interpretación para solucionar conflictos.

Palabras clave: Principio de interés superior del niño; protección; resoluciones judiciales; argumentación.

Abstract

The argumentation of judicial decisions is a requirement of the Criminal Procedure Law and can only be achieved if, in them, the reasoning that allows the decision to be qualified as adequate is set out. This paper aims to update the state of the subject in Cuba, to analyse the historical evolution of the protection of minors

and its normative recognition, from the international instruments which establish the best interests of the child as a primordial consideration to be taken into account, as a justification and basis for judicial decisions, in order to satisfy the catalogue of rights which comprise it. The guarantor function of the aforementioned principle is highlighted and its interpretation is guided in order to resolve conflicts.

Keywords: *Best interests of the child principle; protection; judicial decisions; argumentation.*

Sumario

I. Introducción; II. Protección al niño: antecedentes; III. Interpretación del interés superior del niño; IV. Necesidad de argumentación de las decisiones judiciales; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho penal, argumentar las resoluciones judiciales en las que se resuelven determinados asuntos, entre ellas las sentencias, es una exigencia de la actual Ley No. 143, «Del proceso penal» (LPRP) (2021, pp. 4096-4251), toda vez que se deben exponer las razones por las que se determinó un fallo específico y no otro. Si de adecuar sanciones se trata, como consecuencia de dar por probados los hechos delictivos imputados, no basta con evaluar las circunstancias fácticas, su repercusión social y las características personales del justiciado, sino que, también, han de ponderarse, con igual importancia, las características de la víctima o el perjudicado, y la afectación que persista en ella (él).

Esta persona o su representante, en virtud del principio de acceso a la justicia, en la mayoría de los casos, busca la protección legal necesaria para restablecer los derechos quebrantados. Pero, ¿qué pasa cuando el proceso guarda relación con menores de edad que resultan víctimas directas del suceso, tienen vínculos afectivos o de dependencia con quien se juzga y sanciona, o son los comisores? *A priori*, se presentan varios interrogantes: ¿cómo conocer la real afectación psíquica que pudiera tener el niño o adolescente?; ¿son suficientes los mecanismos

previstos para su correcta entrevista o exploración?; ¿cómo deben actuar los jueces de acuerdo con el principio de interés superior del niño (ISN)?; ¿se argumentan las sentencias hacia esa finalidad?

El ISN, enunciado en la Convención de los derechos el niño (2014, pp. 119-145), de forma genérica, incluye a todas las personas comprendidas entre 0 y 18 años de edad. Como principio del Derecho familiar, que irradia a otras ramas del ordenamiento jurídico —artículos 3 j) y 7, Ley No. 156, «Código de las familias» (CFS) (2022, pp. 2303 y 2305)—, ha resultado objeto de diversos estudios, entre ellos los de Sánchez (2006, pp. 77-78) y Cillero (2001, p. 5), quienes ofrecen distintas definiciones, basadas en el contenido de aquel y en las funciones que cumple, sus límites y garantías, de conjunto con la forma en que los jueces lo interpretan al momento de adoptar decisiones para solucionar los conflictos que impliquen a los niños.

La discusión en torno a este tema aún no está superada; por el contrario, se siguen esgrimiendo nuevos criterios que denotan la actualidad de un tópico tan controvertido. En esta oportunidad, se pretende enfatizar la necesidad de argumentar el principio mencionado para determinar la cualidad de la pena a imponer y proteger a los adolescentes comisores en las distintas decisiones procesales que se adopten.

El reconocimiento y desarrollo de los derechos reconocidos a los niños en la mentada Convención y su configuración como eje vertebrador de los sistemas de Derecho contemporáneos, para su especial atención y protección, muestran que, en la comunidad internacional, el ISN ha adquirido una valía sin igual. Sin embargo, la mera observación a las resoluciones judiciales permite apreciar la insuficiente argumentación de estas desde tal perspectiva. Cómo dimensionar el ISN, como principio fundamental aplicable a dicho sujeto, en las sentencias de la materia penal, es el problema al que busca dar respuesta la presente reflexión. Se parte de la hipótesis de que la argumentación, basada en aquel axioma, resulta determinante en la adecuación de las penas, como forma de protección a los derechos de los comisores entre 16 y 18 años de edad. Se pretende fundamentar las pautas que han de sustentar la argumentación judicial.

Para ello, se acude a tres métodos: a) análisis-síntesis, que permite el estudio de lo general a lo particular y viceversa, así como resumir la

información y descomponerla, para lograr una valoración teórica más amplia; b) histórico-jurídico, mediante el cual se analiza la evolución histórica del principio en cuestión, se identifica el modo en que se protegía a los infantes y jóvenes en épocas pasadas, los antecedentes del reconocimiento de sus derechos y la normativización de su protección; y c) teórico-jurídico, que posibilita caracterizar la información, describir una tendencia a partir de las posiciones doctrinales existentes al respecto, y determinar concepto, alcance, límites y garantías. Como resultado, se logran la sistematización teórica del principio de ISN y las pautas para la argumentación de este en las sentencias penales.

Corresponde a los juzgadores realizar un análisis profundo e integrador sobre cada uno de los asuntos sometidos a su arbitrio, en busca de favorecer el pleno ejercicio del mayor número de los derechos reconocidos. Esa actuación evita la arbitrariedad a que puede dar lugar el ISN, cual concepto jurídico indeterminado.

II. PROTECCIÓN AL NIÑO: ANTECEDENTES

Al estudiar los antecedentes que marcan la evolución histórica de la protección a los niños y el reconocimiento de sus derechos, emerge la «Declaración de Ginebra» de 1924 —examinada por Bofill y Cot (1999, p. 14)—, en la que se establecía el imperativo de dar «lo mejor» a estos sujetos; con frases como «los niños primero», tal instrumento expresaba que ellos deberían contar con los medios necesarios para su desarrollo, recibir ayuda especial en épocas de necesidad, tener prioridad en las actividades de socorro, gozar de libertad económica y protección contra la explotación, y acceder a una educación que les infundiera conciencia social y sentido del deber, derechos que deberían ser acatados por todas las demás personas.

Luego, según expone Vaillant (2013, p. 20), se aprobó la «Declaración de oportunidades del niño» (1942), que dio paso a la «Agenda internacional para dar protección legal a los niños», en la que se establecieron parámetros de bienestar en cuanto al nivel económico y la situación de vida de estos, además de concebir su preparación para asumir responsabilidades. En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó el Fondo Internacional de Emergencia para la Infancia (UNICEF, s.f., s.p.); en 1948,

se aprobó la «Declaración universal de derechos humanos» (DUDH), en cuyos artículos 2 y 26 (2014, pp. 4 y 9), se reconoció el derecho de todas las personas a la educación, por igual y sin distinciones, a la vez que se enfatizó en la necesidad del acceso de las madres y los niños a cuidados y asistencia especiales, así como a la protección social. Este avance representó un logro en la tutela hacia la infancia y adolescencia, al reconocerles determinadas prerrogativas por su sola condición humana, a tono con el valor de la dignidad, y, a la vez, en defensa de ella.

El 20 de noviembre de 1959, se adoptó la Declaración de los derechos del niño (UNICEF, s.f., s.p.), en la que se resguardaron la educación, el juego, la atención de la salud, la disposición de un entorno favorable al desarrollo... Este instrumento reveló que dicho segmento poblacional, dada su situación de vulnerabilidad, requería de una protección especial, en la que se le reconociera como titular de derechos humanos. Tal regulación instituyó el ISN, en calidad de principio rector, aunque sin fuerza vinculante para los Estados (Ravetllat y Pinochet, 2015, pp. 903-934).

El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales —Artículo 10.3— previó la obligatoriedad de

[...] adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (2014, p. 34)

El Convenio de La Haya sobre restitución internacional de menores (1980), desde su preámbulo, enunció el ISN como un fin primordial en todas las cuestiones atinentes a la custodia. El instrumento tiene el propósito de proteger a los niños, en el plano internacional, ante el traslado o la retención ilícita de que puedan ser objeto, restituirlos a su residencia habitual y garantizarles el derecho a las visitas con el otro progenitor. El tratado obliga a tener en cuenta la opinión del menor de edad, al prever que, ante su oposición, se podrá negar la restitución,

siempre que dicha persona haya alcanzado una edad y un grado de madurez que lleven a considerar apropiada su intervención, tal como explica Lora (2006, pp. 479-488).

Los Estados miembro de las Naciones Unidas se comprometen a defender la igualdad de derechos, entre ellos la educación y la protección de los niños, institucionalizadas en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar de este segmento poblacional; dichos documentos buscan la defensa de la infancia, independientemente de las peculiaridades de cada cultura. A esa finalidad conllevan las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing), las que sujetan al niño a la consideración primordial de las políticas —públicas o privadas, jurídicas o administrativas—, y los padres, en pos de lograr el bienestar de aquel y los procedimientos legales que así lo permitan.

En 1989, tuvo lugar un acontecimiento histórico de inigualable valía: la aprobación de la «Convención sobre los derechos del niño» (CDN) (2014, 119-146), que representó uno de los logros más significativos del siglo xx. El Artículo 3.1 de dicho instrumento destaca que, «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (2014, p. 122), con lo cual se perfila el principio rector de cuantas decisiones atañan a tal sujeto, reforzado en la Observación general 14 (2013). En el decir de Vargas (2020), este

[...] es el primer código universal, legalmente obligatorio, que contiene normas que entregan orientaciones éticas, valóricas y operativas destinadas a la protección y cuidados [sic] necesarios para lograr el bienestar de los niños. Su obligatoriedad radica en la aceptación que cada Estado parte hace de las estipulaciones de su texto y en la obligación asumida de informar periódicamente al Comité de los Derechos del Niño acerca de sus avances en estas materias. (pp. 289-309)

Visto así, a las personas menores de edad, también, se les reconocen las prerrogativas consagradas en el Artículo 1 de la DUDH, entre las que se destaca la igualdad en dignidad y derechos entre todos

los seres humanos, quienes han de comportarse como tales unos hacia otros, por su condición de personas. Los Estados tienen el deber de promover la efectiva protección igualitaria de los derechos y garantizar los mecanismos para restablecerlos, si fueran vulnerados. De ello deriva la salvaguarda de determinados grupos de personas, a fin de colocarlos en una situación de igualdad con respecto a los demás, incluidos los niños, quienes gozan de una tutela complementaria, en atención a las particularidades de esa etapa de vida, salvo que, en virtud de la ley aplicable, según la materia de que se trate, alcancen la mayoría de edad antes del momento que fija la CDN.

En síntesis, los derechos del niño han evolucionado, desde ser considerados como meros objetos, dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, hasta su reconocimiento como sujeto de Derecho, al menos, en el plano normativo. Tal construcción jurídica muestra un importante grado de desarrollo e impone la necesidad de entender el ISN conforme al nuevo contexto.

En palabras de Sánchez (2006, pp. 76-78) y Cillero (2011, p. 5), un principio básico de la teoría de los derechos humanos reside en que los instrumentos dirigidos a protegerlos, sean internacionales o domésticos, se aplican a todas las personas, con independencia de cualquier particularidad. Según Terol (2015, p. 86), ello es propio del neoconstitucionalismo, que se caracteriza por tres elementos nuevos: los textos constitucionales, las aproximaciones teóricas y el activismo judicial, unidos a un renovado catálogo de derechos legitimados.

En los tiempos que corren, se han erigido los modernos textos constitucionales, distinguidos por la previsión normativa de principios y derechos fundamentales, los que desempeñan un papel de gran relevancia en la vida social y trazan pautas de interpretación, aplicables a todos, sin exclusiones por razón de género, raza, origen, clase social, orientación sexual, cultura u otras formas de discriminación, que puedan lesionar el derecho a la igualdad, de carácter universal.

III. INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Son disímiles las lecturas dadas a este principio, que ha resultado ser la justificación, muchas veces, para adoptar decisiones arbitrarias, parapetadas en la discrecionalidad del juez. Ante ello, se impone

determinar un concepto básico que permita comprender el sentido y alcance de la máxima, oriente y limite las actuaciones de las autoridades y las políticas públicas con relación a la infancia, e imponga, a los poderes públicos, el deber de concurrir a la satisfacción de los derechos de prestación que contempla. El ISN es la premisa a seguir, cuando se resuelven conflictos referidos a las personas menores de edad e, incluso, ante la colisión de derechos de un mismo niño, decisión que precisa de un correcto ejercicio de ponderación.

Para Ravetllat y Pinochet (2015, p. 905), la formulación jurídica del brocardo en estudio supone la constatación de un principio general del Derecho que ha de ser considerado como un medio de información, integración e interpretación, tanto de las normas e instituciones en que esta cláusula aparece incorporada como de las instituciones y relaciones cotidianas afectadas, ya sea para detectar conflictos (antes desapercibidos o infravalorados), o solventar problemas, siempre desde la visión global de la infancia o adolescencia.

Por su parte, Cillero (2001, p. 2) critica que aquel se entienda como una directriz vaga e indeterminada, por estar sujeta a múltiples interpretaciones, en los planos jurídico y psicosocial, y que pueda ser la excusa para tomar decisiones al margen del concepto. De igual modo, se opone a quienes estiman que la indeterminación impide una exégesis uniforme y determina que las resoluciones basadas en él carezcan de seguridad jurídica, habida cuenta de que el margen de discrecionalidad de las autoridades pudiera debilitar la tutela efectiva de los derechos reconocidos en la CDN.

En opinión de este autor, debe desarrollarse un significado que supere tales objeciones y favorezca una concepción jurídica precisa, reduzca la indeterminación y permita otorgar la más amplia defensa a los derechos del niño, al tiempo que dote de seguridad jurídica a las decisiones que se adopten.

El criterio es compartido por Núñez (2015), cuando refiere que

el propósito de este principio es promover un verdadero cambio de actitud en todos los sujetos y órganos encargados de la protección del niño, que favorezca el pleno respeto de sus derechos y que contribuya a mejorar su comprensión y observancia, y concebirlo como un concepto dinámico que abarca diversas facetas, en constante evolución, y además, como un

concepto complejo, cuyo contenido debe evaluarse y determinarse caso por caso, en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. (p. 124)

La concepción del principio en la CDN (consideración primordial) lo dota de un triple contenido o función: un derecho directamente invocable ante los tribunales, que garantice la evaluación de sus mejores intereses y la ponderación de los demás que pudieran concurrir, para adoptar una medida en los asuntos que les conciernen; un principio general informador e interpretativo, de manera que, si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se opte por la que mejor se corresponda con los intereses del niño; y una norma de procedimiento, que exige el respeto a todas las garantías, con el reconocimiento de menos rigor formal en este tipo de procesos, al admitirse que las medidas se fijen en atención al ISN, con independencia de las pretensiones de las partes.

Si la ponderación es el método utilizable en la solución de conflictos integrados por principios, es del todo coherente que su realización se expanda hacia todos los sectores en los que la interpretación de estos y su aplicación resulten necesarias, como forma de decidir. Su particularidad se refleja en la naturaleza polifacética del ser humano, la sociedad, en general, y la democracia, en particular; ella consiste en un proceso de evaluación de diversas soluciones posibles, ante situaciones complejas que carecen de previsión normativa o en las que lo regulado resulta insuficiente, al no ofrecer respuesta al caso que se afronta, lo que precisa evaluar las consecuencias de cada una de las posibles soluciones, para justificar un juicio de preferencia, sin invalidar aquel que no fue ponderado en esa oportunidad.

González (2020) argumenta que la ponderación es expresión de la complejidad inherente al Derecho como fenómeno social:

[...] A través de sus peculiaridades es posible entender que el Derecho no se puede representar como una escala de blancos y negros o como una cuestión de todo o nada. Las piezas del Derecho, en su interacción dinámica, no siempre muestran soluciones únicas, uniformes y lineales a los problemas de la vida del hombre en sociedad, pues no son poco frecuentes los casos en que estas entran en conflicto y, por ende, requieren de una solución racional. (p. 367)

Cuello, Sardoth y Molina (2017) explican que

el método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son [sic] intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por Derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto. (p. 8)

De lo anterior se colige que, para una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, se precisa analizar con detenimiento los derechos invocados, aquellos que puedan resultar afectados y las consecuencias al dictarse resolución por la autoridad competente. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción posible de los derechos y la menor restricción a ellos, de acuerdo con la importancia de cada uno para el logro del desarrollo integral de los niños. La aplicación de esta regla se manifiesta en la disminución, al mínimo posible, de la intervención en los procesos penales y la excepcionalidad de las penas que separen al niño de su entorno familiar.

Si se valora que este tipo de sanciones afecta la libertad personal y el medio de desarrollo de los menores de edad, resultará obvio que, por demás, ellas obstaculizan, severamente, el ejercicio de los derechos privados y otros cuyo ejercicio es imposible en condiciones de privación de libertad y separación del medio familiar; de ahí que estas sean medidas excepcionales, de último recurso, como bien enmarca la legislación cubana. Si bien cabe la posibilidad de imponerlas, en virtud del principio en examen, habrá que asegurar, al niño

sancionado, el ejercicio de su derecho a la educación, el contacto con sus padres y otros que no riñan con su condición procesal.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, fundado en 1950, estableció el Procedimiento para la determinación del interés superior (s.f., s.p.), en el que se describen las pautas a seguir para una gestión individualizada de los casos con personas menores de edad en situación de riesgo, las que resultan aplicables en la esfera judicial, por medio de seis pasos clave: identificación, evaluación, planificación de actuaciones, ejecución, seguimiento y cierre. Por su parte, las «Directrices relativas al procedimiento de determinación del interés superior: evaluación y determinación del interés superior de la niñez y la adolescencia» (2021) destacan los elementos procedimentales esenciales para la toma de decisiones en las diferentes etapas por las que discurren los asuntos de esta clase.

Para garantizar la prevalencia del ISN, la valoración debe correr a cargo de personal con una capacitación adecuada, ha de efectuarse tan pronto como se detecte que esta persona se encuentra en situación de riesgo, y puede revisarse y actualizarse, periódicamente, hasta que se alcance una solución duradera. El afectado debe participar en tal proceso.

La determinación del ISN es un proceso formal para el que se establecen estrictas salvaguardias procesales, con el objetivo de ponderar las decisiones particularmente importantes que afecten al menor de edad y adoptar la mejor solución para él. Los responsables de llevar a cabo esta fase deben poseer conocimientos especializados en la materia y se ha de permitir la participación del involucrado.

La interpretación del principio estudiado precisa un análisis sistémico e integrador de cada una de las disposiciones que lo contienen, de modo que los derechos reconocidos a los niños logren protegerlo y aseguren su desarrollo; de esta forma, aquel se constituye en una garantía para asegurar la efectividad y satisfacción del catálogo de prerrogativas de las que ellos disponen. A la vez, el brocardo es una pauta de interpretación para solucionar conflictos entre los derechos; en ocasiones, algunos de ellos se verán limitados en virtud del interés superior. En consecuencia, cabe distinguir entre la interpretación sistémica, dada por el carácter normativo de la Convención, y la interpretación jerárquica, establecida por

la técnica legislativa, con relación al reconocimiento de los derechos consagrados en ese texto.

Cuba firmó la citada Convención en enero de 1990 y se comprometió a cumplirla, al ratificarla el 21 de agosto de 1991. El instrumento entró en vigor el 20 de septiembre de ese año; desde entonces, se han desarrollado varios cuerpos legales para proteger la infancia. El Artículo 86 de la Constitución de la República de Cuba (CRC) (2019) prevé

la especial protección que deben brindar el Estado, la sociedad y las familias a las niñas, niños y adolescentes [sic] para garantizar su desarrollo armónico e integral, para lo cual tienen en cuenta su interés superior en las decisiones y actos que les conciernan [...]. (p. 85)

El precepto, también, considera a estas personas como plenos sujetos de derechos, quienes gozan de los reconocidos en la Carta Magna y otros relativos a su especial condición de persona en desarrollo, al tiempo que convoca a protegerlos contra todo tipo de violencia.

Tal como se advierte, la CRC enuncia, como finalidad del ISN, el ejercicio efectivo de los derechos de este y el logro de su desarrollo integral, a partir de los deberes que recaen sobre los padres y el Estado, lo que debe complementarse con las políticas públicas dirigidas a la infancia y adolescencia, el establecimiento de límites a la intervención estatal y la protección del menor de edad, frente a toda forma de amenaza o vulneración hacia sus derechos fundamentales. Los sujetos obligados deben adoptar las medidas necesarias y pertinentes para dar satisfacción efectiva a las prerrogativas de aquel.

El ISN, como pauta interpretativa, permite solucionar colisiones entre los derechos refrendados en la Convención y privilegiar aquellos que se consideran superiores. Cualquier limitación a un derecho del niño, con base en el principio, deberá fundamentarse en la protección efectiva de otro derecho, perteneciente al *núcleo duro* de los consagrados en ese texto.

IV. NECESIDAD DE ARGUMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

La argumentación consiste en exponer las razones que determinaron la solución consignada en la sentencia como la correcta para el caso en cuestión, y no otra. Al respecto, Hartwig (2010, p. 782) explica la utilidad de la aplicación del test de proporcionalidad, que, primeramente, examina la legalidad de la medida restrictiva del derecho; luego, la idoneidad de esta, su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Otros autores resumen estos criterios en idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto (Aguilera y López, 2014, p. 88; López Sánchez, 2019, p. 40).

Para garantizar el respaldo de los derechos constitucionales al impartir justicia, el constituyente ha establecido argumentos y criterios de ponderación legislativa que permiten realizar determinadas acciones legales encaminadas a esta finalidad. Este es uno de los supuestos en los que, como bien explica González Monzón (2020, p. 339), se expone la ponderación cual resultado de la necesidad de balancear intereses, desprendidos de viejas concepciones sobre los derechos individuales e impulsados por nuevas circunstancias que estimulan la argumentación ponderativa de los jueces.

En criterio de Atienza (2013, p. 87), es un ejercicio en dos pasos, que transita por entender los principios como reglas y subsumirlos en una norma, pues solo la justificación legal de la decisión elimina los márgenes de la arbitrariedad, lo que precisa de conocimientos técnicos, visión atemperada a la realidad social y de las consecuencias de la decisión.

Al respecto, García Amado (1986) plantea que,

si el silogismo jurídico clásico [...] por sí sólo no es capaz de proporcionar un adecuado esquema de la argumentación se plantea la pregunta acerca de qué argumentos y qué valoraciones son capaces de legitimar una decisión [...], esto es, en general: cómo se argumenta efectivamente. (pp. 151-152)

Cuando la norma, por sí sola, es insuficiente, su cometido depende, en gran medida, de la acción creadora del juzgador en su discurso justificativo, de la sabiduría para transmitir sus razonamientos e integridad al administrar justicia.

Lógicamente, las normas son creadas con carácter general para abarcar la mayor cantidad de situaciones subsumibles en ella; dicho de otra manera, un material normativo puede derivar en diversas decisiones, lo que justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica que explique, en su fundamentación, las razones que justifiquen la medida adoptada, siempre que la corrección de la decisión no se determine, plenamente, por factores normativos.

No se debe aguardar a la resolución definitiva del asunto para procurar el ISN, sino que este ha de representar una prioridad desde el inicio de la sustanciación del proceso. Esta finalidad tutelar desempeña su rol en el proceso penal, cuando la aplicación de las normas se dirija al bienestar del menor de edad, mediante una interpretación aplicable en las circunstancias del caso que se resuelve.

En la LPRP (2021, pp. 4096-4251), se encuentran varios actos procesales cuya adopción determinará un tratamiento diferente a los sujetos comisores menores de 18 años de edad; tal es el supuesto de los criterios de oportunidad, plasmados en el Artículo 17 (pp. 4097-4098), los que se aplican en delitos cometidos por imprudencia, y en aquellos intencionales sancionables hasta con cinco años de privación de libertad, regla que cuenta con una excepción: la de los imputados menores de 18 años de edad, en cuyo caso no es preciso atender al delito cometido ni la extensión de la sanción.

Además de los derechos de todo imputado, la norma prevé otras prerrogativas con la finalidad de brindar protección a este grupo etario, cuyos integrantes resultan beneficiarios de un procedimiento especial desde que son detenidos o instruidos de cargos, e, incluso, al momento de imponérseles la medida cautelar de prisión provisional, para lo que deben manifestarse determinados requerimientos exigidos por la ley, en atención a las limitaciones que pueden derivar de tal decisión. La excepcionalidad de la cautela se acentúa cuando el imputado o acusado es menor de 18 años de edad (artículos 130, 347 y 356, pp. 4120, 4157-4158 y 4159-4160, por su orden).

La norma penal sustantiva vigente —Ley No. 151, Código penal (CPE), 2022, pp. 2558-2696— no fue indiferente al amparo que debe dispensarse a los jóvenes comisores, apreciable no solo en las circunstancias ante las que puede exigírseles responsabilidad penal, de acuerdo con el Artículo 18 (pp. 2562-2563), sino, además, en las

reglas de adecuación previstas para los comprendidos entre 16 y 18 años edad, con una disminución de los límites mínimo y máximo previstos para el delito cometido.

En cuanto a las penas a fijar, el CPE consagra la prohibición expresa de no imponer la de muerte ni la privación perpetua de libertad a las personas menores de 20 años de edad y la previsión de un límite máximo distinto en la privación temporal de libertad, aun con la formación de sanción conjunta (artículos 33.1.2 y 34.1.3.6, p. 2569).

Se advierte, en la disposición normativa, el propósito expreso de adiestrar al joven en una profesión u oficio e inculcarle el respeto al orden legal, en total coherencia y unidad con el ordenamiento jurídico, como define García Miranda (1998, s.p.). En este caso, ha de evaluarse, con preferencia, la imposición de penas alternativas a la privación de libertad, que no impliquen internamiento, o la remisión condicional, siempre que lo permitan el marco sancionador del delito cometido, las características del hecho y del responsable, al igual que la imposición de determinadas prohibiciones que coadyuven a la reinserción social y favorezcan el desarrollo psicológico y emocional del condenado, con trascendencia a la comunidad, preceptos en los que se evidencia el ánimo del legislador de proteger el mayor número posible de derechos, tal como regula la CDN —artículos 18 y 73, pp. 2562-2563 y 2581, respectivamente.

La remisión condicional de la sanción, reglada en el Artículo 88 (pp. 2388-2589), es aplicable cuando la sanción de privación temporal de libertad no supera los cinco años y existen razones fundadas para considerar que el fin de la reinserción social del sancionado puede alcanzarse sin ejecutar la pena, de acuerdo con el buen comportamiento mantenido por él con anterioridad a los hechos y otros requisitos. Se da preferencia, de igual modo, a determinadas situaciones de vulnerabilidad, entre ellas, que la persona responsable del delito, en el momento de ser juzgada, tenga menos de 18 años. Si de sanciones accesorias se trata, se advierte que las personas de ese rango etario, están excluidas de la posible imposición del destierro, consistente en la prohibición de residir en un lugar determinado, y el confinamiento, que obliga a permanecer en una localidad concreta (Artículo 51, p. 2575).

Estas son algunas de las decisiones en las que se precisa la argumentación desde el ISN, para demostrar que la medida adoptada

resulta la atinada, en función de su bienestar y desarrollo integral, como se procura con los preceptos normativos explicados.

En el Derecho penal, una decisión judicial solo se tiene por justificada si lo está en sus premisas fácticas y normativas, y existe correspondencia entre estas. No basta con determinar la norma aplicable; se precisa, además, enmarcar el hecho que se conoce en ellas y justificar el fallo, mediante el uso de las reglas de interpretación. Las resoluciones judiciales, aun apegadas a Derecho, deben ajustarse a los principios generales que rectorean la actuación del juez y conducen a la consagración de la justicia penal, que supone sanciones limitativas de los derechos reconocidos constitucionalmente.

El juez no ha de ser solo la boca que pronuncia las palabras de la ley, sino que, en su misión de impartir justicia, debe interpretar las normas, crear Derecho individual con las soluciones dadas a sus asuntos y procurar la eficacia social de sus decisiones. En palabras de Calamandrei (1960),

la motivación es, antes que nada [*sic*], la justificación, que quiere ser persuasiva, de la bondad de la sentencia [...] la motivación constituye precisamente la parte razonada de la sentencia, que sirve para demostrar que el fallo es justo y porqué es justo, y para persuadir a la parte vencida [de] que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza. (pp. 116-117)

Con respecto al tema de estudio, mediante la argumentación, se esclarecen las razones por las que la pena impuesta, aun cuando limita determinados derechos, es la atinada para lograr el ISN, su bienestar y formación integral. Dada la relevancia de estas decisiones para las partes del proceso y otras personas relacionadas con ellas, es imprescindible la exposición clara y coherente de las razones que determinan la solución del asunto. El análisis de los elementos de pruebas obtenidos durante el debate en el juicio oral y las circunstancias que, en el plano material o personal, se relacionan con ello, son los pilares fundamentales de ese ejercicio argumentativo que destierra todo capricho o arbitrariedad. Mediante dicho acto, se cumple uno de los presupuestos constitucionales del debido proceso —artículos 94 y 95 de la CRC (2019, pp. 86-87).

Fundamentar la decisión es una actividad que permite conocer, de conjunto con el sustento legal, las razones que conllevaron a adoptarla, de manera responsable. Tal elemento, sumado a la trazabilidad y publicidad de las actuaciones, evidencia la transparencia en la prestación judicial, la cual debe conjugar los intereses particulares y sociales, como bien se explica en el documento «Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales», dictado por el TSP en mayo de 2000 (2022, s.p.). Dicho texto condensa los principios y valores que han de guiar la impartición de justicia, como premisa de la seguridad jurídica que debe brindarse a los justiciables. Los modos de argumentar determinan la calidad del servicio, de conformidad con estándares de «protección integral», que no representen eslóganes vacíos ni expresiones decorativas.

V. CONCLUSIONES

El reconocimiento de los derechos del niño está marcado por su regulación gradual. Se parte de considerarlo como un mero objeto, dependiente de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, hasta llegar a asumirlo como un sujeto de Derecho.

La institucionalización del tema alcanzó su máxima expresión en la CDN, que conllevó a que cada nación enfilara sus políticas públicas y disposiciones hacia el ISN, principio rector del tratamiento a este segmento poblacional, garantía de la protección de sus derechos en toda clase de procesos y regla de interpretación de las disposiciones normativas aplicables.

El ISN constituye un instrumento técnico que orienta a los jueces en la salvaguarda de las personas menores de edad, les permite solucionar las eventuales colisiones entre la pluralidad de derechos previstos en la Convención y privilegiar aquellos considerados como superiores, que no admiten limitaciones. A la vez, toca al juzgador la delimitación del principio, su alcance y contenido, cual concepto jurídico indeterminado, en atención a las circunstancias del caso concreto, las características de la sociedad y el momento histórico.

La argumentación representa el escenario más completo del razonamiento de las resoluciones judiciales. Exponer el sustento legal y los demás que determinan una solución particular, entre las posibles, refuerza la seguridad jurídica. Desde el punto de vista jurídico-penal,

el juez está obligado a explicar, con base en el ISN, cuantas decisiones se adopten en los procesos que impliquen a personas menores de edad, para potenciar el mejor ejercicio del mayor número de derechos y favorecer el desarrollo de estas.

VI. REFERENCIAS

- Aguilera Portales, R. y López Sánchez, R. (2014). *El Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana (límites y restricciones a los derechos fundamentales)*. <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (s.f.). Procedimiento para la determinación del interés superior. <https://www.acnur.org>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2021). Directrices relativas al procedimiento de determinación del interés superior: evaluación y determinación del interés superior de la niñez y la adolescencia. <https://refworld.org>
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica* [col. Estructuras y Proceso, serie Derecho]. Trotta.
- Bofill, A. y Cot, J. (1999). *La declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*. <https://www.google.com/search?q=declaraciones+de+los+Derechos+de+los+niño+ginebra+1924+pdf>
- Calamandrei, P. (1960). *La crisis de la motivación*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cillero Bruñol, M. (2001). *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*. <http://www.iin.oea.org/cursosadistancia/elinteressuperior.pdf>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril, 10, 2019). GOR-E, (5), 69-116.
- Convenio de La Haya sobre restitución internacional de menores. (1980). <https://www.google.com/search?q=convenio+de+la+haya+restitución+internacional+de+menores.pdf>

- Convención de los derechos el niño. (2014). En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 119-146. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Cuello Quiñonez, M. M., Sardoth Redondo, A. K. y Molina Roys, E. (2017). Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en Derecho administrativo en el tiempo posmoderno. <https://repository.usta.edu.co/bitstreams/d964945e-fcf9-419e-9013-e3b51fa936b7/download>
- Declaración universal de derechos humanos. (2014). En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 3-10. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- García Amado, J. A. (1986). Del método jurídico a las teorías de la argumentación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (3), 151-182. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AED>
- García Miranda, C. M. (1998). El principio de unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (1), s.p. <https://www.uv.es/cefd/1/miranda.html>
- González Monzón, A. (2020). *El juez y el Derecho. El Derecho por principios y la ponderación judicial*. Leyer.
- Hartwig, M. (2010). *La proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania*. <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- Ley No. 143, «Del proceso penal». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (140), 4096-4251.
- Ley No. 151, «Código penal». (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O, (93), 2558-2696.
- Ley No. 156, «Código de las familias». (Agosto 17, 2022). GOR-O, (87), 2302-2403.
- López Sánchez, R. (2019). *El Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana: un instrumento para asignar contenido esencial a los derechos humanos en la Suprema*

- Corte de Justicia de la Nación* [tesis en opción al grado científico de Doctor en Derecho, de orientación en Derecho constitucional y gobernabilidad, Universidad Autónoma de Nuevo León]. <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- Lora, L. N. (2006). Discurso jurídico sobre el interés superior del niño. En *Avances de investigación en Derecho y ciencias sociales. X Jornadas de investigadores y becarios*, 479-488. Ediciones Suárez.
- Núñez Zorrilla, M. C. (2015). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, (73), 117-160. <https://doi.org/10.15581/011.73>
- Observación general 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. (2013). <https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780>
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. (2014). En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 29-42. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. (Noviembre 28, 1985). www.unodc.org
- Ravetllat Ballesté, I. y Pinochet Olave, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 42(3), 903-934. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>
- Sánchez de Guzmán, E. (2006). *Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño*. Gente Nueva. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/57436>
- Terol Becerra, M. (2015). *El neoconstitucionalismo latinoamericano*. Tirant Lo Blanch.
- Tribunal Supremo Popular. (Agosto 17, 2022). Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales. <https://www2.tsp.gob.cu>

UNICEF. (s.f.). Historia de los derechos del niño. <https://www.unicef.org/es/convencion-Derechos-nino/historia>

Vaillant Martí, Y. C. (2013). *El interés superior del menor ¿Derecho o principio constitucional en la justicia familiar cubana?* [tesis en opción al título de Máster en Derecho constitucional y administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente].

Vargas Morales, R. (Julio-diciembre, 2020). Interés superior del niño: revisión de su origen, evolución y tendencias interpretativas actuales en Chile. *Opinión Jurídica*, 19(39), 289-309. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a12>

JUSTICIA PENAL E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

CRIMINAL JUSTICE AND BEST INTEREST OF THE CHILD

■ LIC. ZAMIRA MARRERO MORGADO

Presidenta, Tribunal Municipal Popular de La Habana del Este, Cuba

<https://orcid.org/0009-0006-9588-0371>

zami.7904@gmail.com

Resumen

El artículo aborda el principio de *interés superior del niño* como eje fundamental en la administración de justicia penal, con el objetivo de fortalecer los derechos y las garantías de las personas menores de edad. Se exploran los fundamentos teóricos y normativos del tema, entre estos la Convención sobre los derechos del niño y la Observación general 14, que orientan a los sistemas judiciales hacia decisiones garantes del bienestar infantil. Se analiza el axioma en las Reglas de Beijing, que establecen lineamientos para el tratamiento de los niños en la justicia penal, y el marco legal cubano, carente de una mención explícita a aquel, aunque incorpora significativos avances en la reforma reciente. Finalmente, se proponen estándares para la implementación del principio en el contexto penal patrio, en especial, desde las decisiones judiciales, la especialización de jueces y la creación de procedimientos sensibles al desarrollo y las necesidades de los niños, para edificar un sistema que no solo administre justicia, sino que, también, ofrezca protección integral a las personas de ese grupo etario y fomente su desarrollo saludable.

Palabras clave: Interés superior del niño; protección de derechos y garantías; justicia penal; estándares de aplicación.

Abstract

The article addresses the principle of the best interests of the child as a fundamental axis in the administration of criminal justice, with the aim of strengthening the rights and guarantees of minors. It explores the theoretical and normative foundations of the issue, including the Convention on the Rights of the Child and General Comment 14, which guide judicial systems towards decisions that guarantee the well-being of children. The axiom is analysed in the Beijing Rules, which establish guidelines for the treatment of children in criminal justice, and the Cuban legal framework, which lacks an explicit mention of it, although it incorporates significant advances in the recent reform. Finally, standards are proposed for the implementation of the principle in the Cuban penal context, especially in terms of judicial decisions, the specialisation of judges and the creation of procedures that are sensitive to the development and needs of children, in order to build a system that not only administers justice, but also offers comprehensive protection for this age group and promotes their healthy development.

Keywords: *Best interests; protection of rights and guarantees; criminal justice; standards of application.*

Sumario

I. Introducción; II. Fundamentos teóricos y jurídicos; 2.1. Convención sobre los derechos del niño; 2.2. Observación general 14; 2.3. Reglas de Beijing; III. Trascendencia en la reforma penal cubana; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El eje primordial desde el que se debe fundamentar cada una de las decisiones judiciales referidas a la protección de la niñez y adolescencia es el principio de interés superior del niño (ISN), pero muchas veces este no se interpreta cabalmente. El tema de los menores de edad que intervienen en un conflicto penal ha sido estudiado a partir

de diferentes aristas. Sin embargo, el abordaje del ISN en la administración de la justicia penal es aún insuficiente.

Las diferentes posiciones en torno al asunto reflejan la pluralidad de intereses y las distintas transformaciones que se han verificado en los órdenes teórico, doctrinal y social, especialmente, en el ámbito nacional de los últimos tiempos. En Cuba, la protección a los niños posee un amplio respaldo jurídico, desde la norma constitucional hasta las demás disposiciones que la desarrollan; existe, además, una voluntad estatal que demuestra el carácter prioritario del asunto.

Cuando se piensa en la tutela de estas personas, inmediatamente, acuden al imaginario la Convención sobre los derechos del niño (CDN) y el principio de ISN, al que se dedica el presente trabajo, con la finalidad de sistematizar y estandarizar su aplicación en la administración de la justicia penal nacional, en cuanto a quienes sean menores de 18 años de edad y mayores de 16.

La Constitución de la República (CRC), promulgada en 2019 (pp. 69-116), por primera vez, preceptuó claramente el principio de ISN —Artículo 86, p. 85— e instó a que las normas jurídicas subsiguientes lo incluyeran, para lograr una protección integral y eficaz de la infancia en el país, lo que se materializó, en el orden cronológico, con el Código de las familias (CFS) (2022, pp. 2893-2995), en cuyo Artículo 7 se fijaron las pautas a tener en cuenta para dotarlo de contenido, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado.

El nuevo escenario que propició la reforma normativa penal, tanto en el orden sustantivo como en el procesal, resulta insuficiente, aun cuando introdujo una serie de disposiciones en consonancia con instrumentos jurídicos internacionales como la CDN y las Directrices de las Naciones Unidas, en relación con la administración de justicia para personas menores de edad; se requiere perfeccionar algunos espacios o procedimientos para garantizar la efectiva tutela de estas personas, siempre teniendo presentes los principios de legalidad, interés superior, prioridad absoluta, humanidad, celeridad, presunción de inocencia, derecho a la impugnación, intervención mínima, subsidiariedad y confidencialidad del proceso que, de manera fundamental, conforman las bases sobre las que se sustentan tales transformaciones (Armas Fonticoba, 2006, s.p.).

Algunos autores defienden que el ISN es un concepto jurídico indeterminado, sujeto a disímiles valoraciones, unas en el ámbito jurídico y otras en el sicosocial, todas usadas como pretexto para adoptar soluciones apartadas de los derechos establecidos (Díaz, 2020, pp. 837-862). En tal sentido, se ha expuesto que el carácter indeterminado del concepto impide una interpretación uniforme de este y, en consecuencia, propicia que las resoluciones adoptadas no satisfagan, debidamente, las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la CDN recogiera el principio porque, al amparo del ISN, se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que el propio instrumento consagra (Cillero, 2001, p. 2).

Por su parte, García de Enterría y Fernández (2006) señalan que

la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos [...]. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir una categoría legal [...] unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad [...]. (pp. 464-465)

De ahí que el hecho de constituir un concepto jurídico indeterminado no afecte la eficacia de la tutela jurídica, sino que permita construir un traje a la medida de cada niño en el momento de la toma de decisiones.

Con este análisis, se pretende diagnosticar la aplicación del principio del ISN en la administración de justicia penal cubana, en relación con las personas menores de 18 años de edad y mayores de 16 que cometen delitos. Para ello, se parte de interrogar cuáles son los presupuestos a tener en cuenta para el empleo de dicho axioma en tal caso. Se pretenden fundamentar los estándares doctrinales, normativos y prácticos a considerar en ese sentido, como garantía de decisiones acertadas y una justicia de calidad. El punto de inicio radica en la sistematización de los aspectos teórico-jurídicos que conforman aquel principio, con especial referencia a la administración de justicia penal.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y JURÍDICOS

El vocablo «principio» procede del latín *principium*, que significa «comienzo, base o fundamento para un razonamiento, cuerpo de conocimientos o conjunto de normas». Los principios del Derecho se disponen, principalmente, hacia fundamentos deontológicos y axiológicos, destinados a facilitar su interpretación y aplicación. En el decir de Islas (2011), ellos

constituyen la relación razonada que correlaciona un estándar establecido como relevante para el Derecho con aquello que se deba relacionar, siendo la relación razonada, elemento determinante del principio jurídico, y el estándar, su esencia. Su existencia depende de que los juristas lo hayan querido y hecho. Tiene una función determinante y se aplica para resolver casos, y una función regulatoria por la que limita la obtención del resultado. (p. 397)

Dworkin (1989, p. 72) llama *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Los principios son la base de las normas jurídicas, de tal manera que el contenido de la norma puede ser eludido por un juez cuando vulnera un principio que se estima fundamental en el caso concreto; de ahí que resulte trascendental tener en consideración determinadas máximas fundamentales para la adecuada administración de la justicia a los niños.

2.1. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La doctrina de la protección integral impone una nueva concepción filosófica, ideológica, jurídica y social con respecto a los derechos de la infancia. La CDN se ampara en esta concepción, en la cual los niños son considerados sujetos de Derecho, a la vez que se enfatiza la responsabilidad de los Estados y los adultos para asegurar que ellos sean respetados.

Los especialistas en la citada doctrina convergen en que ella se sustenta, fundamentalmente, en los principios de legalidad, prioridad

absoluta, humanidad, celeridad, intervención mínima, subsidiariedad, presunción de inocencia, confidencialidad del proceso e ISN (Armas Fonticoba, 2006, s.p.), los que cimentan su base teórica, con expresión jurídica en los instrumentos normativos internacionales que adquieren plena vigencia y se afianzan a partir de la entrada en vigor de la CDN. Esta postura representa la máxima expresión de la protección al universo infantil. El niño no será considerado, nunca más, un objeto y la categoría *infancia-adolescencia* comprenderá sujetos plenos de Derecho.

El ISN ha sido definido por distintos autores. López-Contreras (2015) considera que este es «el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de niñez y adolescencia» (p. 51). Por su parte, Montejo —citado por Paulette, Banchón y Vilela (2020, p. 388)— considera que es un bien jurídico protegido por las legislaciones, que se hace tangible a la hora de tomar decisiones relativas a aquel grupo humano.

Cillero (2001, p. 3) plantea que es la plena satisfacción de los derechos del niño. El contenido del principio lo constituyen los propios derechos; de manera que *interés y derechos*, en este caso, se identifican. Todo «interés superior» pasa a estar mediado por lo reconocido como «derecho»; y solo lo que es considerado «derecho» puede ser «interés superior». En cambio, Freedman (2007, s.p.) lo define cual mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que deben restringirse o limitarse derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tiene un contenido normativo específico, al implicar que determinados derechos de los menores de edad prevalecen, si se contraponen a otros (interés superior).

El Artículo 1 de la CDN considera *niño* a todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en correspondencia con la ley aplicable, haya arribado antes a la mayoría de edad (2009, p. 13). En el presente trabajo, se valorarán aquellos niños comprendidos entre los 16 y 18 años que hayan incurrido en conductas delictivas y con relación a los cuales la administración de justicia desempeña un rol primordial.

El ISN se prevé en dicho tratado internacional, de manera general, como un principio que rige la actuación de los encargados de la impartición de justicia. El Artículo 3.1 señala que «en todas las me-

didadas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (2009, p. 13).

En los inicios, la infancia fue apreciada como una categoría de incapacidad social. Su distinción se realizaba a partir de lo que el niño no podía hacer, de lo que no sabía o no era capaz de realizar. Esta visión fue complementada por el Derecho, que dotó a las relaciones jurídicas y al tratamiento normativo de los menores de edad de un peculiar sentido, al considerarlos sujetos inhábiles e incapaces, que necesitaban de tutela jurídica.

El ISN tiene como finalidad el reforzamiento de los derechos a la integridad física y psíquica de cada niño, la evolución y el desarrollo de su personalidad en un ambiente sano, y su bienestar general, por lo cual sobresale ante cualquier otra circunstancia. La decisión debe determinarse de acuerdo con lo más beneficioso para dicho sujeto en el asunto concreto, mediante valoraciones que así lo determinen y tomen en consideración las necesidades físicas, emocionales y educativas de este, sin dejar a un lado lo que él desea y siente, en correspondencia con su edad y madurez. El derecho de los niños a ser escuchados, regulado en el Artículo 12 de la CDN (2009, p. 15), debe ser respetado.

La CDN fue el estreno o punto de partida del ISN, pues lo incorporó como un derecho subjetivo de los menores y principio universal. No obstante, pese a la preminencia de este texto internacional, su entrada en vigor fue solo el principio de un nuevo camino; a partir de ahí se desarrollaron otros aportes, como la Declaración y el Programa de acción de Viena (1993) que, además de insistir en la importancia de esta máxima, señaló los grupos de niños en situación de mayor vulnerabilidad, en quienes los Estados deberían centrar su acción legislativa de modo prioritario, así como los progresos que había realizado sobre aquella la interpretación jurisprudencial, tanto internacional como doméstica.

El ISN es un derecho subjetivo y un principio sugerente y primordial de los derechos de los que ellos son acreedores, con el objetivo de brindarles protección de acuerdo con su condición de vulnerabilidad, por la imposibilidad de dirigir su vida con total autonomía. El Artículo 40.2.III de la CDN (2009) fue el único precepto de dicho instrumento

que explicó el mencionado principio en conexión con la justicia penal, al prever que todo niño tiene derecho a

que su causa [sea] dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor, adecuado y, a menos que se considere que ello fuera contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad y a sus padres o representantes legales. (p. 34)

La forma confusa que caracteriza la redacción del enunciado remite a la doctrina de la situación irregular con enfoque tutelar, dado que podría entenderse que el derecho a un asesor jurídico u otro representante se garantizará, siempre que ello no se considere contrario al ISN, lo que justifica que este disponga de más derechos que los adultos, en lugar de limitárselos.

El principio comentado no solo tiene un significado inspirador, por constituir una guía de actuación para los operadores de justicia y, en especial, para los que la administran en sede penal, sino que limita, obliga, posee un enfoque imperativo hacia todas las autoridades que deberán cumplir dicho mandato.

2.2. OBSERVACIÓN GENERAL 14

El Comité de los Derechos del Niño es el órgano que monitorea el cumplimiento de la CDN por parte de los Estados y, por ende, también, la forma en que estos se apegan al principio estudiado. Para la mejor interpretación de tal máxima, el citado órgano emitió la Observación general 14 (2013), que se refiere a ella, explícitamente, como derecho, principio y norma de procedimiento. En este sentido, se valora que, si una norma jurídica admite más de una interpretación, se preferirá la que mejor convenga al ISN, entendido, por demás, cual derecho que se puede invocar ante los tribunales, y garantía que ha de plasmarse en la ley y verificarse, de forma concreta, en el proceso penal, en el que quienes administran justicia deben desempeñar un papel trascendental.

En cumplimiento de esas obligaciones, cada país debe adoptar el principio en cuestión en su legislación interna. Cuba lo refrenda, expresamente, en el Artículo 10 de la CRC (2019, p. 72), y en el de idén-

tico número del CFS (2022, p. 2897); sin embargo, no es así en las disposiciones jurídico-penales, en las que se constata la ausencia de la previsión concreta, aunque se han incorporado algunos elementos que permiten apreciar su esencia.

Son varios los parámetros que aporta la Observación general 14 (2013, s.p.) para llenar de contenido el ISN; algunos de ellos parten de su connotación universal, indivisible e interdependiente, en calidad de derecho humano. El párrafo 57 señala que la identidad cultural no puede excusar ni justificar a los responsables de la toma de decisiones y las autoridades para persistir en valores culturales y métodos tradicionales que limiten al niño en el disfrute de los derechos que les confiere la CDN.

De acuerdo con los artículos 17 y 18, se debe garantizar que el ISN sea un elemento medular en cuantas decisiones y medidas se adopten con respecto a la infancia; ello implica «las conductas, propuestas, los actos, servicios, los procedimientos y demás decisiones» (2013, s.p.). El párrafo 11 enfatiza la necesidad de superar el momento presente y las consideraciones de índole coyuntural, para extender la visión sobre el bienestar de los niños hacia el futuro. A nivel público, implica orientar las medidas de política hacia la mejora de las condiciones actuales, a partir de la implantación de un dispositivo de protección a la población infantil. En definitiva, el ISN llama a interesarse por la situación de las personas menores de edad en clave de futuro y convertir la atención a estas en un proyecto de la sociedad.

3.3. REGLAS DE BEIJING

En el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Caracas, 1980) se formularon los principios básicos que deberían integrarse a las reglas para la administración de justicia —a elaborarse por el Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, como órgano permanente del Consejo Económico y Social—, a fin de proteger los derechos de los niños en este ámbito.

En los años sucesivos, de conjunto con el Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para la Defensa Social, los institutos regionales y la Secretaría de este organismo internacional, el Comité formuló un pro-

yecto que, luego de varias reuniones preparatorias, se aprobó en el VII Congreso (1985), con la denominación de «Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores», comúnmente conocidas como *Reglas de Beijing* (2014).

Con este instrumento, se construyeron los elementos esenciales de los sistemas de justicia de menores en todo el mundo, los que funcionan en el marco de las condiciones nacionales y, por ende, sujetos a estructuras jurídicas diferentes, principio general del que parte el llamado a una eficiente práctica de la administración de la justicia en cuanto a los jóvenes comisores de delitos. Las reglas conforman un conjunto de presupuestos mínimos que deben seguirse de forma imparcial, sin distinción alguna por color de la piel, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

El instrumento considera *menor* a todo niño o joven que, de acuerdo con las normas que le sean aplicables, pueda ser juzgado por un delito y sancionado de modo distinto a un adulto; se entiende por *delito* aquel comportamiento (acción u omisión) castigado por la ley, según el sistema jurídico que corresponda; por último, *menor delincuente* es todo niño o joven que ha sido involucrado en la comisión de un delito o considerado culpable de este. El término «menor», de forma peyorativa, se refiere a los niños que, habiendo arribado a la edad penal, encuentran una denominación propia en el enfoque tutelar de la doctrina de la situación irregular.

También, se exige que cada jurisdicción nacional procure promulgar leyes, normas y disposiciones aplicables, específicamente, a los menores que delinquen, así como que se identifiquen las autoridades facultadas para administrar la justicia en estos casos. Se estimula que se instituya un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y los distintos niveles de la administración de la justicia de menores, incluidos investigación, procesamiento, sentencia y medidas complementarias a las decisiones. No obstante, se debe garantizar la debida competencia de todas las instancias en el ejercicio de cualquiera de esas potestades. Se exige, además, que quienes las ejerzan estén preparados, especialmente, para hacerlo de forma juiciosa y en consonancia con sus respectivas funciones. El procedimiento siempre deberá favorecer los intereses

del niño y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que este participe en él y se exprese libremente.

La administración de justicia deberá tener en consideración que la respuesta que dé al delito, siempre, ha de ser proporcionada, conforme con las circunstancias en que este se cometa y su gravedad, las condiciones y necesidades del niño, y las peculiaridades de la sociedad. Las restricciones a la libertad personal de la persona menor de edad deben ser excepcionales; solo se impondrán tras un cuidadoso estudio, especialmente, cuando se trate de casos graves y siempre que no exista otra reacción penal menos lesiva con la que pueda lograrse el mismo resultado. Las reglas, además, enfatizan la prohibición de la pena de muerte y los castigos corporales. En este sentido, es preciso buscar una mayor flexibilidad que evite, en la medida de lo posible, el confinamiento en establecimientos penitenciarios. También, se insiste en el principio de celeridad, pues los procesos deben tramitarse, desde el comienzo, de manera expedita y sin demoras innecesarias.

A la vez, este instrumento internacional reclama la existencia de jueces especializados y capacitados. Para garantizar la adquisición y el sostenimiento de la competencia profesional se deberán desarrollar cursos de capacitación durante el servicio, entre otros sistemas de instrucción adecuados. Se ha de garantizar una representación equitativa de mujeres en los citados organismos de justicia y propiciar un ambiente de sensibilización y compromiso hacia este sector etario.

III. TRASCENDENCIA EN LA REFORMA PENAL CUBANA

El Artículo 4 de la CDN (2009) consagra

el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceras personas, teniendo en consideración la edad del niño y la relevancia de estimular la reincorporación del niño a la sociedad y que éste asuma una función constructiva dentro de ella. (p. 13)

La reforma penal cubana tuvo en cuenta el Artículo 86 de la CRC (2019), en el que se establece que «el Estado, la sociedad y las familias brindan especial protección a las niñas, niños y adolescentes [sic] y garantizan su desarrollo armónico e integral para lo cual tienen en cuenta su interés superior en las decisiones y actos que les conciernan» (p. 85).

Si bien el legislador no introdujo, concreta y expresamente, el principio del ISN, sí se preocupó por incorporar derechos y garantías que propician su cumplimiento. En tal sentido, se tiene en cuenta su plena consideración como víctimas, perjudicados, testigos o acusados, en todas las fases del proceso penal. Se insertan criterios de oportunidad aplicables a los comisores en edad infantil, a la vez que se especifican los tipos de sanciones que pueden imponérseles y las reglas de adecuación a tener en cuenta, que permiten reducir las penas.

La administración de justicia deberá velar por la aplicación de las nuevas sanciones introducidas —como el servicio en beneficio de la comunidad, previsto en el Artículo 30.3 f) del CPE (2022, p. 2567)— y propiciar su forma de cumplimiento, mediante el estudio o la superación, lo que, también, es extensible al trabajo correccional con internamiento, la reclusión domiciliaria, el trabajo correccional sin internamiento y la limitación de libertad, con las matizaciones que correspondan, en cada caso, para potenciar la reinserción social.

Acorde con la CDN y las Reglas de Beijing, el CPE (2022) prohíbe la aplicación de las penas de muerte y privación perpetua de la libertad a las personas menores de 20 años de edad e impide la imposición de sanciones superiores a 20 años de privación de libertad a quienes, en el momento de ser juzgados, sean menores de 18 años, aunque en este caso, se puede rebasar ese límite cuando se aplique la sanción conjunta, la que solo puede ser extendida hasta 30 años, si alguno de los delitos calificados así lo prevé —artículos 33.1.2 y 34.1.3.6, p. 2569.

Los niños, como testigos —conforme con las exigencias de las Reglas de Beijing—, encuentran cobertura protectora en la Ley del proceso penal (LPRP) (2021, pp. 4095-4251), en la que se dispone que el fiscal propone su exploración o declaración, según el caso, en el acto del juicio oral, solamente, cuando ello resulte imprescindible, sobre todo si se trata de personas menores de 12 años; en su lugar, el ministerio público deberá optar por la propuesta de la filmación de la

exploración, realizada durante la fase investigativa o, en su defecto, la lectura del acta que contiene aquella, en calidad de prueba documental, para lo cual ha de argumentar las razones que fundamentan su solicitud —Artículo 451.1 de la LPRP, 2021, pp. 4177-4178.

Por otra parte, de acuerdo con los preceptos 477.1 y 512, del citado texto procesal (pp. 4182, 4187), el juicio oral puede celebrarse en privado, cuando así lo solicite el niño o la persona que lo acompañe, su defensor o el fiscal; este acto tiene lugar con la presencia de las personas previamente autorizadas por el tribunal y, si el testigo es menor de 16 años, el órgano judicial actuante debe determinar si su exploración resulta imprescindible.

La transformación legislativa penal cubana se encamina a dar satisfacción al ISN, a partir de los elementos que se han aportado; sin embargo, ello es aún insuficiente, no solo por la ausencia de previsión expresa de dicha máxima, como lo hace, por ejemplo, el Artículo 7 del CFS (2022, p. 2897), para facilitar la interpretación y aplicación de este concepto jurídico indeterminado, sino, en particular, por los vacíos que, todavía, subsisten, a efectos de ofrecer una salvaguarda completa a los intereses de estas personas.

El Artículo 130.2 de la LPRP (2022, p. 4120) establece los derechos que corresponden a los imputados o acusados menores de 18 años, de conjunto con todos los demás que asisten a los adultos; no obstante, no todos ellos encuentran respaldo en el procedimiento. *Vgr.*, no quedaron definidos el momento procesal y la manera en que la autoridad actuante debe informar a los padres o representantes legales de una persona menor de edad que esta fue detenida, más allá del derecho que la ley le confiere para comunicarse, de inmediato, con aquellos y recibir su visita.

Por otra parte, no en todos los casos se aplican las posibilidades que ofrece la ley sustantiva, específicamente, lo dispuesto en el Artículo 73 del CPE (2022, pp. 2581-2582), con respecto a la adecuación de la sanción a las personas menores de 18 años, aun cuando existe conocimiento de los operadores respecto a la doctrina y al amplio arsenal jurídico internacional, la CRC y los principios fundamentales en que se basa la reforma penal.

IV. CONCLUSIONES

Ante la ausencia de previsión específica del ISN en las disposiciones normativas penales, la administración de justicia debiera contar con estándares que potencien su aplicación, con base en la CDN y la CRC. Para ello, se ha de acoger, como enfoque teórico, la doctrina de la protección integral del niño e interiorizar la obligación que recae en la autoridad pública de resguardar los derechos subjetivos individuales de estas personas con efectividad.

Lo anterior implica, necesariamente, minimizar la vía del Derecho penal y, en lo posible, aplicar las diversas sanciones que propugnan principios educativos, ponderar la utilización del principio de oportunidad, así como la intervención mínima en la fase inicial del proceso (denuncia e investigación).

Los jueces y otros profesionales intervinientes en los procesos deben especializarse para participar en aquellos asuntos penales que impliquen a comisores menores de 18 años de edad, dado el conocimiento y la sensibilidad que estos requieren, con base en la diversidad de instrumentos jurídicos internacionales ratificados por Cuba. De la misma forma, ha de tenerse en cuenta la integralidad de los derechos; resulta muy importante preservar la identidad del niño y su seguridad.

El principio de ISN debiera concretarse en la letra de la ley penal y, a la vez, sería menester consignar en ella algunos elementos que lo objetiven.

Las sentencias y otras resoluciones judiciales deben argumentar la interpretación y aplicación de este axioma en los casos que impliquen a menores de edad, en aras de lograr la efectiva e integral protección de estos.

V. REFERENCIAS

Armas Fonticoba, T. (Mayo 1.º, 2009). La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal. El esquema legal cubano. *Ámbito Jurídico*, (64), s.p. <https://ambitojuridico.com.br/la-cuestion-criminologica-y-juridica-de-los-ninos-en-conflicto-con-la-ley-penal-el-esquema-legal-cubano/>

- Cillero Bruñol, M. (2001). *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*. <http://www.iin.oea.org/cursosadistancia/elinteressuperior.pdf>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-O, (5), 69-116.
- Convención sobre los derechos del niño. (2009). UNICEF. <https://www.unicef.org/cuba/media/621/file/convencion-derechos-ninos-cuba.pdf>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Declaración y Programa de Acción de Viena. (1993). https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf
- Díaz Díaz, E. L. (Septiembre-diciembre, 2020). El interés superior del niño: concepto jurídico indeterminado. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (278), 837-862. <https://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.278-2.77494>
- Freedman, D. (2007). Los riesgos del interés superior del niño o cómo se esconde el "Caballo de Troya" en la Convención. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf>
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2006). *Curso de Derecho administrativo*. Thomson-Civitas.
- Islas Montes, R. (2011). Principios jurídicos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 397-412. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr26.pdf>
- Ley No. 143, «Del proceso penal». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (140), 4095-4251.
- Ley No. 151, «Código penal». (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O, (93), 2557-2696.
- Ley No. 156, «Código de las familias». (Agosto 17, 2022). GOR-O, (87), 2893-2995.

- López-Contrera, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70 <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>
- Montejo, J. M. (2017). Infancia-adolescencia, Estado y Derecho. Una visión constitucional. *Sociedad e Infancias*, 1, 61-80. <https://doi.org/10.5209/SOCI.55884>
- Observación general 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. (2013). <https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780>
- Paulette Murillo, K., Banchón Cabrera, J. K. y Vilela Pincay, W. E. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Universidad y Sociedad*, 12(2), 385-392. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1534>
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). (2004). Editores del Puerto.

PRINCIPIOS, LIMITACIONES Y OBSTÁCULOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

PRINCIPLES, LIMITATIONS AND OBSTACLES OF JUDICIAL CONTROL OF THE PROVISIONAL DETENTION

■ **LIC. JUAN GUALBERTO PIMIENTA IGLESIAS**

Presidente, Sala II de lo Penal, Tribunal Provincial Popular de Artemisa, Cuba

<https://orcid.org/0009-0007-6297-6980>

gualberto@tsp.gob.cu

Resumen

El artículo analiza la regulación legal de los principios y las garantías que rigen el control judicial de la medida cautelar de prisión provisional, como mecanismo protector del derecho a la libertad. El autor deslinda las limitaciones y los obstáculos que se presentan en el momento de resolver tan trascendental cuestión, a dos años de la reforma procesal penal cubana y, a partir de aquellos fundamentos, propone mejoras legislativas, en aras de perfeccionar la institución.

Palabras clave: Control judicial; prisión provisional; principios; garantías; limitaciones; obstáculos.

Abstract

The article analyses the legal regulation of the principles and guarantees that govern the judicial control of the precautionary measure of pre-trial detention, as a protective mechanism of the right to liberty. The author identifies the limitations and obstacles that arise at the time of resolving such a transcendental issue, two years after the Cuban criminal procedural reform and, based on these foundations, proposes legislative improvements in order to perfect the institution.

Keywords: *Judicial control; provisional imprisonment; principles; guarantees; limitations; obstacles.*

Sumario

I. Introducción; II. Principios y garantías; 2.1. Principios; 2.2. Garantías; III. Limitaciones; IV. Obstáculos; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Tal como la describen las 100 Reglas de Brasilia (CJI, 2018), la privación de libertad es una causa de vulnerabilidad, que puede limitar el acceso a la justicia y colisionar con otros derechos y garantías, como la libertad y la presunción de inocencia; de ahí, su carácter excepcional.

La Constitución de la República de Cuba (CRC) (2019) dispone que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no sea declarada responsable judicialmente, por medio de una sentencia condenatoria firme. Frente a cualquier tipo de imputación, el individuo tiene tal cualidad, de conformidad con el Artículo 95, inciso c), del magno texto (p. 87).

La Declaración universal de derechos humanos (2014) señala que todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona, y que nadie podrá ser arbitrariamente detenido. Estas previsiones esenciales se establecen en función de que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa —artículos 3, 9 y 11 (pp. 5-6).

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) (2014) enfatiza que ninguna persona puede ser privada de su libertad de manera arbitraria, y que las causas para detener a alguien y los respectivos procedimientos deben estar reconocidos en la ley, con lo cual se apega fielmente al principio de legalidad —artículos 9-11 (pp. 62-63).

Asimismo, dicho instrumento prescribe que, en el caso de que una persona sea detenida por una infracción penal, tiene derecho a ser

llevada inmediatamente ante una autoridad judicial y que se decida sobre la pertinencia de su detención en un plazo razonable, a la vez que insiste en que la prisión preventiva no debe ser la regla general. No obstante, al propio tiempo permite que la libertad personal se subordine a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio.

El legislador cubano, acertadamente, incorporó a la Ley No. 143, «Del proceso penal» (LPRP), las cuestiones a tener en cuenta para adoptar la medida cautelar de prisión provisional (MC-PP), entre las que se encuentran la necesidad y la pertinencia de esta, la edad de la persona, su estado de salud, situación familiar o vulnerabilidad y cualquier otra circunstancia relevante en el hecho y el sujeto —Artículo 356 (2021, pp. 4159-4160). El precepto hace una distinción en cuanto a las personas menores de 18 años de edad, a quienes solo puede imponerse esta precaución ante hechos delictivos graves, que revistan connotación social o económica, o afecten el orden constitucional del país, o cuando, para la ejecución del delito, se hayan utilizado medios o formas que denoten desprecio por la vida humana o representen un elevado riesgo social, se demuestre notorio irrespeto hacia los derechos de los demás, o resulte una persona reiterativa en la comisión de delitos.

A pesar del avance que supusieron tales previsiones, aún existen limitaciones y obstáculos en el control de la MC-PP, a la vista de los principios y las garantías que la informan. El examen de estos ocupa la atención del autor, como punto de partida para superar aquellos, propósito al que se encaminan estas reflexiones.

II. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS

Procesalistas como Binder (2004, p. 67), Cafferata Nores (2005, p. 11), Ledesama (2000, p. 39), Maier (1999, p. 653), Carrió (2008, p. 80), Fleming y López (2008, p. 80), Sozzo (2007, p. 527) y Morillas Cueva (2016, p. 1) coinciden en que la prisión preventiva es una intromisión sumamente gravosa en la esfera privada de una persona, pues restringe su derecho a la libertad.

La LPRP es clara cuando, en su Artículo 356.1 (2021, p. 66), establece que la MC-PP es excepcional. La detención o el encierro de una persona, aun cuando tenga carácter temporal, supone la limitación de

un valor tan sustancial como la libertad, reconocido en el Artículo 46 de la CRC (2019, p. 80). Por tanto, para su imposición, el fiscal debe respetar el principio de legalidad, que obliga a respetar los presupuestos, la forma y los límites normativos establecidos. Así, la citada precaución ha de reservarse para aquellos casos en que sea absolutamente imprescindible para la defensa de otros bienes jurídicos fundamentales, lo que se traduce en que no existan otros medios jurídicos menos gravosos para protegerlos.

El control judicial de esta cautela requiere que el tribunal examine el cumplimiento del principio de proporcionalidad desde sus tres exigencias: la idoneidad, entendida como la adecuación de aquella al fin pretendido; la necesidad, en el sentido de que no haya otros medios menos restrictivos e igualmente eficaces para alcanzar la misma finalidad; y la proporcionalidad estricta, que supone la existencia de una relación justa y adecuada entre los beneficios obtenidos y el medio empleado.

La imposición de la PP demanda la acreditación de algún elemento probatorio del cual pudiera deducirse que la persona contra la que se adopta llegará a ser responsable de un delito. La presunción de inocencia se erige en una garantía, conforme con la cual solo ha de disponerse el encarcelamiento precautorio en los supuestos en que existen indicios racionales de criminalidad y, por consiguiente, la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable. De lo contrario, se sacrificaría la libertad en un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse.

La concurrencia de los presupuestos legales y la finalidad de la medida, en el caso concreto, deben expresarse en una resolución razonada, en la que el fiscal o el tribunal —según el estado en que se encuentre el proceso— argumente los extremos que justifiquen su adopción, a partir de la ponderación de los intereses en juego; por una parte, la libertad de la persona cuya inocencia se presume; y, por la otra, el enfrentamiento a los actos delictivos que han puesto en peligro o lesionado bienes jurídicos socialmente relevantes y la evitación de nuevos crímenes. Para ello, deberá tomarse en cuenta la información disponible en el momento en que ha de adoptarse la decisión, valorada según las reglas del razonamiento lógico y el entendimiento de la PP como medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines que se procuran. Entre otros elementos, se impone considerar las carac-

terísticas del delito imputado, la gravedad de este y la pena con que se sanciona, las particularidades concretas del caso y la persona imputada, el riesgo de fuga que pueda concurrir en ella, como, también, de pérdida o deterioro de los indicios o medios de prueba que, hasta el momento, se hayan acopiado, durante las investigaciones o la instrucción del hecho denunciado, todo esto para asegurar la presencia del justiciable en todas las fases del proceso, en cordial abrazo con el principio de presunción de inocencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos «ha declarado que la prisión preventiva debe ser objeto de revisión periódica [...]» (Casado, 2022, p. 233), ya sea de oficio o a instancia de parte, de tal forma que el abogado pueda instar dicho examen cuantas veces lo considere necesario y que el fiscal o el tribunal esté obligado a evaluar la petición.

Alejo (2021) se afilia a la noción crítica de Mendoza (2014, pp. 192-193) cuando, en referencia a la derogada ley adjetiva penal, sentenció:

La LPP, [sic] dejó en manos de la Fiscalía la adopción de la medida cautelar, con una revisión judicial inmediata. A partir de 1994 a raíz del Decreto Ley 151 de 10 de junio, modificativo de la citada norma adjetiva, las medidas cautelares pasaron a ser competencia policial y de la instrucción, exceptuando solo la prisión provisional que queda a partir de este momento en manos del fiscal. De esta manera se desterró de Cuba todo control judicial sobre el aseguramiento del imputado, se cercena el derecho a la defensa en este caso dado que no media ningún procedimiento oral y contradictorio en la imposición de medida cautelar, en el cual se acredite por las partes, la existencia o no, en el caso concreto, de los presupuestos reconocidos en la norma que fundamenten la detención preventiva. (p. 545)

La nueva LPP no solo dispuso la excepcionalidad de la precaución comentada, sino que le confirió facultades al fiscal y al tribunal para modificarla o revocarla, de oficio, siempre que cambien las circunstancias que hayan dado origen a su imposición. Adicionalmente, el legislador previó que la medida debe ser revisada, en todo caso, al cumplirse un año de su adopción y que nunca ha de extenderse más allá del límite mínimo del marco sancionador previsto para el delito cometido, o el del más grave de los delitos cometidos, si fueran

varios. El imputado o acusado puede solicitar la modificación de la decisión aseguradora cuantas veces lo desee; si ello le es denegado en la fase investigativa o instructora, tendrá la posibilidad de interponer el recurso de queja y, agotado este, pedir el control judicial.

El respeto al derecho a la libertad determina que las decisiones judiciales referidas a la MC-PP se atengan a determinados principios y garantías que se examinan a continuación.

2.1. PRINCIPIOS

— *Excepcionalidad*

Como se ha sostenido, en el proceso penal, se dan situaciones de tensión entre el derecho a la libertad de la persona imputada o acusada por la comisión de un hecho delictivo y otros bienes jurídicos cuya protección, en determinados casos, adquiere mayor relevancia, de lo cual se infiere que la restricción a aquel ha de tener un carácter extraordinario o excepcional. Tal perspectiva encuentra fundamento, a la vez, en el principio de presunción de inocencia e impone el deber de dar preferencia a la adopción de otras medidas cautelares, menos gravosas para el citado derecho.

Dado que el Derecho penal es de última *ratio*, esta característica se extiende, también, al proceso. En tal sentido, la adopción de la medida comentada debe ser la alternativa final en la que se piense, para asegurar los bienes jurídicos que han de preservarse en el proceso penal en curso, y garantizar la efectividad de este. Se hace eco de ello el Artículo 9.3 del PIDCP (2014, p. 62), al disponer que la prisión preventiva no debe ser la regla general. Para garantizar el cumplimiento de esta premisa, se prevé la posibilidad de sustituirla por otras garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el juicio, en cualquier momento de las diligencias procesales o para la ejecución, si fuera preciso. El precepto, además, expresa la celeridad con que ha de efectuarse el juzgamiento a quien se encuentre preso provisoriamente; de lo contrario, la persona debiera ser puesta en libertad.

Velar por la salvaguarda de los bienes jurídicos puestos en riesgo o lesionados por un hecho delictivo y, a la vez, por los derechos del imputado o acusado es una premisa inexcusable para la seguridad jurídica. Proteger ambos espacios o ponderar cuidadosamente los

casos en que alguno de ellos haya de ser sacrificado en beneficio del otro es tarea del juez, como garante, por excelencia, de la observancia de la Constitución. De acuerdo con Monzón (2014), «dentro [sic] de un Estado socialista, de Derecho, revolucionario, con leyes, con principios, solo cabe proteger ambas cuestiones y velar por que ninguna de ellas sea vulnerada» (p. 13).

— *Proporcionalidad*

La MC-PP es inadmisibile en aquellos delitos que no lleven aparejada, directamente, la pena de privación de libertad. El imputado o acusado no debe sufrir, durante la tramitación del proceso, una aflicción mayor a la que, en definitiva, se le impondría, si llegara a ser sancionado. Así lo reflexiona Bedón (2010, p. 29), a propósito de la multa.

En la sentencia de la causa 805/02, la Corte Constitucional de Colombia, sostuvo que

la medida debe ser proporcional a las circunstancias en las cuales jurídicamente se justifica. Por ejemplo, en el caso de la detención preventiva, resultaría desproporcionado que a pesar de que la medida no sea necesaria para garantizar la integridad de las pruebas, o la comparecencia del sindicado a la justicia, se ordenara la detención preventiva. El legislador también puede indicar diversos criterios para apreciar dicha proporcionalidad, entre los que se encuentran la situación del procesado, las características del interés a proteger y la gravedad de la conducta punible investigada. En todo caso, la Constitución exige que se introduzcan criterios de necesidad y proporcionalidad, al momento de definir los presupuestos de la detención preventiva. (Cepeda y Montealegre, 2018, pp. 100-101)

— *Instrumentalidad*

En palabras de Ferrajoli (1995), «la medida cautelar de prisión [es un] instrumento exclusivo del derecho procesal penal [...]» (p. 347), que busca garantizar la presencia del imputado durante el proceso, evitar mellas en la investigación de los hechos y facilitar la obtención de los medios probatorios que esclarezcan cada detalle de la ocurrencia de estos. Luego, no ha de emplearse como herramienta de enfren-tamiento criminal, aunque se le atribuya un carácter disuasorio con

respecto a la comisión de nuevos actos delictivos, de acuerdo con determinadas condicionantes políticas que permiten al Estado justificar su imposición ante un incremento de la delincuencia.

En oposición a esta postura, se sostiene:

El ejercicio del *ius puniendi* estatal no debe tener al ser humano como un medio para alcanzar fines subordinados, como la seguridad y el orden, los cuales son alcanzables democráticamente, sin recurrir al fácil expediente de privar de la libertad a un imputado o acusado. Más aún [sic], si la criminología cuestiona asazmente la institución de la cárcel, como espacio de encierro y cumplimiento de la pena privativa de la libertad, por su carácter contradictorio con la finalidad resocializadora de la pena, con más razón critica el uso de la prisión preventiva para los imputados, pues en tal caso los efectos nocivos de la prisión como pena privativa de libertad se anticipan con grave afectación del derecho a la presunción de inocencia, cuya jerarquía constitucional lo extiende hasta que se alcance la declaración judicial de su responsabilidad y, peor aún [sic], con los peligrosos y nocivos efectos etiquetadores y estigmatizadores de la prisión, que causan serios daños psicológicos y de auto estima [sic] en las personas. (Ríos *et al.*, 2018, p. 107)

Se constata, así, que la aplicación de la PP no ha de estar condicionada por la política criminal. Según Pérez (2020), «la justificación de la adopción de esta medida solo puede encontrarse en cuanto se persiga un fin meramente cautelar sin voluntad de represión, cuyo objetivo sea la simple garantía de la eficacia del procedimiento penal [...]» (p. 9).

— Presunción de inocencia

Quienes tienen la responsabilidad de decidir en cuanto a la imposición de la MC-PP han de atender a la máxima conforme con la cual la inocencia siempre se presume y la culpabilidad hay que demostrarla, pues, indudablemente, el ejercicio de dicha atribución supone una restricción de derechos para alguien que aún no ha sido juzgado y sancionado por sentencia firme.

— *Imparcialidad*

Cada juez, dada su potestad decisoria sobre los asuntos que se le presentan, debe asumir una postura imparcial; se coincide con Montero (2006) en que «la imparcialidad implica, necesariamente, la ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes» (p. 96); tal como reflexiona el autor, si dicha actividad consiste en tutelar «los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto», la imparcialidad se lacera cuando se dan circunstancias de las cuales se infiera que el juzgador favorecerá a una de las partes, en detrimento de la otra. Vista así, la imparcialidad es el valor primario de la jurisdiccionalidad, que desliga a los jueces de todo interés sobre el asunto y los despoja de las presiones que puedan conducirlo a la preferencia por una de las partes o afectar su compromiso para tomar decisiones de manera objetiva.

En la ley procesal cubana, la resolución de las peticiones de control sobre la PP compete a los tribunales, como tercero sin interés en el asunto sujeto a investigación o instrucción penal. No obstante, la adopción de la cautela en esas fases se encuentra en poder de la fiscalía, con rasgos de un sistema inquisitivo, en el que este ministerio rebasa su cualidad de parte y «compromete el equilibrio de oportunidades en el debido proceso [...]», aspecto en el que se coincide con Vera (2021, p. 13).

— *Inmediación*

Congruente con los principios antes enunciados, la inmediación propicia que los jueces celebren una audiencia, en la que las partes involucradas en el proceso (imputado, fiscal y víctima) tengan la oportunidad de intercambiar directamente con ellos, para que estén en mejores condiciones de valorar la pertinencia de mantener la MC más gravosa que se aplica en el proceso penal o modificarla, sobre la base de los elementos que se acrediten en ese debate contradictorio. La máxima implica no solo la comunicación personal del juez con las partes, sino, además, el contacto directo con los actos de adquisición, fundamentalmente las pruebas, como instrumento para comprender los intereses en juego y el objeto litigioso del proceso. La inmediación facilita la formación del juicio de valor distintivo de toda decisión jurisdiccional, consistente en incorporar el método científico de conocimiento en el desempeño de esa función.

Las partes pueden transmitirle, al órgano judicial conocedor y competente, todos los motivos que sustentan sus posiciones respecto a la medida, apoyadas en los medios de pruebas con que cuenten hasta ese momento; de ahí la importancia de que cada pretensión de control judicial de la PP se ventile en audiencia. Según Cabezudo (2008),

la convicción judicial fundada en datos percibidos directamente gozará de una fiabilidad comparativamente mayor que la obtenida por cualquier otra vía de adquisición de esas informaciones, simplemente porque será la más próxima a los hechos cuya realidad se pretende comprobar. En ello radica la trascendencia de este principio [...]. (p. 320)

2.2. GARANTÍAS

— *Acceso a la justicia*

De acuerdo con los artículos 61 y 92 de la CRC (2019, pp. 81, 86), el Estado tiene la obligación de garantizar que las personas puedan establecer quejas y peticiones, o acceder a los órganos judiciales en aras de defender sus derechos. Se concuerda con Maldonado (2017) en que esta prerrogativa «[...] permite a los seres humanos poder hacer valer sus derechos de forma justa y equitativa ante la ley sin perjuicio de discriminación por sexo, raza, edad o religión [...]» (p. 10).

En la LPRP (2021), la oportunidad del imputado de acudir, directamente, al tribunal para cuestionar la restricción impuesta a su libertad personal se ve limitada. Según el procedimiento establecido, antes debe instar la modificación de la cautela ante el fiscal que la impuso (actuando como juez y parte) en representación del Estado. La denegación del recurso de queja constituye un requisito de procedibilidad que coarta el acceso a la justicia y la consecuente búsqueda de tutela judicial efectiva. En 2015, Gherardi afirmó la necesidad de «acceso a un órgano jurisdiccional predeterminado, independiente e imparcial que decida basándose en derecho tras un proceso que respete las garantías procesales, en un sistema que las prevea y donde el acceso sea garantizado a todas las personas, sin distinciones [...]» (p. 337).

— *Tutela judicial efectiva*

A fin de alcanzar la protección de sus derechos, toda persona puede inquirir al órgano judicial y este, a la vez, tiene la obligación de crear las condiciones, según la ley, para proveer un debido proceso, sujeto a reglas de igualdad y defensa que permitan conceder lo que corresponda a las partes involucradas. La respuesta se expresa en una resolución judicial, fundada y argumentada sobre el fondo del asunto, que puede ser recurrida y, de resultar firme, ejecutada.

Esta garantía, relacionada con las de acceso a la justicia y debido proceso, está presente en el tema examinado; en atención a ella, el legislador fijó pautas para la imposición de la MC-PP y previó el control judicial de esta —carencias que presentaba la norma vigente con anterioridad—, como punto de partida para que los imputados puedan cuestionar la concurrencia de los presupuestos legales y la pertinencia de mantener una precaución que, en principio, es adoptada por su contraparte procesal, el fiscal, quien, en tal sentido, actúa como juez y parte.

— *Argumentación jurídica*

Tanto el órgano que adopte la precaución, como el que analice la pertinencia de mantenerla, tiene el deber de plasmar la justificación debida de su juicio de ponderación entre el derecho a la libertad, afectado a la persona imputada o acusada, y el interés cuya protección se privilegia al imponerla, así como la necesidad de tal medida. De acuerdo con Casado (2022),

es absolutamente necesario fundamentar las resoluciones judiciales, y más especialmente las restrictivas de derechos. Así, para que la motivación se considere suficiente, es preciso que sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego, estos son, la libertad de la persona cuya inocencia se presume y la realización de la justicia penal [...]. (p. 162)

Concuerdan con su criterio Merchán y Durán (2022), al concluir que «la prisión preventiva como una medida excepcional dentro del proceso penal, debe estar debidamente fundamentada [...]» (p. 2).

La argumentación es el proceso mediante el cual se presentan las razones lógicas y sustanciales que respaldan la decisión. Los fiscales, en la fase de instrucción o de investigación, y los jueces, en la de juicio oral, tendrán

que hacer uso del arte de la letra en función de exponer los elementos esenciales que sustentan la necesidad de la MC que se impone, de forma tal que convenzan a sus destinatarios. Esta es la mayor garantía de que el proceso penal en cuestión transcurra bajo las reglas del debido proceso y se alcance el punto de equilibrio, sin arbitrariedades de los sujetos facultados para imponer la PP. También, se asegura que la restricción al derecho fundamental a la libertad y las demás limitaciones derivadas de ello abracen el principio de presunción de inocencia y hagan entender que dicha precaución no constituye una pena anticipada ni retributiva al comportamiento delictivo del justiciable, imputado o acusado. Solo así se alcanzan los fundamentos y fines que el legislador ha considerado.

En la práctica, suele apreciarse la falta de motivación o insuficiente argumentación de la PP. En la mayoría de los casos, su imposición no obedece a las razones acotadas, sino a políticas de Estado o condicionamientos de enfrentamiento criminal, debidos al aumento de la actividad delictiva, con la sola justificación del elemento preventivo consistente en evitar la reiteración de futuros delitos, con carácter especial y general. Esta realidad guía a Villegas (2010) cuando reclama la «justificación razonada que hace jurídicamente aceptable una decisión judicial [...]» (p. 282).

Una vez sistematizados los principios y las garantías que sustentan el control judicial de la MC-PP, según la doctrina, se identifican determinados inconvenientes en el ordenamiento jurídico patrio, los que serán analizados seguidamente.

III. LIMITACIONES

La LPRP —Artículo 361 (2021, p. 4161)— no establece la celebración de la audiencia con carácter preceptivo, sino que deja su realización a la decisión del tribunal, con lo cual cabe la posibilidad de que dicho acto no tenga lugar y se vulneren los principios de inmediación y contradicción, que permiten el contacto directo del órgano judicial con el imputado, el aporte de las pruebas en torno a la objetividad y necesidad de la MC, y la presentación de los alegatos y fundamentos de las partes (incluida la víctima o el perjudicado), como soporte para la adopción de una decisión más ajustada a la realidad y mejor argumentada. En este sentido, se considera que la audiencia ha de materializarse en todos los casos; al menos, en todos en los que el imputado lo solicite, porque, de lo contrario,

además de coartar los principios antes enunciados, se estaría limitando el derecho a la defensa.

Por otra parte, la imposición de la PP durante la instrucción e investigación se mantiene en manos del fiscal —Artículo 359, LPRP (2021, p. 4160)—, no así de un órgano independiente e imparcial, como los tribunales, que solo intervienen en esas fases, si se solicita el control judicial de la cautela, conforme con los preceptos 351 y 360 (pp. 4158, 4160). La actuación del tribunal ha de estar precedida de la denegación del recurso de queja, presentado ante la propia autoridad que dispuso la medida, lo que, en criterio del autor, resulta un trámite superfluo que dilata, innecesariamente, el acceso al órgano jurisdiccional.

A la vez, el control de la PP, una vez que esta alcanza un año de duración, a tono con lo dispuesto en el Artículo 363.2 de la ley procesal (p. 4161), se realiza por el fiscal o el tribunal, según el estado en que se encuentre el proceso, cuando, especialmente en el primero de esos casos, el solo transcurso del plazo mencionado, sin que se haya concluido la averiguación del delito, hace prudente que la evaluación de la objetividad de mantener la medida o modificarla tenga lugar en sede judicial. La presentación de la cuestión ante el tribunal debiera constituir una obligación para la autoridad que tenga el proceso.

En resumen, se coincide con la opinión de Vera (2021): «*De lege ferenda* se hace necesaria la reformulación hacia un proceso más acusatorio, donde [sic] el control de la legalidad, la admisión de pruebas y la imposición o revocación de la medida cautelar de prisión provisional, recaigan sobre el órgano jurisdiccional [...]» (p. 13).

IV. OBSTÁCULOS

A partir del estudio de 138 expedientes de la provincia de Artemisa, en los que hubo control judicial a la PP, enmarcados en el año 2023 y el primer cuatrimestre de 2024, se identificaron ciertos obstáculos en la aplicación de lo regulado. En la totalidad de los casos, el auto de imposición de la MC carecía de argumentación, ya que solo se limitaba a consignar los preceptos legales y reproducir su contenido, sin analizar el comportamiento de esas exigencias en el supuesto concreto. Por su parte, los autos en que se resolvió la solicitud de control judicial resultaron omisos,

al no exponer los elementos obtenidos en la audiencia u obrantes en las actuaciones que justificaron mantener la precaución.

En el 84,7% de los procesos se cumplió con el principio de inmediatez, toda vez que el tribunal celebró la audiencia y escuchó a las partes, no así en los restantes, sin que la resolución judicial argumentara las razones por las que se consideró innecesario dicho acto. Fue revocada la PP en el 13,7% de los asuntos, en los que se impusieron otras medidas de menor rigor, con base, fundamentalmente, en la poca lesividad social de los hechos o la insuficiencia de los elementos de prueba para suponer a los imputados como participantes en ellos, aunque, también, hubo casos (el 26,3% de los modificados) en los que se había alcanzado el límite mínimo del marco penal sancionador del delito imputado, en desmedro del principio de legalidad. Al calificar este último supuesto como una privación ilegal de la libertad, el imputado bien podía haber establecido un procedimiento de *habeas corpus*, según lo previsto en los artículos 96 de la CRC (2019, p. 87), y 787 de la LPRP (2021, p. 4239).

Del total de la muestra, el 2,8% de los imputados tenía una edad comprendida entre 16 y 17 años; sin embargo, solo para uno de ellos prosperó el control judicial; en los demás, la decisión fue ratificada, pero no se realizó una adecuada motivación y argumentación sobre la presencia de los presupuestos exigidos en el Artículo 356.3 de la ley procesal (2021, p. 4160), que concede carácter extraordinario a la imposición de la PP, dentro de lo excepcional que ya de por sí ha de ser esta, cuando se trate de personas menores de 18 años de edad, a quienes solo puede aplicársele por hechos delictivos graves y de connotación social, o que hayan afectado el orden constitucional, o cuya ejecución se haya valido de medios, modos o formas que denoten desprecio por la vida humana, riesgo social o notorio irrespeto hacia los derechos de los demás, o que fueran personas reiterativas en la comisión de delitos.

En el 4,3% de los asuntos muestreados, los imputados tenían 60 o más años de edad, a todos los que se les mantuvo la MC-PP. En estos casos, la argumentación de la decisión solo se basó en uno de los elementos básicos caracterizadores del aseguramiento, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, dado por la existencia de un hecho delictivo grave y los medios probatorios que se tenía, hasta el momento, acerca de la participación de los asegurados —Artículo 356.1 a), LPRP (2021,

pp. 4159-4160)—; sin embargo, no se motivó el *periculum in mora* o riesgo de fuga, destrucción de pruebas, documentos u otros datos en la fase de instrucción o investigación del proceso penal en curso, como exige el inciso b) del mentado precepto. Tampoco se explicó por qué, a pesar de la edad, debían estar sujetos a dicha cautela, no obstante ser ese uno de los aspectos de obligada valoración para determinar su necesidad y pertinencia, en la forma que impone el apartado dos del artículo citado. De manera semejante, en el 1,4% de los imputados que padecía de alguna enfermedad, a los que se mantuvo la PP, se dejó de hacer referencia a tal circunstancia, pese a que ella puede constituir una limitante para aplicar la medida, en correspondencia con la propia disposición.

En otro orden, de acuerdo con las actas de las audiencias celebradas, ninguno de los abogados de los imputados aportó medios para acreditar la ausencia de la necesidad de la PP. Tales datos revelan barreras que, desde el punto de vista empírico, atentan contra la eficacia de las previsiones procesales, aunque no son las únicas, como se verá enseguida.

— *Habeas corpus y control judicial de la prisión provisional*

La confusión entre el procedimiento de *habeas corpus* y el control judicial de la MC-PP es uno de los escollos con que tropieza, habitualmente, la aplicación de este último, pues suele pensarse antes en el primero, siempre que se trata de sostener que no existen justificaciones para amparar la detención de alguien que, para el Derecho, es inocente. Una y otro son mecanismos de protección del derecho a la libertad, regulados por la ley, con similares fines y características, pero no han de ser confundidos.

La institución de *habeas corpus* [sic] permite evitar arrestos y detenciones arbitrarias, asegurando los derechos básicos de ser escuchado por la justicia y saber de qué se le acusa. También puede decirse que tutela los derechos fundamentales derivados de la vida y la libertad frente a cualquier acto u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que pueda vulnerar dichos derechos. (Valerezo, Coronel y Durán, 2019, s.p.)

Ambas instituciones:

- Nacen por la ley, pero, en tanto el procedimiento de *habeas corpus* tiene su origen en la Constitución y presupone un valor superior en el ordenamiento jurídico, el control judicial de la PP se regula en una ley de desarrollo, la del proceso penal.
- Competen a los tribunales, por el principio de exclusividad jurisdiccional; sin embargo, la primera de ellas procede con respecto a las detenciones que se consideran arbitrarias, de manera que la actuación judicial se dirige a determinar si su adopción se enmarca en la legalidad, o no, mientras que la segunda procura verificar la pertinencia del encarcelamiento provisional, a partir de los presupuestos que lo justifican.
- Derivan de la privación de libertad de una persona. En el *habeas corpus*, dicha situación acontece como resultado del arresto que, generalmente, ejecuta la policía, de forma ilegal e injustificada —artículos 342.1 y 346.1, LPRP (2021, p. 4157)—; en cambio, en el control judicial de la MC-PP, la detención es legal y se dispone por la fiscalía.
- Se materializan en la fase de investigación o instrucción, en la que el control lo tiene el ministerio fiscal.
- Tienen audiencia, pero, si bien en el *habeas corpus* esta es obligatoria, en el control judicial de la MC-PP, es facultativa.
- Han de ser resueltas por el órgano judicial mediante una resolución fundada, que es recurrible; en el *habeas corpus*, se prevé el recurso de apelación ante el tribunal superior; en el control judicial de la MC-PP, la súplica, que es solucionada por el propio tribunal que decidió la cuestión.

De conjunto con las particularidades anteriores, pueden enunciarse diferencias más notables:

- El procedimiento de *habeas corpus* no está sujeto a requerimientos de procedibilidad para obtener el amparo judicial; ante la detención de una persona y la consideración de esta como ilegal e injustificada, la parte restringida en su derecho a la libertad puede solicitar la intervención del tribunal. Por el contrario, el control judicial de la MC-PP requiere de previa solicitud de modificación de esta ante la fiscalía y la respuesta desestimatoria del recurso de queja interpuesto.

- En el primer caso, la pretensión se interpone, directamente, en el órgano jurisdiccional; mientras que, en el segundo, se presenta ante el fiscal, quien la recibe y la remite al tribunal, en un plazo de 72 horas, acompañada de las actuaciones investigativas o de instrucción diligenciadas hasta ese momento.
- El *habeas corpus* tiene un fin preventivo, reparador y genérico, en tanto el control judicial de la MC-PP tiene un propósito meramente reparador. Aquel se materializa por un proceso especial, que precisa de una agilidad acentuada y un procedimiento sencillo, carente de formalidades, dirigido a la restitución de la libertad; mientras este se concreta en un acto procesal, mediante el que se confirma la medida, se modifica o se revoca.

V. CONCLUSIONES

El control judicial de la MC-PP se sustenta en los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, instrumentalidad, presunción de inocencia, imparcialidad e inmediación, y, a la vez, en las garantías de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, cuya valoración permite asegurar el respeto del derecho a la libertad.

Las principales limitaciones que se advierten en la LPRP en este ámbito son:

- No se establece el carácter preceptivo de la celebración de audiencia, con lo cual se vulneran los principios de inmediación y contradicción.
- Se mantiene la imposición de la MC en manos del fiscal, que, en tanto parte procesal, carece de las necesarias independencia e imparcialidad, con las que sí cuentan los tribunales.
- No se diseña un procedimiento para la imposición de la PP, sustentado en los principios de inmediación y contradicción.
- La solicitud de modificación de la medida se realiza al mismo órgano que la impuso y, ante su resolución denegatoria, se requiere recurrir en queja, primero, con las demoras y dilaciones que dicho trámite acarrea al proceso penal.

- La ley no regula la obligación del instructor o de la fiscalía de presentar las actuaciones al tribunal para que este evalúe la objetividad y necesidad de la PP, cuando el imputado arriba a un año en esta condición o se haya vencido el plazo para la tramitación de la investigación o instrucción.

El principal obstáculo que se afronta en la práctica judicial artemiseña, en colisión con los principios y las garantías que amparan el efectivo control judicial de la MC-PP, reside en la falta de argumentación de las resoluciones que emite la fiscalía para imponer la medida o denegar su modificación, y las de los tribunales, cuando resuelven las solicitudes de control o deniegan la celebración de las audiencias solicitadas por las partes.

En esa provincia, también, existe confusión entre el *habeas corpus* y el control judicial de la MC-PP, en especial, en aquellos casos en que los imputados han alcanzado el límite mínimo del marco penal sancionador del delito por el que eran procesados.

VI. REFERENCIAS

- Alejo Martínez, C. A. (2021). Breve esbozo de la evolución histórica de las garantías de los derechos fundamentales en Cuba. *Derechos en Acción*, 6(19), 520-547. <https://doi.org/10.24215/25251678e525>
- Alonso, J. A. (2017). *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España* [tesis doctoral, Universidad de Barcelona, España]. https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565609/Tesi_Jos%C3%A9_Antonio_Alonso_Fern%C3%A1ndez.pdf
- Bedón Moreno, M. T. (2010). *Medidas cautelares: Especial referencia a la prisión preventiva en la legislación penal ecuatoriana* [tesis de posgrado, Universidad Técnica de Cotopaxi, Ecuador]. <https://repositorio.utc.edu.ec/handle/27000/149>
- Binder, A. (2004). *Introducción al Derecho procesal penal*. Ad-Hoc.
- Cabezudo Rodríguez, N. (2008). Aproximación a la teoría general sobre el principio de intermediación procesal de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto. En Carpi, F.

- y Ortells Ramos, M. (Eds.) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal), 317-327. Tirant Lo Blanch.
- Cafferata Nores, J. I. (2005). *Proceso penal y derechos humanos*. Editores del Puerto.
- Cappelletti, M. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Ad-Hoc.
- Carrió, A. (2008). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Hammurabi.
- Casado, A. (2022). *Análisis de la aplicación de la prisión provisional en la España actual: críticas y propuestas de mejora* [tesis doctoral, Universidad Católica de Murcia, España]. <https://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/5724/Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cepeda Espinosa, M. J. y Montealegre Lynett, E. (2018). Sentencia C-805/2002, Corte Constitucional, Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2018). 100 Reglas de Brasilia, sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. <https://www.cumbrejudicial.org>
- Declaración universal de derechos humanos. (2014). En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 3-10. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Fleming, A. y López, P. (2008). *Garantías del imputado*. Rubinzal-Culzoni.
- Gherardi, N. (2015). El acceso a la justicia como garantía de igualdad: de los principios a las estrategias. https://www.magistrados-santafe.org.ar/wp-content/uploads/2020/05/Revista2015-El_acceso_a_la_justicia_como_garant%C3%ADa

- [de igualdad d los principios a las estrategias-pag.332-347.pdf](#)
- Ledesama, A. (2000). *La reforma procesal penal*. Nova Tesis.
- Ley No. 143, «Del proceso penal». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (140), 4095-4251.
- Maier, J. (1999). *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto.
- Maldonado Mérida, T. M. (2017). Acceso a la justicia. https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/10_tmaldonado.pdf
- Mendoza Díaz, J. (2014). Notas para una reforma del derecho a la defensa en el proceso penal cubano. En Medina Cuenca, A. (Coord.). *El Derecho penal de los inicios del siglo xxi, en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*, 192-205. UNIJURIS.
- Merchán Miñán, P. R. y Durán Ocampo, A. R. (2022). Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamentos y funciones. *Espacios*, 43(10), 1-11. <https://doi.org/10.48082/espacios-a22v43n10p01>
- Montero Aroca, J. (2006). Derecho a la imparcialidad judicial. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (7), 69-112.
- Monzón Páez, F. (2014). Prisión provisional en el contexto jurídico cubano. Cambio de paradigma. <https://repxos.tsp.gob.cu/jspui/handle/ident/5283>
- Morillas Cueva, L. (2016). Reflexiones sobre la prisión preventiva. *Anales de Derecho*, 1(34), 1-38. <https://revistas.um.es/analesdercho/article/view/252111/193081>
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos. (2014). En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 57-81. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Pérez Rodríguez, E. A. (2020). *La prisión provisional y su aplicación en el denominado «juicio del procès»* [tesis de grado, repositorio Comillas]. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/38177>

- Ríos, G., Bernal, O., Espinoza, R. y Duque, J. (2018). *La prisión preventiva como expresión del simbolismo penal e instrumento del derecho penal del enemigo. La negación de la justicia penal garantista. Un enfoque desde la criminología* [proyecto de investigación, Universidad Nacional de Colombia]. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/4106/PROYECTO_DE_INVESTIGACION.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Sozzo, M. (2007). *Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión depósito en Argentina*. Editores del Puerto.
- Valerezo Álvarez, M. J., Coronel Abarca, D. F. y Durán Ocampo, A. R. (Octubre, 2019). La garantía constitucional de la libertad personal y el *habeas corpus* como elemento de protección del bien jurídico. *Universidad y Sociedad*, 11(5), s.p. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1399?articlesBySameAuthorPage=2>
- Vera Toste, Y. (Julio, 2021). El programa penal de la Constitución y su interpretación en Cuba. Necesidad y utilidad. *Vlex*, (66), 1-20. <https://cuba.vlex.com/vid/programa-penal-constitucion-interpretacion-899708917>
- Villegas Paiva, E. A. (2010). Principios y presupuestos de la prisión preventiva en el nuevo Código procesal penal. En *Gaceta Penal y Procesal Penal* (t. 18). Gaceta Jurídica.



EL ADULTO MAYOR, DE VULNERABLE A VICTIMARIO

THE ELDERLY, FROM VULNERABLE TO VICTIMIZER

■ M.Sc. MILADYS RUIZ BARRETO

Jueza profesional titular, Tribunal Provincial Popular de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0009-0009-6333-2233>

miladysrb95@gmail.com

■ DRA.C. ELIA ESTHER REGA FERRÁN

Profesora titular, Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas,
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana;
jueza profesional titular, Tribunal Provincial Popular de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0000-0003-3395-1905>

elia.rega@gmail.com

Resumen

No obstante la protección indispensable a las personas que forman parte de los grupos vulnerables, resulta interesante estudiar si las propias circunstancias que los caracterizan como tales motivan que sus miembros incidan en transgresiones penales, pues, en contraste con el tratamiento diferenciado que se ha destacado, en los últimos años, en pos de la protección de sus derechos, se reporta un aumento en la comisión de hechos delictivos, de los que resultan autores adolescentes y adultos mayores. En no pocos casos, las personas de la tercera edad incurrir en hechos que refuerzan su condición de vulnerabilidad e, incluso, devienen eventos delictivos, lo que hace necesario analizar si las características biopsicosociales en las que se encuentran influyen, en alguna medida, en la comisión de hechos delictivos, a lo cual se dedica el presente trabajo, desde la experiencia del municipio de Boyeros, en el que se ha centrado el estudio.

Palabras clave: Vulnerabilidad; adulto mayor; victimario; delito sexual.

Abstract

Notwithstanding the indispensable protection of persons who form part of vulnerable groups, it is interesting to study whether the very circumstances that characterise them as such motivate their members to commit criminal offences, since, in contrast to the differential treatment that has been highlighted, in recent years, in pursuit of the protection of their rights, there has been a reported increase in the commission of criminal acts, in which adolescents and older adults are the perpetrators. In many cases, elderly people commit acts that reinforce their condition of vulnerability and even lead to criminal acts, which makes it necessary to analyse whether the biopsychosocial characteristics in which they find themselves influence, to some extent, the commission of criminal acts, which is the subject of this paper, based on the experience of the municipality of Boyeros, on which the study is centred.

Keywords: *Vulnerability; elderly; victimizer; sexual crime.*

Sumario

I. Introducción; II. La sexualidad en la senectud; III. Principales delitos sexuales en los que incurrn personas de la tercera edad; IV. Reflexiones sobre el delito de corrupción de personas menores de edad; V. Perfil criminal del adulto mayor en los delitos sexuales; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Con independencia de los padecimientos biológicos asociados a la ancianidad, esta etapa natural de la vida humana, también, trae aparejados diversos cambios psicosociales trascendentales, especialmente, los asociados a la pérdida de habilidades que hacen vulnerable a uno de los sectores más sensibles de la sociedad, pues sus hábitos, estilos de vida y comportamientos pueden resultar arcaicos, ante el propio dinamismo de la vida cotidiana, lo que se traduce en la incomprensión de las nuevas generaciones y, en no pocos casos, en el aumento de sus inseguridades y riesgos.

Aunque la vejez no puede ser considerada, intrínsecamente, una causa de degeneración, ha de reconocerse que las personas experimentan disminuciones en su capacidad física, cognitiva y en las actividades sociales, lo que incide en su calidad de vida y en la manera en la que responderán, ante los incentivos endógenos y exógenos. Como se dijo, no es solamente un hecho biológico, sino un proceso transcultural, en el que, quien lo vive, puede quedar empequeñecido y denigrado, en atención a sus capacidades de producción o rendimiento económico, el que, usualmente, está vinculado a las personas de menor edad.

Según Kemelmajer (2006, p. 39), el origen de la palabra *anciano* se remonta a la primera mitad del siglo XIII y deriva del vocablo romántico *anzi*, que significa «antes». Se trata de un término que encierra la relación del hombre con el decursar del tiempo; la persona anciana es la que cuenta con un «antes, un pasado mayoritario, que respalda lo poco que vendrá». Ilustra la psicóloga Arés Muzio (2019, p. 18) sobre el empleo de términos sociológicos para identificar a los adultos mayores, los que son utilizados con asiduidad para evitar la discriminación: «senectud», «ancianidad», «segunda juventud», «viejo-joven», «envejecente», «viejentud», «adulterecencia» y «exalecencia»; estos son distinguidos, también, según los subrangos de edad que, clínicamente, se analizan después de los 60 años, aunque ello no demerita el enmascaramiento que, de igual forma, esos términos pueden encerrar para la aceptación plena de los derechos de esta parte de la población y sus desventajas ante el resto de la sociedad.

Por su parte, Delgado y Pereira (2017) lograron aportar, desde la ciencia jurídica, un concepto más amplio, al cual se afilian las autoras por lo abarcador que resulta. Para ellas, el envejecimiento es

un proceso natural, universal, dinámico, continuo e irreversible a través del tiempo, caracterizado por expresar externamente una secuencia de cambios y transformaciones internas como resultado de la interrelación entre factores intrínsecos (genéticos) y extrínsecos (ambientales), los cuales pueden comportarse como protectores o agresores (factores de riesgo) a lo largo de la vida. (p. 25)

La vulnerabilidad en el ámbito de la gerontología se avista, fundamentalmente, desde dos perspectivas; en primer orden, asociándola con los derechos humanos de las personas mayores, como grupo social objeto de una discriminación indirecta, dada por las carencias

materiales y económicas; y, en el segundo enfoque, ligada a la idea del riesgo, que considera a este segmento como un colectivo necesitado de especial cuidado y protección, por su mayor susceptibilidad a sufrir un daño que resulta de diversas amenazas.

A partir de tal noción, la vulnerabilidad en este grupo es entendida como la factibilidad de que un sujeto perteneciente a esta comunidad se vea afectado por el daño que se deriva de una amenaza, así como la capacidad de responder ante ella, de acuerdo con sus propias condiciones personales. «Las vulnerabilidades en este período se presentan entonces como un proceso multidimensional en el que confluyen diversos factores internos y externos, que dan lugar al riesgo y a la probabilidad del daño en un tiempo y un espacio determinado» (Beloki y Mosteiro, 2017, p. 32).

Así, en muchos casos, la tercera edad es asociada con un bajo nivel adquisitivo y se convierte, entonces, en un factor de exclusión que agrava su situación, pues el aislamiento y la dependencia que inciden en la autonomía, también, influyen en la aceleración del envejecimiento y el aumento de las incapacidades, ya que, de acuerdo con los postulados de Mendel, se atrofia aquello que menos se ejerce, y, bajo estas interpretaciones, los ancianos comienzan a ser entendidos como una carga y son desplazados en su mismo seno familiar.

En este sentido, se advierte cómo, entre los grupos vulnerables, la situación de las personas de la tercera edad se vuelve más delicada y devaluada, si se considera que el resto, por sus propias cualidades naturales y físicas, distintas a las de este sector etario, tiene mayores posibilidades de admisión en tareas productivas que inciden directamente en la capacidad adquisitiva, a diferencia de aquellos, a pesar de que esto les permitiría la independencia económica con la que pudieran suplir la carencia funcional que padecen.

Tal factor determina una condición social desfavorable cuando se llega a esta etapa de la vida, lo cual se agrava al valorarse que, desde el punto de vista fisiológico, los individuos, con la edad, acumulan situaciones que los van haciendo dependientes, gradualmente, por la disminución de la fuerza física, lo que, aunado a la deficiencia de algunas de las capacidades fundamentales del organismo, como la visión, la audición y la cognición, provoca la disminución de habilidades e impiden al individuo tener una vida independiente.

Afirman Beloki y Mosteiro (2017) que «se impone analizar el cuidado y las vulnerabilidades desde perspectivas micro, para conocer cómo las formas diversas de vulnerabilidad se manifiestan en hombres y mujeres concretos que tienen sus problemas concretos» (p. 33). Lo cierto es que, desafortunadamente, este dato demográfico viene acompañado de una gradual estigmatización social de la vejez que desemboca en un sentimiento, cada vez más generalizado, de gerontofobia o aversión a las personas mayores; y en una forma específica de discriminación por razón de edad denominada *edadismo*, en la que se efectúa un símil de la vejez con la inutilidad e, incluso, la discapacidad.

Al respecto, con extrema certeza, Dabove y Di Tullio Budassi —citados por Hierro (2017)— alegan que

[...] en la vejez es posible observar diferentes formas de vulnerabilidad. El abandono familiar, la escasez de recursos económicos, la falta de vivienda, las barreras a la hora de acceder a la justicia. [...] En este sentido es fundamental que los jueces puedan distinguir la «senectud» —envejecimiento normal— de la «senilidad patológica» y se arribe a una sentencia que no vulnere la capacidad de las personas mayores más allá de lo indispensable. (p. 105)

Como valor agregado al enfoque de protección de los grupos vulnerables, corresponde resaltar la importancia de las Cien reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad (2020) —instrumento internacional suscrito en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) y actualizado en la edición xix del propio espacio de concertación (2018)—, que establecen mandatos de optimización a los operadores jurídicos, en la búsqueda de mecanismos que coadyuven al mejoramiento del acceso a la justicia de las personas y los grupos vulnerables, quienes, como resultado de las circunstancias o condiciones que padecen, encuentran barreras que limitan la satisfacción de sus derechos en el ámbito judicial. Mediante un enfoque diferenciador e integral, el documento propone remover los obstáculos que limitan la satisfacción plena de este derecho y se plantea, además, sensibilizar a los actores de la impartición de justicia, incluido todo el personal administrativo y técnico. Las reglas constituyen vías idóneas de canalización del

compromiso ético de los operadores judiciales con el Sistema interamericano de derechos humanos.

Trascendente resulta para el objeto de la investigación que, en la sexta de las reglas, se concrete que el envejecimiento, también, puede ser considerado como una causa de vulnerabilidad, cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercer sus derechos ante el sistema de justicia. Ello indica una realidad muy común en la actualidad, que ha sido traducida en proactividad en las acciones para proteger a las personas que pertenecen a este grupo, a quienes, no pocas veces, se les excluye de los procesos productivos, lo que repercute en restricciones materiales y económicas, que los llevan a planos de dependencia total de sistemas de seguridad social insuficientes; mientras que, por otra parte, la falta de programas para atender sus necesidades físicas y, sobre todo, psíquicas, incide en su marginación.

Ahora bien, se hace necesario estudiar si las circunstancias que caracterizan a las personas adultas mayores como vulnerables motivan que los integrantes de este grupo incidan en transgresiones penales, pues, a pesar del tratamiento diferenciado del que han sido destinatarios en tiempos recientes, para proteger sus derechos, se reporta un aumento en la comisión de hechos delictivos, llevados a cabo por adolescentes y adultos mayores. Tal situación problemática dio nacimiento a la investigación, dirigida a determinar los factores criminológicos con influencia en la comisión de hechos delictivos de índole sexual, que tuvieron al adulto mayor como victimario, para identificar, al menos, algunas pinceladas del perfil criminológico que pudieran contribuir a la prevención y el enfrentamiento de esas conductas, motivadas, *a priori*, en factores endógenos y exógenos.

Se emplearon los métodos histórico-jurídico, para describir el trazo evolutivo de las principales categorías utilizadas en la investigación; teórico-jurídico, en función del análisis crítico de las diferentes corrientes doctrinales, jurisprudenciales y criminológicas en torno a las personas de la tercera edad y el tratamiento judicial a los casos en los que resultan victimarios; jurídico-comparado, con el fin de analizar los principales presupuestos normativos y jurisprudenciales que informan el fenómeno objeto de estudio en diferentes latitudes. Como complemento de ellos, se utilizó la técnica de análisis de documentos relacionados con el objetivo

de la investigación; así como la entrevista a especialistas, con el fin de adquirir opiniones de profesionales experimentados en la materia.

Además, se tomaron todas las causas radicadas por delitos sexuales, en los tribunales municipales populares de Boyeros y Arroyo Naranjo, así como en la Sala Tercera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana (competentes para conocer las incidencias penales del municipio de Boyeros), durante los años 2021, 2022 y 2023. De ello, resultó una población de 72 causas entre ambas instancias, con una muestra de 16 procesos, en los que aparecían, como autores, individuos de la tercera edad.

II. LA SEXUALIDAD EN LA SENECTUD

La sexualidad de las personas mayores de 60 años no es uno de los tópicos más estudiados en el país y, aunque existe diversidad en las especialidades de los catedráticos que se han interesado, todavía resulta insuficiente la bibliografía concerniente al tema, desde la visión jurídica, por lo que, para el desarrollo de este epígrafe, fue necesario realizar un bosquejo inicial desde las ciencias médicas y psicológicas, de acuerdo con los conceptos y nociones que irradian y alimentan las valoraciones de los hechos sociales con trascendencia para el Derecho.

Los galenos han calificado la salud sexual geriátrica como «la expresión psicológica de emociones y compromisos que requiere la mayor cantidad y calidad de comunicación entre compañeros, durante toda la existencia, en una relación de confianza, amor, compartir y placer, con o sin coito [sic]» (Llanes, 2023, p. 225). Durante este período vital, existen cambios en el cuerpo humano que trascienden a la calidad de la sexualidad. Por regla general, las mujeres suelen asumir los cambios que afectan la esfera estrictamente sexual mejor que los hombres. Sin embargo, no aceptan el proceso de envejecimiento, en general, y, en particular, lo referido a la imagen corporal, porque, a ellas, se les exige más un cuerpo juvenil.

En la mujer existe una fragilidad aumentada y pérdida del vello púbico; la mucosa vaginal se seca y atrofia, disminuye su secreción y se facilitan las infecciones. La vulva, los labios menores y el clítoris disminuyen de tamaño, se produce un acortamiento y estrechamiento de la vagina. Los ovarios se hacen más pequeños, y el moco cervical es espeso, esca-

so y celular. Los senos se vuelven flácidos, a consecuencia de la atrofia de los tejidos y la falta de secreción hormonal. Asimismo, decrecen los estrógenos y la progesterona, el útero regresa a su tamaño prepuberal, se atrofian el endometrio y la mucosa del cuello uterino, mientras la vagina se hace más corta y menos elástica.

En los hombres, también, hay una pérdida del vello púbico, la bolsa escrotal se distiende y su superficie se vuelve lisa. De igual forma, existe una reducción de tamaño y consistencia de los testículos, y se produce un aumento de la próstata con disminución de su secreción.

La función reproductora disminuye, gradualmente, en el hombre, aunque no se extingue, mientras que, en la mujer, cesa después de la menopausia. La capacidad de respuesta sexual en el anciano está ligada, íntimamente, al grado de capacidad individual, física y psíquica, y la situación social en que se encuentre.

Aunque en los adultos mayores sanos, el deseo y la capacidad sexual permanecen, la falta de lubricación natural puede hacer doloroso el coito. Asimismo, se dice que disminuye la testosterona, por lo que la erección requiere de más tiempo y suele ser menos firme. Se reduce la cantidad de semen, así como la intensidad de la eyaculación; biológicamente, la necesidad física de eyacular es menor y pasa a ser menos el líquido preyaclatorio. Como ya se dijo, la capacidad reproductiva es relativa, con posibilidades de fluctuar, y se ha comprobado que puede mantenerse hasta la muerte.

En general, hay una clara pérdida de vigor fisiológico en las conductas sexuales coitales. El desconocimiento de estos cambios que ocurren en la repuesta sexual en el hombre, en muchos casos, es el responsable de las disfunciones sexuales que se presentan en esta etapa de la vida.

No solo puede hablarse de anatomía, psicología y actos físicos entre las personas, también, se incluyen cuestiones de identidad, género, personalidad, sentimientos, valores y relaciones. No se trata de imponerles un modelo de sexualidad a las personas mayores, sino de ofrecerles la posibilidad de que se toquen, acaricien, enamoren y vinculen y, en todo ello, tiene un lugar destacado y explícito la sexualidad, pero no entendida como la actividad orientada, exclusivamente, al coito, sino como conducta erótica, si así lo desean. Ello motiva que, a esta etapa de la vida, en definitiva, se le conozca como *edad del erotismo*, pues el anciano, privado de su capacidad reproductiva —en el caso de

la mujer, en forma absoluta; y, en el del hombre, relativa—, solo posee—rá la función erótica de su sexualidad.

Por este motivo, se trata de un concepto de sexualidad mucho más amplio del que, normalmente, es considerado, en el que se disfruta el placer del contacto corporal y la comunicación, así como la seguridad que produce el sentirse querido y deseado. La sexualidad incluye todas las formas de expresión, desde la aproximación al tacto, la intimidad emocional, la compañía, la masturbación, y no solamente el coito. En la senectud, la respuesta sexual sufre modificaciones asociadas a los cambios biológicos descritos, pero conductas tales como el coito y la masturbación siguen presentándose en el individuo, como consecuencia de ese propio interés natural.

La disminución de la actividad sexual está estrechamente ligada al estado de salud físico y mental debido al proceso del envejecimiento; esto crea diversas barreras, a la hora de poder llevar una vida sexual plena y satisfactoria, pues algunos padecimientos o trastornos delicados se agravarían con la práctica habitual de la actividad sexual. Muchos individuos deciden no mantener prácticas sexuales a causa de impedimentos físicos, neurológicos y patologías crónicas; aun considerando que ellos no estén estrechamente ligados con la capacidad sexual, dejan de practicarlos por miedo, temor y actitud negativa frente a los problemas de salud de ambos miembros de la pareja.

Dichos cambios físicos, necesariamente, influyen en la psiquis del individuo, y en la manera en que este enfrenta el mundo circundante y es percibido por el resto de la sociedad, con la que podrá interactuar o no, en sexualidad, de acuerdo con sus propios gustos y las características culturales de la región o el país en que se desenvuelva. A pesar de las luchas modernas por la libertad sexual, la sexualidad sigue limitada socialmente, al constreñir, en no pocos casos, la voluntad de las personas de elegir cómo la expresan y disfrutan.

Todo esto crea prejuicios que dificultan conocer la manera de sentir y vivir la sexualidad en la citada etapa de la vida. Según la mentalidad de la sociedad, la sexualidad está estrechamente ligada a la reproducción, se considera intrínseca de la juventud y eso desarrolla estereotipos negativos sobre las personas en edad geriátrica, y produce prejuicios en el propio sujeto, al igual que ciertas limitaciones en su madurez biológico-sexual.

Respecto a la frecuencia de la actividad sexual, si bien es cierto que, por los factores fisiológicos, tiende a existir una disminución, ello no es suficiente para generalizar tal conclusión ni para afirmar su nulidad. Verdejo (2009) la asocia al estado de salud físico y mental, la existencia de un compañero o compañera para experimentar estos placeres y la historia sexual previa, lo que puede incidir en el plano subjetivo, como uno de los elementos primordiales para arribar a la satisfacción.

La prevalencia de la masturbación se explica, en muchos casos, por la existencia de una pareja incapacitada y la frecuencia de la viudez en edades avanzadas. Esto, unido al rechazo social que existe hacia el establecimiento de una nueva pareja, son factores que propiciarán la satisfacción sexual mediante esa práctica.

La conclusión más importante sobre la realidad de la actividad sexual en los ancianos es que esta sí existe en ese grupo y, en algunos casos, es más la norma que la excepción. Es incorrecto seguir pensando que los adultos mayores tienen poco interés en su sexualidad o mantienen escasa actividad de esta clase. Bien es verdad que habría que abordar la actividad sexual de los ancianos de una forma totalmente individualizada, considerando todas sus características, sin basarla, exclusivamente, en el coito.

III. PRINCIPALES DELITOS SEXUALES EN LOS QUE INCURREN PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

El Código penal actual (CPE) (2022, pp. 2557-2696) llegó para revolucionar este ámbito del Derecho en Cuba, mediante la supresión de un número considerable de tipos penales y la introducción de algunas figuras delictivas más adecuadas a la realidad nacional, al tener en cuenta lo que las investigaciones criminológicas lograron detectar, como preámbulo de los cambios acotados. Uno de los más destacados es la ampliación del marco de protección incluido en el Título XVI, relacionado con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, las familias y el desarrollo integral de las personas menores de edad.

En la anterior Ley No. 62 de 1987 (García y Bertot, 2013, p. 286), aunque siempre se previó la regulación de los derechos que atañen a los infantes, la descripción del título se limitaba a la protección del normal desarrollo de las relaciones sexuales, lo que constituía

un concepto extremadamente subjetivo y superfluo. Su estricta denominación no incluía la real protección que se pretendía, toda vez que, en el caso de los menores e incapaces, quedaba fuera la indemnidad sexual de estos.

La nueva ley, acertadamente, ha ampliado la protección hacia ese aspecto, lo que representa un avance significativo, pues ensancha el radio de acción para las personas en situación de vulnerabilidad, por la minoría de edad o alguna circunstancia puntual de discapacidad, que no poseen libertad sexual o tienen limitada su capacidad en tal sentido. La realidad material indicaba la necesidad de una visión diferente y ello se tradujo en la agravación de muchos de los marcos sancionadores de las tipicidades contenidas en el Capítulo I del señalado título.

En el estudio realizado, se detectó que las personas de la tercera edad constituyeron el 18% de los autores de los delitos sexuales cometidos en el municipio de Boyeros, en La Habana, en el período 2021-2023, con mayor preponderancia en el primero de esos años, cuando alcanzaron el 25% de las personas denunciadas, frente al 15% en 2022 y solo el 8% en 2023 (Ruiz, 2024).

En las estadísticas policiales, el abuso sexual sobresalió como la tipicidad de mayor incidencia; se identificaron 27 victimarios, cuyas edades sobrepasaban los 60 años; sin embargo, esta información no encontró correspondencia en los datos judiciales. Ello estuvo determinado por el hecho de que no siempre se sanciona por la tipicidad delictiva consignada en la denuncia, ya que el desarrollo de las investigaciones y lo que ocurre en el juicio oral, como momento cumbre del proceso penal, puede conllevar a la consideración de un delito de mayor entidad. Por esta causa, el delito preponderante en el municipio fue el de corrupción de menores, aunque no sobrepasaron los 10 acusados juzgados, del total de 16 que constituyeron la muestra tomada.

Otro avance importante de esta normativa es la unificación de las figuras delictivas de violación y pederastia con violencia en un solo delito, ahora denominado *agresión sexual*. Esta modificación busca proteger, esencialmente, a todas las víctimas cuya libertad e indemnidad sexual hayan sido menoscabadas, por cualquier motivo, sin hacer distinciones de género. De igual modo, se aumentaron las sanciones penales, con lo cual se eliminó la discriminación que existía en

la derogada Ley No. 62, que sancionaba de forma más severa las conductas delictivas homosexuales masculinas. En ello se tuvieron en cuenta los distintos ensayos criminológicos sobre el tema, que sirvieron de guía para la reforma sustantiva (Rega, 2018, p. 220).

La Ley No. 151 (2022) aventaja a su predecesora en términos de conductas que el victimario debe llevar a cabo, para que se integre el delito de agresión sexual. Como elementos primordiales en la configuración de este emerge la violencia o fuerza, como poder físico proyectado sobre el cuerpo de la víctima, en aras de lograr el fin que se persigue: someter al sujeto pasivo, lo que no se mide por la cantidad, sino por la eficacia e idoneidad para alcanzar dicho objetivo; mientras que la intimidación supone el constreñimiento psicológico por amenaza verbal o tácita de daño a su persona u otra, que obliga a la víctima a ceder ante las peticiones del victimario.

Desde que entró en vigor el CPE, no solo forma parte del tipo penal el acceso carnal, por las vías habituales, sino también el acceso oral. Asimismo, la norma prevé la posibilidad del empleo de diversos objetos para la penetración, lo que amplía la posibilidad de que cualquier persona natural pueda ser autora del delito de agresión sexual. Esto marca un cambio significativo con respecto a los artículos 298 y 299 de la Ley No. 62 de 1987.

Sin embargo, a pesar de las mejoras introducidas por el nuevo articulado, aún existe una carencia en la legislación penal cubana sobre la protección del consentimiento de la víctima, en los casos de delitos sexuales, lo cual resulta importante para la detención y clasificación de posibles hechos delictivos, que ni siquiera pueden ser denunciados debido a este vacío legal. En efecto, el Artículo 395 de la Ley No. 151 (2022, pp. 2677-2678) incluye, como elementos constitutivos del tipo, el empleo de fuerza, violencia o intimidación para suprimir la voluntad de las víctimas.

Las autoras consideran que cualquier acto destinado a lograr la superposición unilateral del interés de uno de los miembros de la pareja sexual sobre el otro, con el objetivo de sostener acceso carnal, *per se*, debería configurar la agresión sexual. Criminológicamente, en el análisis de los procesos tomados como *población*, se detectó la incidencia de este factor que, en la actualidad, afronta un vacío legislativo.

El 26,3% de las causas analizadas en el estudio constituyeron delitos de agresión sexual y, en solo una de estas, resultó víctima una persona del género masculino, lo que fue calificado, en su momento, como pederastia con violencia, de acuerdo con la legislación vigente y pertinente en la fecha en que se cometieron los hechos. Solo dos de las 31 denuncias del período tuvieron, como victimarios, a sexagenarios del municipio; en la instancia judicial, el delito se comportó de manera idéntica en cuanto a las personas que fueron juzgadas en 2022 y 2023.

En estos asuntos, existía un vínculo previo entre los acusados y las víctimas y, aunque no era consanguíneo, sí mediaba confianza entre ellos, lo que facilitó el acercamiento de aquellos a estas. Así, en uno de los casos, la agraviada poseía 16 años y su victimario formaba parte de la familia reconstituida, de lo cual se valió para disminuir las sospechas de su acercamiento y llevar a cabo su actuar en más de una ocasión; ello permitió calificar, efectivamente, la continuidad delictiva; en cada ocasión, medió la intimidación para constreñir la voluntad de la menor de edad.

En la segunda de las causas, destaca la intervención de una víctima mayor de edad, que fue amedrentada con armas y amenazas de agresión física por parte de quien fuera su padrino de religión, circunstancia especial que, también, empleó el agresor para justificar su actuar en un primer momento, como parte de un mandato espiritual de sus santos, y, ante la negativa de la perjudicada, empleó la agresión psicológica, con la cual consiguió que ella cediera ante su dominio.

Cabe destacar lo poco habitual de esta tipicidad delictiva en adultos mayores, pues, en su mayoría, resulta necesaria la utilización de una fortaleza física que parece con el envejecimiento de la persona, como ya se explicó en el acápite anterior; sin embargo, no se puede absolutizar ni excluirlos de la posibilidad de autoría en tales ilícitos, pues la descripción típica es muy amplia y permite la configuración del delito de diversas maneras; por otra parte, no todos los individuos envejecen de la misma forma y, por ende, la violencia física, también, tiene muchas probabilidades de ser ejercida por una persona que atraviese la senectud.

El delito de abusos sexuales se encuentra tipificado en el CPE (2022, p. 2678), sin cambios significativos en su redacción, más allá de aquellos

concernientes a la relación de subordinación que presenta con el delito de agresión sexual; se mantienen, incluso, los marcos sancionadores que establecía la otrora Ley No. 62 de 1987. No obstante, sí se suprimieron del articulado las conductas desarrolladas por el sujeto especial que, como funcionario público, se valía de su cargo para proponer una relación sexual a la víctima y compelerla a aceptar. En el criterio de las autoras, esta no era una conducta que debiera estar regulada en dicha figura delictiva, al no ajustarse a los verbos rectores señalados en la figura básica, y sí en los delitos de acoso y ultraje sexual, como ahora se prevé, en franco avance con respecto a la norma anterior.

De esta forma, a partir de lo establecido en la nueva regulación penal, los elementos básicos a analizar del delito versarán sobre los sujetos participantes, sin distinciones de género en cuanto a las víctimas y sus victimarios. Puede ser sujeto activo y pasivo cualquier persona.

El elemento material de la conducta consiste en ejecutar un acto externo, de carácter sexual, contra una persona; el subjetivo encierra la descripción de que las acciones no se realizarán con el objetivo de acceder, carnalmente, con la contraparte por alguna de las vías posibles. Con un criterio objetivo, el presupuesto negativo del delito reconoce la diferencia entre los abusos sexuales y la agresión sexual, a partir de la naturaleza de los actos que se ejecutan, y, con un criterio subjetivo, tomando en cuenta la intención del sujeto (Rega, 2005, p. 140).

En esta tipicidad, no se le exige al victimario que alcance la satisfacción sexual por las acciones que ejecute; basta con la manera en que las desarrolle y la intención que lo motive. Es preciso que no cuente con el consentimiento de la víctima —elemento típico indispensable para calificar esta figura, pues se trata de acciones que violentan la libertad sexual del victimizado, con independencia de que los tocamientos sean realizados por el propio agraviado, en virtud de la conminación del victimario, o de que sea este quien los ejecute, directamente (Rega, 2005, p. 142). Por consiguiente, no se necesita ninguna otra circunstancia para que se configure el abuso sexual; es suficiente que se acredite que el sujeto no acepta el comportamiento sexual o lo rechaza.

En el estudio, pudo apreciarse, a la vez, que la conducta se exteriorizó, en la mayoría de los casos, por medio de los tocamientos que los victimarios realizaban a sus víctimas, valiéndose de escenarios y circunstancias propiciados por los propios autores, bien por coinci-

dir en el sitio de convivencia o bien por la afinidad con los miembros de la familia, lo que redundaba en la cercanía de los comisores con los agraviados.

En menor medida, se identificaron dos casos, calificados según este delito, en los que no existía vínculo previo entre los autores y las víctimas, o, más bien, afinidad manifiesta, aunque la reiteración de las insinuaciones y acciones directas de los imputados fue debidamente argumentada y, a la vez, calificada, de acuerdo con las reglas de unidad y pluralidad de acciones y delitos. Aunque en la *población* se identificaron agraviados en ambos sexos, con edades de 17 y 20 años, fue predominante el número de víctimas femeninas menores de edad.

En los 21 procesos de abusos sexuales examinados en el municipio, se detectaron siete individuos cuyas edades sobrepasaban los 60 años; la mayoría de los infractores gustaba de realizar este tipo de comportamientos, enmarcados en la realización de tocamientos para la satisfacción de sus instintos libidinosos, fundamentalmente.

Con una nueva y más amplia regulación jurídica, se encuentra el tipo penal del ultraje y acoso sexual —Artículo 397 del CPE (2022, pp. 2678-2679). En esta tipicidad delictiva, el verbo rector es *acosar* y se protege el derecho de no sentir o escuchar lo que no se desea, vinculado a la lascivia de requerimientos sexuales, por cualquier medio; incluso, se prevé el uso de medios digitales para desarrollar la conducta. El ilícito no requiere contacto físico del agresor con el victimario; en ello radica su principal diferencia con el abuso sexual. Se destaca el exhibicionismo, como uno de los rasgos sexuales patológicos predominantes en estos individuos.

Asimismo, se hace necesario una conducta reiterada de las manifestaciones, sin que sea suficiente un solo acto para su configuración. Tal exigencia resulta totalmente coherente, al menos en Cuba, puesto que el piropo, disfrazado de acoso, se ha enraizado en la cultura de tal forma, que muchos no perciben esas insinuaciones como lesivas a la libertad sexual de las personas. A pesar de que, como forma de la idiosincrasia, el piropo puede llegar a ser aceptado, sobre todo por algunas mujeres, una parte de las cuales se siente halagada con ellos, el hostigamiento y la ofensa pueden llegar a vestir su disfraz, el que se identifica con el ilícito penal mencionado.

La descripción legal de esta figura no deja de lado el abuso de poder o autoridad, cuando el victimario se vale de tal condición para compeler a la víctima y hacerla ceder a su requerimiento. Obviamente, los sujetos pueden pertenecer a cualquier género y, aunque el sujeto activo puede ser cualquier individuo, se prevé una variante para sujetos especiales —Artículo 398 (2022, p. 2679).

No fue este uno de los delitos más denunciados en el período; de hecho, es el que menos se identificó entre los procesos estudiados; solo en un caso, se juzgó a una persona por este delito, lo que tuvo lugar en el Tribunal Municipal Popular de Boyeros en 2021. En la instancia provincial, sí existió un asunto en el que se imputó y sancionó el ultraje sexual; no obstante, estuvo vinculado con la corrupción de menores, de ahí que no se contemplara entre las estadísticas del municipio, para no engrosar sus manifestaciones, aun cuando, en dicho caso, el victimario fuese una persona que atraviesa la senectud.

IV. REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE CORRUPCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD

A pesar de haberse regulado en un capítulo diferente en la ley, resulta pertinente analizar el delito de corrupción de personas menores de edad, por su estrecha vinculación con los estudiados *supra*. Tipificado a partir del Artículo 402 del CPE (2022, pp. 2680-2681), está dirigido a la protección de la indemnidad sexual y el normal desarrollo de los individuos de menos de 18 años, lo que provocó una ventaja con respecto al Artículo 310.1 de la ley sustantiva precedente, que establecía un coto etario de 16 años, y hacía coincidir las edades límites de interés penal: la de imputabilidad y la de victimización.

Con una regulación más estricta, el Artículo 402 establece un grupo centralizado de conductas para este delito: ejercicio de la prostitución, actos pornográficos, sin dejar de la mano aquellos generales que recoge con la frase «otros actos de corrupción», en los que puede incluirse cualquier conducta susceptible de ser incoada. El verbo rector es «utilizar», por lo que el sujeto pasivo pasa a ser un instrumento, es el medio que se utiliza en esos actos, pues su voluntad está viciada de cualquier forma; dígase, por su propia inexperiencia, tergiversada persuasivamente por las acciones del infractor, el empleo de violencia física o

psicológica, o el mero aprovechamiento de circunstancias concomitantes al impúber que lo hacen más vulnerable, aun cuando el fin de la corrupción efectiva no se haya materializado, lo que no ocurre en la mayoría de los casos.

El apartado 2 del mencionado precepto supone circunstancias agravantes de la conducta del imputado, las que están dadas por las características y la edad de la víctima, que provocan el aumento de la lesividad del hecho, el empleo de violencia o intimidación para la consecución de sus fines, las secuelas ocasionadas en el agraviado, el vínculo que se tenga con el menor y la cantidad de personas implicadas en el evento.

También, en la nueva regulación, se protegen otras conductas vinculadas al consumo de estupefacientes y la incitación a los menores a que participen y desarrollen actos para los que no están preparados física ni psicológicamente, lo que se manifiesta en los tres procesos municipales que constan en el período.

Este delito constituye el 43,05% de los casos analizados, los que fueron resueltos, en su mayoría, por los jueces de la Sala Tercera de lo Penal del Tribunal Provincial de La Habana, dado que las acciones desarrolladas por los autores describían mayor envergadura, en su interés por desvirtuar el desarrollo de las víctimas, cualificadas en el delito desde el punto de vista etario.

En estos procesos, el ánimo de corromper no se limitaba a la incitación de practicar actividades típicas de la adultez, sino que, casi absolutamente, se procuraba penetrar en la psiquis del menor, en pos de que este accediera a los requerimientos sexuales del transgresor de la norma (victimario), mediante el empleo de dádivas y promesas de regalos en algunos casos, o con amenazas en no pocas ocasiones. Solo en uno de los asuntos resueltos —de la instancia municipal—, el hecho versó sobre la incitación a un menor a involucrarse en juegos prohibidos y realizar acciones consecuentes para que apostara y continuara en el mundo del juego; esta fue una de las dos causas que se concluyó por la vía de la conformidad judicial.

Siete adultos mayores incidieron en el delito de corrupción de personas menores, durante los años 2021 y 2023 (43,75% del total de ancianos detectados en el estudio). Dicha cifra es casi idéntica a la de la tipicidad anterior, para un 87,5% de conjunto, lo que corrobora

que el modo de operar de las personas que atraviesan la senectud, cuando transgreden la norma penal por delitos sexuales en Boyeros, resulta aquel en el que extrapolan los trastornos sexuales del *frou-terismo* y la pedofilia, en los que se satisfacen al tocar a —e interactuar con— personas menores, físicamente, aun cuando no lleguen a practicar el acceso carnal con ellas.

V. PERFIL CRIMINAL DEL ADULTO MAYOR EN LOS DELITOS SEXUALES

Empleando la metodología integrada a la que alude Miret González (2024) en su más reciente estudio, se pudieron deslindar algunos patrones comunes en el actuar de los autores de más de 60 años de edad, relacionados con los delitos sexuales; algunos de estos elementos se refieren al acto y otros, a cada individuo, los que trascendieron a la proliferación de estas conductas en los adultos mayores del municipio. Los últimos fueron agrupados desde dos aristas: los factores endógenos y los exógenos, ya que, con independencia a las similitudes en las condiciones del medio en el que se desarrolle, cada acusado es un ser independiente y como tal hubo de desplegar su actuar delictivo.

Aunque no en todos los casos se pudo comprobar que los infractores tuvieran pareja, por el *modus operandi* descrito, no puede negarse la existencia de apetito sexual en aquellos que atravesaban la senectud, lo que indica que, si bien este pudo estar exacerbado por la imposibilidad de satisfacerse con otro adulto, de acuerdo con las condiciones sociales que englobaron el hecho, la tendencia hacia los menores de edad no fue solo obra de la decantación y las circunstancias descritas que pudieron ser propicias para el abuso, sino de una manifestación de varios trastornos sexuales que confluyeron, incluso, en los mismos sujetos, como el *vouyerismo*, el *frouterismo*, el sadismo y la pedofilia.

De manera general, luego del análisis de los elementos semejantes detectados en las causas analizadas, se concluyó, como parte de los factores endógenos, que las propias características que trascienden a considerar a los adultos mayores como vulnerables, incidieron en la comisión de los hechos protagonizados por ellos. En la totalidad de la muestra analizada, esta tendencia se detectó en individuos del

género masculino; fue nula la participación de mujeres en tales conductas.

La condición de *vulnerable*, muchas veces malinterpretada por los familiares y extendida a la subestimación de los ancianos, es aprovechada por los victimarios para acercarse a sus víctimas, quienes, como generalidad de las causas analizadas, tenían un vínculo directo con sus atacantes, al ser ambos miembros del mismo núcleo familiar.

El suponerlos inapetentes sexuales, impotentes y angelicales, aun cuando no lo sean, escudados en la fachada de sus ejemplarizantes conductas previas, incide en la psiquis de los miembros de la comunidad y provoca un estado de confianza entre las víctimas y sus padres, los que, a la vez, fomentan el acercamiento continuo hacia los perpetradores, bajo la creencia errónea de que serían incapaces de realizar tales conductas contra personas menores de edad.

Las víctimas menores de edad, por su parte, motivadas por la fragilidad e ingenuidad propia de sus años, cedieron, por sí mismas, ante los encantos y la madurez de los adultos mayores, cuya experiencia les permitió, al menos en el primer evento, envolver a los agraviados, sin necesidad de ejercer violencia o intimidación contra ellos. En muchas oportunidades, este factor cobró validez por el propósito del sujeto activo de limitar la información que pudiera facilitar la víctima con relación a su conducta u ocultar acciones ya realizadas, o coaccionar y fomentar futuros acercamientos.

El estudio, en modo alguno, pretende estigmatizar las posibles conductas delictivas de personas con más de 60 años, sino realizar un llamado de atención, a partir de los resultados obtenidos del estudio criminológico realizado, específicamente, en el municipio de Boyeros, vinculado con los trastornos sexuales de este grupo etario y cuyos integrantes pudieron haber tenido algunas manifestaciones antes de llegar a la senectud. No obstante, también, el medio desempeña un papel trascendental en dicha predisposición individual, y las circunstancias externas que se consideran «factores exógenos» actuaron en los casos concretos como determinantes para el desarrollo del evento delictivo.

Se pudo constatar que los victimarios no se arriesgaron a agredir, sexualmente, a sus víctimas, hasta tanto las condiciones del medio no lo permitieron. El confinamiento propio de la pandemia (Covid-19), que sufrió el

planeta entre 2020 y 2022, aumentó las posibilidades de acercamiento a las víctimas y la proliferación de estas conductas de forma exponencial.

Alrededor de 2470 adultos mayores viven solos, por descuido familiar o viudez, lo que indica la limitada interacción con personas de su edad u otros adultos con los que pudiesen sostener una relación de pareja, máxime cuando el número de hogares de ancianos en el municipio de Boyeros resulta irrisorio. En los años 2021 y 2022, ello se vio agravado por la incidencia de la pandemia.

Las conductas contra el desarrollo integral de las personas menores de edad ameritan un nivel de atención de prevención integral, por la incidencia que han tenido en la señalada demarcación, a partir de la identificación de las circunstancias que las propician. Lo anterior pudiera ubicar al municipio en una situación desventajosa a nivel provincial, con la necesidad de trabajar desde una mirada crítica en función del decrecimiento de estos delitos.

— *Propuestas preventivas y de enfrentamiento*

Resulta imprescindible la confluencia de los diferentes agentes de control social (informal y formal) para la prevención de la proliferación de estas conductas en una sociedad como la cubana, en tanto parte de la cohesión de quienes están encargados de vigilar y fiscalizar el cumplimiento de los fines estatales y sociales, en pos de la consolidación de la democracia, y los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, así como de brindar especial protección a los niños y adolescentes, para lograr el desarrollo armónico e integral, a partir del interés superior de estos y lograr neutralizar los factores de riesgo.

Cabe considerar, como objetivo general del control, el mantenimiento del orden social. En el plano particular, su labor se proyecta a disciplinar los grupos de carácter formal que integran, en sí, los diferentes sectores poblacionales, y, desde la óptica singular, dirigirse a la regulación del comportamiento de los individuos.

González (2004, p. 15) esclarece que deben entenderse por *agencias del control social* las entidades colectivas, ya sean organismos o grupos humanos, que cumplen funciones de control en la sociedad. Estos órganos pueden resultar originarios de la creación estatal o de la configuración grupal o privada en la sociedad civil, y, en dependencia

de la amplitud o estrechez de su diapazón funcional, estarán destinados, exclusivamente, al control o no.

En el orden material, en pos de la prevención, para impedir la proliferación de estas conductas o atenuarla, en alguna medida, deben actuar varios entes sociales del municipio, como miembros de los agentes de control formal e informal. Primero, ha de existir una coordinación interinstitucional de organismos gubernamentales, organizaciones civiles, fuerzas de seguridad y profesionales de la salud, en aras de abordar este tema en la comunidad, pese a los desafíos vinculados a la neutralización de los factores de riesgo.

La participación aislada de alguno de ellos no sería suficiente ni completa, pues cada uno tiene su objetivo y actúa sobre una determinada arista de comprensión social, por lo cual la falta de coordinación puede contribuir negativamente al tratamiento del tema. No sirve de nada que las instituciones estatales encargadas del control y la penalización de las conductas actúen de manera independiente y desproporcionada, con relación a aquello que, materialmente, realizan los agentes informales, pues resaltaría la represión y el miedo, y dejaría de lado el componente educativo, también perseguido.

En cuanto a los agentes informales, es trascendental la implicación de la familia, como célula fundamental de la sociedad, en la que se imparten valores y principios. Aunque ello, muchas veces, se escuche como un eslogan dirigido a los niños, lo cierto es que, en la vida, jamás se termina de aprender y educar, incluso, a aquellos de mayor experiencia, para que conozcan su cuerpo y sexualidad, aun en un período en el que se siente menos interés por el tema.

También, es menester involucrar a todos los miembros de la comunidad en la visibilidad del fenómeno, en los círculos de abuelos, que aunque escasos en el municipio, pueden ser un escenario propicio para hablar y ser escuchados, respecto a un tópico que atañe a un porcentaje importante de la población nacional y municipal.

Los medios de comunicación desempeñan un papel importante en la prevención; constituyen la vía de consumo mediático más factible y rápida para dar visibilidad al fenómeno; sin embargo, son empleados de manera discreta y, con ello, se limitan sus capacidades socializadoras y educativas.

A los efectos del cumplimiento de la función controladora de la criminalidad, el papel preventivo que ejercen los medios de comunicación resulta crucial, si se tienen en cuenta las posibilidades que ofrecen en la difusión masiva de programas educativos, campañas de propaganda y publicidad, así como en la emisión de mensajes de bien público, mediante spots o, simplemente, incorporándolos al contenido de su programación habitual (González, 2004, p. 118).

En los últimos años, se advierte un aumento en la elaboración de materiales que abordan diferentes situaciones cotidianas con trascendencia a los delitos sexuales, la violencia de género e, incluso, el maltrato y las vulnerabilidades del adulto mayor, mas resulta un tabú significativo el tratamiento de la sexología en la senectud y su trascendencia material; por ende, la visibilidad de los ancianos como victimarios es casi nula, lo que impide que se adquiera conciencia de lo que, realmente, ocurre.

Tras analizar las 16 causas en las que fungían personas con edades superiores a los 60 años en calidad de victimarios, se comprobó una agravación de las sanciones de encierro con el paso de los años, aun cuando hubo una disminución gradual de los asuntos conocidos. Indiscutiblemente, ello fue resultado, también, de las penas impuestas, las que, en el 93,75% de los casos, implicaron la pérdida del segundo bien inmaterial más importante del ser humano, la libertad, como parte del enfrentamiento de una de las agencias de control formal.

Los tribunales competentes para el conocimiento de las causas radicadas en Boyeros, más allá de la política penal establecida como Sistema, desplegaron una respuesta penológica de rigor a estas conductas. Con independencia de ello, no se dejó de la mano la edad de los implicados, cual elemento primordial para aplicar justicia a cada caso concreto, dado que un individuo que atraviesa la senectud no tiene la misma condición física que un adulto medio ni la capacidad natural para enfrentar una sanción de mucha extensión en el tiempo.

Lo anterior, sin dudas, incidió en el mantenimiento de la previsión incorporada al Artículo 18.1.4 del CPE (2022, pp. 2562-2563) que, de manera casi idéntica al antiguo 17.2 de la ley derogada, beneficia a los adultos mayores con la posibilidad de la disminución del menor de los límites del marco penal. En correspondencia con estos postulados, en la mayoría de las causas examinadas, se aplicó el precepto

en cuestión, salvo en dos casos, en los que la decisión se justificó con elementos semejantes a los detectados en el perfil criminal expuesto, asociados a la lesividad de los hechos desarrollados, la edad de las víctimas, las consecuencias para estas y la frialdad e irreverencia en la postura que asumieron los comisores.

Por su parte, los agentes de control formal, vinculados con la ejecución de esas mismas sentencias, desempeñan un rol primordial, al ser los encargados de que se cumplan los fines perseguidos con la pena. La Ley de ejecución penal (2022, p. 2698) prevé un capítulo dedicado a regular, especialmente, los fines, los principios y las garantías fundamentales de las personas que extinguen sanciones penales; a la vez, se resaltan los derechos que posee cada individuo, con independencia de la acción socialmente peligrosa por la que fuera sancionado, en beneficio del principio de legalidad.

El Reglamento del Sistema penitenciario recoge varios de los axiomas que informan a esos fines, entre los que se encuentran el sistema progresivo en el cumplimiento de la sanción, el enfoque individual, diferenciado y sistémico del proceso educativo, la ejecución y organización de la actividad preventivo-profiláctica, la correspondencia del proceso de educación con las exigencias de vida en sociedad y el que, en criterio de las autoras resulta más trascendental, la participación de los Organismos de la Administración Central del Estado, las organizaciones sociales y de masas, los familiares y las amistades que influyan positivamente en los internos, en el proceso de ejecución de la sanción. Ello indica la confluencia de diversos estratos de la sociedad, en pos de la reducción de los sancionados y el desarrollo de la vida social, de acuerdo con las más elementales normas de convivencia, lo que, en alguna medida, incide en la limitación de la reincidencia en estas figuras delictivas, a la vez que se vela por los derechos de los sancionados dentro del penal (Pérez, Castro y Téllez, 2022).

La propia disposición resguarda la protección de aquellos que extinguen penas en establecimientos penitenciarios y prevé la necesidad de un tratamiento diferenciado a las personas cuyas edades superen los 60 años de edad; en tal sentido, se destaca la necesidad de ubicarlas en grupos de individuos con características similares y atender los requerimientos de salud, aunque, contradictoriamente, se establezca una edad límite de 65 años.

Como ya se dijo, el cuerpo del anciano sufre transformaciones importantes dentro de un establecimiento penitenciario; incluso, pueden agravarse los padecimientos de base con los que ingresa, sobrevenir deterioros cognitivos importantes y emerger daños psíquicos, a consecuencia de la privación de la libertad, pues se trata de la adaptación forzada a un medio no habitual, máxime cuando los sancionados por este delito, según se concluyó en la investigación, no suelen ser personas con antecedentes y, con anterioridad, no se habían visto en una condición similar. En definitiva, penas extensas desvirtuarían la esencia de la sanción y no se cumpliría, cabalmente, ninguno de sus fines, con grandes posibilidades de que ni siquiera alcance satisfacción el órgano que sancionó, al no ser posible el cumplimiento íntegro de la sanción impuesta.

Asimismo, en el sistema de ejecución de la sanción, es importante el acompañamiento de los tribunales, por medio del juez de ejecución, que será el encargado de cohesionar diversos agentes de control social, en pos de la reinserción del sancionado, y, a la vez, coadyuvar a la prevención y el control de la conducta, de la mano de trabajadores sociales, factores de la comunidad y otras instituciones de salud en el municipio, todos ellos vinculados al servicio geriátrico, capaces de darle visibilidad al fenómeno y frenarlo, de forma conjunta, sin llegar a menoscabar los derechos del sancionado y de la víctima.

En resumen, resulta tarea de todos participar y aportar a la identificación de las conductas mencionadas, su reducción y respuesta. No obstante el desarrollo psicosocial del país, no se está exento de su acaecimiento, pero, tampoco, se trata de satanizar a los ancianos, pues, precisamente, los mitos con respecto a su sexualidad han influido en su incompreensión y la de sus requerimientos sexuales, y han abierto una brecha importante al comportamiento sexual delictivo.

V. CONCLUSIONES

Toda persona que supere los 60 años de edad transita por la senectud o la adultez mayor; esto supone diversos cambios naturales en la anatomía y la psiquis del individuo, en su forma de percibir el mundo, identificarse ante los estímulos sexuales y responder a ellos, lo que trasciende a que dichas personas formen parte de los grupos

vulnerables y aumente su necesidad de protección, en consonancia con lo establecido por la Organización Mundial de la Salud.

Los factores endógenos que incidieron en la comisión de delitos sexuales en el adulto mayor se relacionaron, estrechamente, con la persona: la edad del victimario, su género, capacidad mental, conducta social y mecanismos empleados para obrar, lo que resulta propio de cada individuo, de acuerdo con los trastornos sexuales solapados o no identificados, así como las circunstancias puntuales del hecho.

Como causas que inciden en el comportamiento sexual del adulto mayor que lo vuelven proclive a la comisión de delitos, también, se identificaron aquellas resultantes de la interacción del victimario con el medio, catalogadas en la investigación como factores exógenos: el abuso de la confianza de las víctimas y sus familiares, la situación pandémica mundial, y la edad de los agraviados, que aumentó su ingenuidad ante los victimarios y propició el acercamiento de estos a aquellas, así como la impunidad sostenida de estas conductas en determinado período.

En el adulto mayor hombre residente en Boyeros, existió una tendencia a la comisión de los delitos de abusos sexuales y corrupción de personas menores de edad, como consecuencia de que, por la capacidad física natural, la persona en esta etapa de la vida no suele cometer hechos violentos o con el empleo de la fuerza. La conducta no fue aislada, sino recurrente y dirigida, esencialmente, a personas menores de edad, contra los que se emplearon astucia, dádivas o amenazas para consumar el delito.

Resulta escasa la visibilidad que las agencias de control social formal e informal dan al adulto mayor, como victimario de delitos sexuales. Por ello, en igual medida, es deficiente la labor de prevención y enfrentamiento que, generalmente, queda decantada, *stricto sensu*, a la función represiva que se asocia al Derecho penal.

Resulta necesaria la ampliación de los programas audiovisuales, los educativos, en todas sus instancias, y los comunitarios, así como las casas del adulto mayor, para que, de manera más directa y acuciosa, se trabaje en pos de las necesidades sexuales de los adultos mayores y el tratamiento de sus manifestaciones, de forma que se logre identificar los posibles casos de abusos cometidos y las vulnerabi-

lidades sociales que los fomenten, para anticipar la respuesta a la materialización de la conducta socialmente lesiva.

VI. REFERENCIAS

- Arés Muzio, P. (Octubre, 2019-Marzo, 2020). Familia y adultos mayores en Cuba. *Temas*, (100-101), 18-22. <https://temas.cult.cu/revista/articulo/534>
- Beloki Marañón, U. y Mosteiro Pascual, A. (2017). Análisis del modelo de vulnerabilidad para la toma de decisiones en el ámbito de los cuidados de las personas mayores. *Alternativas, Cuadernos de Trabajo Social*, (24), 29-42. <http://doi.org/10.14198/ALTERN2017.24.02>
- Cien reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad. (2020). <https://brasil100r.com/wp-content/uploads/2020/07/Reglas-de-Brasilia-actualizaci%C3%B3n-2018.pdf>
- Delgado Vergara, T. y Pereira Pérez, J. (Julio-diciembre, 2017). El envejecimiento: un fenómeno demográfico con repercusión jurídica. *Novedades en Población*, 13(26), 24-39. <https://scielo.sld.cu/pdf/rnp/v13n26/rnp030217.pdf>
- González Rodríguez, M. T. (2004). *Control social desde la criminología* [tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana].
- Hierro Sánchez, L. A. (2017). La tutela judicial efectiva de los derechos de los adultos mayores en Cuba. En Delgado Vergara, T. y Pereira Pérez, J. (Coords.). *Una mirada en clave jurídica al envejecimiento poblacional en Cuba*, 103-118. Editorial UH.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2006). Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad? *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 37-68 <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/72971>
- Ley No. 62, «Código penal». (2017). En Rivero García, D. y Bertot Yero, M. C. Código penal de la República de Cuba, Ley No.

- 62/87. Anotado y con las disposiciones del CG-TSP (3.^a ed.) Ediciones ONBC.
- Ley No. 151, «Código penal». (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O, (93), 2557-2696.
- Ley No. 152, «Ley de ejecución penal». (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O, (94), 2697- 2738.
- Llanes Betancourt, C. (2023). La sexualidad y el adulto mayor. *Revista Cubana de Enfermería*, 29(3), 223-232. <http://scielo.sld.cu/pdf/enf/v29n3/enf08313.pdf>
- Miret González, N. C. (2024). *La delincuencia sexual a través del lente criminológico. Apuntes desde la perfilación criminal* [tesis en opción al título académico de Máster en Criminología, Universidad de La Habana, Cuba].
- Pérez Nájera, C, Castro García, L. y Téllez Dacal, W. (2022). Efectos de la prisionalización en el adulto mayor recluso en la prisión provincial de Ciego de Ávila en Cuba. *Revista de Derecho*, (57), 166-185. <https://doi.org/10.14482/dere.57.709.001>
- Rega Ferrán, E. E. (2005). Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, contra la familia y la juventud. En Colectivo de autores. *Derecho penal especial* (t. II), 121-167. Félix Varela.
- Rega Ferrán, E. E. y García Brito, Y. (2018). Una reflexión más sobre el delito de violación en el Código penal cubano. En *Estudios sobre el Código penal cubano en el xxx aniversario de su vigencia* (Homenaje a los profesores Renén Quirós Pires y Ulises Baquero Vernier), 512-536. UNIJURIS.
- Ruiz Barreto, M. (2024). *El adulto mayor, de vulnerable a victimario* [tesis en opción al título académico de Máster en Criminología, Universidad de La Habana, Cuba].
- Verdejo Bravo, C. (2009). Sexualidad y envejecimiento. En Martínez Maroto, A. (Coord.), *Nuevas miradas sobre el envejecimiento* [col. Manuales y Guías, Serie Personas Mayores]. Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

EL PRINCIPIO PROTECTORIO EN EL PROCESO LABORAL¹

THE PROTECTIVE PRINCIPLE IN THE LABOR PROCESS

■ LIC. SOFÍA MONTENEGRO GONZÁLEZ

Profesora, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana;
jueza profesional suplente, Tribunal Provincial Popular de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0009-0006-3532-8016>

sofimontenegro2110@gmail.com

Resumen

El presente artículo analiza críticamente el principio protectorio desde un enfoque teórico-doctrinal, a partir de su origen, las tendencias históricas y las posiciones que lo han identificado y dotado de contenido, como pretexto para el examen de su configuración actual y aplicación en la solución de los conflictos del trabajo a nivel nacional.

Palabras clave: Principio protectorio; trabajador; Derecho del trabajo.

Abstract

This article critically analyses the protective principle from a theoretical-doctrinal approach, starting from its origin, historical trends and the positions that have identified it and endowed it with content, as a pretext for the examination of its current configuration and application in the settlement of labour disputes at the national level.

¹ El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación «La efectiva tutela judicial de los derechos del trabajo: necesidad para el perfeccionamiento del modelo de desarrollo socialista», asociado al programa sectorial de ciencia e innovación «Perfeccionamiento de la justicia judicial para contribuir al desarrollo de la sociedad cubana del siglo XXI», del Tribunal Supremo Popular.

Keywords: *Protective principle; worker; Labor Law.*

Sumario

I. Introducción; II. Fundamentos teóricos; III. Mirada desde Cuba; 3.1. Nuevos marco constitucional y normativo; 3.2. Configuración en el Derecho del trabajo nacional; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo constituye un componente inseparable de la existencia humana y siempre ha estado presente, como una forma de sostenimiento y desarrollo; sin embargo, no en todo momento, ha sido objeto de regulación jurídica. El Derecho comenzó a ocuparse de este hecho social cuando aparecieron las notas de ajenidad, dependencia o subordinación, y retribución.

En palabras de Marx (1973), «el trabajo se ha convertido en causa y requisito fundamental para la evolución de la especie humana desde su aparición, al erigirse como condición de subsistencia y como necesidad perenne y natural de la relación hombre-naturaleza [...]» (p. 10), hasta posibilitar que el hombre crezca en los planos económico, cultural y profesional. Este proceso no siempre se ha dado de forma ordenada. En sus inicios, el trabajo constituía una tarea obligatoria sin la cual la especie hubiera perecido.

Con el surgimiento del capitalismo, el trabajo se transformó en la mercancía fundamental del sistema económico, intercambiable por un salario. La colosal explotación de aquellos tiempos conllevó a que los obreros comenzaran a exigir derechos que los protegieran frente a sus empleadores. Así, el trabajo se convirtió en un fenómeno social de gran trascendencia, en la medida en que devino la forma más común de obtención de los bienes y servicios que permiten el desarrollo de la vida del trabajador y sus familiares. Por ello, sostiene Buen Lozano (1994, p. 149) que «[...] la Revolución Industrial fue un hito importante para el nacimiento del Derecho del trabajo [...]», criterio con el que concuerda Ferriol Molina (2018), al contextualizar en esa época el nacimiento de la disciplina jurídica:

Surge en esta la división y especialización del trabajo, en la cual fue necesario establecer regulaciones para normar las contradicciones que se generaban entre obreros y patronos en cuanto

a la jornada de trabajo, las condiciones de trabajo, los salarios, las prestaciones ante accidentes y enfermedades. (p. 24)

Se constata, entonces, que el Derecho del trabajo (DT) surge de la creación de normas dirigidas a proteger a los trabajadores y, por ende, con una vocación tutelar, aun cuando, en los inicios no cabe aludir a la construcción doctrinal que llegó a ser, luego, el principio protectorio, a partir de las marcadas desigualdades socio-económicas, de carácter estructural, entre el empleador, dueño de los medios de producción, y el trabajador, que aporta la fuerza de trabajo. El DT acude a compensar ese desequilibrio.

El principio protectorio —con un amplio tratamiento doctrinal comparado, según se verá más adelante— no ha sido suficientemente estudiado en el ámbito patrio, tarea que resulta necesario y pertinente acometer con urgencia, para contribuir a la salvaguarda adecuada de la persona que trabaja, especialmente, ante nuevas realidades que llegan con aires de culto a la autonomía volitiva y la desregulación, los cambios en la manera en que se labora, de la mano de la informatización y la movilidad geográfica, la informalidad, entre otros no despreciables elementos que hacen tambalear las bases axiológicas de este orden jurídico.

Este texto es un primer paso en ese camino y, a la vez, preámbulo de otros que, en el futuro, abordarán aristas diversas de la cuestión. Se parte de interrogar cuáles son los elementos teóricos y jurídicos sobre los que pivota la configuración del principio protectorio y cómo han de ser interpretados en el contexto cubano, particularmente, en la impartición de justicia, para proteger efectivamente los derechos del trabajo. La fundamentación de esos presupuestos es su propósito esencial, con el auxilio, por el momento, del método teórico-jurídico, que brinda una panorámica del desarrollo de la doctrina científica en la temática.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Gran parte de los estudiosos contextualiza el nacimiento del DT en la revolución industrial (Buen Lozano, 1994, p. 150), marco en el que emergieron las prestaciones laborales en relación de dependencia y por cuenta ajena (Grisolia, 2016, p. 5609). La producción a gran escala,

la gran cantidad de trabajadores reunidos en un solo lugar, la prolongación exagerada de la jornada de trabajo, el pago (a mujeres, jóvenes y niños) de salarios inferiores a los que recibían los hombres por realizar la misma labor, el excesivo número de accidentes laborales y enfermedades contraídas a causa de la falta de medios de protección, las precarias condiciones de trabajo, entre otras circunstancias de explotación, sirvieron de fundamento a las luchas obreras que dieron paso al desarrollo de normas laborales destinadas a regular los procesos de trabajo de modo sistemático.

Frente a un régimen legal que permitía la explotación del hombre por el hombre, los obreros fueron adquiriendo conciencia de sus derechos y comenzaron a organizarse, al principio, clandestina y transitoriamente; después, en forma pública y permanente, dispuestos a batallar por la reivindicación de sus derechos. De acuerdo con Messner, lo que puso en movimiento a los trabajadores no fueron las leyes de la economía capitalista, sino la idea de la justicia (1934, p. 189), motor que propulsó el cambio, al calor de la llamada cuestión social hacia fines del siglo xix y principios del xx.

El Estado tuvo que intervenir en la regulación jurídica de las nuevas relaciones en torno al trabajo y en el control del cumplimiento de la normativa. Además de dictar disposiciones, debió crear servicios administrativos con tal misión, especialmente, la inspección del trabajo (Batista, 2019, s.p.). La vieja concepción liberalista de la prestación de servicios tuvo que cederle el espacio al contrato de trabajo; la noción privatista fue sustituida por la intervencionista, en la cual el Estado asume el cometido de proteger al trabajador.

«La intervención pública en las cuestiones laborales se centró en sus orígenes en tres especiales ámbitos: el trabajo de las mujeres y [los] menores de edad, los riesgos de trabajo y la jornada laboral y el descanso [...]» (Boltaina, 2009, p. 13). Como asegura Viamontes (2001), «de este modo había surgido un Derecho protectorio, tuitivo, que debía salvaguardar a los trabajadores y que iba a comenzar a forjarse a partir de las luchas de clases [...]» (p. 3).

De las contradicciones entre el capital y el trabajo, entre el empleador, dueño de los medios de producción, y quienes solo disponían de su fuerza laboral, surgieron normas dirigidas a la protección del más débil, las que se configuraron como un mínimo de condiciones indero-

gables, indisponibles e irrenunciables, con carácter de orden público (Grisolia, 2016, p. 10). «Tales condiciones funcionan como límite a los poderes del empleador frente a la realización de actos que disminuyan los derechos de los trabajadores [...]» (Lastra, 2004, p. 654). Se evidencian, así, los primeros rasgos que definen al orden jurídico-laboral y la principal función de este: la tutela del trabajador, ante la desigualdad inmanente a la relación entre él y el empleador.

El principio protectorio es, pues, el alma del DT y la base axiológica de toda la disciplina. Su inspiración radica en el propósito de alcanzar la igualdad real entre quienes son, originariamente, desiguales por las posiciones que ocupan: una, de poder (empleador); la otra, de subordinación y dependencia (trabajador). Se procura el equilibrio reconociendo derechos a este y obligaciones a aquel. Mientras el Derecho común busca asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el DT la preocupación central es proteger a una de las partes, como vía para alcanzar la equidad. Este signo tuitivo es su nota más distintiva (Plá, 1998, p. 73); de ahí que la doctrina se haya ocupado de desarrollarlo, mediante un conjunto de principios que le sirven de fundamento, a la vez que orientan la interpretación de las regulaciones y nutren la argumentación judicial.

El primero de todos ellos, por su carácter esencial, es el protector. Las normas de este orden se establecen como derecho necesario, lo que significa que sus mandatos se imponen a la autonomía privada de las partes y operan como un umbral o mínimo absolutamente inderogable. De esta forma se produce una ruptura con los principios jurídicos tradicionales del Derecho común, la que se hace patente en la especial protección a la persona trabajadora. Para darle sentido, las legislaciones establecen reglas aplicativas que contienen un grado adicional de tutela.

Una de ellas es la máxima *in dubio pro operario*, que supone un criterio según el cual, si una norma puede entenderse de varias maneras, debe escogerse aquella interpretación que más favorezca al trabajador (Plá, 1998, p. 20; Gamonal, 1996 p. 133). Para recurrir a este axioma, se requiere que exista duda sobre el alcance de la norma, de manera que sea preciso determinar cuál es su sentido, entre varios posibles, sin entrar en pugna con la voluntad del legislador.

Tal regla no se utiliza para ordenar la concurrencia de normas, sino, exclusivamente, para la interpretación de alguna de ellas; se trata de una guía en la aplicación del Derecho, pero no en el plano de la producción de las normas ni en el de las relaciones entre estas. Cuando se produce un problema de concurrencia normativa, ya no se trata de interpretar un precepto ambivalente; lo que ha de hacerse, por el contrario, es determinar la norma aplicable al caso, preferentemente, entre varias posibles.

De acuerdo con este postulado, la duda razonable que se genere, sobre el sentido y alcance de una regla jurídica relativa a los derechos reclamados por un trabajador, debe ser solucionada a favor de este; si existen diversas interpretaciones beneficiosas de la misma disposición, habrá que seleccionar la que más lo sea, en la medida razonable.

También, integra el principio protectorio la regla de la *norma más favorable*, según la cual, siempre que haya más de una previsión aplicable, debe optarse por aquella que resulte más beneficiosa para el trabajador, aunque no sea la que hubiera correspondido, según los criterios básicos de jerarquía de las normas. Lo anterior subvierte los criterios tradicionales de aplicación del Derecho. La norma más ventajosa se impone, incluso, ante las de rango superior.

Tal pauta se ha formulado para la aplicación preferencial de normas en conflicto, lo que exige, por una parte, la concurrencia de diversas regulaciones sobre una misma hipótesis, situación o relación jurídica; y, por la otra, que la selección final se realice a favor de aquella que otorgue mayores derechos al trabajador. «La operatividad de la regla precisa, en consecuencia, que el ordenamiento tolere no solo situaciones de multirregulación sino, adicional y fundamentalmente, la posibilidad de que entre todas las normas concurrentes pueda producirse divergencia de contenido [...]» (Villa Gil, 1983, p. 80).

Finalmente, llega la regla de la *condición más beneficiosa*, entendida como «[...] el criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse el trabajador [...]» (Plá, 1998, p. 30). Al dictarse una disposición de carácter general, modificativa de otra preexistente, si esta resulta más ventajosa para el trabajador, la mantiene. El límite de este criterio se da cuando una norma de superior jerarquía establece excepciones en forma expresa, dirigidas a la supresión del beneficio.

III. MIRADA DESDE CUBA

El principio protectorio no encuentra expresión positiva en el ordenamiento jurídico-laboral nacional. No se encuentra reconocido entre los que incorpora el «Código de trabajo» (CT) (2014, p. 454) ni ninguna otra regulación especial de las que puedan catalogarse como *sustantivas*, predominantemente. Quizás no lo requiere, si se toma en cuenta la innegable vocación tutelar que identifica este ámbito; sin embargo, ello comportaría más garantías, frente a eventuales regresiones de derechos, algo nada extraño en la experiencia internacional.

3.1. NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO

El Artículo 1 de la Constitución de la República (CRC) (2019, p. 71) establece que Cuba es un Estado socialista de Derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, fundada en el *trabajo*, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva. El reconocimiento expreso del papel central que desempeña el trabajo en el desarrollo de la sociedad trasvasa el texto. El Artículo 64 (p. 82) consagra el derecho al trabajo y, como parte de él, el de acceder a un empleo digno, en correspondencia con la propia elección, calificación, aptitud y las exigencias de la economía y la sociedad. Dicha previsión es coherente con los preceptos 40 y 42 de la ley de leyes (p. 79), que establecen la dignidad como valor superior que nutre los derechos y la igualdad de todas las personas en el disfrute de estos.

El concepto de *empleo digno* ha sido enarbolado por la OIT, desde principios de este siglo, como modo de enfrentar fenómenos políticos, económicos y sociales que han puesto en tela de juicio el futuro DT. «Factores como la precarización laboral, la desregulación, la flexibilización, las migraciones calificadas, la intermediación laboral y las políticas neoliberales [...]» (Batista, 2021, s. p.), entre otros, condujeron al organismo internacional a remplazar aquella noción por la de *trabajo decente*, entendido como el trabajo productivo para mujeres y hombres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. También, con esta denominación, se incluyen las formas autónomas de trabajo (OIT, 2015, p 15). La nueva definición comprende: pago de

un ingreso justo, empleo y condiciones de trabajo seguras, igualdad de oportunidades y de trato para todos, protección social para los trabajadores y sus familias, perspectivas de desarrollo personal, integración social y libertad de los trabajadores para expresar sus preocupaciones y organizarse.

La expresión *empleo digno*, por la que opta la CRC, resulta reduccionista en las condiciones actuales, al dejar fuera otras múltiples y renovadas visiones del DT, con lo cual erosiona el principio protectorio. El DT no está construido, únicamente, sobre la relación subordinada, sino que incluye, además, a todos los sujetos que trabajan, incluidos quienes lo hacen de forma autónoma —reconocidos, nacionalmente, como trabajadores por cuenta propia— que, aun sin depender de un empleador, poseen determinados derechos en el trabajo, referentes a la duración de la jornada, los días de descanso, las vacaciones, la seguridad social y el acceso a la justicia. A ellos, también, los alcanzan el principio protectorio y sus reglas.

El texto constitucional reconoce otros derechos del trabajo en los preceptos del 65 al 70 (2019, p. 82). El primero de ellos es el derecho al salario, a una remuneración que se corresponda con la capacidad demostrada, la calidad y cantidad del trabajo y el tiempo real laborado. De acuerdo con la Carta Magna, el salario debe constituir la forma principal de retribución por el trabajo y de satisfacción de las necesidades del trabajador y su familia. El trabajo remunerado ha de ser la fuente principal de ingresos que sustente condiciones de vida dignas, permita elevar el bienestar material y espiritual y la realización de los proyectos individuales, colectivos y sociales. La remuneración con arreglo al trabajo aportado se complementa con la satisfacción equitativa y gratuita de servicios sociales universales y otras prestaciones y beneficios. Esto constituye un elemento fundamental, característico de una sociedad como la cubana.

A la vez, se regulan los derechos: al descanso (diario, semanal y anual), para recuperar las energías físicas y psíquicas gastadas en la realización del trabajo (de esta forma, el trabajador podrá encontrarse en óptimas condiciones de iniciar una nueva jornada laboral); a la seguridad y salud en el trabajo, que presupone el deber del empleador de garantizar condiciones seguras e higiénicas, prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, y otros daños a la salud y al medioambiente laboral.

Un elemento a tener en cuenta, y que aparece por vez primera en la historia constitucional patria, es la protección especial a las mujeres, los adolescentes y los jóvenes, en clave de derecho y garantía en el trabajo, cual expresión de la salvaguarda que se dispensa a sujetos vulnerables. Finalmente, la CRC resguarda el derecho a la protección social, que incluye la seguridad social y la asistencia social. Ello implica la posibilidad de que los trabajadores cuenten con subsidios o pensiones, ante la ocurrencia de diversos hechos, como pueden ser enfermedades, edad e invalidez; en el caso de muerte, los familiares podrán reclamar una prestación económica, a la que pueden acceder, también, en general, aquellas personas que carezcan de medios de subsistencia. El sistema se extiende a la maternidad (y la paternidad), de la que forman parte los abuelos, en el camino de propiciar la responsabilidad compartida familiar en el cuidado y la atención de las personas menores de edad.

Consagra, igualmente, la CRC el acceso a la justicia, en función de lograr la tutela judicial efectiva —Artículo 92 (2019, p. 86). El ordenamiento jurídico nacional establece vías previas y extrajudiciales obligatorias. Tal es el caso de los órganos de justicia laboral (OJL), ante los cuales han de acudir los trabajadores del sector estatal para reclamar, por inconformidades con medidas o para el reconocimiento, restablecimiento y observancia de los derechos de trabajo y seguridad social, según deriva del Artículo 165 del CT (2014, p. 478).

Esta exigencia puede atentar contra el principio objeto de este estudio, en atención a múltiples factores: la posible parcialidad del órgano, pues, con independencia de su integración, radica en el centro laboral y, en principio, todos sus miembros son subordinados del empleador; las distorsiones en su funcionamiento, debido, entre otras causas, a la falta de profesionalización jurídica de quienes lo componen, lo que, si bien fue uno de los propósitos iniciales de tal forma resolutiva, en la búsqueda de prontitud, proximidad al entorno, conocimiento de este, prevención o educación general, racionalidad y justicia de las decisiones, al día de hoy ha quedado rebasado por las exigencias constitucionales y la complejidad que, con frecuencia, identifica a los conflictos.

Los derechos del trabajo son alcanzados, a la vez, por la garantía jurisdiccional refrendada en el Artículo 99 de la CRC (2019, p. 88). Entre los que pudieran estar comprendidos en esta posibilidad, se encuentra el derecho de asociación, que cobra especial relevancia para la pro-

tección de los empleados, en el seno de las relaciones colectivas de trabajo, como, también, la negociación colectiva.

La única mención expresa que, hasta el presente, contiene el ordenamiento jurídico cubano sobre el principio protectorio se encuentra en el Artículo 9.4 del «Código de procesos» (CPR) (2021, p. 3979), que signa la tramitación y solución del proceso sumario del trabajo y la seguridad social, al disponer que, en ellos, el tribunal prestará especial atención a la protección de la persona trabajadora y el beneficiario de la seguridad social. A propósito de la dimensión adjetiva del principio, incorporada a la ley nacional, comenta Fernández (2023):

El principio tutelar, protectorio o de favorabilidad de la persona trabajadora preside toda la construcción dogmática del Derecho del trabajo, tanto en el plano sustantivo como en el procesal y, por vez primera, en el ordenamiento jurídico instrumental patrio, encuentra plasmación positiva [...], como manifestación de la igualdad efectiva entre las partes, paradigma este radicalmente diferente al de igualdad formal, por cuanto reconoce las diferencias originarias entre las personas y la desigual manera en que estas pueden afectar las posibilidades de defensa de sus derechos e intereses, lo que, de forma preclara, comprendió el iuslaboralismo, al plantear el principio de desigualdad compensatoria, también llamado de igualdad por compensación. (pp. 251-252)

Esta modalidad procesal cuenta con solo ocho preceptos de la disposición (artículos 572-579), dedicados a resaltar los aspectos especiales que lo identifican, pues los restantes se atemperan a la regulación común, aun cuando en ella, también, pueden hallarse algunas matizaciones propias para tales asuntos. Sobresalen, entre las características del modelo, la celeridad, la posibilidad de comparecer sin postulación de abogado, la facultad de hacerse representar por dirigentes sindicales, familiares u otros empleados del mismo centro laboral, la reducción de las formalidades procesales y la acentuación de la oralidad, que no queda en las audiencias, sino que se extiende a la presentación de peticiones orales, como la demanda, la contestación, el recurso de apelación y la oposición a este.

El proceso se inicia con la demanda, a la que se acompañan las pruebas que fundamentan la pretensión. En la contestación, se formulan las excepciones procesales y materiales que interponga el demandado en su

defensa. Vencida esta primera etapa, el tribunal convoca a audiencia, a la cual las partes deben asistir con los medios de prueba de que intenten valerse (propuestos con la demanda o la contestación). En este acto procesal, que unifica el cometido de las audiencias preliminar y probatoria, concebidas para el proceso ordinario, los jueces escuchan a las partes sobre las alegaciones previamente formuladas para aclarar sus extremos, si resultan imprecisos, a juicio del tribunal o de las partes; concretan los hechos, la pretensión o la defensa, cuando las partes los modifiquen (en términos no sustanciales); resuelven las excepciones procesales y cualquier otra cuestión que impida entrar al fondo del asunto, propuestas por las partes en sus escritos o argüidas en el propio acto; concilian todos los puntos controvertidos o alguno(s) de estos, siempre que la naturaleza de las pretensiones formuladas tenga carácter disponible; si lo anterior no es posible o subsisten puntos controvertidos, fijan los términos del objeto del proceso y del debate; se pronuncian sobre la admisión y denegación de los medios de prueba propuestos por las partes, y el orden para su práctica; practican las pruebas; escuchan las posiciones finales de las partes y cierran el caso para sentencia. Este esquema general no impide que, según el asunto concreto, se realicen otras actuaciones e, incluso, que algunas de ellas puedan quedar pendientes para una audiencia ulterior —artículos 538-550 (2021, pp. 4051-4053).

El Código es concorde con una solvente doctrina, cuyo predicamento apunta a que, en el campo de los conflictos de este ámbito, dada la singularidad del sustrato material en que se amparan las pretensiones, se exige un peculiar modo de articular la tutela judicial efectiva de los derechos, los que trascienden el mero interés de las partes. Los principios y valores tutelares impregnan toda la regulación, sobre la base de la llamada *desigualdad compensatoria*, como sistematiza Fernández (2023, pp. 251-255).

Un aspecto novedoso que introduce el Código de proceso [sic] en el ámbito probatorio lo constituye [sic] las cargas probatorias dinámicas. La introducción de esta institución en la nueva ley le permite al tribunal reasignar la carga de probar determinado hecho a la parte que se encuentra en una posición más favorable para demostrarlo, lo cual se produce, según la norma [...], cuando es notoria la cercanía o relación del sujeto con la fuente de la prueba, y la parte a la que originariamente le correspondía

probar su afirmación se encuentra en una situación de desventaja o imposibilidad para hacerlo. (Mendoza, 2022, p. 10)

La concepción de las cargas probatorias dinámicas, que tiene su base teórica en el denominado «principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción» (Peyrano, 2004, p. 20), constituye, en palabras del citado autor,

un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos. (2004, p. 20)

En palabras de Mendoza (2022):

Esta institución exigirá de los jueces cubanos una particular medida al momento de utilizarla, para no revertir el orden natural de las cosas, porque el instituto no significa introducir, de manera rígida, la inversión de la carga de la prueba en todos los casos en que se perciba que el demandado (si fuese el empleador) está en mejores condiciones de probar, lo que dejaría al actor (el trabajador) en una posición muy cómoda, limitada a la afirmación de los hechos. Le corresponde, por tanto, al trabajador que resulte beneficiado en un proceso con esta fórmula probatoria, evidenciar las dos condiciones básicas de su utilización: su imposibilidad real de acarrear el material probatorio que necesita, y la mejor posibilidad del demandado para hacerlo. (pp. 358-359)

La proyección del CPR sobre la actividad probatoria en los conflictos de este ámbito se enfoca hacia los postulados que marca la doctrina, entre los que prevalece el denominado «principio de veracidad o de materialidad de la verdad» (Mendoza, 2022, p. 360). El cauce procesal se estructura sobre dos pilares básicos: la prevalencia de la verdad y la equidad sustancial.

La nueva ley adjetiva patria muestra sus bondades, respecto a cuestiones novedosas que fortalecen el DT; en tal sentido, se aprecia que todas las medidas disciplinarias son reclamables ante los tribunales, al tiempo que se respeta la doble instancia judicial, pues los fallos de los tribunales mu-

nicipales populares son apelables ante los provinciales y, los dictados por estos, en primera instancia, ante el Tribunal Supremo Popular.

La igualdad en el debate o la disponibilidad de armas procesales, llevada al contexto del DT del siglo xxi, se traduce en equidad procesal. Coincide con tal criterio el legislador venezolano —Artículo 2, Ley orgánica procesal del trabajo (2002, p. 10)—, cuando incorpora dicho término, en franco reconocimiento de cuán indispensable resulta apreciar las diferencias para aspirar a la igualdad como principio político. La equidad presupone una conducta ética de quien la aplica, que ha de mirar el asunto desde la ponderación y la justicia.

El proceso del trabajo requiere de un juez rector del proceso, humano, que conozca el Derecho y disponga de amplias facultades para hacer justicia, guiado por la brújula de ese principio general que inspira las normas del DT, el protectorio, con todas sus dimensiones.

3.2. CONFIGURACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO NACIONAL

El escenario que exhibe el trabajo en la isla antillana, caracterizado por la creciente presencia de empleadores no estatales, desregulación, informalidad, formas atípicas de empleo, movilidad... y las vulneraciones que pueden generarse a partir de ellas, hace necesario redimensionar y robustecer el principio protectorio. Por tal razón, parece conveniente su incorporación al plexo principalista reconocido en la ley general, como vía para orientar la aplicación del DT por todos los actores que intervienen en ella y la razonabilidad de cuantas determinaciones se adoptan en tal ámbito.

El CPR, como se ha visto, comportó un paso de avance en ese camino. Implícitamente, también, lo supuso la CRC, al refrendar el trabajo digno y fertilizar derechos y garantías. El CT vigente se encuentra muy rezagado con respecto a la realidad actual, de manera que no solo quedan fuera de sus regulaciones múltiples realidades, algunas de ellas normadas en disposiciones inferiores, aunque de manera limitada, sino que tampoco ofrece un sólido aparato principalista que ponga en claro la base axiológica que lo inspira y los derroteros que debe seguir su aplicación e interpretación, como vía para colmar las antinomias y los vacíos, particularmente el que inspira estas reflexiones.

IV. CONCLUSIONES

La evolución histórica del principio protectorio se encuentra ligada al origen y la razón de ser del DT; de tal forma es reconocido en la doctrina por otorgar especial protección a la parte más débil de la relación de trabajo: el trabajador.

El principio protectorio surge como respuesta a los poderes que ostenta el empleador, con la finalidad de establecer una paridad jurídica y asegurar la equidad sustantiva y real.

Para brindarle sentido a esa protección, se establecen tres reglas aplicativas: *in dubio pro operario*, norma más favorable y condición más beneficiosa, las que, procesalmente, se expresan en la igualdad por compensación.

En Cuba, los estudios teóricos asociados al principio protectorio son escasos; los pocos realizados muestran un enfoque breve, parcial y descriptivo, sin llegar a valoraciones sobre su configuración teórica y normativa.

En el ordenamiento jurídico cubano existen manifestaciones del principio protectorio. La más significativa de ellas se encuentra en el CPR, que lo refrenda de forma expresa, aunque implícitamente, también, se halla en varios preceptos de la CRC.

El principio protectorio requiere ser reivindicado en el DT nacional e integrarse al plexo de máximas que orienten a todos los que intervienen en la interpretación y aplicación de este; de ahí que deba incorporarse al CT.

Beber de la máxima tutelar es tarea permanente para los operadores jurídicos y, particularmente, los jueces, en cuyo ejercicio descansa la impartición de justicia.

V. REFERENCIAS

Batista Torres, J. (Enero-diciembre, 2019). Los órganos de justicia laboral en Cuba. *Vlex*, (39), 86-99. <https://cuba.vlex.com/vid/organos-justicia-laboral-cuba-846357631>

- Boltaina Bosch, X. (2009). *Intervención pública en las relaciones laborales: el poder público y su interrelación con el sistema de relaciones laborales*. Universidad de Barcelona.
- Buen Lozano, N. (1994). *Derecho del trabajo* (t. 1, 9.^a ed.). Porrúa.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Fernández Toledo, A. (2023). La solución de conflictos del trabajo: Aciertos e imperfecciones. *Justicia y Derecho*, 20(36), 239-269. <https://revistajd.tsp.gob.cu/index.php/JD/article/view/14/12>
- Ferriol Molina, G. (2018). *Derecho del trabajo. Su actualización*. Ediciones ONBC.
- Gamonal Conteras, S. (2013). El principio de protección del trabajo en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, (1), 425-458.
- Grisolia, J. A. (2016). *Manual de Derecho laboral* (7.^a ed.). De Palma.
- Lastra, J. M. (2004). Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (124), 639-659.
- Ley No. 116, «Código de trabajo». (Junio 17, 2014). *GOR-E*, (29), 453- 483.
- Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (138), 3977-4069.
- Ley orgánica procesal del trabajo de Venezuela. (2002). <https://www.asambleanacional.gob.ve>
- Marx, K. (1973). *El capital* (t. 1). Editorial de Ciencias Sociales.
- Mendoza Díaz, J. (2022). El nuevo proceso de trabajo y de la seguridad social en Cuba. En Lam Peña, R. J. (Coord.) *El Derecho del trabajo. Apuntes para una teoría crítica desde Cuba*, 351-361. Olejnik.
- Messner, J. (1934). *La cuestión social*. Alonso Quijano.
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). Programa de trabajo decente. <https://www.ilo.org>

- Peyrano, J. W. (2004). Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. En *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal-Culzoni.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del Derecho del trabajo* (4.ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Viamontes Guilbeaux, E. (2001). *Derecho laboral cubano. Teoría y legislación*. Félix Varela.
- Villa Gil, L. E. (1983). *Instituciones de Derecho del trabajo*. Centro de Estudios Ramón Areces.

VIVIENDA FAMILIAR: NUEVO CONCEPTO JURÍDICO¹

FAMILY HOME: A NEW LEGAL CONCEPT

■ LIC. YOSELÍ YERO GRILLO

Jueza profesional titular, Tribunal Municipal Popular de Sancti Spíritus, Cuba

<https://orcid.org/0009-0003-5493-9232>

yoseli.yero@tsp.gob.cu

Resumen

La vivienda familiar que, fundamentalmente, se conforma por el matrimonio, y en la que se desarrolla la mayoría de las dinámicas familiares y relaciones de convivencia, constituye el tema del cual se ocupa este trabajo. El ordenamiento jurídico vigente en Cuba no la regula de forma expresa; sin embargo, el contenido del derecho real de habitación, como un efecto del divorcio, reconocido en el nuevo «Código de las familias», hace que se considere esta perspectiva, por primera vez, en la historia del país, luego de seis décadas de ausencia. La vivienda, bien personal de uno de los cónyuges, en el que han compartido el matrimonio y la familia formada, es considerada como *familiar*, si el cónyuge que cumple con los requisitos solicita el derecho real de habitación, aspectos que se abordarán en el texto.

Palabras clave: Vivienda familiar; derecho real de habitación; ruptura matrimonial.

Abstract

The family dwelling, which is fundamentally constituted by marriage, and in which most of the family dynamics and cohabitation relations take place, is the subject of this paper. The current legal system in Cuba does not expressly regulate it;

¹ El presente texto se origina en la primera edición de la Maestría en Derecho judicial, desarrollada, de conjunto, entre la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y el Tribunal Supremo Popular.

however, the content of the real right of habitation, as an effect of divorce, recognised in the new 'Family Code', means that this perspective is being considered for the first time in the history of the country after six decades of absence. The home, a personal property of one of the spouses in which they have shared the marriage and the family formed, is considered as family property if the spouse who fulfils the requirements applies for the right in rem of habitation, aspects which will be dealt with in the text.

Keywords: Family home; real right of habitation; marital breakdown.

Sumario

I. Introducción; II. Fundamentos teórico-jurídicos de la propiedad en Cuba; III. El derecho de habitación; 3.1. Antecedentes históricos; 3.2. Concepto y características; 3.3. Naturaleza jurídica; 3.4. Regulación nacional; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La ONU ha considerado la vivienda como la unidad de habitación que satisface normas mínimas de construcción relacionadas con la seguridad, higiene y comodidad (Fernández y Delgado, 2022, pp. 191-213). No obstante, hay autores que la definen como «el refugio natural, o construido por la mano del hombre, en el que éste habita de modo temporal o permanente» (Ferrando, 1992, p. 305).

Este tema, discutido tiempo ha,

supone un reto a afrontar en la actualidad, pues desde antaño, las personas han valorado tener una vivienda y su necesidad de protección y abrigo ha estado presente desde que el hombre habitaba las cavernas. Sin embargo, con el transcurrir de los siglos, las personas han satisfecho esta necesidad de diversas formas, una de ellas ha sido acudiendo al mercado y adquiriendo una vivienda que se adapte mejor a sus expectativas y su presupuesto. (Reátegui, 2015, p. 1)

La transformación del lugar residencial puede apreciarse como el contorno urbano que forman las diferentes fachadas de los inmue-

bles, la mutación de un lugar desierto en un espacio en construcción y una vivienda habitada. Esta última se torna en hogar cuando adquiere un valor extrapatrimonial, relacionado con la cotidianidad y las necesidades de quienes la habitan.

El Artículo 22, inciso g), de la Constitución de la República (CRC) (2019, p. 76) reconoce, entre las formas de propiedad, la personal, a la cual define como aquella que se ejerce sobre los bienes que, sin constituir medios de producción, contribuyen a la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de su titular. La vivienda ha sido considerada, después de 1976, como un bien de propiedad personal, en tanto integra el espacio físico y, a la vez, simbólico e indispensable en el proceso de formación del hogar y la familia.

Cuando se trata de la protección integral a esta, el Derecho se encarga de salvaguardar la vivienda familiar (VF), no como el derecho humano a un habitáculo digno o adecuado en el que residir, cual suele reconocerse en algunos textos constitucionales, incluido el cubano —Artículo 71, 2019, p. 82—, sino el ámbito en el que la familia nace, se desarrolla, se renueva, perece y, en general, atraviesa las vicisitudes de su devenir como grupo social.

La VF es entendida como el espacio físico en el que los cónyuges, la pareja de hecho, la madre o el padre con sus hijos, u otros familiares de madre o padre diferente, han fijado su residencia habitual, para llevar a cabo un proyecto de vida en común que comprende el cobijo, la alimentación, asistencia y formación. Todos estos elementos son relativos a las necesidades de los miembros de ese núcleo. No obstante, en este trabajo se toma como objeto de examen la VF constituida, fundamentalmente, por el matrimonio, y en la que se desarrolla la mayoría de las dinámicas familiares y las relaciones de convivencia.

Guzmán (2022) afirma que la CRC de 1976, hoy derogada, contenía los primeros atisbos de la VF, al prever, en su Artículo 8, inciso c), como uno de los fines del Estado, el de trabajar «por lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable» (s.p). A pesar de que el ordenamiento jurídico vigente en Cuba no regula de forma expresa la institución de la VF, las normas contenidas en la «Ley general de la vivienda» (LGV) y el «Código de las familias» (CFS) inducen a la consideración del inmueble que se habita más como patrimonio familiar que como bien individual.

En ese entendido, puede identificarse en la protección a los convivientes en situación de vulnerabilidad o con una especial situación jurídica, ofrecida en el Artículo 65 de la LGV, como limitante al derecho del propietario, reconocido en el precepto 64 del propio texto, así como en la causa de nulidad que se establece para los actos traslativos del dominio que dejen desprotegidos a dichos convivientes, según el Artículo 70.5 (2017, pp. 646, 648).

Igual consideración se infiere del beneficio que el CFS otorga a los cónyuges o miembros de la pareja de hecho, tras la ruptura de su unión, referido a la posible atribución del derecho real de habitación con respecto a la vivienda en que residió el matrimonio y cuya titularidad corresponda, exclusivamente, a uno de los cónyuges —Artículo 285 (2022, p. 2946)—, a tono con la función social que ha tenido la propiedad desde el triunfo de la Revolución.

Tal tratamiento tiene lugar, cuando uno de los integrantes del matrimonio, tras la extinción de este, queda en una situación de vulnerabilidad, de discapacidad o tiene bajo su guarda y cuidado a personas menores de edad. Dicha figura pone en evidente tensión el derecho de propiedad, al favorecer a quienes no son titulares del inmueble, frente al que sí lo es.

Si se tiene en cuenta que la habitación se constituye sobre una vivienda cuya propiedad pertenece, de forma exclusiva, a uno de los dos cónyuges, y en la cual han residido de forma permanente el matrimonio y la familia formada, ese derecho pasa a considerarse como una carga o gravamen al de propiedad, que confiere a su titular un poder absoluto sobre sus bienes, en tanto se ve obligado a respetar el goce del habitante y, en ocasiones, de sus familiares.

Ello, sin dudas, provoca como consecuencia que el dominio del propietario resulte limitado en beneficio de determinadas personas. Tal restricción puede justificarse cuando el favorecido carezca de un lugar donde vivir y no disponga de medios económicos que le permitan garantizarlo; de ahí que al derecho de habitación se le reconozca una función asistencial, con base en los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y justicia social, consagrados en los artículos 92 y 1 de la CRC, respectivamente (2019, pp. 71, 86), principales fundamentos de la limitante que se impone al derecho de propiedad en este tipo de

situaciones familiares. Su aplicación se funda, a la vez, en los valores supremos de equidad, dignidad, humanismo y solidaridad.

Asimismo, los principios de responsabilidad individual y compartida, interés superior del niño, equilibrio entre orden público familiar y autonomía y realidad familiar, regulados en el Artículo 3 del CFS (2022, p. 2895), complementan lo expresado, a partir de la peculiar función que ellos desempeñan y la seguridad que ofrece la inscripción en el Registro de Bienes Inmuebles (Registro de la Propiedad).

En síntesis, el presente trabajo parte del problema científico de que la institución de la VF no encuentra regulación expresa en el ordenamiento jurídico cubano; sin embargo, el reconocimiento legal del derecho real de habitación, como una medida derivada del divorcio, permite afirmar que el inmueble en que residió el matrimonio es considerado como tal. Argumentar teóricamente esta perspectiva conforma el objetivo de su realización.

Para ello, se abordan los fundamentos teóricos-jurídicos de la propiedad en Cuba, con una especial referencia a su función social, los antecedentes históricos de la institución, su naturaleza, conceptualización, características y regulación nacional, para adentrarse, luego, en el contenido de la VF y su configuración.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICO-JURÍDICOS DE LA PROPIEDAD EN CUBA

La propiedad, según la doctrina, es entendida como el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, que atribuye a su titular la capacidad de disponer de él, sin más limitaciones que las impuestas por la ley; es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre algo. Para Cabanellas (1989), se expresa en «el dominio que un individuo tiene sobre una cosa determinada, con la que puede hacer lo que desee su voluntad» (pp. 134-135).

El propietario tiene acción contra el poseedor de la cosa, para reivindicarla, de manera que nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por autoridad competente y por motivos de utilidad pública,

previa indemnización, según reza el Artículo 129.2 del «Código civil» (CC) (Pérez Gallardo, 2014, p. 152).

El objeto de este derecho está constituido por todos los bienes susceptibles de apropiación. Para que se cumpla tal condición, se requieren tres elementos: que el bien sea útil (si no lo fuera, la apropiación carecería de fin); que aquel exista en cantidad limitada, y sea susceptible de ocupación, pues de otro modo no podrá actuarse. La propiedad es el derecho real por excelencia: autónomo y oponible *erga omnes*, pues los demás están obligados a respetar el dominio del propietario; perpetuo y exclusivo porque la facultad de usar de un bien, gozarlo y disponer de él solo se concede al dueño, con exclusión de los demás; inviolable, principal, independiente y elástico, en la medida en que el sujeto puede dejar de ejercer alguna de esas facultades que conforman el contenido esencial y no por ello deja de ser titular del bien (Pérez Orozco, 2019, p. 169).

Según el autor antes citado, el derecho de propiedad está integrado por tres facultades principales: el uso del bien, el disfrute de este y la disposición sobre él; mientras que, en una concepción subjetiva, es la facultad o atribución correspondiente a un sujeto de derecho. La facultad de disposición no se limita a la enajenación, sino que admite la destrucción, el abandono, la transformación y el gravamen (Pérez Orozco, 2019, pp. 169-170).

El Artículo 22 de la CRC (2019, p. 75) reconoce siete formas de propiedad: socialista de todo el pueblo, cooperativa, de las organizaciones políticas, de masas y sociales, mixta, de instituciones y formas asociativas, y personal. El inciso g) de dicho precepto (p. 76) regula la propiedad personal como aquella que se ejerce sobre los bienes que, sin constituir medios de producción, contribuyen a la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de su titular, e incluye los ingresos y ahorros provenientes del trabajo propio, la vivienda, la casa para descanso, los solares yermos, los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar (sin que sean utilizados para la explotación de trabajo ajeno) y los demás bienes adquiridos por cualquier título legal —Artículo 157 del CC (Pérez Gallardo, 2014, pp. 172-173).

Aunque la norma constitucional no hace mención expresa a la función social de la propiedad, esta se halla implícita en los fundamen-

tos económicos del Estado, recogidos en el texto, cuando se hace alusión a que

todas las formas de propiedad sobre los medios de producción interactúan en similares condiciones; el Estado regula y controla el modo en que contribuyen al desarrollo económico y social. La ley regula lo relativo al ejercicio y alcance de las formas de propiedad. (2019, p. 76)

La función social de la propiedad, también, está presente en la legislación común. El Artículo 129.1 de la ley sustantiva civil instituye que la propiedad confiere a su titular la posesión, el uso, el disfrute y la disposición de bienes, conforme a su destino socioeconómico, expresión esta última que reconoce el deber de los titulares dominicos de ejercer su derecho con ciertas obligaciones y deberes impuestos en la norma, por lo que la propiedad no es ilimitada. Es una fórmula que armoniza los intereses del individuo con los de la sociedad e impide que el ejercicio del propietario menoscabe o afecte, en forma alguna, el bien común (Pérez Gallardo, 2014, p. 151). Igualmente, tiene incidencia en la LGV, en particular, en los principios y objetivos básicos —artículos 2 y 3— y el régimen jurídico de las viviendas de propiedad personal —Capítulo V— (2017, pp. 632-633, 646-653). Al efecto, se definen los derechos y las obligaciones de los propietarios.

En la función social de la propiedad, confluyen dos elementos que se complementan: el individual y el colectivo; asimismo, convergen no solo las limitaciones que, desde el ámbito externo, pueden imponerse al derecho del propietario, sino deberes que el individuo debe cumplir en beneficio de la sociedad. Por consiguiente, más que erosionar la tutela jurídica del derecho, se atenúan los rigores de las ópticas subjetivistas y se establece un orden de prelación, en el que los intereses colectivos se encuentran privilegiados sobre los individuales (Jordán, 2020, s.p).

Precisamente, la función social del derecho de propiedad legitima las restricciones a las facultades del propietario, y justifica el reconocimiento de la novedosa institución del derecho real de habitación, en el ámbito familiar, como aquella que limita al propietario exclusivo de una vivienda, en este caso la VF en que ha residido el matrimonio, el cual se ve obligado a soportar el goce y disfrute de su propiedad por parte del habitante en situación de vulnerabilidad o extrema necesidad, o que

desarrolla funciones de cuidado y atención de sus hijos menores de edad, o de apoyo a personas mayores en situación de discapacidad.

III. EL DERECHO DE HABITACIÓN

3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Las primeras referencias de esta figura se remontan a las instituciones de uso y habitación, reguladas en el Derecho civil, que aparecieron con el Derecho romano. Justiniano consideró que los derechos de usufructo, uso y habitación constituían una de las especies del derecho real de servidumbre, a la cual denominó *servidumbre personal* (Guerra y Núñez, 2003, p. 17).

Este criterio fue acogido por las Leyes de Partida de España y, en general, por las escuelas jurídicas. Sin embargo, no fue hasta el Código francés que se repudió dicha denominación, por suponer, infundadamente, que envolvía un resabio feudal; se consideró, entonces, el usufructo como un derecho real independiente. Además, los derechos de uso y habitación comenzaron a ser vistos con caracteres técnicos diversos, pues las servidumbres reales son relaciones jurídicas permanentes, en tanto esos otros derechos tienen carácter temporal (Castán Tobeñas, 1988, p. 9).

El uso, según el Derecho romano, era el derecho a utilizar una cosa sin apropiarse de sus frutos. Sin embargo, este principio fue modificado por la práctica y la jurisprudencia, con fundamento en que el simple uso no reportaba una ventaja apreciable y no podía suponerse que los testadores que lo constituían hubieran querido conceder beneficios ilusorios. No obstante, prevaleció el criterio de que, cuando la cosa sujeta a este derecho fuese susceptible de procurar una ventaja real, se rehusaba al usuario el derecho a percibir los frutos; pero, si no procuraba ningún beneficio o este era insignificante, se le añadían algunas ventajas del usufructo (García Sánchez, 1978, pp. 176-177).

En ese mismo entendido, para Puig Peña (1979, p. 371), el uso, a diferencia del usufructo, como servidumbre personal, concedía a su titular la facultad de usar la cosa ajena, servirse de ella limitadamente, pero sin poder disfrutarla, es decir, sin percibir los frutos que la cosa producía ni apropiarse de ellos, fueran naturales, industriales o civiles (*usus, utipotest*,

frui non potes). La evolución posterior, en los propios textos romanos, permitió que el titular del derecho se apropiara de algunas utilidades o frutos producidas(os) por la cosa objeto de derecho, en atención a que estas(os) estaban relacionadas(os) de modo directo con el consumo ordinario y cotidiano del titular y su familia.

Por otro lado, fue muy discutida la naturaleza y extensión del derecho de habitación entre los jurisconsultos romanos; unos, lo equiparaban a la servidumbre de uso; y, otros, a la de usufructo. Como se ha dicho, fue con Justiniano (Constitución del año 530) que el derecho de habitación adquirió un estatus autónomo, más extenso que el de uso, pero más limitado que el de usufructo. El titular tenía la facultad de habitar por sí mismo o arrendar la habitación a otra persona, pero no la de cederla a título gratuito. Grosso (1958, p. 499) entiende que tal concepción estaba dirigida a defender la posibilidad de arrendar y que el jurisconsulto aproximó más el derecho de habitación al usufructo que al uso.

La noción justinianeana configuró la habitación, hasta ese momento, confundida con el uso y el usufructo, como una servidumbre personal, consistente en el derecho real de habitar una casa, cual si se tuviera la condición de usufructuario, y sin posibilidades de extinción por el no uso ni por la *capitis deminutio* de su titular (Arguello, 1990, p. 261). De acuerdo con Fernández Domingo (1994, p. 33), bajo esas premisas, el derecho adquiere un carácter vitalicio, ya que el habitador lo reanuda cada vez que quiere, con lo cual se aproxima a su relación inseparable con los alimentos, como aspecto muy significativo. Fernández Bulté (2016, p. 122) reconoce la habitación como aquel derecho real en cuya virtud se puede ocupar la cosa ajena, con origen en los legados y mucha semejanza con el uso, al cual, en palabras de Rojina (1998), se ha asimilado en la contemporaneidad.

En Cuba, con anterioridad a la regulación del derecho real de habitación por el CFS (2022), el marco de protección a la convivencia derivada de la relación matrimonial no discurría por la institución del hogar común o VF. La ley familiar precedente no dedicaba precepto alguno a reglar o proteger dicha convivencia en momentos de crisis, separación o divorcio, a pesar de que la enunciaba, por ser parte de la institución de *alimentos*. Ello hacía necesario recurrir a las diáfanas normas del Derecho inmobiliario para encontrar un resquicio de sal-

vaguarda a determinadas personas ante tales situaciones (Saboric, 2015, p. 158).

Esta protección a la convivencia del cónyuge y de los hijos (comunes o no) que no tenían derecho de propiedad, arrendamiento, usufructo u otro de naturaleza real sobre el inmueble en que se mantenía la vida común aparece regulada en el citado Artículo 65 de la LGV (2017, p. 646), como un límite al derecho de propiedad, justificado en el orden humano, para brindar protección a esos grupos vulnerables que merecen una tutela jurídica. A ello, se dedican las siguientes líneas.

— *El derecho a la convivencia*

Este derecho, regulado por el llamado *Derecho inmobiliario*, confiere la ocupación no exclusiva de la vivienda, pues no implica el desplazamiento del titular de esta; es, por naturaleza, oponible ante terceros, como indica el Artículo 70.5 de la LGV (2017, p. 648) y tiene por objeto proteger a ciertos convivientes, por el vínculo que guardan con el propietario, ya sea consanguíneo —en línea ascendente o descendente— o matrimonial, o por tratarse de personas pertenecientes a grupos vulnerables (Artículo 65, *cit. supra*).

La definición de conviviente que ofrece la disposición mencionada comprende, conforme con el Artículo 64 (2015), a

las personas que sin encontrarse en ninguno de los casos de ocupación ilegal a que se refiere la presente Ley, residen con el propietario y forman parte del grupo familiar que ocupa la vivienda, aunque no tengan relación de parentesco alguno con el propietario. (p. 172)

Para el legislador, esta regla fue insuficiente y le adicionó una causal de protección genérica que abarca cualquier otro caso catalogado como una manifiesta injusticia o un acto inhumano —Artículo 65, 2015, p. 172). Sin embargo, la protección a la convivencia nunca se vinculó con la existencia de un hogar común o VF, tampoco fue percibida como una variante de obligación alimentaria. Estas normas, aún vigentes, fueron, durante largo tiempo, las únicas referidas a la tutela de las relaciones de convivencia, derivadas del Derecho familiar, a pesar de que resultaban insuficientes.

De la lectura del mencionado Artículo 65 de la LGV, puede entenderse hogar común el que comparte con sus hijos, tanto la pareja formalmente casada como la que no lo esté. En consecuencia, el primer requisito es que se trate de una pareja con descendencia; el segundo, que hayan contraído matrimonio o que mantengan una unión consensual; y el tercero, que uno de ellos sea titular del derecho sobre la vivienda en que se estableció el hogar compartido.

La potestad de los propietarios de determinar, libremente, qué personas convivirán con ellos constituye un derecho subjetivo, pues al sujeto de derecho se le atribuye la cualidad formal de decidir, imperativamente, la conducta de su conviviente (López *et al.*, 1992, pp. 201-252).

La facultad del dueño para dar por terminada la convivencia de cualquier persona, sin requerir declaración administrativa ni judicial, contenida en el Artículo 64 de la LGV, se extiende, también, a los titulares del arrendamiento de viviendas de propiedad estatal, según el Artículo 52 de esa disposición (2017, p. 643), así como a los titulares del usufructo gratuito de cuarto o habitación, conforme a la Resolución No. 38 de 1998, del extinto Instituto Nacional de la Vivienda, «Reglamento de los cuartos o habitaciones o accesorias» (p. 255). Valdés (2002) define esa prerrogativa como parte de «las posibilidades de actuación que se atribuye a una persona como contenido de un derecho subjetivo más amplio [...]» (p. 97).

Sin dudas, el Artículo 65 aludido constituye un límite a este derecho del titular, dado que, en los supuestos regulados, en modo alguno, procederá el cese de convivencia; se protege, especialmente, a la madre con un hijo, o más, habidos en el matrimonio (formalizado o no) con el propietario, siempre que ella tenga la guarda y el cuidado de los hijos y no tenga otro lugar de residencia. Se tutelaba, así, la convivencia en caso de crisis matrimoniales, pero solo a favor de la mujer y sus hijos, sin dar cabida al hombre.

El escenario se modificó con la novedosa institución del derecho real de habitación en el CFS. El legislador no hizo distinción alguna con respecto al destinatario de este. Según el Artículo 285, inciso a) (2022, p. 2946), siempre que se trate de una vivienda que es propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, el otro podrá reclamar tal protección, si tiene a su cargo la guarda y el cuidado unilateral de los hijos menores de edad, o ha sido nombrado como apoyo intenso de los hijos mayo-

res en situación de discapacidad y no tiene una vivienda en propiedad u otro concepto que le permita residir en ella.

A diferencia del derecho a la convivencia, el derecho real de habitación puede reconocerse aunque no existan hijos habidos durante el matrimonio o la unión de hecho; en aquel, el requisito esencial es la prole, de manera que, si el matrimonio no procreó, el cónyuge propietario no tiene la obligación de prestarle atención habitacional a quien no lo sea; mientras que, en este otro caso, a tenor del Artículo 285, inciso b) (2022, p. 2947), de la normativa familiar, el cónyuge no titular puede ser favorecido, cuando se acredite su extrema necesidad de vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata, dada la situación de vulnerabilidad en que se encuentra.

En ambas regulaciones —la inmobiliaria y la familiar—, para el caso de la guarda y el cuidado de los menores de edad, el derecho está supeditado a que el padre no titular del hogar común carezca de vivienda en propiedad u otro lugar de residencia, pues, si tuviera, procederá el cese de la convivencia y no podrá otorgarse el derecho real de habitación. No se entra a examinar si en ese otro lugar hay capacidad habitacional para el guardador no propietario y sus hijos, aunque este pudiera ser un aspecto a valorar.

El Derecho cubano no ha regulado, de forma expresa, la institución del hogar común o VF, ni ha reconocido, como algunas de las legislaciones de otros países [por ejemplo, Argentina —Artículo 443 del Código civil y comercial de la Nación (2014, s.p.)—, España —96 del Código civil (2011, pp. 50-51)— y El Salvador —46 del Código de familia (2011, p. 2)—], la atribución del uso de la VF a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales, cuando existen hijos menores de edad o mayores vinculados a centros de enseñanza, o un cónyuge necesitado de protección.

A pesar de que dicha institución está concebida, según esas legislaciones, con la misma finalidad con la que el legislador familiar patrio reguló el derecho real de habitación —que es la de proteger a ese cónyuge no titular que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, frente al otro y, con él, a las personas que tenga bajo su cuidado y asistencia—, lo cierto es que existe una importante diferencia entre ambas perspectivas; la atribución del uso de la vivienda familiar implica que el cónyuge al que no le es atribuido el goce de la vivienda

debe desplazarse a otra y dejar disponible, para su cónyuge e hijos, el que, hasta el momento, había sido el hogar común.

El legislador familiar cubano, de forma acertada en el criterio de la autora, reguló el derecho real de habitación, como una forma de proteger la VF, en tanto permite el uso simultáneo de un inmueble por el propietario de la vivienda, para satisfacer sus propias necesidades de alojamiento, resguardo habitacional y otras, y por el cónyuge no titular que lo necesita. En definitiva, se trata de un derecho real que se constituye en cosa ajena y, si bien limita o constriñe el dominio, no necesariamente tiene que excluir el aprovechamiento que, de modo natural, corresponde a este.

De haberse regulado la atribución del uso de la VF de la forma en que lo han hecho las legislaciones foráneas, se protegería a uno de los cónyuges en detrimento del bienestar del otro, que, paradójicamente, es el propietario, lo que, además de ser contradictorio, en la situación de insuficiencia habitacional del país, generaría mayores preocupaciones.

3.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Doctrinalmente, la habitación se relaciona con el uso y el usufructo, aunque suele decirse que los dos primeros conceptos resultan más restringidos que el último. En realidad, no existe uniformidad. Cabanellas (1979) define la habitación como el «[...] derecho que una persona tiene para morar en casa ajena sin pagar alquiler» (p. 98), en tanto Ossorio (s.f.), asegura que es un

derecho real que confiere a su titular la facultad de ocupar con su familia un inmueble destinado a vivienda, cuya propiedad corresponde a otra persona sin abonar precio, pero con la obligación de conservarla [*sic*] y la prohibición de ceder o arrendar su derecho. (p. 302)

Según el autor, la habitación se constituye como una modalidad del derecho de uso; permite servirse del bien de otro, pero no admite aprovechamiento. Esta definición es la que más se acerca a la que hiciera el legislador cubano en la disposición final novena del CFS (2022, p. 2981), que incluyó, al Código civil, un nuevo capítulo, nombrado *Habitación*, en el que se prevé que una persona natural puede residir de forma gratuita en un inmueble ajeno o en parte de este.

El dueño tiene la facultad de usar el inmueble, gozar y disponer de él arbitrariamente, porque tiene el dominio; en cambio, el uso, como derecho real independiente, significa una limitación del dominio constituido a favor de una persona distinta al titular de este. Coexisten dos derechos, el del propietario y el del usuario o habitador. La habitación tiene una duración limitada y se rige por la ley, la voluntad de las partes u otro título constitutivo (testamento, por lo general).

Diferentes tratadistas han elaborado un sinnúmero de definiciones sobre el concepto, las que, básicamente, giran en torno a una serie de características y elementos que lo identifican. Para Varsi (2017), el uso faculta a su titular para que utilice una cosa ajena y perciba los frutos de esta de forma limitada, en la medida en que sean necesarios para cubrir las necesidades del usuario y su familia.

Es una especie de usufructo, [...] pero limitado a las necesidades de su titular, un miniusufructo, mientras que la habitación es un derecho real que permite a un sujeto (habituario o habitador) morar en un lugar (casa, parte de ella, departamento, etc.) en orden de sus necesidades como titular y familiares. Es una especie de usufructo, [...] pero limitado a las necesidades de vivienda de su titular. (p. 196)

Por su parte, Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2001) consideran que «el derecho de uso [...] consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos [*sic*] de una cosa» (p. 203).

En ese mismo entendido, ha querido el legislador cubano regular el derecho de habitación, en tanto este se constituye siempre de forma temporal, sin exceder la vida del habitador, quien está imposibilitado de ceder, transmitir, arrendar o gravar el derecho por actos *inter vivos* o por causa de muerte; tampoco cabe la ejecución por sus acreedores, de ahí que se le reconozca un carácter personalísimo, de conformidad con la disposición final novena del CFS (2022, p. 2981).

Para la autora, la habitación:

- Es un derecho real de goce y disfrute de una cosa ajena, específicamente, una vivienda.
- Constituye un límite al derecho de propiedad justificado con la función que desempeña.

- Es temporal, por cuanto el bien debe ser devuelto al vencimiento del plazo fijado por el acto constitutivo, la muerte del habitante o cualquier otra causa de extinción del derecho.
- Es personal, en la medida en que satisface las necesidades propias del titular y su familia, e intransmisible, pues no se puede arrendar ni traspasar a otro por ningún título.
- Es oponible frente a terceros, a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad.
- Es gratuito, dado que no puede exigirse el pago en dinero a cambio de usar el bien, en lo cual se diferencia del contrato de arrendamiento, que tiene como elemento esencial la contraprestación económica.

La inalienabilidad, intransferibilidad e inejecutabilidad que caracterizan al derecho de habitación están en total coherencia con la finalidad de la institución en el marco familiar en el que se desarrolla. Se trata de una vivienda de residencia permanente, en la que tiene lugar la vida familiar, o sea, un espacio privado, alejado de las intromisiones de personas ajenas a ese círculo cerrado.

La finalidad del derecho es garantizar la ocupación temporal de quien no tiene otro lugar donde residir, a fin de que pueda emprender un proyecto de vida a corto, mediano o largo plazos, según lo pactado en el título constitutivo, como parte de su régimen jurídico, en el que se incluyen la duración y el alcance de este derecho, en cuanto a la utilización del espacio necesario para el titular y las personas que componen su familia más cercana. Ello resulta beneficioso, también, para aquellos hijos menores de edad que han quedado bajo la guarda y el cuidado del habitador, o las personas mayores en situación de discapacidad a las que él sirve de apoyo.

3.3. NATURALEZA JURÍDICA

Los derechos reales están vinculados a una cosa (Ternera y Mantilla, 2006, pp. 117-139), por oposición a los de créditos, que se ejercen frente a otra persona, a saber, el deudor. Aquellos ofrecen a sus titulares un poder directo sobre un bien definido, oponible ante todos; así, son sujetos de una norma que les permite una acción u omisión sobre algo, sin necesidad de contar con el concurso de otra persona para usarlo, gozarlo o disponer de él (Von Wright, 1979, pp. 87-107).

Esos poderes son elementos característicos de los derechos reales. El titular recibe un beneficio directo de un bien corporal o incorporeal, estimable en términos económicos, sin necesitar del concurso de nadie. En ese sentido, Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2001) refieren que «el poder jurídico que se tiene sobre la cosa no implica necesariamente la utilización material de ella; basta que procure al titular del derecho real ventaja de cualquier orden, generalmente económica» (p. 14).

Simón (1964) considera la habitación como

un derecho real limitado de goce y disfrute sobre cosa ajena, integrada [sic] por todos aquellos derechos subjetivos, en virtud de los cuales una persona puede obtener determinadas utilidades de una cosa perteneciente a otra y gozar de ellas. Este goce resulta relativamente limitado si lo comparamos con la amplísima posibilidad que tiene sobre la cosa el propietario en virtud del dominio, implicando a su vez este derecho una limitación al titular de la propiedad. (pp. 126-127)

Tales características permiten afirmar su naturaleza jurídica; se trata de un derecho real de goce sobre una cosa ajena, en tanto no supone facultades de disposición. Es este un derecho inalienable, intransferible, inejecutable, personalísimo y oponible, frente a terceros. Una vez que es concedido, habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad, para poder enervar la buena fe de un tercero posible adquirente.

A pesar de tratarse de un derecho real, su proyección se desarrolla en el Derecho de familia, ya que se manifiesta y ejerce en la esfera de las relaciones jurídicas de este ámbito. Su marcado carácter asistencial se expresa en la búsqueda del mantenimiento de las mismas condiciones familiares existentes antes de la ruptura matrimonial.

3.4. REGULACIÓN NACIONAL

— Elementos configuradores

El legislador familiar ha concebido dos vías para que se configure el derecho real sobre la VF, ante situaciones de crisis matrimonial o de pareja; una de ellas es la notarial, que se emplea cuando hay pleno acuerdo en torno a la configuración del derecho (extensión, contenido, derechos, deberes, duración, entre otros elementos), según es-

tipula el Artículo 293, inciso g), del CFS (2022, p. 2948); la otra es la judicial, a la cual se acude, si emergen conflictos en los aspectos antedichos, de acuerdo con el Artículo 280 del propio texto (p. 2945), ello sin desconocer que los cónyuges pueden optar por disolver el vínculo ante el tribunal, por medio del divorcio de mutuo acuerdo. Ambas modalidades generan el acceso al Registro de la Propiedad, mediante un título formal idóneo, ya sea la escritura pública de divorcio o la resolución judicial correspondiente.

Tanto la escritura pública de divorcio notarial como la resolución judicial que disuelva el matrimonio debe contener los pronunciamientos relacionados con el derecho real de habitación, de conformidad con lo establecido en los artículos 280, inciso e) y 293, inciso g), del CFS, siempre que se den los presupuestos previstos en el Artículo 285 (2022, pp. 2945-2948). Se trata de que, siempre que las relaciones matrimoniales lleguen a su fin, se proteja al cónyuge que esté en una situación de vulnerabilidad en el seno de la familia.

— *Supuestos de atribución*

El inmueble en que han vivido el matrimonio y la familia creada a partir de él se considera una VF; así lo deja ver el CFS, aunque, expresamente, no lo reconozca. Diego (2018) identifica esta institución con «el lugar donde conviven los cónyuges, o parejas asimilables al matrimonio, con intención de permanencia y donde, en su caso, tienen descendencia y se encargan de su cuidado y educación» (p. 17).

Este concepto se encuentra vinculado con el de *residencia habitual* que regula el Artículo 36 del «Código de procesos» (CPR) (2021, p. 3895), entendido como el domicilio de las personas naturales; a ese efecto, se considera el sitio en el que estén establecidas permanentemente, aunque no figuren en registro alguno y se carezca de la autorización de residencia, o aquel con el que demuestre tener vínculos duraderos personales, familiares o profesionales.

La conducta de la familia de residir en un espacio concreto con voluntad de permanencia convierte a este en una VF. La residencia habitual solo puede ser una. Por tanto, no basta con que los cónyuges fijen un domicilio de común acuerdo, sino que debe ser este el lugar donde pretendan cumplir con las obligaciones inherentes al matri-

monio, principalmente, la de convivencia, pero, también, las relativas a la educación y el cuidado de los hijos.

Desarrolla esta idea Espiau (1992) en los siguientes términos:

El domicilio conyugal es el lugar de localización de dos personas entre las que existe una relación jurídica, y lo que lo define no es que constituya la sede jurídica de esas personas, como que constituya el lugar de desarrollo de la relación establecida entre ellas. (p. 47)

La VF es una realidad que va más allá de la existencia del vínculo matrimonial, pues, aunque se ponga fin a la relación de pareja, aquella continuará cumpliendo con su función de sede de la familia. Para que la protección comentada tenga lugar, tras la ruptura matrimonial de los cónyuges, el legislador cubano exige que la vivienda sea propiedad exclusiva de uno de ellos. Se eliminó, así, toda posibilidad de que el inmueble se encuentre en una situación de cotitularidad, criterio con el cual se coincide. La obligación deriva del hecho de haber creado una familia; por ende, no ha de imponerse responsabilidad al cotitular que no tomó parte de ello.

No solo basta con que uno de los cónyuges ostente la propiedad de la vivienda en que residió el matrimonio; ese requisito esencial tiene que ir de la mano con otros supuestos que tienen que darse en la persona que solicita el derecho, a saber, que le haya sido atribuida la guarda y el cuidado unilaterales de los hijos menores de edad o haya sido nombrado como apoyo intenso con facultades de representación de los hijos mayores en situación de discapacidad, y no se ostenta la titularidad sobre una vivienda en concepto de propietario u otro que le permita residir en ella —como puede ser el de arrendamiento, en todas las formas que regula la LGV.

Esto deriva, directamente, de la protección al interés superior de los niños (*favor filii*), refrendado en el Artículo 7 del CFS (2022, p. 2897), como criterio único a tener en cuenta para el otorgamiento de la guarda y el cuidado de los hijos menores de edad y, también, para la atribución del derecho real de habitación a aquel cónyuge no propietario que quede a cargo de ellos. No obstante, el legislador no previó la concesión del derecho real de habitación cuando la guarda y el cuidado sean compartidos, lo que hubiera sido conveniente, en el parecer de la autora.

La previsión normativa es coherente, a la vez, con el sistema de apoyos que prevé la legislación nacional, para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas en situación de discapacidad, como se desarrolla en la Instrucción No. 278, del CG-TSP (2023, p. 2). La designación del apoyo compete al tribunal e, indudablemente, la concesión del derecho real de habitación en este caso, también. Es decir, no basta que el tribunal estime esa situación de apoyo intenso, narrada y, quizás, probada, en el proceso de divorcio, sino que, para conceder el derecho de habitación, debe mediar una designación judicial previa de apoyo intenso.

Las medidas de asistencia son de carácter temporal o circunstancial. La designación de apoyo intenso debe estar vigente para que se pueda interesar el derecho de habitación. Vencido el plazo de duración de aquella, cesaría, también, el segundo, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de una y otro.

De acuerdo con el artículo en examen, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los hijos es insuficiente para el reconocimiento de la habitación; quien la reclame debe, además, carecer de la titularidad de un inmueble, todo lo que el tribunal debe valorar para disponer la constitución del derecho real, cuyo título formal será la sentencia que disuelva el vínculo matrimonial. Pudiera darse el caso de que se ostente una vivienda en propiedad, pero esta se encuentre totalmente inhabitable, lo que redundaría en un estado de extrema necesidad, que, igualmente, permitiría atribuir el derecho real de habitación.

De acuerdo con el CFS, el cónyuge no titular no solo ha de carecer de una vivienda en propiedad, sino, en cualquier otro concepto que le permita residir en ella, lo que incluye el arrendamiento de casas del Estado, las viviendas vinculadas y los medios básicos, que, de cierta manera, podrían brindarle seguridad.

Igualmente, procede constituir o reconocer el derecho comentado, cuando, sin estar en las circunstancias expuestas con anterioridad, uno de los cónyuges pruebe, durante la sustanciación del divorcio, su *extrema necesidad*. Tal circunstancia va aparejada a la imposibilidad de procurarse una vivienda en un breve período de tiempo, lo que pudiera estar asociado a factores como la avanzada edad, la situación de discapacidad u otros que hagan recomendable la permanencia de la persona en el hogar en que residía hasta entonces.

El Artículo 285.2 del CFS (2022, p. 2946) dispone que el cónyuge legitimado puede solicitar que se fije el plazo de atribución de tal derecho, a contar desde el momento en que se dicte la sentencia, lo que se hará de acuerdo con las circunstancias del caso. Este precepto está en total correspondencia con el carácter temporal del derecho, por la limitación que supone para el propietario del inmueble. Así lo reconoce el Artículo 230 bis, adicionado al CC (CFS, 2022, p. 2981).

La colisión que se produce entre el derecho del propietario y el de los convivientes justifica que el derecho real de habitación solo se mantenga por el tiempo que se extienda la necesidad de protección de estos últimos. Una vez superada la situación o modificadas las circunstancias que dieron lugar a su concesión, debe extinguirse. La duración debe ser determinada por el tribunal.

Por otra parte, cuando el precepto se refiere a que dicho plazo se cuenta desde el momento en que se dicta la sentencia, se está refiriendo, aunque no lo diga, a la sentencia firme, que hace inmutable la decisión e impide su cuestionamiento en un nuevo proceso. Solo la resolución que ha adquirido la fuerza de cosa juzgada debe inscribirse.

— *Inscripción registral*

El Artículo 285.3 de la normativa familiar (2022, p. 2946) estableció, como requisito indispensable, que, una vez otorgado el derecho, este debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, para que pueda ser oponible, frente a terceros. Ello supone una garantía para su realización, en tanto la expedición de la correspondiente certificación de dominio habrá de llevar reflejada la carga impuesta, notarial o judicialmente. Así, las terceras personas interesadas en el inmueble conocerán la situación que pesa sobre él.

La autora coincide con el criterio de Hernández (2023, s.p.), cuando alude a que, de no inscribirse, este derecho no surtirá efectos para las personas ajenas al negocio, interesadas en comprar o permutar la vivienda, pues, para ellas, el inmueble estará libre de cargas. La figura del tercero adquirente es definida como

aquel participante del tráfico que, siendo parte de una relación jurídica obligacional válidamente establecida, obtiene el derecho de propiedad respecto a un bien inmueble, de quien aparentemente está legitimado para transmitir; titularidad real

que se cuestiona por el titular civil, en lo atinente a la invalidez o ineficacia del acto jurídico que antecede a la adquisición del tercero o al reconocimiento de un derecho preexistente a su favor, desencadenantes de la ausencia de facultad dispositiva en el transmitente. (Hernández, 2020, p. 47)

El Artículo 40 de la Resolución No. 493 de 2021, del ministro de Justicia, sobre «Normas y procedimientos del Registro Central de la Propiedad de Bienes Inmuebles» establece que

el tercero que adquiera, a título oneroso y de buena fe, un derecho sobre bien inmueble, de quien conste inscrito en el Registro con facultades para transferirlo, es mantenido en su adquisición, siempre que haya inscrito su derecho, aunque después exista declaración judicial de invalidez o ineficacia del derecho del transmitente por causas que no consten en el Registro. (p. 814)

El apartado 2 del propio precepto indica que la buena fe del tercero adquirente se presume, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (2021, p. 814).

En consecuencia, para quedar protegido por la fe pública registral, el vicio no debe constar en el Registro; además, el tercero debe ignorar la inexactitud. Esta persona debe cerciorarse de que la certificación de la inscripción esté actualizada, para que no le queden dudas de que el inmueble que pretende adquirir no está sujeto a gravamen ni limitaciones. A la vez, tiene que haber inscrito su derecho real sobre el bien inmueble en el Registro. Si se dan todos estos presupuestos, quedará protegido.

En todo caso, sería recomendable que el cónyuge beneficiario del derecho real de habitación solicite la prohibición de enajenación de la vivienda gravada, como permite el Artículo 286 de la ley familiar (2022, p. 2946), aun cuando tal previsión sea facultativa, pues ello contribuye a paliar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra.

IV. CONCLUSIONES

El derecho de habitación encuentra sus primeros antecedentes en el Derecho romano justiniano, desde el cual evolucionó hasta configurarse, en la actualidad, como un derecho real autónomo, de goce y disfrute de una vivienda ajena, conferido, gratuita y temporalmen-

te, a una persona que necesita tal forma de protección y a su familia, en detrimento de las facultades del propietario, lo que se justifica en la función social de dicha institución.

En Cuba, con anterioridad a la regulación del derecho real de habitación por el vigente CFS, no existía precepto alguno de ese orden destinado a reglar o proteger la convivencia de la pareja en momentos de crisis, separación o divorcio. Solo algunas normas del Derecho inmobiliario brindaban protección a determinadas personas que convivían con el titular del inmueble, llamadas *convivientes protegidos*, entre los que se encontraban las personas en aquellas situaciones.

El derecho real de habitación resulta beneficioso para aquellos hijos menores de edad que queden bajo la guarda y el cuidado del habitador o las personas mayores en situación de discapacidad, para las que este constituye su apoyo intenso con facultades de representación, siempre y cuando carezca de vivienda propia u otro lugar de residencia donde pueda efectuar las funciones de cuidado y apoyo. De igual forma, protege a aquel cónyuge que demuestre estar en una situación verdadera de extrema necesidad, y a quien le resulte imposible hacerse de una vivienda donde residir en un breve período de tiempo.

A nivel nacional no se reconoce, de forma expresa, la institución de la VF; sin embargo la función social que desempeña el derecho real de habitación y su carácter asistencial permiten afirmar que el inmueble que constituye un bien de propiedad personal de uno de los cónyuges, y en el que han vivido el matrimonio y la familia formada por este, tiene tal configuración, lo que justifica la restricción al derecho de propiedad del cónyuge titular que debe soportar la carga.

V. REFERENCIAS

- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M. y Vodanovic Haclicka, A. (2001). *Tratado de los derechos reales* (6.^a ed., t. 1). Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Arguello, L. R. (1990). *Manual de Derecho romano* (3.^a ed.). Astrea.
- Cabanellas Torres, G. (1979). *Diccionario jurídico elemental*. Heliasta.

- Cabanellas Torres, G. (1989). *Diccionario enciclopédico de Derecho usual* (21.ª ed., t. 3). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13403>
- Castán Tobeñas, J. (1988). *Derecho civil español común y foral* (4.ª ed.). Reus.
- Código civil, España. (Enero 3, 2025). BOE. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>
- Código civil y comercial de la nación. (Octubre 8, 2014). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. https://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Código de familia, El Salvador. (2019). <https://ormusa.org/wp-content/uploads/2019/10/C%C3%93DIGO-DE-FAMILIA..pdf>
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Febrero 14, 2023). Instrucción No. 278. GOR-E, (11), 35-42. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2023-ex11.pdf>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E, (5), 69-116.
- López, F., Lucas Martín, J., Aparisi Miralles, A., Vidal Gil, E. J. (1992). Conceptos jurídicos fundamentales. En Lucas Martín, J. *Introducción a la teoría del Derecho*, 201-252. Tirant Lo Blanch.
- Decreto No. 766, Reformas al Código de las familias de El Salvador. (2011). <https://www.elsalvador.law.pro/Leyes1/decretos/Decreto%20766%20Reformas%20al%20C%C3%83%C2%B3digo%20de%20Familia.pdf>
- Diego Babarro, L. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* [tesis de maestría, Universidad de Alcalá]. <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/33483/DIEGO%20BABARRO%20LAURA%20TFM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Espiau Espiau, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*. PPU.
- Fernández Bulté, J. (2016). *Manual de Derecho romano*. Félix Varela.

- Fernández Domingo, J. I. (1994). *Los derechos reales de uso y habitación*. Dykinson.
- Fernández Martínez, M. y Delgado Knight, M. I. (Julio-diciembre, 2022). Retos para el notario a la luz del nuevo despertar de la concepción jurídica de la vivienda familiar. *Revista Cubana de Derecho*, 2(2), 191-213. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/148/218>
- Ferrando Nicolau, E. (1992). El derecho a una vivienda digna y adecuada. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (9), 305-324. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1472>
- García Sánchez, J. (1978). *Domus usus*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez. Universidad Complutense.
- Grosso, G. (1958). *Usufrutto e figure affinin nel Diritto Romano*. G. Giappicheli Editore.
- Guerra Salguero, F. y Núñez Castro, M. (2003). El derecho de habitación para la constitución de la vivienda familiar, efectos jurídicos que produce [tesis de grado, Ciudad Universitaria, San Salvador]. <https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6281/1/EL%20DERECHO%20DE%20HABITACI%C3%93N%20PARA%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N%20DE%20LA%20VIVIENDA%20FAMILIAR%2C%20EFECTOS%20JUR%C3%8DDICOS%20QUE%20PRODUCE.pdf>
- Guzmán Hernández, Y. (Mayo-agosto, 2022). Implicaciones del derecho a una vivienda adecuada a partir de la Constitución de 2019. *Universidad de La Habana*, (294), s.p. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0253-92762022000200011&lng=es&nrm=iso
- Hernández Guzmán, S. (2020). *La protección a los terceros adquirentes de viviendas por compraventa en Cuba* [tesis de Doctorado, Universidad de La Habana]. <https://accesoabierto.uh.cu/s/scriptorium/item/2138987#lg=1&slide=0>
- Hernández Guzmán, S. (Octubre 30, 2023). El derecho de habitación ante situaciones de crisis matrimoniales o de pareja.

- Cubadebate* (Pensar el Derecho). <http://www.cubadebate.cu/especiales/2023/10/30/el-derecho-de-habitacion-ante-situaciones-de-crisis-matrimoniales-o-de-pareja/>
- Jordán Fernández, G. (2020). La función social de la propiedad. Su desarrollo en el Derecho constitucional cubano de la primera mitad del siglo xx. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (278), s.p. [file:///C:/Users/yosely/Downloads/ kevin3,+18+Jordan+Fernandez+Giselle+\(La+funcion+social+de+la+propiedad\).pdf](file:///C:/Users/yosely/Downloads/kevin3,+18+Jordan+Fernandez+Giselle+(La+funcion+social+de+la+propiedad).pdf)
- Ley No. 65, «Ley general de la vivienda». (Julio 24, 2017). *GOR-O*, (23), 631-677.
- Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (138), 3977-4069.
- Ley No. 156, «Código de las familias». (Septiembre 27, 2022). *GOR-O*, (99), 2893-2995.
- Pérez Gallardo, L. B. (2006). *Código civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*. Ediciones ONBC.
- Pérez Orozco, L. (Julio-diciembre, 2019). Enfoque familiar sobre cese de convivencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Popular de Cuba. *Novum Jus*, 13(2), 163-184 <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2019.13.2.9>
- Puig Peña, F. (1979). *Tratado de Derecho civil español* (vol. I, t. 3). Revista de Derecho Privado.
- Reátegui Vela, A. I. (2015). *Determinantes de la satisfacción familiar con la vivienda en segmentos de bajos ingresos: el rol del subsidio del Estado* [tesis Doctoral, Universidad Ramón Llull]. https://www.researchgate.net/publication/308873901_DETERMINANTES_DE_LA_SATISFACCION_FAMILIAR_CON_LA_VIVIENDA_EN_SEGMENTOS_DE_BAJOS_INGRESOS_EL_ROL_DEL_SUBSIDIO_DEL_ESTADO/link/57f3c24d08ae280dd0b7308f/download
- Resolución No. 38, Instituto Nacional de la Vivienda, «Reglamento de los cuartos o habitaciones o accesorias». (Febrero 6, 1998). *GOR-O*, (14), 255-259.

- Resolución No. 493, ministro de Justicia, «Normas y procedimientos del Registro Central de la Propiedad de Bienes Inmuebles». (Noviembre 19, 2021). *GOR-E*, (97), 807-827.
- Rojina Villegas, R. (1998). *Derecho civil mexicano*. Porrúa.
- Saboric Beltrán, R. C. (Julio, 2015). Crisis matrimoniales y derecho a la convivencia en el hogar común. *Vlex*, (46), 152-175. <https://cuba.vlex.com/vid/crisis-matrimoniales-derecho-convivencia-648209477>
- Ossorio, M. (s.f.). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. <https://www.elmayorportaldegerencia.com/Libros/Politica/%5BPD%5D%20Libros%20-%20Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales.pdf>
- Simón Egaña, M. (1964). *Bienes y derechos reales*. Criterio.
- Tenera Barrios, F. y Mantilla Espinoza, F. (2006). El concepto de derechos reales. *Revista de Derecho Privado*, (36), 117-139. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033184003.pdf>
- Valdés Díaz, C. C. (2002). La relación jurídica civil. En *Derecho civil. Parte general*, 77-99. Félix Varela.
- Varsi Rospigliosi, E. (2017). *Tratado de derechos reales. Parte general*. Fondo Editorial. <https://andrescusi.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/04/tratado-de-derechos-reales-tomo-i.pdf>
- Von Wright, G. H. (1979). *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. por García Ferrero, P.). Tecnos.

ENTORNO



COMENTARIOS, DE INTERÉS GENERAL,
PARA LA CIENCIA JURÍDICA,
NACIONAL E INTERNACIONALMENTE



UNIVERSIDADES POPULARES Y DERECHO A LA EDUCACIÓN: UNA REVISIÓN DESDE ESPAÑA¹

POPULAR UNIVERSITIES AND HUMAN RIGHT TO EDUCATION: REVIEW FROM SPAIN

■ **DR.C. MANUEL PALOMARES HERRERA**

Profesor, Universidad Internacional de La Rioja, España

<https://orcid.org/0000-0003-1520-5036>

manuel.palomares@unir.net

Resumen

En la presente obra se analiza el papel que desarrollan instituciones tan expandidas como las universidades populares, fenómeno educacional de cercanía para una ciudadanía general y que, en el contexto de los Objetivos de desarrollo sostenible, alcanza metas y objetivos de importancia, a pesar de ser una institución aún desaprovechada, desarticulada y de gran heterogeneidad entre países, en cuanto a su constitución, actividad y funcionamiento. Por ello, con base en la perspectiva española, se estudia el anclaje de tales centros, desde sus antecedentes hasta la actualidad, pasando por la relación que los une a los derechos humanos y su función respecto a la Agenda 2030; se finaliza con la propuesta de una declaración institucional ante el Congreso de los Diputados.

Palabras clave: Derechos humanos; universidades populares; educación; objetivos de desarrollo sostenible; formación.

¹ El presente trabajo se integra en el proyecto de investigación «Desafíos jurídicos de la pluralidad de creencias en el espacio público de la era digital», con referencia PP-2023-17, autorizado en la convocatoria «Proyectos propios de investigación UNIR 2021», de la Universidad Internacional de La Rioja, España, Grupo de investigación «Culturas, religiones y derechos humanos».

Abstract

This paper analyses the role played by institutions as widespread as the Popular Universities, an educational phenomenon that is close to the general public and which, in the context of the Sustainable Development Goals, achieves important goals and objectives, despite being an institution that is still untapped, disjointed and highly heterogeneous between countries in terms of its constitution, activity and operation. Therefore, based on the Spanish perspective, we study the anchoring of such centres from their background to the present day, including the relationship that links them to human rights and their role with respect to the 2030 Agenda; we conclude with the proposal of an institutional declaration to the Congress of Deputies.

Keywords: *Human rights; popular universities; education; sustainable development goals; training.*

Sumario

I. Introducción; II. El derecho a la educación ante la nueva realidad demográfica; III. Las universidades populares en España; IV. Propuestas y *lege ferenda*; V. Experiencias comparadas y desafíos de futuro; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Decían Cobo y Moravec que

el modelo de la educación tradicional necesita pensarse desde nuevas perspectivas. Esto no significa agregarle una "e-" al comienzo para hacerlo mejor. Tampoco será suficiente con adquirir determinados dispositivos tecnológicos o con incorporar alguna certificación o norma internacional de calidad. La educación demanda una mejora ecológica, sistémica, de largo aliento y que a su vez resulte inclusiva. (2011, p. 24)

Esto es lo pretendido por el presente estudio, que apunta a las desapercibidas universidades populares (UP), por su potencial contributivo y acelerador de la salvaguarda de los derechos humanos integrados en la Agenda 2030.

Las UP siembran su germen en la Europa de fines del siglo xix, como una respuesta laica y municipalista a la necesidad de ofrecer educación accesible, sin requisitos formativos previos, a sectores más amplios de la población, especialmente, obreros (Mercier, 2001, p. 134), mujeres y, en general, personas sin acceso a la educación superior tradicional, lo cual reivindica una educación horizontal gratuita. Ello coincide con el contexto en que los movimientos obreros y sociales comenzaron a promover la educación como un derecho universal y una herramienta para mejorar las condiciones de vida de la clase trabajadora y empoderarla (Miranda, 2024, p. 265).

En tal momento histórico, posterior a la revolución industrial, se percibe el florecimiento de una necesidad de especialización en oficios y de integración en saberes fundamentales; ahí, se justifica la naturaleza de unas UP que no compiten con la educación reglada propia de las tradicionales, pues carecen de certificaciones, investigación, grados y carreras, y se enfocan en enseñanzas de formación profesional y creatividad que se sitúan como una lanzadera de empleo —agencias privadas de colocación, como el caso de la subfederación regional Aupex (s.f., s.p.)— al ciudadano y, también, de divertimento. En la genética de las UP, aparecen ligadas la formación y la recreación, dado que no existen cursos hasta llegar a una titulación (Griffin, 1999, s.p), aunque algunos autores, como Fieldhouse (1996, p. 53), sostienen que la mercantilización universitaria y la exigencia creciente de certificaciones por el mercado laboral suponen un parangón para las UP.

Tras el pensamiento constituyente de nuevos espacios populares, en plena revolución francesa, con su propuesta de un modelo social, económico y político renovado en todas las escalas —también, en la educación—, Nicolas de Condorcet, en abril de 1792, publica el *Informe y proyecto para la organización general de la instrucción pública* (traducido al castellano por Negrín y Bernés en 1922 para la editorial Calpe y reeditado en 2019), que valía de concepto para futuros desarrolladores.

Dinamarca se sitúa, así, en el epicentro historiográfico de las UP, al poner en práctica el concepto de Condorcet. En 1844, el teólogo y pedagogo Nikolai Frederik Severin Grundtvig (1783-1872) fue clave en la fundación de las primeras UP, conocidas como *folkehøjskoler*. Para 1890, la Asociación de Universidades Populares de Dinamarca contaba con 76 centros de este tipo, los que se expandieron a los territorios de Islandia, Fin-

landia, Noruega y Suecia (Crónica..., 2014, s.p.). Estas instituciones se enfocaban en la educación para adultos y en temas relacionados con la vida cotidiana, la cultura, la alfabetización a lo largo de la vida, en todas las edades, y la enseñanza compartida (Sabán, 2010, p. 206).

Posteriormente, el concepto de UP se extendió, rápidamente, a otros países de Europa y América Latina. Cuba tuvo la experiencia de la UP «José Martí» durante la primera mitad del siglo xx; Argentina y Perú destacaron a partir de la argentina Reforma Universitaria de 1918 en Córdoba, aunque esta no fue la única protagonista del fenómeno expansivo —el modelo argentino sirvió de ejemplo para Estados como el de Guatemala, según recuerda Sandoval (2021, p. 137).

Conforme indican Ossenbach y Scagliola (2021), es necesario cuestionar la exclusiva adscripción de la creación de las UP a las iniciativas del movimiento estudiantil y, en particular, a la Reforma Universitaria de Córdoba, pues ello no tiene en cuenta el protagonismo de los obreros y sus organizaciones, los partidos políticos y la intelectualidad extracadémica en la creación de estas instituciones y otras, dedicadas a la educación popular en muchos países de América Latina, algunas de ellas surgidas mucho antes de la Reforma Universitaria de 1918 (p. 14).

Con todo, tales organizaciones se adaptaron a las realidades locales de los lugares en que surgieron, si bien su *boom* expansivo alcanzó su máxima floración en la segunda mitad del siglo xx. Hoy en día, las UP continúan existiendo, evolucionando y manteniendo su compromiso con la educación inclusiva y popular (Cross, 1991), y brindan oportunidades de aprendizaje a personas de todas las edades y orígenes, por lo cual tienen un papel destacado, que no se tiene en cuenta con respecto a los Objetivos de desarrollo sostenible (ODS) u objetivos globales, dimensión que justifica el presente estudio, especialmente, tras la estrepitosa experiencia de los Objetivos del Milenio.

A modo de establecer el estado de la cuestión, se hace referencia al prematuro libro de Hinzen y Schmitt (2016), en el que se vincula la Agenda 2030 con la educación y el aprendizaje a lo largo de toda la vida. Este material cuenta con una interesante panoplia de asuntos entre los que destaca el capítulo de Julia Steffen «¿El aprendizaje global como tarea transversal de la Agenda 2030? Consideraciones del proyecto: Aprendizaje global en las universidades populares» (pp. 72-90). En di-

cho trabajo, se reflexiona sobre la manera en que la educación para el desarrollo sostenible y el aprendizaje global contribuyen a dicho objetivo y cuáles son las experiencias prácticas de las UP alemanas.

II. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN ANTE LA NUEVA REALIDAD DEMOGRÁFICA

No es baladí la extensión de la edad útil de la población mundial, especialmente, después de la jubilación, si se tiene en cuenta que la esperanza de vida al nacer, a nivel mundial, es de 74 años y, en 2020, se situó en 82,2 años, como promedio —85, en mujeres y 79,5, en hombres—, según el informe anual que emite, sobre este tema, el Ministerio de Sanidad de España, en el que se analizan los datos del citado momento y su evolución desde 2006 (2020, s.p.).

Si a esto se le suma que aquel segmento que se encuentra en período de jubilación (con 67 años como promedio) pertenece a la llamada generación *baby boom* y que el ocio y la cultura deben garantizarse, de forma obligatoria, habrá que reforzar, con carácter de urgencia, un derecho que está siendo más demandado y que, progresivamente, se incrementará. Como reza el Artículo 50 de la Constitución española:

Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderá sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. (2024, s.p.)

Si existe un mayor envejecimiento demográfico y una reducción de los jóvenes menores de 20 años —en 2020, según el Instituto Nacional de Estadística, el 21% de la población tenía 65 años o más, frente al 16% que había en 2001 (s.p.)—, se deduce un trasvase de la demanda de la educación obligatoria a la continua o a lo largo de la vida; por ende, la demanda de las UP se incrementa y es previsible el riesgo de desbordamiento de los servicios que ofrecen animación sociocultural, formación permanente y para adultos mayores, en forma de cursos y talleres.

En los últimos años, se ha podido comprobar cómo las aulas de mayores han puesto en marcha diferentes programas formativos y académicos, destinados a las personas que integran este segmento poblacional, los que, con el tiempo, se han modificado para adecuarse a las necesidades y preferencias de su alumnado, así como a las posibilidades de las propias instituciones (Moreno, 2015, p. 18). Siempre queda personal fuera de matrícula por saturación de los centros, por lo que puede pensarse que ya se esté escondiendo un porcentaje de demandantes, que no pueden acceder a un sistema que no se prepara para el reto.

Se coincide con el mismo autor en que

[...] una oferta de idiomas (inglés, francés, alemán e italiano), una oferta de actividades físicas (yoga, gimnasia, taichí, senderismo), una oferta recreativa (bailes de salón, sevillanas y palillos), una oferta de nuevas tecnologías (informática, fotografía digital y retoque fotográfico digital) y otras actividades como taller [sic] de memoria, inteligencia emocional, formación para la felicidad, etc. (p. 14),

son ofertas de educación que se conjugan con el ocio que promueve la Carta Magna, por lo que ya se sabe dónde ha de realizarse la previsión presupuestaria para adelantarse a la demanda social.

La educación a lo largo de la vida es más que la educación infanto-juvenil y más que la instrucción escolar, como diría Ortega (2005, p. 172). Por eso, la comunidad internacional, por medio de sus organizaciones especializadas, como la UNESCO, ha apuntado desde hace tiempo a la necesaria colaboración entre las naciones, a fin de asegurar, para todos los pueblos del mundo, el respeto universal a la justicia, la ley, los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, al comprobarse que, sin el mundo de los adultos, la educación sería impensable (Monclús y Sabán, 2008, p. 4).

Algunos investigadores, recientemente, han presentado sus conclusiones en cuanto al estado de la educación a lo largo de la vida y revelan la agudización de problemáticas diversas en los territorios de España, las que repercuten en una profunda afectación social, pues aquella «continúa siendo una deuda pendiente, entramada en condiciones socioeconómicas de exclusión, pobreza y marginación» (Llosa *et al.*, 2023, p. 41).

Por tanto, se consolida un nuevo reto o desafío, no ya en el marco de los ODS, sino demográficamente, pues se unen la desaparición y el surgimiento de empleos adaptados al nuevo mercado, los reciclajes informáticos, las rehabilitaciones físicas (por medio de la actividad deportiva) y otras vías no formales, por lo que «las necesidades básicas de aprendizaje que forman parte de la educación obligatoria pueden ser satisfechas en otras edades diferentes a las establecidas legalmente para cursar dicha educación» (Núñez, 2010, p. 17).

III. LAS UNIVERSIDADES POPULARES EN ESPAÑA

En la nación hispana, las UP no se anclaron en la Ley orgánica 2, de 22 de marzo de 2023, del Sistema Universitario, ni en ninguna de sus versiones anteriores, como, tampoco, aparecen en normas ordinarias culturales, pues el más alto referente legal en la materia es el *Libro blanco de las universidades populares*, de la Federación Española de Universidades Populares (FEUP)² (2021), más enfocado en la definición de estas instituciones y en establecer una estrategia conjunta para las más de 400 UP de la nación (Martínez y Vicente, 2010, pp. 174-175) —de las cuales, la mitad, aproximadamente, está federada—, como, también, en el documento de impulso para su creación.

Y es que realmente, las UP nacen, como subraya Madrid (1994, p. 108), para dar respuesta, cual parche, a tres bloques bien marcados: luchar contra la alfabetización previa a las leyes educativas de los años 70, complementar las cifras de fracaso escolar del momento y, finalmente, dar un cambio histórico a la sociedad española en dicho momento global. Realmente, su creación fue mucho más sencilla y natural, y responde

² Integrada a la Asociación Europea de Educación de Adultos que, por tanto, no es exclusiva para UP. La FEUP comprende las UP que suscriban el convenio preceptivo y, a la vez, las dos asociaciones regionales que existen en el rubro: la Asociación Canaria de Universidades Populares y la Asociación Regional de Universidades Populares de Extremadura; esta última posee un total de 193 UP, el 90% de las federadas, razón por la cual su presidencia y órganos de gobierno son siempre extremeños y, al ser los directores y gerentes de las UP, generalmente, cargos de libre designación, son del mismo signo político que la mayoría de los municipios de esa localidad (socialistas), lo cual pudiera ser una de las razones del estancamiento en la promoción de «propuesta no de ley» y, por tanto, de declaración institucional de las UP. El equivalente europeo más similar sería la Organización Nacional de Aprendizaje para Adultos de Irlanda (s.f., s.p.).

a la generación de un espacio, concentrado en lo municipal —verdadero protagonista del movimiento de las UP—, que diera respuesta al reclamo social de un espacio de dedicación y desarrollo (que el Estado no cumplía) en satisfacción de la constitución, el de la dinamización y atención a la tercera edad, si bien, luego, tal esfera ha sido invadida por otros ámbitos (FP, salones de actos...) y colectivos (ludotecas, talleres juveniles, etc).

En el ordenamiento de las entidades locales (municipios y provincias), solo existiría un encaje de la competencia propia de las UP en el Artículo 25.2 m) de la Ley 7, de 2 de abril de 1985, reguladora de las Bases del régimen local, pues la «promoción de la cultura y [los] equipamientos culturales» constituyen una competencia elemental de todos los municipios; sería interesante que en el siguiente precepto (Artículo 26.1) se estableciera la obligación de que, en los municipios con más de 50 000 habitantes, hubiese una UP, dado que esta integra dicha promoción sociocultural, al igual que la existencia de bibliotecas, salas de estudio, espacios comunitarios, expositivos y de participación ciudadana (Borg, 2004, pp. 489-505).

A excepción de otros estados que aceleran la cohesión de las UP y su expansión, como Argentina, con su Programa de universidades populares RR 475/2017 (Pereyra y Tchara, 2024, p. 29), la heterogeneidad en la naturaleza de dichos centros y su vinculación con los municipios es un hecho, a la vista de sus estatutos, norma que toma la forma de ordenanza, tanto para su documento constitutivo como para el establecimiento de sus precios públicos o del uso y la cesión de sus espacios. Condorcet (2019) decía que la educación, en la nueva instrucción social, debe ser «igual, universal y completa» (p. 4), pero solo tanto «como lo permitan las circunstancias» (p. 4). Esta cuestión parece relevante, dado que, al depender las UP de presupuestos municipales, existen limitaciones propias de unas arcas que no son las más boyantes del andamiaje tributario nacional, sin que se cuente con partidas o subvenciones directas de los presupuestos generales del Estado o las comunidades autónomas.

Mirar atrás no siempre es retroceder, por lo que parece interesante que las UP sean puestas al servicio de los derechos humanos que dan cobertura a la cultura y la educación, *vgr.* en la Declaración de Friburgo, en la que destaca el Artículo 6:

En el marco general del derecho a la educación, toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho, a lo largo de su existencia, a una educación y a una formación que, respondiendo a las necesidades educativas fundamentales, contribuyan al libre y pleno desarrollo de su identidad cultural, siempre que se respeten los derechos de los demás y la diversidad cultural. Este derecho comprende en particular: a. El conocimiento y el aprendizaje de los derechos humanos [...]. (Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales, 2007, p. 7)

En específico, se ponen de relieve derechos como los de ofrecer formación gratuita y accesible hacia «el pleno desarrollo de la personalidad humana» o «tomar parte libremente en la vida cultural» (Declaración universal de derechos humanos, artículos 26 y 27); «capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre» o «[fomentar o intensificar], en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria» —Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Artículo 13.1.2 d). El último de los enunciados citados condensa la esencia actual de las UP, cuyos usuarios responden al perfil descrito.

Este cumplimiento activo justifica el paso siguiente que se propone, respecto a la Agenda 2030, aprobada por la Resolución A/RES/7/313 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 6 de julio de 2017. De los 17 ODS establecidos, a los efectos de este estudio, resultan relevantes los referidos a: 4. Educación de calidad; 8. Trabajo decente y crecimiento económico; 10. Reducción de las desigualdades; 16. Paz, justicia e instituciones sólidas; y 17. Alianza para lograr los objetivos. Las UP son un recurso eficiente, que existe, funciona y se ha consolidado; solo se requiere su articulación y cohesión. En este sentido, Steffen (2016) proponía, para Alemania, una acción conjunta para otro ODS que implicara a las UP: «[...] puede implementarse en todos los departamentos de las universidades populares, como un programa único e independiente o como una serie incorporada a manera de unidad en una modalidad actualmente en aplicación: una serie dedicada a la cocina vegana» (p. 80).

Si el cuarto ODS se enfoca en «garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos» (Miranda, 2023, pp. 264-293), existen organis-

mos internacionales, como la UNESCO o la Asociación Mundial para la Educación, al igual que organizaciones que se han alineado hacia el cumplimiento de tal propósito, en entidades como la Iniciativa de las Naciones Unidas para la Educación de las Niñas o la Asociación Internacional de Educación Infantil; sería procedente que una asociación internacional de UP pudiera aunarse a los esfuerzos.

El octavo ODS se dirige a la promoción de un «crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos», a lo que ya se contribuye desde las UP, a la vista de la formación en oficios tradicionales, idiomas o emprendimiento, además de los espacios de *coworking* que favorecen la meta 8.3: «Promover políticas orientadas a [...] la creatividad y la innovación, y fomentar la formalización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, incluso mediante el acceso a servicios financieros».

Al décimo ODS, las UP contribuyen indirectamente, dado que la formación y los planes formativos impulsan la integración, *ergo* la igualdad. Como puede verse en la Ordenanza reguladora del precio público, por prestación de servicios en la Universidad Popular Municipal de Jaén, de 28 de agosto de 2017, las ordenanzas fiscales de la UP integran bonificaciones, deducciones y exenciones para personas en riesgo de exclusión social, familias numerosas, desempleados, etc.; a este objetivo, se le empalma el decimosexto, en cuanto a la promoción de sociedades «pacíficas e inclusivas» (Fleming, 2007, p. 21).

Se añaden a este último, el apartado de «construir instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles» y el ODS 17, sobre la generación de alianzas internacionales. Lo más destacado en este sentido es la creación de instituciones eficaces, pues, como se ha visto, existe una ausencia de cooperación entre UP a nivel nacional e internacional por dos razones: *primero*, la inexistencia de estructuras, organizaciones, federaciones o asociaciones de peso (bien de forma descentralizada o formando parte de un departamento ministerial, una consejería autonómica o una organización internacional); y *segundo*, por la pertenencia de aquellas a municipios y provincias, peldaño más cercano al ciudadano, pero, a la vez, el de menor escala.

IV. PROPUESTAS Y *LEGE FERENDA*

Hace dos décadas ya existían autores que se preguntaban cómo favorecer la educación permanente, pero lo hacían en lo histórico o desde la psicología didáctica (Pérez, 2007, p. 210), nunca en términos jurídicos, como aquí se pretende. Como se intuye, el esfuerzo que aúpe el compromiso consolidador de esta institución ha de venir de lo declarativo a lo ejecutivo, por el especial y delicado perfil de usuario de las UP, si se atiende, en gran medida, al doble rasero de la educación para adultos, el cual expone muy bien Patagua (2019) —al citar a Messina (2002)—, cuando indica que «la educación de adultos es un nombre que oculta que los únicos destinatarios han sido los adultos (o niños y jóvenes que viven como adultos) en situación de exclusión» (p. 51). Es evidente que estos adultos no han podido recibir la educación en el momento propicio para ello; de ahí la exclusión social mayoritaria que identifica a estos usuarios.

Como se ha estudiado, la evolución de las UP ha sido una constante por su adaptación a las demandas del pueblo (Martínez y Vicente, 2010, p. 177), a la vista de haber pasado de ser una casa de formación en oficios elementales a lo largo de la vida, a un verdadero polo de formación profesional, que promueve nuevas competencias digitales o robóticas, mediante cursos de programación, inteligencia artificial, creación de videojuegos y otros, con espacios culturales de uso popular, o incorpora a sus programaciones distintas áreas deportivas, por lo que procedería, por fin, canalizar este paso de conformar una estructura internacional de UP y ello requeriría de un impulso legislativo.

El Título X del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 24 de febrero de 1982: «De las proposiciones no de ley» (artículos 193-195) habilita el procedimiento para formular propuestas con contenido de apoyo institucional o declarativo como el que hoy se presenta: La cultura accesible, la educación a lo largo de la trayectoria vital y la ética del aprendizaje desde el esfuerzo y el entretenimiento constituyen hoy un pilar ampliamente sostenido por el entramado de UP; unas instituciones de localización municipal que facilitan una formación profesional y en artes en desuso, de sideral importancia en el contexto español, como reza la Carta Magna.

Hoy, España cuenta con más de 200 UP que se han consolidado de una forma lenta y desigual. En Andalucía, *vgr.*, se goza del cariño del pueblo

a casas universitarias como las de Jaén, Alcalá (Sevilla), Dos Hermanas, Ronda, Loja, Cartaya, San Roque, Torremolinos, Mijas, Almería... Pero podría seguirse con las de Palencia, Valencia o Teruel. En definitiva, las UP desempeñan un papel importante en la educación y el desarrollo de la sociedad, así como en la fijación al territorio, por ser un lugar de preparación a lo largo de la vida, pero, también, de ocio.

Aquí hay algunas razones clave por las que las UP son consideradas esenciales y que marcan las diferencias en los municipios que acogen estos organismos autónomos:

1. Acceso a la educación para todos: Ellas tienen, como objetivo principal, el de proporcionar oportunidades educativas accesibles a todas las personas, independientemente de su edad, nivel educativo previo o estatus socioeconómico. Esto contribuye a la democratización de la educación, al brindar acceso a la formación y al conocimiento a segmentos de la población que podrían enfrentar barreras para ingresar en la educación formal. Madrid (1994) lo constata como una de las conclusiones del Congreso de UP de aquel año, en el que se determinó que ellas son cobijo para los desfavorecidos (p. 111). Este cariz resulta de especial relevancia si se alude a que los usuarios de las UP suelen ser, en su mayor parte, personas mayores, mujeres y niños, lo que las hace un recurso accesible para la formación y el entretenimiento en los municipios que las acogen.

2. Formación continua y desarrollo personal: Ofrecen programas y cursos que van más allá de la educación formal y están diseñados para el desarrollo personal y profesional continuo, con cursos de inteligencia artificial, programación, *reiki* o informática para adultos. Las personas pueden participar en modalidades formativas que les permitan adquirir nuevas habilidades, actualizar conocimientos y explorar áreas de interés, incluso después de haber completado su educación formal, como es el caso de las artes tradicionales (ilustración, corte y confección o encaje de bolillos). De no existir las UP, muchos de estos oficios y artesanías estarían condenados a la extinción.

3. Cohesión social y comunitaria: Las UP contribuyen a la cohesión social, al proporcionar un espacio en el que la comunidad local puede reunirse, aprender y colaborar. Fomentan la participación activa de la comunidad y promueven un sentido de identidad y pertenencia, al tiempo que fijan la población en el territorio y hacen que la oferta formativa y

de ocio sea una realidad en sus municipios. Además, las UP disponen, comúnmente, de espacios físicos imprescindibles para realizar acciones culturales, turísticas y formativas que se ofrecen a la ciudadanía de forma gratuita, para la recepción de ofertas de eventos como simposios, congresos, conferencias, ponencias, ciclos formativos, actuaciones teatrales, recitales o reuniones varias de distintas categorías.

4. Enfoque en la educación no formal: Dado que las UP se centran en esta variante educativa pueden adaptarse, fácilmente, a las necesidades cambiantes de la sociedad y ofrecer programas que respondan a demandas específicas o emergentes. Esto las hace flexibles y capaces de abordar diversas áreas de interés y necesidades educativas.

5. Promoción de la cultura y las artes: Muchas UP ofrecen cursos y actividades relacionados con la cultura, las artes y las humanidades. Ello contribuye a la preservación y promoción de la cultura local, así como al enriquecimiento cultural de la comunidad. Tradiciones municipales, bailes regionales, cantos típicos y costumbres de las zonas son el contenido a guardar y mantener.

6. Innovación y experimentación educativa: Las UP pueden servir como espacios para la experimentación educativa y la innovación pedagógica, el baile y el deporte. Al no estar vinculadas a estructuras académicas rígidas, tienen la flexibilidad de probar enfoques educativos alternativos y adaptarse a las necesidades cambiantes del aprendizaje.

Nunca ha existido un apoyo colaborativo de envergadura de ninguna institución española, autonómica o comunitaria que haya reconocido la integración, participación, formación y recreación que despliegan las UP en el territorio. Por ello sería tan necesario como reconocido, para la Junta de Andalucía, el ser la primera institución pública que conceda a estos entes especiales una línea que les permita continuar irradiando sus bondades con apoyo promocional y económico, de una forma viable y sostenible. Así, se propone:

Primero: Establecer una línea de ayuda o subvención para la accesibilidad en los edificios de las UP, así como para promoverlas, siempre que acrediten el cumplimiento de una serie de requisitos de alumnado, cohesión, expansión municipal y catálogo de oferta formativa. A este efecto, podría contarse con la gestión que aporte la FEUP.

Segundo: Reconocer la labor que, desde hace cerca de medio siglo, realizan las UP con la ciudadanía andaluza, a nivel ministerial (distinción, medalla, encomienda...).

V. EXPERIENCIAS COMPARADAS Y DESAFÍOS DE FUTURO

Como en un mundo global la experiencia de sistemas distintos supone un aprendizaje, es interesante acudir al Derecho comparado y, en este asunto, se encuentran algunas formas de acometer el fenómeno de las UP; para ello, se ha de recordar cómo se asocia, jurídicamente, este modelo educativo a efectos internacionales:

En la Quinta Conferencia Internacional (Hamburgo, 1997) la educación de adultos es definida como un derecho fundamental, como necesaria condición para alcanzar una participación plena en una sociedad, fomentar el desarrollo ecológicamente sostenible, promover la democracia, la justicia social y la igualdad, contribuir a la emancipación individual y a la transformación social. (Sabán, 2010, p. 210)³

Comenzando con el modelo implantado en Argentina, las UP se crean por actas constitutivas de fundaciones o asociaciones, ordenanzas locales, acuerdos y convenios entre las UP y los municipios, pero el Estado es el que marca las pautas y la política educativa que les es propia a todos los niveles, de acuerdo con el proyecto de Ley de universidades populares (2023), que se encuentra en ciernes —como antaño lo hizo el presidente Illia, con el Decreto 4369 de 1965, consciente del liderazgo que el Estado ha de tomar en esta lid.

En ese país, es significativa la experiencia de Patagua (2019) con el sistema educativo de personas jóvenes y adultas; en Francia, se ha conocido la experiencia de Mercier (2001); y, en Venezuela, la de Chávez (1999), por citar algunos ejemplos, coincidentes en que hay picos de

³ No deja de ser curioso el estudio de Salazar (2019, p. 75) que marca el éxito de Hamburgo'97 porque no había presencia estatal y sí del tercer sector; sin embargo, luego, alude a discursos manifiestamente escorados a postulados no conservadores ni de centro, sino todo lo contrario, cuando, ciertamente, aquella conferencia huía de la apropiación ideológica.

expansión, transversales y con gran potencial, pero también, momentos de estancamiento.

En México, la experiencia es más reciente (1973), aunque de distinta conformación. La Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, *vgr.*, a pesar de la confusión a que induce su nombre, es un centro privado que ofrece licenciaturas, doctorados y la educación permanente, propia de las UP tradicionales, como se extrae de su Reglamento general (2020).

En Uruguay se vive una experiencia con altibajos, si bien las UP gozan de salud, dado que se han consolidado en el territorio y ocupan un espacio difícil de hacer desaparecer, ya que la Ley general de educación de 2008 las blindó con las políticas que nacieron desde 2005 y las empodera, tanto por vincularse a formaciones hacia el empleo como por el prisma de rehabilitación para adultos mayores (Camors, 2020, p. 94).

En Brasil, el Artículo 87.II de la Ley No. 9394, de 20 de diciembre de 1996, de las directrices y bases de la educación nacional, integra, en la universidad común, la enseñanza de las UP, cuando refiere que una de sus competencias es proveer cursos presenciales o a distancia a los jóvenes y adultos insuficientemente escolarizados.

La idea francesa de las UP tenía un horizonte tan amplio como completo, por lo que, quizás, creó una frustración. Los impulsores del momento verían hoy, de nuevo, esa oportunidad y abandonarían aquella idea de que

las Universidades Populares murieron porque eran incapaces de imaginar la educación mutua que era el sueño de todos. Este fracaso marcó las conciencias populares durante mucho tiempo, y en el período de entreguerras, repleto de experiencias de educación obrera y proletaria, las Universidades Populares de los años 1900 sirvieron de modelo a seguir o a rechazar. (Mercier, 2001, p. 117)

El resto de los países cuenta con un encaje muy parecido al español, como es el caso de Alemania, en donde tales instituciones, también, dependen de lo municipal; al respecto, el Alcalde-Presidente de la ciudad de Múnich (Alemania), en el Congreso de Universidades Populares en 2006, como presidente de la Asociación de Ciudades, expresó la

importancia de aquellas para defender el mejoramiento de la financiación de mil UP.

Se coincide con la reivindicación, a la vista de las limitadas partidas que entidades humildes como los municipios pueden brindar a proyectos que demandan tantos recursos humanos y materiales (2006, s.p.). En este epígrafe en el en se abordan las UP desde la pospropuesta política, la visibilización y el desnudamiento ideológico es obligado recordar aquello de Quintano (2020):

La educación tiene que procurar que las personas participantes tomen conciencia y comprendan el funcionamiento de la sociedad democrática, interiorizando los valores que la sustentan y formando en las competencias y actitudes para participar plenamente en la democracia. La educación es política e, inevitablemente, está cargada de valores e ideologías, por ello, asumir una ética de mínimos, amparada en la educación democrática y los DDHH, es imprescindible en cualquier entidad o institución educativa cualesquiera que sean sus modalidades. (p. 943)

Hay una distancia entre la educación y el adoctrinamiento, como recuerdan Fraile, Tripolone y Wortman (2024, p. 6). La comunidad internacional se ha proyectado hacia la consolidación del derecho a la educación en la tónica meramente educativa (la que interesa), enfocada a proteger bienes jurídicos sin fomentar contradicciones. Así, la Cumbre del Milenio, celebrada en New York en septiembre de 2000, fijó ocho sencillos y ambiciosos objetivos a cumplir para el año 2015. El segundo de ellos se dirigía a «lograr la enseñanza primaria universal», con la finalidad de alcanzar una tasa neta de matrícula en la enseñanza elemental, sobre la base de la proporción de alumnos que comenzaban el primer grado y llegaban a culminar la primaria. En ningún momento se pensó en las generaciones no comprendidas entre 15 y 24 años de edad, señalada, explícitamente, como blanco de la alfabetización. En este contexto se experimenta un avance con una estructura ya creada en las UP.

La Observación general No. 13, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su 21 período de sesiones (1999), puso en claro que la educación no se ciñe a una edad o período vital, al subrayar que ella

debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos. (s.p.)

La definición de un límite al desarrollo de la personalidad es un atrevimiento que no ha sido señalado para materias concretas, con base en variables de capacidad o conformación, algo que consolida la propia observación, cuando señala que:

[...] el goce del derecho a la educación fundamental no está limitado por la edad ni el sexo; se aplica a niños, jóvenes y adultos, incluidas las personas mayores. La educación fundamental, por consiguiente, es un componente integral de la educación de adultos y de la educación permanente. Habida cuenta de que la educación fundamental es un derecho de todos los grupos de edad, deben formularse planes de estudio y los correspondientes sistemas que sean idóneos para alumnos de todas las edades. (s.p.)

VI. CONCLUSIONES

Las UP suponen un eficiente núcleo estratégico, aprovechable, por su expandido entramado en el territorio, para el cumplimiento de los ODS y el escrupuloso seguimiento de determinados derechos humanos en su ramo, especialmente, el del acceso a la cultura y a la educación, pero la descentralización y la falta de cooperación interna e internacional le restan capacidad operativa. Esta ausencia se identifica como un impedimento de aquellas para cumplir con los ODS y requiere de un compromiso democrático en los términos propuestos (no de ley).

Por consiguiente, el derecho a la educación se torna una adaptación conceptual ante la nueva realidad demográfica, en la que se ha de reforzar la educación, focalizadamente, en el sector adulto de la población, dado que, por imperativo constitucional (Palomares, 2024, p. 110), los poderes públicos han de salvaguardar el acceso a la cultura, al ocio y a la educación de las personas mayores, un segmento que se acerca al 25% de la nacional y supone un vaciamiento de centros escolares, que, en menos de 10 años, saturará las UP y las aulas para adultos, que ofrecen una formación transversal y a lo largo de la vida.

No es peregrina ni exótica la expectativa de cohesión universitaria propuesta, ni alto el reconocimiento a la labor ya realizada por las UP. Así lo avalan experiencias como la francesa o la argentina, o textos legislativos que se constituyen como un verdadero acicate para la propuesta, aun cuando estén estancados en un tiempo que no se aproxima a los ODS.

Finalmente, existe el importante reto nacional de poder convertir, estratégica y anticipadamente, el liderazgo en la preparación de las UP ante la alta demanda que se prevé en menos de dos lustros; con ello, a la vez, se colmatan los ODS y se cumple con el mandato del Estado del Bienestar.

VII. REFERENCIAS

- Aupex (Agencia privada de colocación). (s.f.) <https://agencia-colocacion.aupex.org/>
- Borg, C. (2004). Educación de adultos, inclusión social y compromiso cultural. *Revista Internacional de Educación a lo Largo de Toda la Vida*, 23(5), 489-505. <https://edulab.es/revEDU/issue/archive>
- Camors, J., Turnes, G., Rodríguez, E., Rodríguez, Y. y Cordano, N. (2020). De la «educación de adultos» a la «educación para todos, a lo largo de toda la vida» en Uruguay. *Educació i Història: Revista d'història de l'educació*, (36), 69-95. <https://www.raco.cat/index.php/EducacioHistoria/article/view/372646>
- Chávez, R. B. (1999). Antonio Cornejo Polar y la universidad popular latinoamericana. Su experiencia como Rector de San Marcos. *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, (50), 41-49. <https://doi.org/10.2307/4531055>
- Cobo, C. y Moravec, J. W. (2011). *Aprendizaje invisible. Hacia una nueva ecología de la educación*. Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona-Universidad Internacional de Andalucía. https://www.uv.es/bellochc/MasterPoliticas/Cobo_Moravec.pdf

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas. (1999). *Observación general No. 13*. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/ONU_Observaci%C3%B3n_General_13_Derecho_Educaci%C3%B3n_es.pdf
- Condorcet, M. (2019). *Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública*. Sanz y Torres. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=922749>
- Constitución española (texto consolidado). (2024). *BOE*, (311), s.p. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Crónica de las universidades populares en el mundo: Países nórdicos. (2014). <https://universidadpopularzgz.blogspot.com/2014/11/las-ups-en-el-mundo-paises-nordicos.html>
- Cross, K. P. (1991). *Adultos como aprendices: aumentar la participación y facilitar el aprendizaje*. Jossey-Bass. <https://www.torrossa.com/it/resources/an/5391693>
- Federación Española de Universidades Populares. (2021). *Libro blanco de las universidades populares*. https://www.feup.org/wp-content/uploads/2021/09/libro_blanco_UUPP_avance.pdf
- Fieldhouse, R. (1996). *Una historia de la educación de adultos británica moderna*. NIACE. https://archive.org/details/historyofmodernb0000fiel?utm_source=chatgpt.com
- Fleming, T. et al. (2007). Aprendizaje para la vida: aprendizaje permanente y educación de adultos en Irlanda. *Adult Learner: The Irish Journal of Adult and Community Education*, 1(1), 15-31. <https://www.aontas.com/assets/resources/Adult-Learner-Journal/AONTAS%20Adult%20Learner%20Journal%202007.pdf>
- Fraile, N. M., Tripolone, G. y Wortman, F. (Julio-diciembre, 2024). Universidad y adoctrinamiento político: notas introductorias a "Escuela Popular de Adultos y Escuela de Partido" de Hermann Heller. *Perspectivas*, (18), 1-6. <https://doi.org/10.35305/prcs.vi18.814>

- Hinzen, H. y Schmitt, S. (2016). *Agenda 2030: La educación y el aprendizaje a lo largo de toda la vida en los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. DVV International. https://redclade.org/wp-content/uploads/2016-DVV-International-Agenda2030-Educacion_aprendizaje_a_lo_largo_de_toda_la_vida_ODS.pdf
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2020). *Demografía y población*. https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-1c.html?lang=es
- Llosa, S. M., Stein, A., Agüero, J. P. C. y Oshiro, N. (2023). El derecho a la educación a lo largo de la vida: hallazgos y desafíos en territorios populares. *Cuadernos de Educación*, (22), 36-55. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/Cuadernos/article/view/43780>
- Madrid Izquierdo, J. M. (1994). Las universidades populares y la educación de adultos. *Pedagogía Social*, (9), 107-114. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6638830.pdf>
- Martínez, P. L. M. y Vicente, A. S. (2010). Las universidades populares en España (1903-2010). *Participación Educativa*, (1), 165-179. <https://dialnet.unirioja.es>
- Mercier, L. (2001). La educación popular a través de la universidad popular en la Francia del siglo xx. *Historia de la Educación*, (20), 117-135. <https://dialnet.unirioja.es>
- Ministerio de Sanidad. (2020). Informe de esperanza de vida. <https://www.sanidad.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=5944#:~:text=%2D%20La%20esperanza%20de%20vida%20al,y%20su%20evoluci%C3%B3n%20desde%202006>
- Miranda Gonçalves, R. (2023). Educación de calidad y derechos humanos en el siglo xxi: descifrando el ODS 4. *Justiça do Direito*, 37(2), 264-293. <https://doi.org/10.5335/rjd.v37i2.15295>
- Monclús Estella, A. y Sabén Vera, C. (2008). La enseñanza en competencias en el marco de la educación a lo largo de la vida y la sociedad del conocimiento. *Revista Iberoamericana de Educación*, (47), 159-183. <https://rieoei.org>

- Moreno Crespo, P. (2015). Educación a lo largo de la vida: Aulas de Mayores. *Fuentes*, (17), 113-133. <https://revistascientificas.us.es/index.php/fuentes/article/view/2319>
- Núñez, V. (2010). Los profesionales de la educación más allá de la escuela: los retos de la educación a lo largo de la vida. *ENfoques*, (1), 39-50. https://www.gub.uy/ministerio-educacion-cultura/sites/ministerio-educacion-cultura/files/documentos/publicaciones/Revista_Enfoques_1.pdf#page=39
- Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales. (2007). Declaración de Friburgo. <https://www.unifr.ch/ethique/fr/assets/public/Files/declaration-esp3.pdf>
- Ordenanza reguladora del precio público por prestación de servicios en la Universidad Popular Municipal de Jaén. (Agosto 28, 2017). https://sede.aytojaen.es/portal/sede/se_contenedor1.jsp?seccion=s_idoc_d10_v1.jsp&codbusqueda=1354&language=es&codResi=1&layout=se_contenedor1.jsp&codAdirecto=343
- Organización de Naciones Unidas. (2000). Resolución A/RES/55/2 (Objetivos del Milenio). <https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>
- Organización Nacional de Aprendizaje para Adultos de Irlanda. (s.f). <https://www.aontas.com/>
- Ortega Esteban, J. (2005). La educación a lo largo de la vida: la educación social, la educación escolar, la educación continua: todas son educaciones formales. *Revista de Educación*, (338), 167-176. <https://doi.org/10.44238/1988-592X-0034-8082-RE>
- Ossenbach G. y Scagliola G. (Enero-junio, 2021). Universidades populares y experiencias de extensión educativa en América Latina en la primera mitad del siglo xx. *Historia Caribe*, XVI(38), 15-34. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-88032021000100015&script=sci_arttext
- Palomares Herrera, M (2024). *Constitución Española Comentada: Especial 45º Aniversario*. Dykinson. <https://www.>

- digitaliapublishing.com/a/162603/constitucion-espanola-comentada
- Patagua, P. E. (2019). *El derecho a la educación de jóvenes y adultos: Formación, Políticas Educativas y Organizaciones Populares*. BNE. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/130725>
- Pereyra, W. D. y Tchara, J. M. (2024). Análisis del presupuesto basado en actividades como herramienta de gestión para la toma de decisiones en la UNC. *DTI-FCE*, (5), 1-33. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/DTI/article/view/44755>
- Pérez González, J. (2007) La educación de adultos. ¿Cómo favorecer la educación permanente? *Tavira*, (23), 203-214. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2657931>
- Proyecto de Ley de universidades populares. (2023). <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/1712-D-2023.pdf>
- Quintano Nieto, J., Ruiz Ruiz, M. E. y Bakieva, M. (2020). El enfoque de derechos humanos en la educación ciudadana a lo largo de la vida. En *Educación para el Bien Común: hacia una práctica crítica, inclusiva y comprometida socialmente*, 942-954. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/74481>
- Reglamento general de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla. (2020). https://upaep.mx/images/eventos/2020/sistemadeintegridad/Reglamento_General_de_Estudiantes_y_Usuarios_de_Servicios_Academicos.pdf
- Sabán, C. (Enero-abril, 2010). «Educación permanente» y «aprendizaje permanente»: dos modelos teórico-aplicativos diferentes. *Revista Iberoamericana de Educación*, (52), 203-230. <https://rieoei.org/RIE/article/view/617>
- Salazar, C. (2019). Educación de adultos y educación popular. *Revista NuestrAmérica*, 7(14), 71-81. <https://www.jstor.org/stable/48697795?seq=1>
- Sandoval, L. G. (2021). Los estudiantes universitarios guatemaltecos y su proyección social: The People's University (1923-1932). *Historia Caribe*, 16(38), 137-166. <https://go.gale.com/ps/i.do?id=GALE%7CA670213408&sid=googleScholar&v=2>

[1&it=r&linkaccess=abs&issn=01228803&p=IFME&sw=w&userGroupName=anon%7Ec5509447&aty=open-web-entry](#)

Steffen, J. (2016). ¿El aprendizaje global como tarea transversal de la Agenda 2030? Consideraciones del proyecto: Aprendizaje global en las universidades populares. En: Hinzen, H. y Schmitt, S. *Agenda 2030: La educación y el aprendizaje a lo largo de toda la vida en los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 72-90. DVV International. https://redclade.org/wp-content/uploads/2016-DVV-International-Agenda2030-Educacion_aprendizaje_a_lo_largo_de_toda_la_vida_ODS.pdf

Ude, Ch. (2006). *Discurso inaugural del Consejo Alemán de Municipios y Alcalde Mayor de Múnich*. <https://www.dvv-international.de/es/educacion-de-adultos-y-desarrollo/ediciones/ead-672006/dvv-12o-congreso-de-las-universidades-populares/las-universidades-populares-son-los-centros-mas-importantes-de-formacion-permanente-y-aprendizaje-de-por-vida>

CALIDAD EN LA JUSTICIA: MIRADAS DESDE EL DERECHO COMPARADO

QUALITY OF JUSTICE: VIEWS FROM COMPARATIVE LAW

■ M.Sc. RITA SOSA VERA

Investigadora auxiliar, Centro de Gestión y Desarrollo de la Calidad,¹ Cuba

<https://orcid.org/0000-0001-7741-1850>

rita@cgdc.cu

■ M.Sc. MABEL PAZOS PÉREZ

Investigadora auxiliar, Centro de Gestión y Desarrollo de la Calidad, Cuba

<https://orcid.org/0009-0006-6846-935X>

mpazos@cgdc.cu

■ LIC. ALINA BIELSA PALOMO

Magistrada, Tribunal Supremo Popular, Cuba

<https://orcid.org/0009-0003-3457-0271>

alina@tsp.gob.cu

Resumen

Coadyuvar al mejoramiento y la estabilidad de la calidad, la eficiencia y la productividad, y elevar, con ello, la competitividad de la producción y los servicios, propiciar la protección a los consumidores e incrementar la disciplina en el cumplimiento de los documentos normativos son algunas de las directrices del trabajo por la calidad, reconocidas en la Política de normalización, metrología, calidad y acreditación, aprobada en Cuba. El sector público debe asumir procesos estratégicos de transformación y modernización que se dirijan a la especialización

¹ Integrado a la Oficina Nacional de Normalización, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.

y mejora continua de los servicios, con el ciudadano como centro del modelo de gestión, reto que está presente en la impartición de justicia. El objetivo de este trabajo es referir los resultados del análisis comparado realizado entre los sistemas de gestión de la calidad que emplean los enfoques de la norma ISO 9001:2015 en los servicios de justicia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte (Perú), el Tribunal Superior de Justicia de Argentina, los sistemas de justicia de Colombia y República Dominicana, y el Tribunal Supremo Popular de Cuba, para identificar los elementos comunes y las diferencias entre ellos.

Palabras clave: Calidad; Sistema de gestión de calidad; sistema judicial; calidad de la justicia.

Abstract

Contributing to the improvement and stability of quality, efficiency and productivity, and thus raising the competitiveness of production and services, promoting consumer protection and increasing discipline in compliance with regulatory documents are some of the guidelines for quality work, recognised in the Policy on Standardisation, Metrology, Quality and Accreditation, approved in Cuba. The public sector must assume strategic transformation and modernisation processes aimed at the specialisation and continuous improvement of services, with the citizen at the centre of the management model, a challenge that is present in the administration of justice. The aim of this paper is to refer to the results of the comparative analysis carried out between the quality management systems that employ the approaches of the ISO 9001:2015 standard in the justice services of the Superior Court of Justice of North Lima (Peru), the Superior Court of Justice of Argentina, the Justice System of Colombia and the Dominican Republic, and the People's Supreme Court of Cuba, in order to identify the common elements and the differences between them.

Keywords: Quality; quality management system; judicial system, quality in justice.

Sumario

I. Introducción; II. Sistemas de gestión de la calidad en la justicia; 2.1. Perú; 2.2. Argentina; 2.3. Colombia; 2.4. República Dominicana; III. Cuba; IV. Análisis de prácticas implementadas desde el Derecho comparado; V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, los países han trabajado en el fortalecimiento de su Infraestructura Nacional de Calidad (INC) como una necesidad para poder enfrentar los retos de mercados globales cada vez más exigentes respecto a los requisitos que deben cumplir los bienes y servicios, así como para contribuir al desarrollo sostenible en temas relacionados con los cambios en el medio ambiente, el agotamiento de los recursos naturales, el desarrollo de nuevas tecnologías, la aparición de nuevas enfermedades no conocidas, factores sociales y geopolíticos que, en la actualidad, se vuelven condicionantes del desarrollo. (Fernández, 2021, s.p.)

Hoy en día los países deben fortalecer su infraestructura de calidad; según Fernández (2020), «[...] la política de calidad es un compromiso de la nación, documentado y aprobado por el consenso de todas las partes interesadas sobre los objetivos y las decisiones que en materia de calidad se traza el país [...]» (p. 5).

Coadyuvar al mejoramiento y la estabilidad de la calidad, la eficiencia, la productividad y elevar con ello la competitividad de la producción y los servicios, facilitar el comercio nacional e internacional, propiciar la protección a los consumidores, promover la participación en dichas actividades de los sectores implicados y elevar la disciplina en el cumplimiento de los documentos normativos son directrices del trabajo por la calidad reconocidas en Cuba en la Política aprobada de normalización, metrología, calidad y acreditación (NMC-A) y en los documentos jurídicos que la respaldan —Artículo 3, Decreto-Ley No. 8 (2020, p. 2264).

En el ámbito público, la calidad debe vincularse con buenos resultados, procesos transparentes, responsabilidades compartidas, productividad, trabajo en equipo, mejoramiento en el desempeño y servicio al usuario. La calidad en la gestión pública

se identifica con la excelencia en el servicio e implica un cambio en las relaciones humanas, en la mentalidad y en la escala de valores (Crozier, 1992, p. 93).

Resulta de innegable trascendencia el ejercicio de la función de impartir justicia para los ciudadanos, las instituciones, las entidades y la sociedad, razón por la cual es necesario que

[...] los actos, los procedimientos y las decisiones judiciales se realicen, adopten y cumplan con la mayor calidad y responsabilidad. Que así resulte no puede dejarse únicamente a la espontánea disposición de quienes laboran en los órganos que cumplen esa misión, sino que requiere, además, de una actividad gerencial intencionada y constante en todos los niveles institucionales.

Para compulsar la función judicial con las exigencias que impone ese servicio público, no basta con que sus integrantes conozcan la ley y la interpreten, sino que es necesario dotar su desempeño de instrumentos que persigan ese fin; contextualizar la labor que realizan a los tiempos actuales y valerse de herramientas que puedan aplicarse en su quehacer diario constituyen, también, una responsabilidad de quienes laboran en este sector. (Hernández y Santana, 2019, p. 40)

Aun cuando la infraestructura de la calidad y la gestión de esta han sido prácticas utilizadas en el mundo, en el ámbito de la gerencia empresarial y los negocios, no sucede de igual forma en los dominios de la actividad estatal y gubernamental, en los que su manejo e incorporación comenzó a apreciarse en un período, relativamente, más reciente. A fines del siglo xx, con el surgimiento de la conceptualización de la gestión o gerencia pública, su desarrollo y el consecuente acotamiento de la administración pública, como disciplina de contornos propios, comenzaron a sentarse las bases sobre las que se incorporó la calidad en la gestión y el servicio público, cual presupuesto de eficiencia y eficacia de la acción gubernamental, administrativa y estatal, de cara al ciudadano.

A nivel internacional, la transparencia en el gobierno es cada vez más requerida desde el punto de vista gubernamental y, en este escenario, la norma ISO 9001 se reconoce como el sistema de gestión de la calidad (SGC) más difundido del mundo: su aplicación es uno de los primeros pasos para lograr una mayor responsabilidad en el sector público.

No importa el ámbito o nivel de gobierno en el que se trabaje, cualquier sistema de gestión del sector público será más eficaz y más coherente, cuando se adapte a lo establecido en la ISO 9001, desde un marco que facilite el cumplimiento de los requisitos legales y las normas del sector. Para responder al actual contexto de cambio permanente, el sector público debe asumir procesos estratégicos de transformación y modernización que se orienten a la eficacia y eficiencia, y se dirijan a la especialización y mejora continua de los servicios prestados, con el ciudadano como centro del modelo de gestión.

El enfoque de calidad aplicable en la justicia encuentra su referencia normativa y proyección en las políticas públicas de transparencia y eficiencia. A nivel internacional, se evidencia una preocupación creciente de los poderes judiciales por este tema, lo que ha tenido expresión a nivel de la Cumbre Judicial Iberoamericana, por medio de diversos instrumentos, entre los que pueden citarse el Decálogo iberoamericano para una justicia de calidad, en el que se parte de admitir que no puede hablarse de calidad, si ella no es constatable; de ahí la importancia de medir los resultados en la gestión judicial para que las decisiones puedan fundamentarse en el análisis de información veraz y fiable. Esos esfuerzos también dieron vida a la Red iberoamericana de gestión e investigación para la calidad de la justicia (RIGICA-Justicia), cuyo propósito esencial es el de garantizar los servicios que se prestan en los Estados miembro y mejorarlos, mediante la promulgación de normas de gestión de calidad. Sin embargo, las labores se han enfocado, esencialmente, en las actividades de apoyo al servicio judicial, no así en la función de impartir justicia, de la que se abordan algunos requisitos, bajo criterios fijados por normas propias, diferentes de las ISO, aun cuando los principios en que se fundamentan puedan ser semejantes a los definidos en las normas internacionales.

El objetivo de este trabajo es presentar los resultados del análisis comparado de los sistemas de gestión de la calidad empleando los enfoques de la norma ISO 9001:2015, aplicables al servicio de justicia en Perú, Argentina, Colombia, República Dominicana y Cuba, e identificar los elementos comunes y las diferencias entre ellos.

II. SISTEMAS DE GESTIÓN DE LA CALIDAD EN LA JUSTICIA

La ola de cambios propuestos, en los últimos años, en la gestión pública ha empujado a los gobiernos a iniciar procesos de modernización y reformas en el aparato público, con la finalidad de estar en sintonía para tener una gestión gubernamental más eficaz y eficiente, que les facilite cumplir con sus responsabilidades gubernamentales.

Así se ha marcado una tendencia en las organizaciones públicas por emplear las funciones típicas de la infraestructura de calidad e incorporar sistemas de gestión de esta, basados en normas internacionales como la ISO 9001, lo que les facilita la evaluación y el reconocimiento del cumplimiento de requisitos especificados por una tercera parte, o sea, un órgano de certificación.

Empleando el Derecho comparado como disciplina del conocimiento jurídico, se analiza la información publicada en Perú, Argentina, Colombia, República Dominicana y Cuba, con respecto a la aplicación de los SGC, según ISO 9001:2015 en los servicios de impartición de justicia.

2.1. PERÚ

Al analizar las prácticas en el Perú se identifican referencias sobre la implementación de la ISO 9001 como vía para mejorar las demoras en resolver los procesos judiciales, al ser un cuestionamiento frecuente a nivel del Poder Judicial de la Corte Superior de Justicia Lima Norte (CSJLN) que tiene su expresión más sensible en los juicios de alimentos. La secuencia de diversos actos jurisdiccionales al margen del principio de concentración, falta de coordinación y comunicación efectiva de usuarios internos, así como la carencia de procedimientos internos uniformes inciden, independiente o secuencialmente, en la mora judicial que la «cultura judicial» la asimila como consecuencia inevitable del sistema judicial, contexto en el que las sentencias en los procesos de alimentos se emiten en un tiempo promedio mayor a un año. (Durán, 2018, p. 2)

Ante tal problema jurídico-social identificado, se reconoce la necesidad de estandarizar los procedimientos internos y promover la adhesión de

los colaboradores a un trabajo sistémico en el que se opte por implementar el SGC ISO 9001:2015 y adecuarlo, con sus matices, al sistema judicial. En su primera fase, la atención se centró en el proceso de alimentos, que se tramita ante el Juzgado de Paz Letrado.

La fuente antes mencionada refiere que el SGC ISO 9001:2015 en la función judicial se implementó, en su fase preliminar, a partir de un proyecto denominado ALISO. Como medida inicial, se aprobó la Política de calidad de la CSJLN y, luego, se priorizó la capacitación especializada a los integrantes de dicho órgano jurisdiccional y los de apoyo (oficinas de personal, informática y logística), tanto en las normas del SGC ISO 9001 como en el aspecto organizacional (clima y cultura), a fin de lograr la adhesión a la nueva forma de trabajo en equipo en dicho despacho judicial, y en las oficinas del Registro y Control Biométrico, y Orientación Jurídica Gratuita al Usuario.

La propia fuente señala que un aspecto a resaltar en esta etapa se relaciona con el rediseño de los procedimientos internos en el juzgado; se estandarizó la concentración de actos procesales, pues, tradicionalmente, se emitían varias resoluciones (admisorio, traslado de la demanda y señalamiento de fecha de audiencia). Con posterioridad, sin restringir los derechos de las partes procesales ni afectar el debido proceso, todos esos actos se incluyeron en una sola resolución, con lo cual se evitaba que, entre la proyección, emisión y el descargo de la resolución, la confección de la cédula de notificación, la remisión de esta al servicio de notificaciones y el proceso de diligenciamiento (actos internos y externos) transcurrieran días, semanas y, en algunos casos, meses, como acontecía antes.

Refiere, además, que se dotó al juez de un tablero de control de plazos, en el que él pudiera visualizar, de manera virtual, la secuencia de todos los procesos sometidos al trámite de alimentos y tener el dominio integral de su carga procesal. De esta forma, se evitaban desvíos irregulares en los procesos y se podían adoptar, oportuna y eficazmente, las acciones preventivas y correctivas.

Asimismo, en ella, se declara que, atendiendo al compromiso asumido por los integrantes del Juzgado a cargo del proyecto, se logró la emisión de sentencias en el 96% de los casos en plazos no mayores de 35 días hábiles, con un alto nivel de aprobación, expresado en que el 95% de los usuarios expresaron su conformidad con el servicio judicial brindado.

Señala, también, la misma fuente consultada que la experiencia de innovación organizacional aplicada se replicó en 15 de los 17 juzgados que, a la sazón, tramitaban procesos de alimentos en la CSJLN. Más del 83% de ellos verificó mejoras sustanciales en sus servicios. El 90% de los usuarios beneficiados expresó su satisfacción con la pronta solución de sus demandas judiciales. Esta positiva percepción de los encuestados contribuyó a consolidar la confianza de la ciudadanía en el servicio.

Refiere, además, que, en la segunda etapa, transcurrida en 2018, y a partir de la problemática identificada sobre la duración promedio de la emisión de la sentencia o auto final, que superaba ampliamente el plazo legal, se trabajó en la ampliación del alcance del SGC para incluir los procesos claves de la Sala Civil («Gestión de procesos judiciales civiles y de familia»); el expediente judicial digital de Sala Laboral («Gestión de procesos judiciales laborales»); el Juzgado de Investigación Preparatoria («Proceso inmediato para los delitos de omisión en asistencia familiar») y la Presidencia de la CSJLN («Gestión de exhortos internacionales y cartas rogatorias»).

De acuerdo con la información consultada, la certificación del SGC implantado se realizó en 2021, por parte de un organismo de certificación de tercera parte de Alemania, con reconocido prestigio a nivel mundial, denominado TÜV Rheinland. El Certificado emitido, con Registro No. 011002029949, resultó válido hasta enero de 2024. El alcance de los servicios certificados comprendió:

- Gestión de procesos judiciales de medidas de protección en violencia familiar en el Módulo judicial integrado de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar de la CSJLN, de aplicación a la etapa de trámite del proceso judicial, desde la recepción de la denuncia hasta la remisión de las medidas de protección otorgadas en los casos de riesgo severo y severo extremo por los Juzgados, a la Policía Nacional de Perú para su ejecución.
- Gestión de procesos judiciales en materia de familia elevados en consulta, procesos civiles sumarísimos y medidas de protección en violencia familiar elevados en apelación ante la Primera Sala Civil Permanente, referido a la etapa de trámite del proceso judicial, desde la recepción del expediente en la Sala hasta el descargo de la sentencia o auto de vista en el Sistema Integrado Judicial.

- Gestión de procesos judiciales, en materia penal, por apelaciones a las resoluciones que disponen medidas coercitivas de naturaleza personal, ante la Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente, de aplicación a la etapa de trámite del proceso judicial, desde la recepción del expediente en la Sala hasta la notificación del acta y resolución que contiene decisión, a las partes procesales.
- Gestión de procesos judiciales laborales electrónicos, elevados en apelación de sentencia en la Sala Laboral Permanente, bajo la Nueva Ley procesal del trabajo No. 29497, aplicable a la etapa de trámite del proceso judicial, desde la recepción del expediente en la Sala hasta la expedición de la sentencia de vista.
- Gestión de procesos judiciales de alimentos, admitidos en vía de proceso único, elevados en apelación de sentencias, ante el Segundo, Tercero, Cuarto y Sexto Juzgado de Familia en segunda instancia. Comprende la etapa de trámite del proceso judicial; esto es, desde la recepción del expediente en el Juzgado de Familia de segunda instancia, siempre que el domicilio de la parte demandada estuviera dentro de la competencia del distrito de Lima Norte, hasta la expedición de la sentencia de vista, contentiva del pronunciamiento de fondo en segunda instancia.
- Gestión del proceso inmediato para los delitos de omisión a la asistencia familiar en el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, de aplicación a la etapa de trámite del proceso judicial, desde la recepción del expediente en el Módulo Penal, hasta la emisión del auto que declara procedente el proceso inmediato.
- Gestión de procesos judiciales en materia penal para la ejecución de sentencias con pena suspendida ante el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, aplicable a la etapa de ejecución del proceso judicial, desde la recepción del expediente con sentencia en el Juzgado de Investigación y Preparación, hasta la notificación del incumplimiento de la sentencia respecto del pago de reparación civil, a las partes procesales.
- Atención de procesos judiciales de alimentos admitidos, en vía de proceso único, en el Sexto Juzgado de Paz Letrado de Comas, para la etapa de trámite del proceso judicial, desde la recepción de la demanda en el Juzgado, si el domicilio de la parte demandada estuviera dentro de la competencia del distrito de Lima Norte, hasta la expedición de la senten-

cia o auto contentivo del primer pronunciamiento de fondo en primera instancia.

- Gestión de exhortos y cartas rogatorias internacionales de materia civil tramitadas ante la Oficina de la Presidencia, aplicable a estos documentos, desde la recepción del documento en la Mesa de Partes hasta la remisión de los oficios, al Ministerio de Relaciones Exteriores, para su diligenciamiento, o al órgano jurisdiccional, para el levantamiento de observaciones.
- Atención y absolución de consultas de los usuarios, de aplicación a la atención que brinda el abogado orientador a todas las consultas planteadas por el usuario del Módulo de Atención al Usuario.
- Registro y control biométrico de procesados y sentenciados libres, de aplicación obligatoria para el personal de la Oficina de Registro y Control Biométrico de la CSJLN, desde la atención al usuario en ventanilla y/o por el medio establecido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, hasta la emisión de la constancia de anotación de asistencia o control virtual penal.

En dicho certificado, se expresa la no aplicabilidad de algunos de los requisitos de la norma y los motivos aceptados para ello; para comprender mejor el significado de esto, baste decir que dicha información es necesaria, pues la norma contiene requisitos genéricos que pretenden ser aplicables a todo tipo de empresas y organizaciones, sin tener en cuenta el sector de actividad, el producto o servicio; no obstante, los requisitos expresados en los apartados 7 (Recursos), en específico, el 7.1.5 (Recursos de seguimiento y medición), y en el 8 (Operación) pudieran no ser aplicables; se debe documentar una explicación razonada del motivo de tal decisión y evitar, así, el fracaso a la hora de alcanzar la conformidad de los productos y servicios.

En este caso se declaran los requisitos no aplicables:

7.1.5 (Recursos de seguimiento y medición). Por la naturaleza del servicio que se presta, no se requieren equipos de medición para la validación de los resultados.

8.3 (Diseño y desarrollo de los productos y servicios). Por la naturaleza del servicio que se presta, la CSJLN no diseña, ni desarrolla el producto o servicio, por cuanto se rige por normas y leyes a nivel nacional.

8.5.5 (Actividades posteriores a la entrega). Por la naturaleza del servicio que se presta, no existen condiciones de garantías u obligaciones contractuales para mantenimientos o revisiones del servicio.

2.2. ARGENTINA

En este país se identifican referencias en el año 2023, cuando, por resolución del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (CM N° 110/2023) se impulsó la aprobación de la actualización del SGC por la Norma ISO 9001:2015. En la propia disposición jurídica se declaró que la certificación según esa norma constituye un gran avance en cuanto al compromiso de alcanzar mayores y mejores niveles de calidad y eficiencia en la gestión del Consejo de la Magistratura. Ello promueve procesos claros y mejoras en el flujo de información en todas las etapas de la gestión, lo que implica sostener un óptimo nivel de calidad institucional y mantenerse al corriente de las tendencias mundiales en materia de calidad y gestión.

Entre los procesos a certificar en 2023 se consideraron:

1. Firma digital (Dirección General de Informática y Tecnología).
2. Pagos (Dirección General de Programación y Administración Contable).
3. Licencias (Dirección General de Factor Humano).

Otra publicación consultada de este país, la revista *Fortis 5*, desde septiembre del 2017 dedica un número a la implementación de la gestión de calidad en las oficinas judiciales de Misiones; en ella se reúnen aportes, vivencias, experiencias y puntos de vista sobre el tema en el ámbito judicial. Dosch (2024, pp. 7-8) explica que, en enero del 2016, el ministro de Justicia creó el Programa de Gestión de Calidad con la firme convicción de que es posible implementar calidad en la gestión judicial para promover una mejor atención a los justiciables y agilizar los tiempos procesales. Entre los objetivos planteados se refiere la creación del Premio Nacional de Calidad Judicial cuyas bases y condiciones fueron anunciadas en la Casa de Gobierno y se trabaja en las guías de autoevaluación y en la convocatoria a todas las unidades jurisdiccionales y administrativas del Poder Judicial que deseen participar. Existirán categorías de premiación en función del puntaje alcanzado con el objetivo de generar instancias de reconocimiento que

motiven a los integrantes del Poder Judicial a la cultura de la calidad y a la mejora continua.

La certificación del SGC implantado se realizó en 2023, por un organismo nacional de tercera parte —Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM)—, que, a la vez, tiene competencias reconocidas por el órgano de acreditación de ese país para realizar certificaciones a los sistemas de gestión.

El certificado otorgado por el IRAM, con registro No. 9000-15630, según la norma IRAM-ISO 9001:2015, tiene como alcance: recepción y autorización de las licencias del personal; análisis, evaluación, ejecución y otorgamiento de la firma digital de jueces y funcionarios, y ejecución de pagos alcanzados por el presupuesto del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, la International Certification Network, como asociación internacional, no gubernamental y sin fines de lucro (que agrupa una red de los organismos de certificación más creíbles y confiables del mundo), también, emitió el certificado para reconocer el SGC, con el registro No. AR-QS-15630.

El IRAM, bajo la propia norma mencionada, certificó, asimismo, al Tribunal Superior de Justicia de la provincia del Chubut, con registro No. 9000-9222, válido desde abril 2023 hasta agosto 2025 y con alcance a los juzgados de Ejecución 1 y 2; Laboral 1, 2 y 3, Civil y Comercial 1 de Trelew; Civil y Comercial de Puerto Madryn para Ingresos y tramitación de causas en los juzgados no penales y Oficinas Judiciales de Trelew y de Puerto Madryn para Programación, ejecución de audiencias penales.

2.3. COLOMBIA

El Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC) —organismo nacional de tercera parte en el país—, desde 2013, certificó la totalidad de la Administración de la Rama Judicial, según las normas técnicas NTC GP 1000:2009 Calidad de la gestión pública y NTC ISO 9001:2008. El alcance comprende la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y sus unidades misionales, las 23 Salas administrativas de los consejos seccionales de la judicatura, la Dirección ejecutiva de Administración judicial, sus 21 Direcciones

seccionales de administración judicial y 104 Despachos judiciales de diferentes jurisdicciones y distritos judiciales.

En noviembre de 2014, el ICONTEC entregó la recertificación a las estructuras antes mencionadas y certificó los 174 Despachos de Paloquemao en Bogotá, para un total de 278 despachos con tal condición.

Más recientemente, en abril del año 2023 y según los enfoques de la ISO 9001:2015, ICONTEC emitió el Certificado SC 5780-78 para el sistema de gestión de la calidad de la Rama Judicial del Poder Público de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Complejo Judicial Paloquemao, con alcance a: los juzgados penales del circuito Paloquemao Corte Suprema de Justicia: Justicia Ordinaria: Sala de Casación Penal: Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá —Complejo Judicial de Paloquemao: Gestión administrativa, Gestión documental y Gestión del Mejoramiento del SIGCMA (2023).

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura logró en 2017 la Certificación del Sistema de Gestión Ambiental basada en la Norma NTC ISO 14001:2015.

Desde junio de 2014, la Rama Judicial, en el contexto internacional manifestó su compromiso con los preceptos regulados por la Cumbre Iberoamericana para una justicia de calidad, mediante el Consejo Superior de la Judicatura, enmarcado en el Decálogo Iberoamericano para una Justicia de Calidad (2024). En tal sentido,

La calidad de la Justicia debe ser concebida como un eje transversal en el funcionamiento y organización [sic] de los Poderes Judiciales Iberoamericanos. Tiene que involucrar no sólo la satisfacción de las necesidades y expectativas de las personas usuarias en relación con el servicio público recibido, sino también incorporar la celeridad, la simplificación y la innovación de los procesos aprovechando eficientemente los recursos disponibles para la mejora continua de la gestión. (p. 1)

Colombia cuenta con un Sistema Integrado de Gestión y Control de Calidad y Medio Ambiente (SIGCMA), que consiste en un modelo de gestión operativa por procesos y con enfoque a riesgos, implementado por la Rama Judicial del Poder Público, mediante el Consejo Superior de la Judicatura, para integrar los sistemas de calidad y medio ambiente,

con el objetivo de gestionar con eficacia y eficiencia las actividades y recursos de la administración de justicia (2020, p. 5).

En septiembre de 2023 se actualizó dicho documento; en él se describe la estructura del SIGCMA y cómo se cumplen los requisitos establecidos en la norma ISO 9001:2015 y el Acuerdo ambiental de la Rama Judicial. Dicho instrumento es de consulta y aplicación en los juzgados y el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, los que han implementado el SIGCMA de manera estandarizada y alineada con el sistema de la Rama Judicial (2023, p. 10).

En este país existe un Comité Técnico 250, Apoyo a la gestión judicial, que elaboró la norma técnica NTC 6256:2021 Poder Judicial. Sistema integrado de gestión. Requisitos, y la actualiza, sistemáticamente. En esta se establecen las exigencias genéricas aplicables a todas las entidades del Poder Judicial, sin importar su tipo, tamaño, procesos y las actividades que lleven a cabo en desarrollo de las funciones señaladas por la Constitución y la ley. Dicha norma especifica los requisitos para un sistema integrado de gestión cuando:

- Una entidad del Poder Judicial: necesite demostrar su capacidad para proporcionar, regularmente, productos y servicios que satisfagan los requisitos de los usuarios, y los legales y reglamentarios aplicables; y
- Aspire a aumentar la satisfacción del usuario a través de la aplicación eficaz del sistema, incluidos los procesos para la mejora del sistema integrado y el aseguramiento de la conformidad con los requisitos del usuario, y los legales y reglamentarios aplicables a la función pública de administrar justicia.

En la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia se dan los pasos para la implementación del SIGCMA sobre la base de la ISO 9001:2015 y los Juzgados Civiles del Circuito y Municipales de Ejecución de Sentencias de Cali y sus Oficinas de Apoyo, implementan ese propio sistema y cuentan con un Manual de Calidad.

Como antes se refiere, el SIGCMA cuenta con un Manual de Calidad, en el cual se define el alcance del sistema:

Servicios: Prestación del servicio público de administrar justicia en materia penal y acciones constitucionales.

Geográfico: Incluye Juzgados Penales del Circuito Especializado, Juzgados Penales del Circuito con Función de Conocimiento, Juzgados Penales Municipales con Función de Control de Garantías, Juzgados Penales Municipales con Función de Conocimiento, así como el Centro de Servicios Judiciales de Bogotá.

Procesos: Todos los procesos del Sistema.

El alcance del SIGCMA en relación con la Gestión Ambiental se aplica cumpliendo con los requisitos establecidos en el Plan de Gestión Ambiental de la Rama Judicial. (2023, p. 24)

Igualmente, se definió el mapa de procesos que conforma el Sistema (2023, pp. 25-26):

Estratégicos: Planeación estratégica y Comunicación institucional.

Misionales: Acciones constitucionales y Proceso penal.

De apoyo: Atención al usuario, Gestión de servicios judiciales y Gestión de servicios administrativos.

De evaluación y control: Mejoramiento del SIGCMA.

2.4. REPÚBLICA DOMINICANA

El Poder Judicial de República Dominicana inició el proceso para la implementación de la Norma de Calidad ISO 9001:2015 en 2021, con el fin de implementar el SGC en varias etapas hasta marzo de 2022, y centrarlo en la optimización, estandarización y mejora continua de los procesos y el desempeño general del máximo órgano, en función de una justicia de calidad que garantice la dignidad de las personas. Para lograr este objetivo, se planteó desarrollar procesos estratégicos, misionales y de apoyo, documentados y actualizados, y un plan de capacitación y comunicación que fomentara la cultura de la calidad, acompañados de mecanismos de monitoreo del cumplimiento definido, una metodología para la gestión de planes de mejora y no conformidades definidas, la certificación Justicia al Día para Tribunales y el modelamiento del sistema en un tribunal seleccionado (Poder Judicial, 2021, s.p.).

Según la directora de planificación del Poder Judicial (2023), Isnelda Guzmán, este

solucionará una serie de problemas en la administración de justicia ya identificados, entre estos: retrasos en las emisiones de decisiones y fijaciones de audiencias, poco entendimiento del lenguaje y procedimientos jurídicos [sic], costo de acceso a la justicia, trámites complejos, lentos y burocráticos, deficiencia de recursos y finalmente, procedimientos repetitivos y obsoletos. [La autora señala,] entre los beneficios de la calidad en la justicia: la homologación de procesos y características de los productos y servicios, marco estándar de métodos de trabajo a nivel nacional, asegurar transparencia y la equidad en el trato a los usuarios(as) [sic], respuestas oportunas y adecuadas a las demandas de justicia, fomentar la confianza y la satisfacción de los usuarios, promover la integración y colaboración y, finalmente, garantizar la continuidad y la mejora constante. (s.p.)

En 2023, el Poder Judicial dominicano impulsó el proyecto de SGC, con miras a homogenizar los procesos en todos los tribunales del país y mantener una justicia centrada en las personas. Por su parte, la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ) —Instituto de estudios superiores, adscrito al Poder Judicial y creado el 11 de agosto de 1998—, desde 2014 se comprometió con la mejora continua a lo largo de nueve años consecutivos y, en 2023, recertificó su condición, según la ISO 9001:2015, otorgada por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), como reconocimiento a la gestión de la calidad de los procesos de diseño y ejecución de los programas para aspirantes, maestrías, especialidades y educación continua, dirigidos a jueces, servidores judiciales, miembros de la Defensa Pública y comunidad jurídica nacional e internacional. La renovación de esta certificación tiene validez hasta el 30 de agosto de 2026.

El Tribunal Constitucional de este país se convirtió, en 2018, en el primero de su tipo en recibir, a escala global, la certificación ISO 9001:2015, otorgada por el propio organismo evaluador, y, en 2021, recibió la recertificación de sus procesos jurisdiccionales bajo igual norma, como resultado de una auditoría externa que evaluó y validó la conformidad entre los procedimientos establecidos en la institución y su ejecución (Tribunal Constitucional, 2018, s.p.).

Se definió el mapa de procesos:

Estratégicos: Gestión estratégica; Gestión de políticas públicas; Gestión de la comunicación y Gestión de la mejora continua.

Sustantivos: Atención al usuario: Casos: entrada; Tramitación: Audiencia, notificación y mediación; Decisión; Entrega; Asuntos secretariales: entrada, tramitación y entrega.

De apoyo: Gestión humana, administración y desarrollo de la carrera judicial; Gestión de las TICS; Gestión documental; Gestión legal; Gestión financiera contable; Compras y contrataciones; Logística, servicios administrativos, gestión de infraestructura y protección y seguridad.

De evaluación y control: Seguimiento y monitoreo de la gestión; Gestión de cumplimiento y Evaluación e inspección judicial.

III. CUBA

La norma internacional ISO 9001, de 15 de septiembre de 2015 —adoptada por la nación antillana (ONN, 2015)—, sostiene que «la adopción de un sistema de gestión de la calidad es una decisión estratégica para una organización que le puede ayudar a mejorar su desempeño global y proporcionar una base sólida para las iniciativas de desarrollo sostenible» (ISO, 2015, p. vii).

El servicio de justicia, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República (2019, pp. 69-116), debe ser efectivo. La reforma judicial y procesal, llevada a cabo en el país, fijó los estándares para el ejercicio de la función jurisdiccional, en torno a un conjunto de objetivos, principios, garantías y reglas que aseguran el debido proceso legal y la tutela judicial efectiva. En ese contexto, el respeto a los derechos y las garantías de las personas, la celeridad y diligencia en la tramitación y solución de los asuntos, la argumentación de las decisiones, su cumplimiento oportuno y la integridad del personal de los tribunales, constituyen requisitos determinantes de la calidad de la impartición de justicia.

En la última década, las investigaciones en este sector público han cobrado interés y se han publicados diversos resultados obtenidos; en apretada síntesis, a continuación, se relacionan algunos de ellos:

- En 2014, durante el desarrollo del Diplomado en Administración Pública, de la Escuela Superior de Cuadros del Estado y el Gobierno, se desarrolló la investigación «Bases para fortalecer la gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial en Cuba». En ese propio

año, como parte del proyecto institucional conjunto entre el TSP y la Universidad de La Habana, «Retos del funcionamiento judicial de la sociedad cubana», se llevó a cabo la investigación «Gestión de la calidad de la actividad judicial e independencia judicial. Presupuestos para su armonización» (Pérez, 2016, pp. 7-11).

- Tomando en cuenta los resultados obtenidos y la importancia del ejercicio de la función judicial, orientada a observar las garantías y los derechos de los justiciables o usuarios del servicio, desde 2015, la dirección del TSP identificó, como decisión estratégica e innovadora, la necesidad de implementar un SGC conforme con la norma cubana NC-ISO 9001, con vistas a lograr mayor eficacia, transparencia, humanismo, inmediatez, acierto en las decisiones y apego a la legislación en todos los procesos judiciales.

Los inicios se vincularon con la realización de un diagnóstico de la calidad, con el objetivo de verificar y comprobar si las prácticas de la organización satisfacían los requisitos establecidos en la NC-ISO 9001:2008, vigente entonces. Esta actividad fue realizada tanto en la sede central del TSP como en algunas de sus dependencias de nivel provincial y municipal y, durante esta, se puso de manifiesto que, si bien en los órganos judiciales existen prácticas documentadas asociadas a la legislación vigente y otros tipos de documentos que indican el desarrollo uniforme de la actividad fundamental y que son cumplidos, existían barreras y oportunidades personalizadas que debían considerarse para el desarrollo eficaz de un SGC, según los requisitos de la norma empleada.

Luego,

se inició el diseño de un SGC que con un enfoque innovador y diferente a los existentes en los tribunales de otros países, concentrados, esencialmente, en cuestiones administrativas, tiene la característica de que se concentra en la gestión de la actividad fundamental (la impartición de justicia) y, consecuentemente, la satisfacción del usuario del servicio que se presta en los procesos jurisdiccionales (los justiciables y las demás partes interesadas que acuden a los tribunales), sustentado en el criterio de que el desempeño judicial puede ser objeto de planificación, aseguramiento, control, medición, evaluación y mejoramiento. (Hernández y Santana, 2019, pp. 31-43)

Con la implementación del SGC se cambia la gestión tradicional por áreas de trabajo, como estructuras internas inde-

pendientes, por la denominada «gestión por procesos»; este enfoque elimina las barreras entre las diversas unidades funcionales de la organización y unifica sus esfuerzos y recursos en la concreción de las principales metas. (Hernández, 2018, pp. 38-42 y 52)

Vale resaltar que la gestión de la calidad si bien ha sido una práctica reconocida a nivel mundial, sobre todo en el nivel empresarial y a los efectos de las relaciones comerciales, no tanto así a los niveles de gobierno, por ello la conceptualización de la gestión o administración pública considera la calidad en la gestión y el servicio público, donde los enfoques de eficiencia y eficacia de la acción gubernamental ante los ciudadanos resulta vital [sic]. En los inicios de esta etapa se identificaron limitados conocimientos de estos enfoques, por no estar explicitados [sic] en los fundamentos teóricos de la ciencia jurídica y mucho menos visualizarlos desde la infraestructura nacional de calidad existente en el país y que a partir del marco institucional aprobado, la [sic] reconoce con un carácter de bien público, transversal y que incide sobre todos los actores de la sociedad. (Fernández, 2020, pp. 4-9)

- Se socializaron las evidencias del trabajo científico y armonioso entre la academia cubana y un ámbito práctico del Derecho, a partir de los vínculos entre la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y el TSP, fundamentados en el valor del trabajo colectivo, solidario y comprometido. De esta forma, se agruparon los principales resultados investigativos de un proyecto científico ejecutado, de forma conjunta, por 20 jueces de distintas instancias y provincias y el grupo universitario de investigación Julio Fernández Bulté, del citado centro de altos estudios, en respuesta a intereses concretos del TSP.

El proyecto fue concebido como [...] marco, de forma que las investigaciones asociadas a las tesis de la maestría en Derecho constitucional y administrativo, en su 2.^a edición, pudieran ser parte de las propuestas de soluciones viables en pos del perfeccionamiento de la actividad de tribunales en el país. El programa de maestría mencionado fue especialmente abierto por la Facultad de Derecho para jueces de todo el país, mientras las tesis fueron dirigidas por miembros del grupo universita-

rio de investigación que, a su vez, participaron como profesores del mencionado programa.

Se trabajó de forma particular por parte de un subgrupo de investigación por su importancia y particular interés para tribunales, en el tema «El principio de independencia judicial y la gestión de la calidad en la organización de tribunales en Cuba» en el que se sistematizaron el marco teórico-conceptual que sustenta el despliegue de la gestión de calidad en el sistema de trabajo de los tribunales de justicia cubanos, y los fundamentos teóricos doctrinales más sobresalientes relacionados con la vigencia y alcance del principio de independencia judicial y el ejercicio de la función de impartir justicia; se diagnosticaron las principales dificultades identificadas en los actuales mecanismos de gestión de la calidad y el desempeño de la función judicial en Cuba, mediante el análisis del cumplimiento de los documentos normativos correspondientes y la percepción de los jueces y controladores de la calidad, y también se fundamentaron los presupuestos jurídicos para el logro de la adecuada coexistencia entre el principio de independencia judicial y la gestión de la calidad en el desempeño de la función judicial en Cuba. (Pérez, 2016, pp. 7-8)

La investigación, como antes se refirió, se inició mediante el análisis del cumplimiento de los requisitos establecidos, básicamente, en la ISO 9001:2008 Sistema de gestión de la calidad. Requisitos, y continuó con la implementación del SGC, según los enfoques de la norma de 2015. Las actividades se centraron en lograr el cambio de la gestión tradicional por áreas de trabajo, como estructuras internas independientes, a la gestión por procesos, a partir de identificar 16 de estos, asociados al servicio de impartición de justicia, de ellos, seis estratégicos, cuatro fundamentales y seis de apoyo. Con este enfoque, se accionó sobre las barreras entre las diversas unidades funcionales de la organización para unificar los esfuerzos y recursos en la concreción de las principales metas.

El TSP desarrolla sus procesos de manera tal que estos pueden definirse, medirse y mejorarse; ellos, a la vez, interactúan para proporcionar resultados coherentes con los objetivos estratégicos y cruzan límites funcionales porque existen actividades de las diferentes áreas que se interrelacionan y complementan hacia el logro de fines comunes.

En la Política de la calidad, aprobada por el CG-TSP el 25 de enero de 2016, quedaron expresados los aspectos esenciales que determinan la calidad en el ejercicio de la función jurisdiccional:

- Desempeño diligente y ágil, y cumplimiento de los términos y plazos fijados para la tramitación y solución de los procesos.
- Apego a los procedimientos establecidos y respeto estricto a las garantías y los derechos de las partes y todos los intervinientes en los asuntos.
- Adopción de decisiones y resoluciones acertadas, comprensibles, debidamente fundamentadas y argumentadas, caracterizadas por su racionalidad y sentido de lo justo.
- Cumplimiento efectivo y oportuno de las decisiones judiciales firmes.
- Comportamiento éticamente correcto de magistrados, jueces, secretarios judiciales y demás trabajadores en el cumplimiento de sus funciones, y en su vida personal y familiar.

La interiorización de la cultura de la calidad en el STJ, la toma de conciencia acerca del entorno interno y externo, la necesidad de prevenir los riesgos que se manifiestan en él, integrados desde las prácticas del control interno establecido, y la adopción de decisiones para el mejoramiento continuo del servicio de justicia son elementos básicos para el cumplimiento de la misión institucional, en tanto esta contribuye, de manera decisiva, a consolidar la institucionalidad del país y la seguridad jurídica de la sociedad. Los directivos, magistrados, jueces y trabajadores de los tribunales se identifican por su compromiso, profesionalidad, integridad, responsabilidad, motivación, sensibilidad y actitud transformadora.

En estos órganos, se identificaron como procesos fundamentales aquellos que resultan transversales a todas las materias, relacionados con la misión y enfocados hacia la satisfacción de los intereses de los usuarios: Acceso e impulso procesal, comunicación procesal, celebración de audiencias y otros actos judiciales, y adopción de decisiones judiciales.

El alcance del SGC es amplio y se mantiene como información documentada, con vistas a que permita impulsar los objetivos de la actividad judicial, establecidos en la Ley de los tribunales de justicia (2021,

pp. 3929-3975), y los estratégicos del STJ, contribuir a la implementación del Plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030, y evidenciar el cumplimiento de lo dispuesto en la Política para el perfeccionamiento del sistema de NMC-A.

En la determinación de aquel se consideraron el contexto organizacional, los requisitos de las partes interesadas pertinentes y los servicios que se prestan, para decidir extenderlo a «[...]todas las salas de justicia y las áreas administrativas de apoyo que desarrollan sus actividades dentro de la institución, así como las derivadas de su labor rectora, metodológica y de control hacia los tribunales provinciales y municipales» (Hernández, 2018, pp. 41-42).

La secuencia de las etapas por las que transita el SGC se inicia con el diagnóstico. Posteriormente, se realizan el diseño y la implementación; al final de esta última etapa tiene lugar el monitoreo de los procesos, y, después, se procede a presentar la solicitud de certificación ante el Órgano de Certificación perteneciente a la Oficina Nacional de Normalización, considerando toda la documentación requerida.

Los procesos fundamentales agrupan las diferentes materias jurisdiccionales, a partir de la recopilación de los documentos y las metodologías diseñadas, aprobadas por el CG-TSP, con el objetivo de lograr la estandarización y mejora del servicio, con apoyo en lo establecido en las leyes judiciales, procesales y otras, y un claro enfoque del personal hacia la satisfacción de las expectativas de los usuarios, a tono con lo previsto en las leyes, para:

- Garantizar a los ciudadanos y entidades el debido acceso a la justicia.
- Gestionar, adecuadamente, el cumplimiento de los términos procesales y agilizar los procesos judiciales.
- Asegurar la celebración de los actos judiciales.
- Realizar los actos judiciales en todas las materias, con solemnidad y apego a los procedimientos aprobados.
- Perfeccionar la colegiación de los asuntos y la toma de decisiones.
- Realizar con calidad las citaciones, los emplazamientos y las notificaciones.

- Mantener adecuada comunicación con las partes en los procesos judiciales y demás intervinientes.
- Adecuar la redacción de las resoluciones judiciales a las necesidades de los usuarios y demás receptores del servicio judicial.

En el SGC del TSP se considera no aplicable el requisito 7.1.5 Recursos de seguimiento y medición, ya que no se precisa del empleo de equipos de esta clase para proporcionar la evidencia, de conformidad con el servicio de impartición de justicia y los requisitos determinados.

Un aspecto novedoso para el sector jurídico se vincula con la determinación y planificación de las acciones para abordar los riesgos y las oportunidades para alcanzar los resultados previstos, aumentar los efectos deseables, prevenir o reducir efectos no deseables y lograr la mejora, por medio de lo establecido en el proceso de Control y desempeño del SGC. Los riesgos son tratados teniendo en cuenta la Resolución No. 60, de la Contraloría General de la República, Normas del Sistema de control interno (2011, pp. 39-50) y la Circular No. 260 de 2012, del presidente del TSP, que contextualiza aquella en el STJ; cada área cuenta con su Guía de autocontrol y el Plan de prevención de riesgos. Por su parte, las oportunidades son identificadas y abordadas en las reuniones de los diferentes órganos colegiados del TSP, tales como Consejo de Gobierno, comisión asesora de posgrado, comisión de cuadros, consejo científico, comité de prevención y control y grupos de trabajo temporal; también, aporta a este propósito el Plan de acción para dar cumplimiento a las recomendaciones de la ANPP, que se realiza con motivo de la rendición de cuenta del TSP ante ese órgano. Las acciones para abordar los riesgos y las oportunidades se integran a los procesos del SGC y se evalúa la eficacia de estas.

IV. ANÁLISIS DE PRÁCTICAS IMPLEMENTADAS DESDE EL DERECHO COMPARADO

Entre las fuentes bibliográficas consultadas, se destacan algunas relevantes, como es el «Decálogo iberoamericano para una justicia de calidad» (2024) que contiene una serie de principios y recomendaciones que buscan promover estándares elevados en el funcionamiento de los sistemas judiciales en esos países, complementado, a nivel regional, con los informes de gestión de la Comisión Iberoamericana de Calidad para la Justicia y los trabajos de Consejo Judicial Centroamericano y del Caribe, el más

reciente de ellos realizado por un grupo especializado (2024), y, en lo nacional, las disposiciones normativas vigentes y el estudio realizado por el presidente del TSP (Remigio, 2014).

El estudio de esta bibliografía permite disponer de una noción, desde el Derecho comparado, acerca de cómo se aplican las prácticas de gestión de la calidad y se implementan los SGC en la impartición de justicia, según los enfoques establecidos por la norma ISO 9001. Analizando los diferentes contenidos, las etapas concebidas y los resultados socializados en los países tomados como muestra para el estudio (Perú, Argentina, República Dominicana, Colombia y Cuba), se manifiestan *elementos comunes*:

- Identificación, como sector público, que asume procesos estratégicos de transformación y modernización orientados a la eficacia y eficiencia, la especialización y mejora continua de los servicios de impartición de justicia que se prestan, en los que el ciudadano constituye el centro del modelo de gestión, seleccionado y sustentado en la ISO 9001.
- Definición y aprobación de la política de calidad.
- Implementación de un SGC que permite identificar las fortalezas y debilidades existentes, así como las mejores prácticas, tanto a nivel general como en los procesos individuales, lo cual ayuda a priorizar, planificar e implementar mejoras y/o innovaciones, cuando sea necesario, en pos de garantizar el cumplimiento de la misión, la visión, los valores y la cultura de servidores públicos.
- Reconocimiento de las mejores prácticas que facilitan consolidar y generalizar en otras instancias judiciales, pertenecientes al sistema de tribunales, el aprendizaje adquirido, y aumentar el conocimiento de todo el personal que participa en las actividades judiciales y no judiciales, con lo que se enriquece el recurso activo más valioso con que se cuenta.
- Solicitud de evaluación del SGC implementado, según ISO 9001, ante un organismo de tercera parte, con reconocido prestigio sobre los mecanismos de evaluación de la conformidad.

Asimismo, se identifican *diferencias*:

En Cuba, los procesos fundamentales transversalizan todas las materias jurisdiccionales, a partir de la recopilación de los documentos y las metodologías diseñadas, aprobados por el CG-TSP, con el objetivo de lograr su estandarización y mejora, lo que no implica cambio en las leyes de

procedimientos judiciales u otras normas, sino la transformación de la gestión de los secretarios y jueces que laboran en las salas de justicia, enfocada a la satisfacción de las expectativas de los usuarios del servicio judicial, de conformidad con lo previsto en las leyes.

La existencia de un proceso de servicios científico-tecnológicos e innovación permite garantizar el desarrollo de investigaciones, tecnologías e innovaciones, la realización de eventos, el diseño y desarrollo de publicaciones y servicios bibliotecarios, y otras salidas que impactan en las propuestas de creación legislativa y pronunciamientos del CG-TSP para unificar la interpretación normativa; tal es el caso de los aspectos incluidos en las leyes judicial y procesales, cuya iniciativa correspondió al TSP, y de la implementación del SGC en el ejercicio de la función judicial.

Asimismo, el proceso de planificación estratégica, económica y por objetivos en el TSP permite lograr un nivel de organización superior en tales actividades y tomar en consideración los resultados del análisis del contexto interno y externo, así como sistematizar, desde la gestión de dirección, el análisis regular y periódico del comportamiento de los costos de los procesos judiciales.

En Colombia, resulta novedosa la existencia de enfoques normativos aprobados por ICONTEC, asociados a la calidad en la gestión pública y para el Poder Judicial, vistos desde dos normas técnicas (NTC GP 1000:2009 y NTC 6256:2021), si bien tanto el Tribunal Constitucional como la Escuela Nacional de la Judicatura certificaron sus sistemas de gestión de calidad por los requisitos internacionalmente reconocidos de la ISO 9001.

Igualmente, Colombia cuenta con un SIGCMA, basado en la ISO 9001:2015, que es un modelo de gestión operativa por procesos y enfoque a riesgos en el que se han integrado los sistemas de calidad y medio ambiente, con el objetivo de gestionar eficaz y eficientemente las actividades y los recursos de la administración de justicia e incrementar el valor de la función pública.

V. CONCLUSIONES

El examen comparado de los SGC implementados en los servicios judiciales de los países estudiados ha permitido interiorizar la trascendencia de los enfoques de la ISO 9001 y su reconocimiento por un organismo de evaluación de tercera parte para la calidad de la impartición de justicia.

El estudio realizado respecto a los SGC, según ISO 9001, en estructuras judiciales de Perú, Argentina, Colombia, República Dominicana y Cuba permitió identificar los elementos comunes y las diferencias entre ellos, como punto de partida para la evaluación de prácticas susceptibles de generalización en el medio nacional.

La gestión de la calidad en el ámbito de la justicia se debe emplear como herramienta conceptual y práctica imprescindible para el ejercicio efectivo de la función de impartición de justicia por los servidores públicos que la realizan. La mejora continua y el perfeccionamiento de los tribunales permite satisfacer las necesidades de la sociedad y de los ciudadanos, en correspondencia con el contenido de la legislación vigente en cada país.

Las transformaciones acontecidas en Cuba en los últimos años obligan al perfeccionamiento de la impartición de justicia. Para ello, es esencial contar con un SGC que, con base en los enfoques reconocidos en la NC-ISO 9001:2015, adecuados a las peculiaridades del servicio judicial y en las condiciones concretas del país, esté reconocido por un órgano de certificación, lo que marcará un hito sin precedentes en el ámbito de la prestación de servicios de la Administración pública nacional.

VI. REFERENCIAS

- Consejo Judicial Centroamericano y del Caribe. (2024). Informe de gestión del Grupo Especializado de Calidad en la Justicia. <https://consejodjudicialcc.org/>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Crozier, M. (Julio-diciembre, 1992). El cambio en las organizaciones públicas. *Gestión y Política Pública*, 1(1), 93-100. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8285322>
- Decálogo Iberoamericano para una Justicia de Calidad. (2024). Cumbre Judicial Iberoamericana. <https://www.cumbrejjudicial.org/sites/default/files/2024-01/Documento%20final%20Calidad%20en%20la%20Justicia.pdf>
- Decreto-Ley No. 8, «De normalización, metrología, calidad y acreditación». (Octubre 1.º, 2020). *GOR-O*, (66), 2263-2276.

- Dosch, S. (Septiembre, 2017). Implementar normas de calidad ISO 9001 en la gestión judicial. *Fortis*, 5(5), 7-8. https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/Revista%20fortis%205/Fortis_5.pdf
- Durán Huaranga R. (2018). Boletín Informativo No. 1. Semana de la Calidad. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/976b0f0047384db98638871612471008/BOLETIN_1_SISTEMA_DE_GESTION_DE_CALIDAD.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=976b0f0047384db98638871612471008
- Fernández Rodríguez, N. (Enero-abril, 2020). El reto de una moderna y sostenible infraestructura de calidad. *Normalización*, (1), 4-6.
- Fernández Rodríguez, N. (Enero-abril, 2021). La calidad: elemento vital para una economía competitiva. *Revista Cubana de Administración Pública y Empresarial*, 5(1), 1-15. <https://doi.org/10.5281/zenodo.5534385>
- Hernández Díaz, L. (Diciembre, 2018). Implementación del sistema de gestión de la calidad en el ejercicio judicial. *Justicia y Derecho*, (31), 38-52.
- Hernández Díaz, L. y Santana Echerri, A. F. (Diciembre, 2019). La calidad como valor institucional que prestigia al STP. *Justicia y Derecho*, 17(33), 31-43.
- International Standardization Organization. (2015). Norma internacional ISO 9001:2015. Sistemas de gestión de calidad. Requisitos (trad. oficial). <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:9001:ed-5:v1:es>
- Ley No. 140, «De los tribunales de justicia». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (137), 3929-3975.
- Manual del Sistema de Gestión Ambiental. (2020). Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/8957139/8958832/M-EVSG-03+Manual+del+SGA.docx/f1d89d2b-7b3d-4bbc-9c91-709c272b7854>
- Manual del Sistema Integrado de Gestión. (2023). Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.ramajudicial.gov.co/>

documents/5454330/146311042/Manual%2BSIGCMA%2BSPA%2BBOGOT%C3%81+FINAL%2B2023.pdf/4494d57d-da1f-08cc-23f0-d328e44d242f

Oficina Nacional de Normalización. (2015). Sistema de Gestión de la Calidad. Requisitos (NC-ISO 9001).

Pérez Hernández, L. (Junio, 2016). Presentación. *Justicia y Derecho*, (26), 7-11 (ed. especial). <https://revistajd.tsp.gob.cu/index.php/JD/issue/view/13/12>

Poder Judicial, República Dominicana. (Mayo 18, 2021). Poder Judicial inicia proceso para la implementación de la norma ISO 9001. <https://poderjudicial.gob.do/poder-judicial-inicia-proceso-para-implementacion-de-la-norma-de-calidad-iso-9001/>

Poder Judicial, República Dominicana. (Marzo, 1.º, 2023). Poder Judicial dominicano impulsa proyecto de sistema de gestión de la calidad. <https://poderjudicial.gob.do/poder-judicial-dominicano-impulsa-proyecto-de-sistema-de-gestion-de-calidad/>

Remigio Ferro, R. (2014). *Gestión de la calidad de la actividad judicial en Cuba e independencia judicial. Presupuestos para su armonización* [tesis en opción al título de máster en Derecho constitucional y administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana].

Resolución No. 60, Contraloría General de la República, Normas del Sistema de control interno. (Marzo 3, 2011). *GOR-E*, (13), 39-50. https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/go_x_013_2011.pdf

Tribunal Constitucional, República Dominicana. (Diciembre 3, 2018). Tribunal Constitucional: primer tribunal en ser certificado ISO 9001:2015. <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/tc-primer-tribunal-en-ser-certificado-iso-900115/>

REQUIEM

Con esta entrega *Justicia y Derecho* se despide de quien, durante los últimos 20 años —casi todos los que abarca la existencia de esta publicación—, fue su editor-corrector y, también, colaborador, Juan Ramón Rodríguez Gómez (cariñosamente, Juanra, 1953-2025), hombre ilustrado y, a la vez, llano, de humor refinado y verbo sagaz, que deja, a su partida, una estela de consternación y añoranza.

Estas palabras carecerán, quizás, de la elegancia y el lustre que él les hubiera impregnado, en su perenne bregar por *la lengua que nos une*,¹ pero sintetizan, sin dudas, el bien ganado sentimiento de admiración, respeto y afecto de sus compañeros.

Su encomiable haber profesional pudiera resumirse en haber sido:

- Graduado de Arte y Letras (1980), con especialización en Lingüística Hispánica.
- Cultor y avezado conocedor del esperanto, idioma al que dedicó una parte importante de su obra; ello le valió para merecer la condición de historiador de la Asociación Cubana de Esperanto y delegado especializado de la Asociación Universal de esa lengua.
- Investigador osado, periodista y editor.
- Corrector de prensa en los periódicos *el invasor* y *el habanero*.
- Fundador de la revista *Identidad* y colaborador de otras tantas (*Órbita*, *Imagen*, *Alma Mater*, *Justicia y Derecho*...).
- Subdirector y jefe de redacción de la revista *Alma Mater*, de la casa editora Abril, y editor de la editorial José Martí.
- Estudioso insaciable de los estilos periodístico y jurídico, en los cuales escudriñó para dar vida a textos valiosos.
- Coautor o autor de varios libros, entre los que destacan *Habla español*; *Santería y entorno afrocubano*; *Historia del esperanto en Cuba (1904-1973)*; *Trapiche*; y, *La lengua que nos une*.

¹ Título que lleva una de sus obras, publicada por el Tribunal Supremo Popular.

- Conferencista en múltiples eventos nacionales y foráneos, y profesor.
- Editor y corrector de estilo del Tribunal Supremo Popular, con una huella indeleble en la publicación que, ahora, le dice adiós, desde cuyas páginas vio la luz la sección *Lapsus calami*, dedicada a recrear la palabra en lo judicial; y, asimismo, en el *Boletín anual* de esta institución y la colección *Memoria Judicial*.

Entre otros lauros, recibió la distinción Félix Elmuza y el Reconocimiento al Mérito Judicial, el más alto galardón que otorga el Sistema de Tribunales a quienes, como él, desde los más diversos saberes, se consagran al servicio de la justicia.

Juanra será recordado, también, como maestro y consejero de muchos, cuentero o anecdotista oportuno, lector experimentado, crítico implacable, adversario adusto o paciente conversador, remembranzas, en fin, del hombre que fue, con todas las dimensiones de quien, hasta sus últimos días, batalló por la virtud, sembró, por doquier, saberes ya perpetuados y llevó consigo algunos sueños que, aún, amasaba en el tintero.

Vaya esta oración, a modo de epitafio:

Alea iacta est, in omnia paratus. Bonum iter amicus per semper et in aeternum.