

JUSTICIA Y DERECHO

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

No. 34, año 18, diciembre de 2020

No. 34, año 18, diciembre de 2020

JUSTICIA Y DERECHO



TRIBUNAL
SUPREMO
POPULAR
REPÚBLICA DE CUBA



RNPS 0504
ISSN 1810-0171



2020: EDICIÓN ÚNICA

NOTA EDITORIAL

Esta publicación, que nació en junio de 2003, intencionada para propiciar «un espacio para la información, el debate y la reflexión sobre temas de interés científico-técnico o filosófico afines con la administración de justicia», y prevista para llegar a sus lectores en ediciones semestrales (junio y diciembre), ha logrado permanecer en el tiempo cumpliendo con su presupuesto inicial y, salvo dos excepciones, con su proyectada frecuencia.

Hasta ahora, únicamente 2005 se vio privado de sus dos muestras del año: solo fue posible publicar el número correspondiente a diciembre; en tanto, en 2006, la dirección del Tribunal Supremo Popular decidió que la primera entrega del año viera la luz en marzo, por tratarse de una edición dedicada al Día Internacional de la Mujer.

Y, luego de casi tres lustros de salidas de la revista sin variar su frecuencia semestral, esta llega a 2020, año particularmente difícil y complejo (por tener que encarar enormes obstáculos y dificultades, en particular motivados por la pandemia); y de circunstancias especiales, porque a la mayoría de los miembros de su Consejo Editorial le correspondió encabezar el trabajo de los grupos multidisciplinarios encargados de acometer la elaboración de cinco anteproyectos de leyes.

Esas dos razones, fundamentalmente, nos obligaron a esta edición única de 2020, que se publica cuando ya se avanza en las próximas entregas y en la primera muestra de la versión digital de *Justicia y Derecho*.

Ofrecemos disculpas a los lectores por este inconveniente, y aseguramos, en adelante, retomar la tradicional regularidad en su publicación.

RUBÉN REMIGIO FERRO
presidente del Tribunal Supremo Popular

SUMARIO

- 5 • *De la salvaguardia cierta a la solicitud de protección jurisdiccional*
M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro, M.Sc. Ranulfo A. Andux Alfonso
- 24 • *Bases para el tratamiento legal a las nulidades de los actos defectuosos*
Esp. Jesús Ramón García Ruiz, Lic. Kenia Vasallo Olivera
- 44 • *Debido proceso, videoconferencia y juicio oral: una trilogía compatible*
Esp. Odalys Quintero Silverio, Esp. Gladys M. Hernández de Armas
Ing. Jorge Félix Rodríguez Quintero
- 58 • *Derecho penal y conflicto social*
Dra. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez
- 79 • *El contrato de transporte de carga*
Esp. Alina Bielsa Palomo
- 98 • *La tutela judicial frente al acoso en el trabajo en Cuba*
M.Sc. Aymee Fernández Toledo
- 116 • *Consideraciones sobre la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad*
M.Sc. Yoel Quinta Arango
- 128 • *La violencia intrafamiliar vista desde la regulación jurídica*
Lic. Ailyn Nodarse Palacio, Lic. Maydalis Castro Pérez
- 143 • *El derecho a la propia imagen y su aplicación en la práctica judicial cubana*
Lic. Liliana Lamorú Ferrán
- 162 • *Particularidades de la trata de personas en Cuba*
Lic. Yusmielis García Clark

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

Directora
Dra. Maricela Sosa Ravelo

Consejo editorial
Dra. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez
M.Sc. Ranulfo Antonio Andux Alfonso
M.Sc. Carlos Manuel Díaz Tenreiro
M.Sc. Gustavo Méndez González
M.Sc. Aymee Fernández Toledo
Esp. Liliana Hernández Díaz
Esp. Roselía Reina Batlle
Esp. Otto Eduardo Rodríguez Molina
Esp. María Caridad Bertot Yero
Esp. Isabel Inés Arredondo Suárez
Esp. Odalys Quintero Silverio
Esp. Alina Bielsa Palomo

Compilación y clasificación
Lic. Celaida Rivero Mederos

Edición
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Corrección
Lic. Cecilia Meredith Jiménez

Diseño y composición
Roberto Armando Morofío Vena

Redacción
Dirección de Comunicación Institucional
Aguiar 367 entre Obrapía y Obispo,
La Habana Vieja, La Habana
Teléfono: (53) 786 98768
E-mail: celaida@tsp.gob.cu

RNPS 0504
ISSN 1810-0171

Publicación semestral
Año 18, no. 34, diciembre de 2020

DE LA SALVAGUARDIA CIERTA A LA SOLICITUD DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro

Magistrado, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP

M.Sc. Ranulfo A. Andux Alfonso

Presidente, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP

Resumen: A partir del contenido de los artículos 59, 94 y 98 de la nueva Constitución, que es de aplicación directa, y ante la ausencia de regulaciones expresadas que garantizan el acceso a la justicia judicial por las personas, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en uso de sus atribuciones, aprobó la Instrucción No. 245, de 19 de junio de 2019, que deviene en salvaguardia de la protección jurisdiccional, como cometido esencial de la actuación de los tribunales en materia administrativa, cuestión a lo que alude el artículo que se presenta.

Abstract: Based on the content of articles 59, 94 and 98 of the new Constitution, which is directly applicable, and in the absence of regulations that guarantee access to judicial justice by individuals, the Governing Council of the Supreme People's Court, in use of its attributions, approved Instruction number 245, of June 19, 2019, which becomes the safeguard of jurisdictional protection, as an essential task of the action of the courts in administrative matters, a matter to which that refers to the article that is presented.

Palabras clave: Constitución, sistema político, institucionalidad, administración pública, Estado, Gobierno, intereses de la colectividad, administrado, servicios públicos, procedimiento administrativo debido, Consejo de Gobierno.

Keywords: Constitution, political system, institutionality, public administration, State, Government, interests of the community, administered, public services, due administrative procedure, Governing Council.

La Constitución cubana de 2019, que centra la atención en el individuo como componente esencial de la sociedad y en la salvaguarda de sus derechos inalienables, vinculados indisolublemente al sistema político, a partir del reforzamiento de la institucionalidad, como eje fundamental del funcionamiento de la sociedad, exige la articulación de vías y modos para su materialización, que dirige la mirada inmediata al funcionamiento de la administración pública, entendida como el conjunto de

órganos armónicamente constituidos, que se articulan a través de determinadas relaciones ordenadas por la ley, atendiendo a principios básicos que fundamentan su funcionamiento, encaminado a procurar la satisfacción de los intereses de la colectividad, que entraña la perspectiva del administrado, destinatario de su cometido, el deber de buena administración, mediante el debido proceso.

Como ha expresado el doctor Andry Matilla, la función de la administración es de contenido heterogéneo, diverso, contingente, variable, derivado de su inmediata relación con los intereses generales o colectivos y con los medios o mecanismos que existen para la satisfacción de estos, así como con los intereses políticos que animan todo el actuar del Estado, sustentado en las bases constitucionales de su proceder, bajo el principio de legalidad, en el que estrictamente se enmarca y condiciona el ejercicio de la discrecionalidad.

Tan solo el hecho de que la administración está vinculada al Derecho, ya representa una protección del afectado; pues forma parte de la naturaleza del Derecho el limitar, trazar ámbitos de acción y fijar formas de obrar. Autorizaciones sin límite son tan incompatibles con la naturaleza del Derecho, como lo es la renuncia a mínimo de forma, que contiene incluso el llamado acto administrativo informal. El que el Derecho limite así el actuar de la administración, vinculándolo a la vez a determinadas formas, tiene, naturalmente, un efecto protector para la persona afectada.¹

En el Artículo 9 de la Constitución, se deja sentado que prima el respeto a la vida de toda la sociedad y su desempeño se fija dentro de los límites de su competencia.

La administración no puede elegir cualquier solución —como reconoce Ponce Solé— por mucho que emplee criterios extrajurídicos para ello. El ordenamiento jurídico desea que la administración quiera decisiones que no lo vulneren, pero quiere también que la administración adopte buenas decisiones, que administre bien, en definitiva. Que cuando decida lo haga para servir de la mejor manera posible a los intereses generales.²

La actuación de la administración pública es objeto de control administrativo, popular,³ político⁴ y jurisdiccional,⁵ principalmente. La obligación

¹ Forsthoff: *Tratado de Derecho administrativo*, pp. 676-677.

² *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, p. 127.

³ Constitución de la República de Cuba (CRC): «Principios de organización y funcionamiento de los órganos del Estado», Artículo 101 b): «El pueblo controla la actividad de los órganos estatales, de sus directivos y funcionarios [...]».

⁴ Artículo 5, CRC: postula, esencialmente, que el Partido Comunista de Cuba es la fuerza política dirigente superior de la sociedad y el Estado.

⁵ Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), Artículo 656: «La jurisdicción administrativa conocerá de:

del Estado de garantizar que toda persona pueda acceder a los órganos judiciales, a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, como garantía constitucional, acentúa la insoslayable importancia de la función judicial, a través de la cual se le franquea, centrado en el debido proceso y, específicamente en el ámbito jurisdiccional-administrativo, el alcance y efectividad de las decisiones derivadas de su ejercicio.

En este sentido, cobra virtualidad lo apuntado por el insigne magistrado Fernando Álvarez Tabío, en relación con la materialización de la letra y el espíritu de la norma, cuando, en *Legalidad y justicia*, afirmó:

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.

Las funciones estatales y, en particular todos los actos administrativos, precisan de la articulación de procedimientos legales,⁶ de los que carece nuestro sistema normativo, que: ordenen uniformemente la actuación de la administración (incluida su definición y complementación sustantiva); estandaricen los recursos administrativos (con abandono de la regulación sectorial prevaleciente); sirvan para informar, con criterios comunes, exigencias formales para la interposición, tramitación y resolución de asuntos; y la obligatoriedad de agotar plazos en extremo perentorios (reales limitaciones al control judicial),⁷ de los que se hace depender el acceso a la justicia de los recursos administrativos y, en consecuencia, del régimen que los caracterice, cuyos presupuestos estarían conformados por procedimientos para:

- la buena administración
- el cauce administrativo
- la defensa de los administrados

Los recursos administrativos, íntimamente relacionados con el acceso a la justicia, tributan al control de la legalidad, devienen garantía de protección

1. Todas las pretensiones que se deduzcan contra disposiciones de carácter general y resoluciones que emanen de la administración y que, en uno y otro caso, vulneren derechos legales establecidos a favor del reclamante [...]».

⁶ «En obrar se distingue un *feri* de un *factum* o, teológicamente, un camino y una meta. Todas las funciones estatales y, en particular, todos los actos administrativos, son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos». Merkl: *Teoría general del Derecho administrativo*, p. 278.

⁷ LPCALE, Artículo 670.2: «[...] el proceso administrativo podrá promoverse únicamente contra las resoluciones que no sean susceptibles de ulterior recurso en la vía administrativa, ya sean definitivas o de trámite, si estas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a dicha vía o hagan imposible su continuación».

de los derechos ciudadanos y constituyen fundamento de los criterios del Estado acerca de la actividad de la administración pública, su efectividad y calidad, por lo cual deben estimarse en su doble función, como medio de impugnación y de control. También son técnicas jurídicas que mantienen pleno funcionamiento en la actualidad, aunque, en el orden práctico, no siempre son una vía expedita para la solución de controversias, por la existencia de una concepción teórica limitada en la ordenación jurídica y la desconfiguración de sus fines. No obstante, con efecto transformador, forzosamente impactan los postulados constitucionales que propugnan el derecho de toda persona a interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan, a recibir tramitación y respuesta oportuna, pertinente y fundamentada, dentro de los plazos legalmente establecidos.

La CRC constituye la norma suprema del Estado y la nación, y sus mandatos son directamente aplicables al tramitarse los conflictos, tanto en sede judicial como gubernativa; y, aun cuando diversas disposiciones de la Carta Magna, para su ejecución, precisan de nuevas leyes adicionales de desarrollo, existen otras de vigencia inmediata, cuya observancia, en acatamiento de la ley de leyes, no acepta demoras.

Su Título V está destinado a regular los derechos, deberes y garantías de las personas y, dentro de este, se encuentra el Capítulo VI, dedicado a las garantías de los derechos.

En cuanto a lo dispuesto en los artículos 59, 94 y 98 del texto constitucional, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP) dictó la Instrucción No. 245, de 19 de junio de 2019, dada la necesidad de regular lo concerniente a la tramitación, ante los tribunales, de las reclamaciones que en lo sucesivo puedan producirse, al amparo de los preceptos constitucionales referidos precedentemente, en ausencia de regulaciones expresas que posibiliten el acceso efectivo a la justicia y el disfrute de las garantías jurisdiccionales reconocidas en la vigente Carta Magna.⁸ Los asuntos discurrirán por la vía del proceso administrativo y las salas de esta materia de los tribunales provinciales serán las competentes para conocer las demandas interpuestas.

La vigente LPCALE contiene regulaciones procesales pertinentes para tramitar y resolver en sede judicial las demandas que puedan presentarse, al amparo de lo establecido en los preceptos constitucionales citados con anterioridad; su protección se sistematiza de la manera siguiente:

Artículo 59, CRC: «[...] Cuando la confiscación de bienes sea dispuesta en procedimiento administrativo, se garantiza siempre a la persona su defensa ante los tribunales competentes».

Artículo 94, CRC: «Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el

⁸ *Ibid.*, Artículo 657.

8 | *Justicia y Derecho*
Año 18, no. 34, diciembre de 2020

administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes: [...] f) interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan [...].».

Artículo 98, CRC: «Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por directivos, funcionarios y empleados del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley».

Insistimos en que la concreción en la práctica de los preceptos constitucionales citados, para fijar la aplicabilidad directa de la Carta Magna, requería que se impartieran indicaciones que permitieran la tramitación judicial de las reclamaciones que se presentaran, ante la existencia de cuerpos legales que impedían el acceso de los ciudadanos a los tribunales, y por ser la Constitución norma de rango superior ha dejado sin efecto cualquier prohibición de acceso a la vía judicial; ejemplos de esa situación se incluyen en los decretos ley:

- No. 149, de 4 de mayo de 1994, sobre confiscación de bienes e ingresos obtenidos mediante enriquecimiento indebido. Las confiscaciones se dictan por la ministra de Finanzas y Precios.

- No. 194, de 19 julio de 1999, de las infracciones sobre la tenencia y operación de embarcaciones en el territorio nacional. Las resoluciones del Ministerio del Interior se aplican una vez agotada la vía administrativa.

- No. 125, de 30 de enero de 1991, régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios. Las resoluciones se dictan por el ministro de la Agricultura.

- No. 164, de 28 de mayo de 1996, Reglamento de pesca. La resolución confiscatoria es de la autoridad pesquera designada; habría que agotar la vía administrativa en el ministerio correspondiente.

- No. 232, de 21 de enero de 2003, sobre confiscación por hechos relacionados con las drogas, actos de corrupción o con otros comportamientos ilícitos. Las normas se dictan por el ministro de la Construcción, en los casos de viviendas y locales, y por el de la Agricultura, en los asuntos relacionados con la tierra o bienes agropecuarios.

- No. 357, de 17 de marzo de 2018, de las contravenciones personales en el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Para aplicar las resoluciones de decomiso de bienes, habría que agotar la vía administrativa.

El contenido normativo de la Instrucción No. 245 se sistematiza de la siguiente forma:

I. Las salas con competencia para conocer los procesos judiciales contencioso-administrativos tramitarán las demandas interpuestas por las personas a quienes se les hayan confiscado bienes de su propiedad por resolución administrativa dictada por un órgano facultado

a tales efectos en el ejercicio de sus funciones; y cumplirán de manera irrestricta las garantías de estas para obtener, sin limitación alguna, la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos y disfrutar de un debido proceso.

Sirve a la conceptualización de lo regulado lo dispuesto en el Artículo 92 de la CRC, a saber, el Estado, de conformidad con la ley, garantiza que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumpla; de ahí que el precepto garantiza la tutela jurisdiccional como el poder que tiene toda persona, sea natural o jurídica, para exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional; es decir, permite a todo sujeto de derecho ser parte en un proceso y así causar la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas, porque la tutela judicial efectiva debe ser comprendida

como un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.⁹

Este derecho constitucional tiene dos planos de acción, siendo factible ubicar a la tutela jurisdiccional efectiva antes y durante el proceso. En el primer caso, opera como aquel derecho que tiene toda persona de exigir al Estado que provea a la sociedad de determinados requisitos materiales y jurídicos, los cuales son indispensables para resolver un proceso judicial en condiciones satisfactorias, tales como un órgano estatal encargado de la resolución de conflictos y eliminación de incertidumbres con relevancia jurídica; esto de conformidad con la finalidad concreta del proceso. Otro elemento es proveer la existencia de normas procesales que garanticen un tratamiento expedito del conflicto llevado a juicio.

El segundo caso engloba un catálogo de derechos esenciales que deben ser provistos por el Estado a toda persona que se constituya como parte en un proceso judicial, por lo que no se limita a garantizar el acceso

⁹ Picó I Junoy: *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 40.

a la justicia. Su ámbito de aplicación es mucho más amplio, pues garantiza obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones que se deducen en un proceso.

Para la reconocida procesalista Marianella Ledesma,

la tutela jurisdiccional efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia; agregando que esta, no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de ciertas omisiones; asimismo, no implica un derecho absoluto, ya que requiere del cumplimiento de determinados requisitos a través de las vías procesales establecidas por ley; sin embargo, este derecho solo podría ser limitado en virtud de la concurrencia de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido, que suponga incompatibilidad con el mismo.¹⁰

Para la doctrina española, la tutela judicial efectiva, plasmada en su norma fundamental, «tiene un contenido complejo, que incluye los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto».¹¹

Por su parte, este derecho, según Juan Monroig Gálvez, ha sido también recogido en el Código procesal constitucional, cuyo Artículo 4 establece que

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional [...], igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

El derecho de acceso a la justicia se configura como aquel poder que consiste en promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente. Este componente se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que converja en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas al interior de un proceso.

El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, a su vez, contempla el principio de motivación de las resoluciones judiciales, recogido en el Artículo 139.5 de la CRC. Al respecto, Monroy Gálvez señala que

¹⁰ *Comentarios al Código procesal civil*, p. 27.

¹¹ Picó I Junoy: *Op. cit.*, p. 40.

no hace más de dos siglos, los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, es decir, ejercían su función y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Sin embargo, una de las conquistas más relevantes, no solo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, a excepción de aquellas, que, por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal.¹²

II. Las salas competentes en materia administrativa darán curso a las demandas que se presenten por las personas legitimadas, a fin de obtener la reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciban, por un actuar indebido de directivos, funcionarios y empleados del Estado, en cumplimiento de sus deberes funcionales, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 658 de la LPCALE y del 96 del Código civil.

El acotamiento sobre la tutela judicial efectiva comentada es aplicable a la situación jurídica protegida por este precepto. En este específico supuesto, en Cuba, la posibilidad de reclamar contra daños y perjuicios ocasionados por la administración a las personas, aun cuando tenía un reflejo constitucional, la práctica estaba bastante limitada y los ciudadanos no sentían que, en realidad, podían hacerlo porque no existía un cauce claro para reclamar asuntos de esa índole. La nueva Carta Magna se encamina, precisamente, a abrirlo, por lo que se vuelve indispensable para el justiciable, al visibilizar ese iter procesal, lo que con acierto hace el instrumento aprobado por el CG-TSP.

III. En ambas situaciones deberán agotarse, previamente, las reclamaciones que procedan en la vía administrativa, y se entiende por agotada cuando la resolución emane de los organismos de la Administración Central del Estado, así como de sus delegaciones territoriales, los órganos provinciales y municipales del Poder Popular o en quienes estos deleguen; o cuando la autoridad facultada no resuelva dentro del plazo legal o el de 45 días, conforme lo establece el Artículo 672 de la citada ley de procedimiento.

El agotamiento de la vía administrativa es una categoría del Derecho administrativo que ha suscitado numerosos embates por parte de la doctrina. Como bien ilustra Bianchi, una de las reglas básicas del proceso contencioso-administrativo en Argentina es que solo puede comenzar luego de producido el llamado agotamiento de la vía administrativa,¹³ pero sobre esto hay tela por donde cortar.

¹² *Introducción al proceso civil*, t. 1, p. 85.

¹³ «Declinación y caída del control judicial de la administración pública», en *La Ley*, p. 15.

12 | *Justicia y Derecho*
| Año 18, no. 34, diciembre de 2020

Por una parte, se postula el acceso directo y, por otra, el agotamiento de la vía administrativa; para la superación de esta antítesis, se pudiera avanzar en una norma que module el acceso a la justicia, como portal de inicio a la tutela judicial efectiva.

Si bien para el sistema de relaciones entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo es esencial la eliminación de las barreras que impiden el acceso a la justicia, ello no es *per se* incompatible con la existencia de una modulación razonable de la tutela judicial efectiva. Sería conveniente la estructuración de un sistema normativo y material capaz de armonizar estos dos postulados, que podría tener como ejes argumentales:

1. El establecimiento del agotamiento de la vía administrativa, de forma indiscriminada, como presupuesto obligatorio para la habilitación de la instancia judicial en todos los casos, conforma una medida que no se justifica con las razonables necesidades de la administración de justicia, pues:

– El hecho de que el recurso sea una garantía y no un privilegio trastoca su obligatoriedad, ya que, si no existe la opción, se compromete la tutela mínima que es la judicial.

– El recurso debe brindar garantías de efectividad para que no se imposibilite la llegada al tribunal. «Si estos requisitos no se cumplen, no solo el recurso administrativo no es obligatorio, sino que se ha configurado una violación del principio de tutela administrativa efectiva».

– Los recursos deben ser sencillos, rápidos y efectivos, útiles e idóneos.

2. La imposición de un recurso obligatorio previo debe ser excepcional:

– Solo cuando las razonables necesidades de la propia administración de justicia lo justifiquen.

– Siempre que se demuestre que favorece al desarrollo de los procesos.

IV. Cuando el tribunal considere que le asiste razón al demandante, la sentencia dispondrá que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto reclamado, la reparación por los daños materiales y morales, y la indemnización por los perjuicios contra el responsable; además, acordará la actuación que deberá seguir la administración y el plazo para hacerlo, bajo el apercibimiento de que, de no cumplimentarlo, podrá incurrir en responsabilidad de carácter penal.

Para Chioyenda, «la facultad de disponer de un derecho es cosa distinta del derecho de que se dispone», siendo la función esencial del proceso la realización de los derechos subjetivos privados a una prestación. Normalmente, el titular de un derecho no se conforma con la declaración de una prestación y si comúnmente suele pedirla es para lograr, luego, su efectiva consumación.

La instrucción en comento termina en este apartado por conferirle especial fuerza ejecutiva al título que contiene el mandato judicial, para lo cual deberán los tribunales de la materia asegurarse de que la administración, en estos casos, cumpla diligentemente con lo decretado. A todas luces, la tramitación que prevé la ley adjetiva nacional es sumamente parca en estos extremos. El Artículo 690 es la base para este trámite.¹⁴

V. Los tribunales de todas las materias cuidarán que, en la tramitación de los procesos que ante ellos se ventilen, se cumplan las garantías del debido proceso y, al propio tiempo impedirán que, por cuestiones meramente formales, se limite a las personas a obtener la tutela judicial que mandata la nueva Constitución.

Este apartado, por sí solo, cubre todas las expectativas judiciales en relación con el debido proceso; se diría que es piedra angular para el desarrollo de la actuación judicial con la investidura del nuevo contexto constitucional.

El Artículo 94 del texto constitucional establece que toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes:

a) Disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte.

Esta garantía debe verse directamente relacionada con los principios que informan el proceso: de igualdad, también visualizado como «bilateralidad de audiencia o como el que nadie debe ser condenado sin ser oído y vencido en juicio».¹⁵ Se trata de una paridad de oportunidades en el pleito, que aparece claramente concebida en los artículos 39, 40, 154 y 158 de la LPCALE y se pone de manifiesto en las siguientes situaciones:

1. LA DEMANDA DEBE ser comunicada al demandado con las formas requeridas por la ley (Artículo 229, LPCALE).
2. COMUNICADA LA DEMANDA, se otorga al demandado un plazo para comparecer y defenderse. El emplazamiento para personarse y contestar la demanda debe realizarse con arreglo a las formalidades establecidas en la ley (artículos 229, 230 y 383, LPCALE).

¹⁴ «La sentencia estimatoria revocará total o parcialmente la disposición o resolución impugnada y dispondrá por la administración, en el término de treinta días, [que] se dicte nueva disposición o resolución que se ajuste a lo declarado en la sentencia.

Contra la nueva resolución administrativa no procederá recurso alguno. No obstante, la parte que se considere afectada por la misma, podrá acudir a la Fiscalía a los efectos del control de la legalidad socialista».

¹⁵ Grillo Longoria: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, [s.p.]

3. LAS PARTES TIENEN iguales posibilidades de alegar y de proponer pruebas que sustenten lo alegado (artículos 45.3, 235-243 y 244, LPCALE).
4. LAS PRUEBAS DEBEN ponerse en conocimiento de la otra parte antes de que se practiquen. Las partes deben ser citadas para la práctica de las pruebas y tienen derecho a impugnarlas (artículos 252, 255, 284, 285, LPCALE).
5. TODA PETICIÓN INCIDENTAL que se formule durante el proceso debe sustanciarse, en principio, con audiencia de las partes (Artículo 458, LPCALE).
6. LAS PARTES DEBEN ser citadas para las vistas y comparecencias que tengan lugar durante el proceso (artículos 42, 354, 384, LPCALE).
7. LAS PARTES TIENEN iguales posibilidades para impugnar, mediante los recursos que franquea la ley, las resoluciones que les sean adversas (Artículo 602, LPCALE).

b) Recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene.

Este derecho se complementa con el derecho irrenunciable de las personas de contar con la asistencia jurídica que brinda la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, que puede ser gratuita cuando no se puede costear con los propios recursos. La ley procesal cubana establece, en su Artículo 66, que las partes podrán comparecer en el proceso civil por sí o representadas por abogado y, cuando lo hagan por sí mismas, habrán de ser dirigidas por quien ostente tal cualidad profesional. No obstante, el propio precepto regula sus excepciones para los casos de reclamaciones de alimentos, las de contenido económico de escaso valor y los expedientes de jurisdicción voluntaria; y si bien la norma establece que la defensa puede ser llevada a cabo personalmente por el propio interesado, no impide contar con una defensa cualificada, dada la importancia de tener un patrocinio jurídico, a fin de poder ejercer eficientemente los recursos judiciales disponibles en el ordenamiento jurídico interno, pues el derecho a contar con un abogado persigue la defensa de la persona, que debe ser tratada siempre como un verdadero sujeto del proceso.

Al abogado defensor debe garantizársele que pueda ejercer efectivamente la defensa del representado, pues no basta con su mera presencia formal durante el proceso. La vigencia de este derecho parte del momento en que se establece la demanda y perdura durante todo el proceso, incluyendo la etapa de ejecución de sentencia, en la que es sustancial la actuación letrada para la consecución de los fines del proceso, que no es más que la tutela judicial efectiva que preconiza el Artículo 92 de la Carta Magna, que alcanza la ejecución del fallo judicial.

c) Aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido.

Se vincula estrechamente con el derecho de defensa y con el plazo razonable, pues resulta indispensable contar con el tiempo necesario para poder aportar los medios que permitan demostrar la solvencia de la demanda o, en su caso, la absolucióndel demandado. Las personas tienen garantizado el derecho de valerse en el proceso de los medios de pruebas, aun especiales o atípicos, de manera directa o contraprueba, que sean legalmente admisibles y pertinentes.

En el ejercicio del derecho a la prueba, concierne al demandante la carga de alegar y probar los hechos sobre los cuales funda su demanda; corresponde al demandado, en cambio, la carga de alegar y probar los hechos sobre los que fundan sus excepciones y defensa, y quien no satisface la carga de la prueba que sobre él recaiga corre el riesgo de estimarse falta de prueba y de desestimación de sus pretensiones.

Cada parte tiene el derecho y la carga de pedir al juez la adopción de medidas coactivas de exhibición o descubrimiento de las pruebas relevantes que no se hallen bajo su disposición material, contra las demás partes o terceros.

Como parte de la buena fe o lealtad procesal, está prohibido alegar hechos, prestar declaraciones, producir o deducir pruebas cuya falta de correspondencia con la verdad, falsedad o carácter genuino se conozcan de antemano. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la CRC o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

d) Acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, en los casos que corresponda.

Cuando la norma hace referencia al derecho a exponer el caso a un tribunal competente, independiente e imparcial, si corresponde, el sentido de la garantía no debería interpretarse limitada a un tribunal, sino a todo órgano decisor estatal, extendida, por tanto, al plano administrativo. En Cuba, aun cuando no existe un procedimiento gubernativo uniforme para todos los organismos del Estado, estos, en determinadas materias, asumen la función jurisdiccional no judicial, como en el caso de la tierra propiedad de los campesinos, en materia inmobiliaria, en temas confiscatorios, etc., en los que se adoptan decisiones que pueden afectar los derechos de las personas.

La garantía de la independencia debe ser entendida como la autonomía del órgano decisor a la influencia de otros poderes, lo cual, desde Montesquieu, tiende a garantizarse por medio de la división de funciones. Esta se precisa en la vigente ley orgánica de los tribunales, cuando establece, desde su Artículo 1, que «los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional y que los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley».

Asimismo, otra condición de independencia es la inexistencia de intereses privados que puedan incidir en la decisión. Tal circunstancia se preserva estableciendo requisitos de admisibilidad para los cargos y prescribiendo inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de las funciones. Así, para el ingreso a los tribunales, como juez profesional, los candidatos deben, además, hallarse en la relación de aspirantes aprobados en los ejercicios de oposición que convoque el CG-TSP, según las normas reglamentarias que se dicten al efecto. Excepcionalmente, el presidente del TSP podrá proponer candidatos al órgano elector, prescindiendo de los requisitos a que se contraen los apartados 2 y 5 del Artículo 42 de la Ley de los tribunales populares, cuando las circunstancias prevalecientes no permitan la observancia de tales exigencias (*vid.* Anexo 1).

En cuanto a la imparcialidad, esta es una característica de todo órgano decisor, y que no basta con serlo, sino que también debe parecerlo, por lo que habrá de entenderse en este doble carácter. Así, desde el punto de vista subjetivo, comprenderá la ausencia de prejuicios e intereses personales con relación a las partes de un litigio que pudieran afectar la objetividad y neutralidad del pronunciamiento. Tradicionalmente, esta garantía se ha intentado proteger mediante normas procesales que regulan los institutos de la recusación e inhibitoria. A su vez, desde el punto de vista objetivo, la imparcialidad debe ser un hecho que resulte convincente y que brinde confianza a la población en la institución judicial. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener importancia. La LPCALE regula lo relacionado con la recusación y excusa de los jueces (*vid.* Anexo 2).

e) No ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de tribunal.

Otro elemento integrante del debido proceso es el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto, pero que, además, sea eficaz para la tutela de los derechos en diferendo. Se trata de una garantía que no solo garantice la razonabilidad en la decisión, sino, también, que imponga al decisor tomar efectivo conocimiento del caso y explicar sobre los hechos, evitando el rechazo de la acción por razones meramente formales. En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial, sino que es necesario que el órgano interviniente, tanto el tribunal como el órgano gubernativo, en ejercicio de la función jurisdiccional no judicial, produzca una resolución razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión, es decir, que resuelva o dirima el caso, fundadamente.

La motivación de las sentencias queda expresada, según lo preceptuado en la norma procesal cubana, a través de los resultandos en los que se consignan las pretensiones de las partes, las excepciones, las pruebas

propuestas y practicadas. En las sentencias de apelación y casación, se expresan los motivos del recurso y las infracciones procesales que puedan haberse cometido y, en los considerandos, los puntos de hechos que se estimen probados y las razones o fundamentos que sustentan el fallo; resulta la parte de la sentencia en que deben motivarse las razones de la decisión adoptada.

Al respecto, también se pronuncia el CG-TSP, mediante su Instrucción No. 225, de 17 de octubre, que puso en vigor la metodología concerniente a la redacción de sentencias de instancia, para la resolución de recursos de apelación o casación y de procesos de revisión en materia civil, de familia, administrativa y económica, así como de la redacción de los autos definitivos o de mero trámite, en la que se hacen expresos pronunciamientos sobre la motivación de los fallos en los recursos. La exposición de argumentos se combinará con los fundamentos legales que en cada caso correspondan.

8. INTERPONER LOS RECURSOS o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan.

Esta es una de las garantías primordiales del debido proceso, pues tutela el derecho de que la decisión adversa sea revisada por una instancia distinta y de superior jerarquía a quien la pronunció, brindando la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores. El órgano de superior jerarquía que revise la sentencia recurrida debe reunir las características jurisdiccionales (imparcialidad, independencia, etc.) que lo legitiman para conocer el caso y corregir las decisiones contrarias a derecho.

No se pueden establecer restricciones o requisitos que limiten la esencia misma del derecho a recurrir el fallo y, por tanto, deberá tratarse de un recurso accesible que garantice el examen integral de la decisión recurrida, con independencia de su denominación. En otro orden, la oportunidad en la que pueda ejercerse este derecho debe ser garantizada antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada.

9. TENER UN PROCESO sin dilaciones indebidas.

Sobre la configuración de la violación de esta garantía, la razonabilidad del plazo, para que el proceso se tramite sin dilaciones indebidas, debe apreciarse atendiendo al caso concreto, en ausencia de criterios generales de validez universal. En Cuba, la llamada mora judicial no es un problema, pues, en general, los procesos judiciales, incluyendo los recursos, se tramitan con rapidez; no obstante, la duración del proceso debe ponderarse con relación a una serie de factores que permiten un examen integral de procedimiento para averiguar si se ha transgredido la garantía, o no, a saber:

a) La complejidad del caso que se supedita con temas de hecho y prueba, por lo que la mayor complejidad de un asunto presumirá un esfuerzo superior en su comprensión, así como mayor diligencia en la etapa probatoria y en la interpretación de las circunstancias de la litis, lo que jamás debe confundirse con innecesaria burocracia que demore infundadamente la resolución del caso.

b) La actividad procesal del interesado o conducta de las partes se vincula con los actos propios, por lo que, en virtud del principio de buena fe, no podrá alegar la violación de esta garantía la parte que, por su inactividad o su acción, provocó la demora inusual, salvo que se demuestre la falta de malicia en la demora.

c) La conducta de las autoridades judiciales se relaciona con los deberes de diligencia y probidad con los que debe ser ejercida la función pública. En este sentido, deberá ponderarse si la autoridad cumplió con las reglas y los principios destinados a evitar demoras injustificadas durante el proceso, tal como economía procesal, actuación de oficio, preclusión y demás institutos procesales tendientes a evitar la paralización o dilación de los juicios.

d) La naturaleza de los derechos en juego, que se encuentra intrínsecamente vinculada con la razonabilidad del plazo, pues situaciones que evidencian urgencia y peligro imponen, a los órganos encargados de administrar justicia, imprimir celeridad a los procesos para brindar una sentencia oportuna.

Si bien evaluar la razonabilidad de lo que ha demorado un proceso siempre será un acto discrecional del intérprete, lo cierto es que existen circunstancias objetivas para su mediación, como lo son aquellos casos en los que existen normas que establecen plazos para resolver, y los órganos decisorios no los cumplen.

10. OBTENER REPARACIÓN POR los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba.

El debido proceso también incluye la posibilidad de que las personas puedan obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciban; esta garantía, además de estar colocada en el Artículo 94, guarda estrecha relación con lo dispuesto en el 98 y 99 de la Carta Magna; el último, vinculado a la vulneración de los derechos constitucionales, debe tener su implementación en la ley de desarrollo, tal cual lo ordena su segundo párrafo, el cual dispone que «la ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento». Por su parte, el Artículo 98, que resulta equivalente al 26 de la Constitución de 1976, tiene su cauce en el proceso administrativo, conforme se pronuncia el 658 de la LPCALE, que trata la responsabilidad patrimonial de la administración,

cuyo cauce no estaba precisado y requirió de pronunciamiento por el CG-TSP en la ya comentada Instrucción No. 245.

VI. En lo establecido en la instrucción rige el principio de irretroactividad de las leyes, o sea, no resulta de aplicación a los actos ocurridos antes del 10 de abril de 2019, lo que está en correspondencia con lo dispuesto en el Artículo 100 de la CRC.

La irretroactividad de las leyes significa que las normas legales rigen a partir de su vigencia, sin poder aplicarse a situaciones pasadas, sobre todo por razones de seguridad jurídica. Los sistemas jurídicos modernos suelen establecer que la aplicación retroactiva de las leyes no puede afectar derechos adquiridos o amparados por garantías constitucionales.

Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación amplia en el análisis de los requisitos para la administración de la justicia, por lo que el principio *pro actione* impone extremar las posibilidades de interpretación hacia aquello que resulta más favorable al acceso a la jurisdicción, la tramitación adecuada, el derecho a la defensa, que es el fundamental para una persona, física o jurídica, o para algún colectivo, a defenderse ante un tribunal de justicia con plenas garantías de igualdad e independencia, la revisión de lo decidido y la correspondiente reparación, cuando procede.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo Ramírez, Martín: *Introducción al estudio del Derecho procesal*, Señal Editora, Medellín, 2004.
- Alcalá, Zamora y Niceto Castillo: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, México D. F., 2000.
- Álvarez Tabío, Fernando: *Legalidad y justicia*, 1952, [s. m .d.].
- Bianchi, Alberto: «Declinación y caída del control judicial de la administración pública», en *La Ley*, Buenos Aires, agosto de 2010.
- Bonnin, Jean-Charles: «Principes de l'Administration Publique», París, 1808.
- Carnelutti, Francesco: *Las miserias del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Editorial Temis, Bogotá, 1997.
- Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 4.^a ed., Editorial Montevideo, Buenos Aires, 2002.
- Devis Echandía, Hernando: *Teoría general del proceso*, t. 2, Editorial Universal, Buenos Aires, [s.a.].
- Esparza Leibar, Iñaki: *El principio del proceso debido*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- Fernández, Bulté J.: *Teoría del Estado y el Derecho; teoría del Estado*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

- Ferrer Beltrán, Jordi: *Pruebas y verdad en el Derecho*, 2.ª ed., Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.
- Fix-Zamunido, Héctor: *Constitución y proceso civil*, UNAM, México D. F., 1974.
- Forsthoﬀ, Ernest: *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- Gracia Ramírez, Sergio: «El debido proceso. Concepto general y regulación de la Convención americana sobre derechos humanos», en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año xxxix, no. 117, septiembre-diciembre de 2006.
- Grillo Longoria, Rafael: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1994.
- Hoyos, Arturo: *El debido proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1998.
- Larenz, Kart: *Derecho justo; fundamentos de ética jurídica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- Ledesma Narváez, Marianella: *Comentarios al Código procesal civil*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
- Mendoza Díaz, Juan: *Derecho procesal. Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Merkel, Adolfo: *Teoría general del Derecho administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- Monroy Gálvez, Juan: *Introducción al proceso civil*, t. 1, Editorial Temis, Bogotá, 1996.
- Morales Godo, Juan: *Instituciones de Derecho procesal*, Palestra Editores, Lima, 2005.
- Picó I Junoy, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
- Ponce Solé, Juli: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando: *El derecho de defensa en las actuaciones administrativas*, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998.
- Valencia Villa, Hernando: *Diccionario de derechos humanos*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 2003.
- Vázquez Sotelo, José Luis: «Los principios del proceso civil», en *Responso Jurisperitorum Digesta*, Universidad de Salamanca, 2000.

ANEXOS

Anexo 1

Ley No. 82, «De los tribunales populares», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 8, La Habana, 14 de julio de 1997.

Artículo 42.1. Para ser elegido juez profesional de los tribunales populares, se exigen los requisitos siguientes:

a) estar habilitado para el ejercicio del Derecho por título expedido o revalidado por universidad o institución oficial autorizada;

b) ser ciudadano cubano;

c) gozar de buen concepto público y poseer buenas condiciones morales.

2. Además de los requisitos que se establecen en el apartado anterior, para ser elegido juez profesional es necesario haber ejercido como jurista, o la docencia en las facultades de Derecho de alguna de las universidades nacionales, durante:

a) diez años, si la elección es para el Tribunal Supremo Popular;

b) cinco años, si es para un tribunal provincial popular;

c) dos años, si es para un tribunal municipal popular. Se exceptúan de este término los recién egresados de las facultades de Derecho a que se refiere el inciso c), apartado 2 del Artículo 8.

3. A los efectos de determinar el tiempo de experiencia a que se refiere el apartado anterior, pueden sumarse los períodos de actividad en los cargos o funciones señalados.

4. En el caso del juez profesional de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Popular, se requiere, además de los requisitos que se establecen en los apartados 1 y 2, que se encuentre prestando servicio militar activo.

5. Para el ingreso a los tribunales, como juez profesional, los candidatos deben además hallarse en la relación de aspirantes aprobados en los ejercicios de oposición que a ese efecto convoque el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, según las normas reglamentarias que se dicten al efecto. Se exceptúan de ello los cargos de presidente y vicepresidentes del Tribunal Supremo Popular y de los tribunales provinciales populares.

6. No obstante, excepcionalmente, el presidente del Tribunal Supremo Popular podrá proponer candidatos al órgano elector, prescindiendo de los requisitos a que se contraen los apartados 2 y 5 del presente artículo, cuando las circunstancias prevalecientes no permitan la observancia de tales exigencias.

Anexo 2

Ley No. 7, LPCALE, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 34, La Habana, 19 de agosto de 1977, modificada por el Decreto Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 33, La Habana, 27 de septiembre de 2006.

Artículo 49. Los jueces pueden ser recusados del conocimiento de los asuntos por algunas de las causas señaladas en el artículo siguiente.

Artículo 50. Son causas de recusación:

1) el parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con alguna de las partes, sus representantes en el proceso o sus defensores; 2) la relación de adopción, tutela o guarda legal con alguna de las personas anteriormente señaladas; 3) tener pleito pendien-

te con cualquiera de las partes; 4) hallarse sujeto a proceso en virtud de haber sido denunciado por alguna de las partes; 5) tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes; 6) haber sido defensor de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito como abogado o intervenido en él como testigo, perito o fiscal; 7) haber dictado resolución definitiva en instancia inferior; 8) tener interés en el proceso o en otro pendiente sobre idéntica cuestión de derecho.

Artículo 52. Solo pueden recusar los que sean parte legítima o tengan derecho a serlo y se personen en el proceso a que contraiga la recusación.

Artículo 53. La recusación se propone en el primer escrito que presente el recusante una vez que tenga conocimiento de la intervención del juez en quien concurra la causa de recusación, cuando sea esta anterior y tenga conocimiento de ella. Cuando la causa fuere posterior o, aunque anterior, no hubiere tenido antes conocimiento de ella el recusante, la debe proponer tan pronto llegue a su noticia. Puede asimismo proponerse verbalmente ante el propio tribunal al constituirse este para la celebración de la vista del proceso o del recurso, en su caso.

Artículo 54. Si el recusado acepta la causal alegada será sustituido por el que legalmente corresponda. En otro caso, si el tribunal admite el incidente de recusación, se formará pieza separada para sustanciarlo, en el que no podrá intervenir el recusado. El proceso seguirá sustanciándose sin intervención del recusado, que será sustituido por el que legalmente corresponda, hasta la citación para sentencia definitiva. En este estado se suspenderá el proceso hasta que se decida el incidente, si este no estuviera terminado.

Artículo 56. El tribunal podrá rechazar de plano la recusación propuesta si no se funda en alguna de las causas taxativamente señaladas en la ley, o la alegada fuere manifiestamente infundada.

Artículo 57. En la resolución en que se declare no haber lugar a sustanciar la recusación, o se desestime esta, se impondrán las costas al recusante y una multa de veinticinco pesos. Esta disposición no se aplicará al fiscal.

Artículo 60. El juez o secretario comprendido en alguna de las causas de recusación lo pondrá en conocimiento del tribunal a que pertenezca, sin esperar a que se le recuse; y el tribunal siendo aquella cierta, lo tendrá por excusado, quedando desde ese momento eximido de intervenir en las actuaciones sucesivas del proceso.

Proceso penal cubano

BASES PARA EL TRATAMIENTO LEGAL A LAS NULIDADES DE LOS ACTOS DEFECTUOSOS

*Esp. Jesús Ramón García Ruiz
Magistrado, Sala de lo Penal, TSP*

*Lic. Kenia Vasallo Olivera
Magistrada, Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado, TSP*

Resumen: El trabajo fundamenta la necesidad de introducir, en la próxima Ley del proceso penal, el tratamiento a las *nulidades de los actos procesales defectuosos* (APD), sobre la base del vigente marco constitucional cubano, tomando en cuenta los *principios de trascendencia, convalidación y saneamiento*; a ese efecto, expone su vinculación inequívoca con la calidad de la justicia, hace un breve análisis de varios de los principales planteamientos que la doctrina recoge respecto a este asunto, relaciona un grupo de autores foráneos y nacionales, y propone las bases generales sobre las que se debe sustentar esta novedad legislativa.

Abstract: The work supports the need to introduce, in the next Criminal Procedure Law, the treatment of nullities of defective procedural acts, based on the current Cuban constitutional framework, taking into account the principles of transcendence, validation and sanitation. To this end, it exposes its unequivocal link with the quality of justice, makes a brief analysis of several of the main approaches that the doctrine gathers on this matter, lists a group of foreign and national authors, and proposes the general bases on the that this legislative novelty must be supported.

Palabras clave: calidad de la justicia, debido proceso, derechos fundamentales, garantías esenciales, formalidades procesales, actos procesales defectuosos, nulidades, trascendencia, convalidación, saneamiento.

Keywords: quality of justice, due process, fundamental rights, essential guarantees, procedural formalities, defective procedural acts, nullity, significance, validation, sanitation.

Sumario: Planteamientos introductorios. Breve reseña de la dogmática sobre los actos procesales defectuosos. Cuestionamiento de posibles riesgos por la regulación legal de su sanea-

miento. Propuesta de bases para regular el tratamiento de dichos actos. Conclusiones. Bibliografía. Anexos.

PLANTEAMIENTOS INTRODUCTORIOS

El Sistema de Tribunales (ST) del país asume el asunto de la «calidad¹ de la justicia» como uno de sus objetivos estratégicos porque se trata de una megaspiración, en tanto deviene una garantía esencial que se pone de manifiesto en la solución del proceso, cuando la respuesta al justiciable es respetuosa, apegada a la ley y la razón, sin dilaciones indebidas y con total transparencia, de manera que su presencia evita una injustificada afectación real o probabilística a los intereses y bienes jurídicos de la sociedad.²

Mas, cuando se controlan y evalúan los procesos penales a través de los recursos, en procedimientos de revisión e inspección judicial, en supervisiones a los diferentes órganos que integran el sistema, o cuando se tramitan planteamientos y quejas de la población, se detectan APD que trascienden a la calidad de la justicia, siendo una realidad que podría haber sido enmendada durante la sustanciación del proceso, si se le permitiera al órgano juzgador, de oficio o por vía de su denuncia por cualquiera de las partes; pero lo cierto es que nuestra norma procesal penal es muy parca en ese sentido, como mismo es escuálido el abordaje teórico que recibe el asunto, situación que ha sido reiterada por varios profesionales de la academia y por otros operadores inmersos en la práctica judicial en esta materia.

Esto ocurre, en primer término, porque la cultura de las nulidades, abordadas en el sentido amplio de la palabra, parece ser asumida como un asunto para el proceso civil, más apegado a las formalidades y sobre el que se alega, con un serio componente de oposición en la actualidad, que priman los intereses particulares, mientras que se trata de justificar esa falta de cultura en el proceso penal, señalando que en este último lo que se busca, con mayor denuedo, es la solución del conflicto social generado por el delito, más allá de las formalidades para obtenerla.

En ese sentido, es absoluto decir que en el proceso penal cubano los actos defectuosos sobreviven solo para ser saneados, mediante pronunciamientos judiciales declarativos de su nulidad en segunda instancia, cuando el tipo de recurso lo admita, o en procedimientos de revisión e inspección judicial, con el consiguiente renvío de las actuaciones y el lastre que esto significa para

¹ En *Hacia una cultura de la calidad en el SIME*, Raúl Mederos Afá cita la ISO 84 02:84 para definir la *calidad* como el conjunto de propiedades y características de un producto o servicio que le confiere su aptitud para satisfacer las necesidades expresadas o implícitas.

² Remigio Ferro: «La independencia judicial y la gestión de la calidad en los tribunales», en *Justicia y Derecho*, no. 25, pp. 3-61.

la solución del proceso en un plazo razonable, que es otro de los criterios de medida de la calidad de la justicia.

Así, en el Artículo 3 de la Ley de procedimiento penal (LPP), se señala que, cuando a juicio del fiscal o del tribunal resulte necesario ejecutar precisiones de aspectos relacionados con las actuaciones practicadas por la policía o el instructor, se dispondrá lo que corresponda por el órgano respectivo, evitando, en lo posible, retrotraerlas a una fase anterior del proceso; y en el resto de la norma legal mencionada, un estudioso como Danilo Rivero García³ señala que no son mucho más de siete⁴ los preceptos que posibilitan, en primera instancia, declarar la nulidad o anular actos procesales.

Entonces, lo que sí se puede afirmar del texto de la LPP es que trata de evitar el retorno a momentos o estadios anteriores del proceso, mientras que la supletoria Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, en el segundo párrafo del Artículo 178, inhabilita al órgano juzgador de primera instancia para declarar la nulidad de resoluciones propias, cuyo saneamiento depende del recurso que se interponga contra estas.

En otro de sus posibles orígenes, ceñido a una probable omisión del legislador, el propio Rivero García agrega que el problema existe desde la Ley de enjuiciamiento criminal española (LECrim), de 1882; y los autores consideran que, desde tal perspectiva, viene a ser un asunto que, hasta ahora, no le había interesado mucho al legislador cubano, mientras que el mutismo de la histórica norma procesal hispana ya fue salvado, a partir de una regulación general introducida, en principio, en su actual norma orgánica del poder judicial.

Por ende, estamos ante una cuestión interesante, cuyo análisis resulta inaplazable por la impronta del nuevo marco constitucional y la necesidad de elevar la calidad en la impartición de la justicia; además, es poco abordada en la academia y por el legislador en suelo patrio, toda vez que así lo manifiestan personalidades consultadas en principio (*vid.* Anexo 1), a lo que se añade que la práctica judicial no la ha configurado con sistematicidad. Igualmente, es una temática de necesario esclarecimiento porque el asunto de los APD transita por el cauce del derecho a un proceso penal garantista y sin dilaciones indebidas, y casi siempre recalca en sus riberas, afectándolo directamente.

En resumen, las razones que apoyan este artículo son las siguientes:

- La LPP carece de una sistemática acerca de los APD, sus nulidades y efectos.

³ «Las nulidades en la práctica procesal penal cubana», en *Boletín ONBC*, no. 23, [s. p.].

⁴ Se trata de los artículos 3, 48, 90, 166, 348, 352 y 454 de la LPP, a los que los autores agregan que el 79 y el 464 abarcan los casos del recurso de casación de oficio y la revisión de sentencias y autos de sobreseimiento libre.

- En contraste con esto, la Constitución de la República de Cuba (CRC), promulgada el 10 de abril de 2019, en su Artículo 94 c), establece como garantía de seguridad jurídica que toda persona disfruta de un debido proceso judicial; y, en ese sentido, goza del derecho a aportar los medios de prueba pertinentes y «solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido», lo que obliga, por mandato de la disposición transitoria décima de la ley suprema, al desarrollo normativo de la institución de las nulidades procesales en la nueva norma procesal penal que se apruebe.

- El tratamiento doctrinal sobre el asunto es escaso en Cuba y este imperceptible movimiento de la academia tiene que ser revertido, a partir de los cambios en el espectro del debido proceso penal, de la manera que lo concibe la nueva norma constitucional cubana.

- Replicando el mutismo de la norma adjetiva, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP) ha emitido instrumentos normativos dispersos, algunos bastante alejados temporalmente, los que no han penetrado en la esencia de esta problemática (*vid.* Anexo 2).

- Las revocaciones de sentencias (por quebrantamiento de forma) por parte de las salas de la especialidad del TSP son mayoritarias, de lo que surge la expectativa de cuántas de estas pueden haber estado influidas por APD que afectaron formalidades y garantías esenciales que pudieron ser saneados en primera instancia al advertirse el problema.

- A lo anterior, se agrega que, en las diferentes acciones de supervisión, en los procedimientos de revisión y de inspección judicial, y al ser atendidos planteamientos y quejas de la población en el ST, siguen detectándose APD en materia penal y, no obstante estar compendiados y ser analizados en todos los niveles,⁵ continúan incidiendo en la calidad de la justicia; y los operadores del proceso penal no están dotados de cultura ni técnica para enfrentar APD que agreden formalidades y garantías esenciales reconocidas en el debido proceso.

Por todo ello, en principio, se afirma que los APD no deben existir porque ningún sistema puede ser creado o diseñado para que funcione mal o con deficiencias, pero son un hecho admitido, provocado por condiciones objetivas y subjetivas, y afectan la calidad de la justicia; por ende, el objetivo básico de este trabajo se focaliza en tratar de mover la mente del legislador y del operador del sistema de justicia penal, respecto a la necesidad de cambiar las cosas en lo que concierne al asunto

⁵ En este caso, resulta importante el Acuerdo Circular No. 163, de 22 de junio de 2017, que complementa la Instrucción No. 205, de 2011, precisando los aspectos que deben ser objeto de examen al evaluar los procesos que tramitan y resuelven los tribunales en las diferentes materias; y, en la penal, los concentra en los términos, formalidades y garantías esenciales.

y ponerlas a tono con las exigencias que emergen de la promulgación de la nueva CRC.

BREVE RESEÑA DE LA DOGMÁTICA SOBRE LOS ACTOS PROCESALES DEFECTUOSOS

El estudio de los APD (*vid.* Anexo 3) y su vinculación con el derecho a un proceso penal garantista y sin dilaciones indebidas⁶ transita, inevitablemente, por varios escalones, que incluyen:

- La teoría general del Derecho, desde la óptica de los actos jurídicos en sentido general.

- La doctrina elaborada para el proceso civil, en la que aparecen exponentes clásicos, contemporáneos y modernos, de primerísima e innegable importancia, quienes han dejado improntas aplicables, también, en otros campos procesales, de suerte que se tenga que repetir la máxima de que lo dicho acerca de los APD en lo civil sirve, en principio y por sus fundamentos, para el penal, aun cuando todavía se pretenda deslindar un tipo de proceso y otro, sobre la base de la reiterativa justificación del interés concreto que se protege y persigue en cada uno.

- Las ideas que se manejen en la doctrina de los APD en lo penal únicamente llegan luego de conocerse los fundamentos generales y particulares antes mencionados, de suerte que, cuando se aborda el asunto en estudio, se evidencian zonas oscuras en determinados contextos doctrinales y legales, siendo estas las que requieren una explicación científica fundada en el conocimiento acumulado y en el que está en proceso de producción y acumulación.

Respecto a estos escalones, existe una doctrina general en la que muchos estudiosos han abordado el asunto desde atalayas que conducen a posiciones convergentes en unos casos, aunque en otros disienten; de ahí que Viada López-Puigcerver⁷ afirme que la teoría de los vicios de los actos procesales y su ineficacia es una de las más confusas de la moderna ciencia del Derecho procesal, quizás por la falta de estabilidad en la doctrina análoga del derecho material o por una falta de construcción acabada y de un criterio consensuado entre los procesalistas.

⁶ En su concepción integral, implica que el proceso penal debe estar acomodado, racionalmente, a los términos y plazos que la norma adjetiva y los instrumentos normativos complementarios fijan, tomando en cuenta su complejidad, mensurada por los márgenes ordinarios de duración de conflictos del mismo tipo, y la conducta de los sujetos que intervienen en la relación.

⁷ *Lecciones de Derecho procesal penal*, [s. p.].

Razones de espacio impiden particularizar los planteamientos que, al respecto, en los procesos civil y penal, indistintamente, han desarrollado catedráticos importantes, como Emilio Gómez Orbaneja,⁸ Jaime Guasp,⁹ Andrés De la Oliva,¹⁰ Enrique Jiménez Asenjo¹¹ y Juan Montero Aroca,¹² sin dejar de mencionar a Francesco Carnelutti, quien estimó que la ineficacia de los actos jurídicos imperativos es, sin comparación, más compleja que la de los demás actos jurídicos porque, en estos, lo mejor se convierte en lo peor, si la juridicidad falta, ya que cuanto se ha hecho por obtenerla es inútil, y esa es una pérdida económica y social, advirtiendo que, en este campo, ha de actuarse con cautela, no tanto con la exigencia de los requisitos como con la de aquellos, so pena de ineficacia.¹³

Eugenio Florián, que es, de todos los tratadistas mencionados, quien mayores preocupaciones sostiene sobre los APD, aprecia que se trata de una materia de gran interés procesal y de un alto valor sistemático, por lo que atañe a la concepción fundamental y sistémica del proceso, y agrega que todas las nulidades son consecuencia de la existencia en el proceso de formas y actividades fundamentales de interés público, que no admiten modificación de las líneas trazadas por la ley, y formas y otras actividades secundarias dejadas al interés privado de su apreciación.¹⁴ Incluso se hace preguntas que hoy en día están pendientes de respuestas debidamente fundamentadas (*vid.* Anexo 4).

En el entorno latinoamericano, Enrique Vescovi¹⁵ expresa que la tendencia moderna que se está insertando en las normas adjetivas civiles es la de evitar las nulidades y a no declararlas, aunque existan, salvo en determinados casos y sometidas a limitaciones, entre las cuales resalta la derivada del «principio de trascendencia», o sea, que no haya nulidad sin perjuicio, y a lo que denomina «nulidad en cascada», que se proyecte al pasado procesal solo en cuanto a los actos que son consecuencia del declarado nulo o a aquellos que le dieron origen a este.

⁸ Gómez Orbaneja y Herce Quemada: *Derecho procesal*; Derecho procesal civil, vol. I, 3.ª ed., p. 197.

⁹ Guasp y Aragonés: *Derecho procesal civil*, t. 1, 7.ª ed., pp. 338-345.

¹⁰ De la Oliva y Fernández: *Derecho procesal civil*, t. 2, pp. 122-131.

¹¹ *Derecho procesal penal*, vol. I, pp. 322-341.

¹² Montero Aroca, Ortells Ramos y Gómez-Colomer: *Derecho jurisdiccional*, t. 1, pp. 577-583. Sobre su propuesta de una teoría unitaria del proceso, se recomienda a Mendoza Díaz: «Hacia una concepción unitaria del Derecho procesal en Cuba», p. 8.

¹³ Carnelutti: *Teoría general del Derecho*, p. 331.

¹⁴ Florián: *Elementos del Derecho procesal penal*, pp. 118-133.

¹⁵ «Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano», en *www.monografías.com*, p. 40.

Otros que se destacan son los argentinos Julio B. J. Maier¹⁶ en sus exposiciones de motivos del Código procesal modelo para Iberoamérica y del procesal penal de la provincia de Córdoba de 1999; Mario A. Houed,¹⁷ Sergio Gabriel Torres¹⁸ y el costarricense Alexander Vargas Sanabria.¹⁹

En Cuba, los APD han sido poco desarrollados en la academia, al menos en la segunda mitad del pasado siglo; pero, en los comienzos del actual, se nota un despegue que tiene como punto de partida el llamado de Rivero García a pensar sobre el problema.

Desde el punto de vista de una construcción dogmática cubana sobre los vicios y la ineficacia del negocio y el acto jurídico, en los textos básicos²⁰ de enseñanza del Derecho, el asunto se aborda sin mucha profusión, lo que ratifica que, desde la formación académica inicial en las universidades, los futuros juristas cubanos se nutren de escuálidas bases doctrinales para analizar y comprender el fenómeno que representan los APD; en uno de los ejemplos utilizados en la asignatura de Derecho procesal penal para la formación académica primaria, no se profundiza en este asunto y se opta por citar a importantes tratadistas, sobre todo españoles e italianos.

No obstante, en la actualidad, se descubren pretensiones de ir perfilando en las universidades determinadas bases teóricas al respecto e incitando al estudio más profundo y pormenorizado sobre esto. Destacan los casos de Caridad del Carmen Valdés Díaz,²¹ que ofrece determinadas explicaciones acerca de la ineficacia de los actos y negocios jurídicos y su regulación en la materia civil sustantiva en Cuba en uno de los textos básicos de esa asignatura, a lo que se agrega que Leonardo B. Pérez Gallardo²² logró anotar y concordar el articulado de la sección quinta del Capítulo III (Título IV) del Código civil, relativa a la ineficacia de los actos jurídicos, con pronunciamientos de sentencias dictadas por las salas de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana y del TSP, que versan sobre las causas de nulidad y anulabilidad de aquellos. Uno de

¹⁶ «Exposición de motivos del Código procesal penal de la provincia de Córdoba, de 1999», material en soporte digital facilitado a los autores por el doctor Dayan G. López Rojas, profesor de Derecho procesal penal de la Universidad de Matanzas, quien, también, proporcionó las fuentes incluidas en las tres notas siguientes.

¹⁷ «Las nulidades en el proceso penal».

¹⁸ *Nulidades en el proceso penal*, 2.ª ed. actualizada y ampliada.

¹⁹ «Nulidades procesales».

²⁰ A modo de ejemplo, se sugiere examinar a Fernández Bulté: *Teoría del derecho II*.

²¹ «Causas de las relaciones jurídicas civiles», en Colectivo de autores, *Derecho civil, parte general*, [s. p.].

²² *Código civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1987 (anotado y concordado)*. Desde el Artículo 67 hasta el 75, el Código civil regula la ineficacia de los actos jurídicos (pp. 70-92).

los mayores exponentes de dicha labor en la academia cubana es Juan Mendoza Díaz²³ (vid. Anexo 5).

En un somero rastreo al quehacer de la academia, en ese sentido, después del triunfo revolucionario de 1959, ya se mencionó a Díaz Pinillo y Rivero García, en el ámbito del proceso penal cubano; el trabajo presentado por el segundo de ellos, aunque no deja de citar a personalidades como Beling y Fenech, está más ligado a la práctica que a la teoría, por ser este el método de enseñanza al que más acudía, o sea, transmitir conocimientos desde las experiencias vividas y a través de ellas, en lo que fue un virtuoso.

Más próximos en el tiempo, Osvaldo M. Álvarez Martínez²⁴ afirma que las nulidades procesales están pobremente reguladas en procedimientos específicos y pueden tener un denominador común, no importa que se esté sustanciando un proceso civil, penal, económico, administrativo, laboral o de familia, porque lo que se busca es llegar al cabal conocimiento de que aquellas hay que apreciarlas, en puridad, en la doctrina. Afirma este autor que la ausencia de las nulidades en el Derecho positivo no debe entrañar su no consideración o estimativa, sino, todo lo contrario, concluir que, en tanto conducta procesal defectuosa, puede ser advertida, conocida y resuelta de oficio por los tribunales de justicia en cualquier momento procesal, para garantizar la recta inteligencia de los procesos y la pureza de los procedimientos.

Cita como principios que operan en esta materia el de *tipicidad*, que supone, básicamente, que ninguna nulidad puede ser declarada si con anterioridad no se encuentra prevista en las leyes procesales; critica que esta formulación es en extremo rígida porque no puede partirse del criterio de que el legislador sea omnividente para prever todos los supuestos de nulidades que se puedan dar; el de *las nulidades implícitas*, que es el más aceptado y se vincula a la comprensión de que los APD resultan nulos por haber sido privados de sus efectos normales; y el de *generalidad*, que se aleja de los patrones rígidos del primero y se asienta en la idea de que la regulación de la nulidad de los APD tiende a contenerse en normas que, en mayor o menor medida, poseen un marcado carácter genérico.

Otra obra autóctona interesante es la de Ramón Yordanis Alarcón Borges,²⁵ quien aborda la nulidad de los actos procesales penales y señala que pudiera resultar un tanto insignificante, dentro de la amalgama de problemáticas pendientes en el Derecho procesal penal cubano, pronosticando que el futuro de esto transitará por un proceso garantista y ajustado a principios, en el que, indudablemente, el análisis de la validez y eficacia de

²³ *Derecho procesal, parte general*, pp. 315-319.

²⁴ «Las nulidades en el proceso civil», en *Memorias del I Encuentro nacional de Derecho procesal* (soporte digital), pp. 1-5.

²⁵ «La actividad procesal defectuosa: Contribuciones teóricas para su perfeccionamiento en nuestra legislación procesal penal», en *Memorias del II Encuentro internacional de Derecho procesal*.

tales actos ocupa una posición relevante en el proceso de análisis mismo, lo que hoy se erige en una verdad constitucionalmente aceptada.

Más recientemente, se ventiló el asunto en el ámbito del Derecho procesal civil en Abogacía 2016, a través de la obra de Joaquín Ángel Collado Barbán y Vanesa Lima Sotolongo, quienes afirman que la adecuada integración de las nulidades en el proceso civil —y también en el penal, se agrega— es una de las cuestiones pendientes, siendo evidente la falta de claridad que envuelve a esta institución en el Derecho procesal y la necesidad de establecer criterios claros que permitan su aplicación racional, evitando que pueda convertirse en un obstáculo imprevisible para el normal desenvolvimiento del proceso; de lo que resulta que sea una exigencia inevitable derivada de la seguridad jurídica y de la estratégica misión que el Derecho procesal está llamado a cumplir en el ordenamiento jurídico, ya que de su concepción depende, en gran medida, la propia razón de ser de la nulidad, pues la confusión en torno a sus causas y su modo de operar no hace si no privarla de sentido y convertirla en un fácil recurso para la prolongación injustificada del proceso.²⁶

Por último, en un somero pase de revista al movimiento legislativo en el contexto iberoamericano, la Ley orgánica del poder judicial española (LOPJ), de 1985, introduce las nulidades de los actos judiciales y suple así el vacío de la LECrim; mientras que el Código procesal modelo para Iberoamérica sienta pautas que, luego, siguen, en sentido general, el Código de procedimiento penal de Colombia (2000), a raíz de la reforma que sufrió cuatro años después, introduciendo un título denominado «Ineficacia de los actos procesales»; el Código orgánico procesal penal de Venezuela (1998); y los de Costa Rica (1998) y Chile (2000), entre otros.

Respecto a este movimiento, Vescovi trazó denominaciones comunes de las líneas que siguen las codificaciones procesales civiles latinoamericanas modernas; y se puede expresar algo similar en relación con las penales iberoamericanas de reciente factura, que se resumen en los aspectos siguientes:

- Los APD que provoquen perjuicios o que no alcancen el fin propuesto en el proceso serán los susceptibles de nulidades, siempre que esa sea la única forma de reparación del perjuicio o para alcanzar el fin indicado.
- Los APD que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por las leyes fundamentales y por los tratados, acuerdos y convenciones internacionales suscritos por esos Estados, en relación con aspectos sustanciales del debido proceso, serán objeto de nulidad absoluta, incluso de oficio.
- Solo de manera excepcional podrá retrotraerse el procedimiento a períodos ya precluidos, para renovar actos, rectificar errores o cumplir actos omitidos.

²⁶ «Nulidad de actuaciones: realidad en la ley procesal civil cubana», en *Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos*, p. 35.

- Los efectos de la declaración de nulidad de los APD no se extenderán a los sucesivos que fuesen independientes de estos ni a aquellos cuyo contenido hubiera permanecido invariable, aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la declaración de nulidad (*nulidad en cascada*).

CUESTIONAMIENTO DE POSIBLES RIESGOS POR LA REGULACIÓN LEGAL DE SU SANEAMIENTO

Es una certeza que el Artículo 94 c) de la CRC obliga a introducir en la LPP que se proyecta una regulación legal específica para el saneamiento de los actos procesales defectuosos.

Como resultado de esta necesidad, surge el interrogante esencial de si, eventual o regularmente, pueden aparecer efectos antinómicos entre el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y las posibles soluciones que la ley futura ofrezca a los APD penales que afectan garantías y derechos esenciales. Es evidente que la respuesta requiere de un estudio de campo, estadístico y práctico, que no es posible en la actualidad por faltar la norma propiamente y la experiencia que dimanará de su aplicación; por eso, cualquier labor de creación normativa precisa de un mesurado análisis de cuáles serían las variantes más factibles a insertar en la norma legal adjetiva que se proyecta en el país, evitando, sobre todo, ese contradictorio efecto o reduciendo su riesgo de aparición.

Por otro lado, aunque no sea una característica que el proceso penal cubano esté matizado por las escandalosas dilaciones indebidas que conforman los estándares institucionales y sociales en muchas regiones del planeta, entre las cuales sobresale el entorno latinoamericano (según lo demuestran indicadores estadísticos oficiales), sí padece ciertas limitaciones y carencias objetivas y subjetivas (*vid.* Anexo 6), añadidas a las de la norma misma, las que pueden conducir a la lesión de ese derecho fundamental del debido proceso, que está dirigido a que los destinatarios directos y la sociedad, en sentido general, reciban con prontitud la respuesta judicial específica ante el hecho delictivo.

Por ende, otra variante sobre la que se debe trabajar (para evitar cualquier efecto antinómico entre el saneamiento de los APD y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas) recalca en la necesidad de identificar correctamente y trabajar por reducir y eliminar esas limitaciones y carencias objetivas y subjetivas, que, en primer lugar, resultan causas y condiciones propicias para que aparezcan los APD.

Las vivencias con que se cuenta sobre el desarrollo del proceso penal cubano en cada caso concreto permiten abarcar temáticas inexploradas o poco exploradas de este, en las que subyacen limitaciones y carencias

normativas y prácticas muy puntuales que trascienden negativamente al interés general de que la justicia se haga como la luz, pronta y clara, permanentemente respetuosa de los derechos y garantías reconocidos para sus destinatarios particulares y generales. Lo que sucede es que lo nuevo, que en este caso sería introducir en la futura norma jurídica una regulación legal para el saneamiento de los actos defectuosos, no puede asustarnos por los posibles efectos negativos que provoque en la duración del proceso, pues de lo que se trata es de evitar los primeros, convirtiéndolos en una rara excepción.

De manera que la posibilidad de un impacto antinómico solo se erige como justificación para eludir un inaplazable tratamiento legal que sirva de antídoto contra los APD, que no siempre son el resultado de una actuación involuntaria o inconsciente del operador del sistema de impartición de justicia penal y, cuando así lo sean, tampoco se deben permitir.

En ese sentido, un pensamiento revolucionario sería el de cuestionar las repercusiones negativas que tiene el actual escaso tratamiento doctrinal y normativo de los APD en nuestro país, sobre la confirmación del derecho a un debido proceso penal, garantista y sin dilaciones indebidas; y, a partir de este cuestionamiento, trabajar en la urgente elaboración de una doctrina autóctona al respecto, que justifique y determine las bases sobre las que debe asentarse su futuro tratamiento legal.

PROPUESTA DE BASES PARA REGULAR EL TRATAMIENTO DE DICHOS ACTOS

Para recalcar en el objetivo básico del trabajo, es necesario refrescar varias nociones. Entre ellas, cabe destacar que el tratamiento de los APD, como novedad que se analiza, apareció regulado en normas jurídicas de diversos países; por ejemplo, en España, en principio, se recogió en la LOPJ, a la que se le señaló que ese tipo de disposición normativa no tiene como encomienda tal objeto, sino otro de naturaleza organizativa de la estructura del denominado poder judicial; y los críticos tienen razón en gran medida, debido a que a las normas procesales les incumbe diseñar la actuación de cada sujeto.

Conforme al movimiento legislativo en el entorno latinoamericano, sus posiciones no comulgan con las adoptadas en España, a raíz del reordenamiento legal de su poder judicial, ya que aquí el asunto se aborda en las normas adjetivas específicas. En esencia, las regulaciones promulgadas tienen denominadores comunes fundados en los códigos procesales modelo para cada materia y en el creciente llamado de la doctrina hacia el respeto de las garantías y los derechos fundamentales consagrados en sus constituciones, en las leyes complementarias y los tratados internacionales vigentes para el país.

En todos los materiales consultados para este trabajo, las nulidades de los APD se tramitan por vía del incidente, en el mismo proceso y sin detener el curso de aquellas actuaciones que no tienen relación directa con el acto que se pretende sanear; su promoción corresponde a la parte afectada, aunque el propio tribunal puede disponerla de oficio.

En la doctrina, se aplican tres principios elementales, que deben recogerse en la legislación procesal penal cubana:

- El de *trascendencia*. El APD que pretenda invalidarse, que implique el menoscabo de las garantías esenciales y derechos fundamentales del procesado, pueda dar lugar a una respuesta judicial agravatoria del estado del imputado (acusado, tercero civilmente responsable) o para la víctima o perjudicado, y conlleve su nulidad absoluta.

- El de *convalidación*. Se aplica a los APD exentos de la posible nulidad absoluta, por estar vinculados al incumplimiento de formalidades legales, los que, por regla general, se tienen por válidos, en tanto no sean denunciados por la parte afectada o de posible perjuicio.

- El de *saneamiento*. Mediante el cual la norma perfila los elementos básicos o clave para la solución del fenómeno: los sujetos procesales que pueden instarlo, el momento y la forma de hacerlo, y la consecuencia, que está supeditada al tipo de defecto que contenga tal acto.

En la vigente ley de trámites penales cubana, el tratamiento a los APD no es una asignatura suspendida por ausencia total de mecanismos tendientes a ese objetivo, por lo que sería más apropiado decir que resulta insuficiente su tratamiento, máxime cuando aparecen ejemplos palmarios en sus artículos 50, 263.1 y 290, que son casos clásicos para sanear APD por vía de aclaración de resoluciones judiciales que presentan conceptos oscuros, omisiones o equivocaciones importantes; para devolver el expediente de fase preparatoria al fiscal cuando haya sido vulnerada alguna formalidad del procedimiento; y para cuando se requiera sustanciar alguno de los artículos de previo y especial pronunciamiento porque la acción penal se ejerce ante un tribunal que no es el competente, o falta autorización para proceder en los casos en que sea necesaria en sujetos sometidos a fuero especial, o está ausente el requisito de procedibilidad de la denuncia previa en aquellos delitos en que así lo establece la ley.

Por otro lado, los mecanismos normalmente empleados para enfrentar los APD tienen su máxima expresión en los recursos y procedimientos excepcionales de revisión e inspección judicial.

Son ejemplos clásicos de esa idea el recurso de casación por quebrantamiento de forma y el de oficio que establecen los artículos 70 y 79 de la LPP, y el del 456.1 de la propia norma adjetiva, como causal de revisión por incumplimiento de formalidades y garantías esenciales; también la casación del Artículo 402.2, y la inspección judicial del 446.

Para el tratamiento de los APD, la doctrina acepta que se pueden adoptar dos sistemas: uno, denominado *legal o de especificidad*, que se centra en que la ley define los casos específicos que serán objeto de saneamiento y la manera de realizarlo; se trata de un sistema de difícil concreción en la norma por lo extenso de los supuestos, lo que hace necesario una relación taxativa de aquellos y cómo actuar y resolver cada uno. El otro sistema (el adoptado en Cuba en la ley procesal civil) es el *judicial o judicialista*, que faculta al tribunal a disponer, de oficio o por denuncia de las partes, la nulidad absoluta o relativa de los APD en el propio proceso que se tramita, sin sujeción a casos taxativos relacionados en la norma.

Visto esto, las bases (*vid.* Anexo 7) sobre las que se debe sustentar el tratamiento que la futura norma procesal penal dispense al fenómeno tienen su punto de partida en los tres principios mencionados.

En primer término, por su trascendencia, los APD susceptibles de nulidad absoluta serían los que vulneran los derechos fundamentales y las garantías esenciales reconocidos en la ley suprema de la República, la norma procedimental y los tratados internacionales en vigor en el país, principalmente cuando se trate de violaciones vinculadas a los medios de pruebas que, luego, se articulan para quebrar el principio de presunción de inocencia del imputado o acusado.

En los demás casos no comprendidos en el supuesto precedente, o sea, cuando el APD haya sido cumplido transgrediendo las formalidades legales del caso, o en sí hubiera sido omitido (provocando algún perjuicio a cualquiera de las partes), el tribunal deberá esperar la denuncia incidental de la parte supuestamente afectada para disponer su repetición, de ser posible de acuerdo con el estado del proceso, la rectificación del error que padece, o que se lleve a efecto el acto, si es que hubo de ser preterido; todo lo que resume el principio de convalidación.

En tercer lugar, el saneamiento de los APD debe versar sobre los extremos siguientes:

- Por la imperatividad suprema del Artículo 94 c) de la CRC, siempre se tendrá que declarar la nulidad plena o absoluta de los que afectan los derechos fundamentales y garantías esenciales de la persona sujeto y parte en el proceso, sobre todo si se vincula al tema probatorio en sentido general.

- La nulidad absoluta será declarada de oficio o a instancia de parte, en cualquier etapa o estadio del proceso, incluyendo la de los recursos, e invalida todos los efectos del APD.

- Este tipo de nulidad nunca podría ser convalidada por falta de denuncia de la parte afectada ni por haber sido denegada por la autoridad que debió decretarla, lo que implica la posibilidad de reiterar su denuncia en etapas ulteriores del proceso.

- De modo excluyente, los demás APD que transgredan formalidades legales, con posible o real perjuicio a cualquiera de las partes, pueden ser

saneados por iniciativa del propio afectado, la que debe solicitar en la etapa en que se produjo el acto con ese problema, con la consecuencia de que pueda ser convalidado ante la falta de denuncia.

- El incidente de nulidad no suspendería el curso del proceso, evitando también retrotraerlo a etapas precedentes, y se sustanciaría dando traslado a las demás partes, mediante un procedimiento ágil, directo y con la posibilidad de recurrir la denegatoria de nulidad en los supuestos que sea necesario.

Por último, la ocasión se presenta oportuna para mejorar o perfeccionar otras vías de saneamiento de los APD que están previstas en la vigente LPP, como resultan ser las disposiciones sobre aclaración de resoluciones judiciales, la devolución de actuaciones al fiscal en la fase intermedia, y en los supuestos de aplicación de artículos de previo y especial pronunciamiento.

CONCLUSIONES

1. La inserción de una sistemática sobre las nulidades procesales en la futura Ley del proceso penal es una urgencia que tiene su causa en los principios, derechos fundamentales y garantías esenciales del debido proceso penal que perfila el Artículo 94 de la CRC, cuya máxima referencia expresa está en el inciso c) de este precepto, aunque no sea la única.
2. Lo más idóneo se concentra en aprovechar el marco en que se proyecta un conjunto de nuevas normas jurídicas sobre la materia, conforme a la disposición transitoria décima de la ley suprema, para desarrollar una propuesta de bases que posibiliten que los APD que aparecen en el proceso penal puedan ser saneados conforme a su trascendencia, y de una manera que evite un efecto antinómico, incrementando la calidad de la justicia, a la vez que se eviten o reduzcan al mínimo las dilaciones indebidas que hacen girar contrasentido a la justicia misma, como expresó José Martí.
3. Una segunda urgencia se justifica en la necesidad de motivar a los operadores del sistema de impartición de justicia penal para que se introduzcan en el examen del asunto en estudio, indicándoles un conjunto mínimo de posiciones dogmáticas o académicas, que les sirva para comprender que la calidad de la justicia es una meta esencial que transita, en primer lugar, por el pleno respeto y reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales y garantías esenciales reconocidas en la norma constitucional, en la procesal y en los

instrumentos internacionales en vigor para el país, de conformidad con lo previsto en el Artículo 8 de la nueva CRC.

4. Los autores procuran provocar, como necesidad institucional, el interés por identificar y solucionar los problemas que se suscitan en la práctica judicial cubana, en los últimos tiempos, vinculados a APD que trascienden negativamente al derecho a un debido proceso y minoran en demasía el objetivo esencial de la calidad de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Acanda, Ariel: «La actividad procesal defectuosa en el proceso penal cubano» (tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho), Facultad de Humanidades, Universidad de Matanzas, junio de 2012.
- Alocón Borges, Ramón Yordanis: «La actividad procesal defectuosa: Contribuciones teóricas para su perfeccionamiento en nuestra legislación procesal penal», en *Memorias del II Encuentro internacional de Derecho procesal*, La Habana, 2009.
- Álvarez Martínez, Osvaldo Manuel: «Las nulidades en el proceso civil», en *Memorias del I Encuentro nacional de Derecho procesal* (soporte digital), Ciego de Ávila, 2005.
- Carnelutti, Francesco: *Teoría general del Derecho*, trad. de Carlos G. Posada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- Collado Barbán, Joaquín Ángel y Vanesa Lima Sotolongo: «Nulidad de actuaciones: realidad en la ley procesal civil cubana», en *Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos*, La Habana, 2016.
- De la Oliva, Andrés y Miguel Ángel Fernández: *Derecho procesal civil*, t. 2, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, S. A., Madrid, 1990.
- Díaz Pinillo, Marcelino: «La teoría general de los actos procesales», en Colectivo de autores, *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Fernández Bulté, Julio: «Teoría del Estado y del Derecho», en *Teoría del Derecho II*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Florián, Eugenio: *Elementos de Derecho procesal penal*, trad. y referencias de Prieto Castro, Editorial Bosch, Barcelona, 1934.
- Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada: *Derecho procesal; Derecho procesal civil*, vol. I, 3.^a ed. aumentada y puesta al día, Editorial Bosch, Barcelona, 1951.
- Guasp, Jaime y Pedro Aragonés: *Derecho procesal civil*, t. 1, 7.^a ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.
- Houed V., Mario A.: «Las nulidades en el proceso penal», en www.monografias.com [consulta: 10-9-10].
- Jiménez Asenjo, Enrique: *Derecho procesal penal*, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, [s. a.].
- Maier, Julio B. J.: «Exposición de motivos del Código procesal penal de la provincia de Córdoba, de 1999» (versión digital).

- Mederos Afá, Raúl: *Hacia una cultura de la calidad en el SIME*, Centro de Gestión Empresarial, Superación Técnica y Administrativa, La Habana, 1998.
- Mendoza Díaz, Juan: *Derecho procesal, parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2015.
- Montero Aroca, Juan, Manuel Ortells Ramos y Juan-Luis Gómez Colomer: *Derecho jurisdiccional*, t. 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1991.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: *Código civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1887 (anotado y concordado)*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- Remigio Ferro, Rubén: «La independencia judicial y la gestión de la calidad en los tribunales» (tesis de maestría en Derecho constitucional y administrativo), en *Justicia y Derecho*, no. 25, La Habana, diciembre de 2015, pp. 3-61 (versión resumida) y no. 26, junio de 2016, pp. 8-17 (informe ejecutivo).
- Rivero García, Danilo: «Las nulidades en la práctica procesal penal cubana», en *Boletín ONBC*, no. 23, La Habana, abril-junio de 2016.
- _____: *Ley de procedimiento penal. Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (comentarios)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2008.
- Torres, Sergio Gabriel: *Nulidades en el proceso penal*, 2.^a ed. actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Valdés Díaz, Caridad del C.: «Causas de las relaciones jurídicas civiles», en *Derecho civil, parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Vargas Sanabria, Alexander: «Nulidades procesales», en *www.monografias.com* [consulta: 10-9-10].
- Vescovi, Enrique: «Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano», en *www.monografias.com* [consulta: 10-9-10].
- Viada López-Puigcerver, Carlos: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Editorial Alpe S. L., Madrid, 1950.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba, promulgada el 10 de abril de 2019.
- Código de procedimiento penal de Colombia, 2000 y 2004.
- Código orgánico procesal penal de Venezuela, 1998.
- Código procesal penal de Córdoba, Argentina, 1991.
- Código procesal penal de Costa Rica, 1996.
- Código procesal penal de Chile, 2000.
- Código procesal penal modelo para Iberoamérica, 1991.
- Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977, Ley de procedimiento penal (modificada).
- Ley de enjuiciamiento criminal, de 1881 (actualizada).
- Ley orgánica del poder judicial de España, 1985.

ANEXOS

Anexo 1

El profesor Juan Mendoza Díaz, tiempo atrás, en ocasión de plantearle el proyecto de asumir el asunto como objeto de una investigación científica, refirió que en el campo académico cubano se ha laborado poco en relación con los actos defectuosos, sus efectos y modos de solución en el proceso penal, no así en el campo civil; e, incluso, señaló que una de las escasas acciones indagatorias académicas al respecto se remonta al I Encuentro nacional de Derecho procesal (2005), con intervenciones de Danilo Rivero García y Osvaldo Manuel Álvarez Torres (también especialista, y profesor de la Universidad de Matanzas); este último con el tratamiento del proceso civil cubano y comparado. El propio Rivero García, en el artículo «Breve exposición del proceso penal en Cuba. Necesidad de una reforma», escrito años después (para ser incluido en un texto de futura publicación en Alemania, en homenaje al profesor Claus Roxin), reitera que las nulidades en el proceso penal cubano no han sido abordadas por la academia cubana, calificando esto como un examen pendiente y necesario por su relevancia. No obstante, en la búsqueda bibliográfica, se halló un trabajo elaborado por el M.Sc. Ramón Yordanis Alarcón Borges, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, que fue expuesto en el II Encuentro internacional de Derecho procesal, celebrado en La Habana en 2009, y que será abordado más adelante. En junio 2012, el estudiante Ariel Acosta Acanda presentó su tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho en la Universidad de Matanzas, en la que abordó la actividad procesal defectuosa en el proceso penal cubano, cuyo contenido resulta bastante acucioso por la bibliografía consultada y la recopilación de criterios de expertos nacionales. Este último trabajo se encuentra en el fondo científico-técnico de la institución universitaria.

Anexo 2

Un resumen de las disposiciones normativas del CG-TSP que se refieren a los actos procesales defectuosos, comprende:

- Acuerdo No. 7, de 1989, el cual dispuso que la nulidad de la sentencia, en virtud de procedimiento de revisión, implica igual efecto para los trámites de su ejecución.
- Acuerdo-Circular No. 163, de 2017, ya mencionado en este artículo.
- Instrucción No. 102, de 1981, en la parte que autorizaba la nulidad de las actuaciones para agravar la situación del recurrente, cuando el tribunal superior conocía de las actuaciones, en virtud de recurso de apelación, lo que quedó sin efecto en la actualidad, por quebrantar el principio de prohibición de reforma en contrario.

- Instrucción No. 205, de 2011, en lo concerniente a las evaluaciones de sentencias en segunda instancia, como consecuencia de recursos de apelación y casación.
- Instrucción No. 222, de 2013, que dejó sin efecto lo explicado para la Instrucción No. 102, de 1981, y autorizó que el tribunal que conoce del recurso de apelación en procedimiento abreviado anule las actuaciones, cuando se incumplan los requisitos formales del Artículo 481 de la LPP.
- Dictamen No. 196, de 1984, que reguló el modo de decidir del tribunal que resuelve un recurso, cuando detecta contradicción entre el acta de votación y la sentencia.
- Dictamen No. 222, de 1985, sobre aclaración de sentencias.
- Dictamen No. 306, de 1989, que dispuso la improcedencia de anular lo actuado en un asunto penal para devolver al fiscal, cuando se detecten quebrantamientos.
- Dictamen No. 414, de 2001, que ordenó la nulidad de lo actuado en la fase del juicio oral y el archivo formal del asunto, cuando el fiscal incumple el término de la sumaria instrucción suplementaria dictada.

Anexo 3. Los actos procesales defectuosos

Los principales académicos y doctrinarios consultados señalan que tales actos son aquellos realizados por el órgano que conoce, tramita y resuelve el asunto, los cuales se apartan de las prescripciones formales y de las garantías, que están investidas, a su vez, de una naturaleza imperativa cuando la norma aplicable está redactada en forma afirmativa; o sea, cuando ordena al órgano judicial a hacer o a comportarse de una manera concreta, ante los destinatarios de sus decisiones. Distinguen que existen APD vinculados a formalidades absolutamente necesarias, a las que llaman *esenciales*; mientras que los restantes, que no son necesarios para la obtención del efecto que, como finalidad, se plantea el proceso, solo son *irregulares* o *viciados*. Los primeros infringen formalidades y garantías que trascienden a la seguridad jurídica del justiciable y a la calidad de la justicia, a partir de que afectan el derecho a un debido proceso, como está concebido en la Carta Magna del país. También se habla en la doctrina de que se dan casos de actos en el proceso que son carentes de sus requisitos constitutivos esenciales, denominándose *inexistentes*.

Anexo 4

Florián hace hincapié en las siguientes cuestiones especiales: a) ¿Todos los requisitos indicados en la ley como necesarios para la existencia de un acto deben considerarse de tal suerte que la falta de cualquiera de ellos sea un motivo de nulidad?; responde que no porque el proceso penal tiene la necesidad de marchar expedito y la nulidad de determinado acto procesal

debe estar en armonía con la entidad del vicio, a fin de que el proceso no se tropiece con muchos obstáculos; b) ¿Sería conveniente que la ley fije los requisitos cuya falta implica nulidad, o la determinación de estos debe quedar en manos del juez como facultad para ser ejercitada en cada caso particular?; c) ¿En caso de que la ley determine los requisitos de los actos, cuya falta pueda generar nulidad, todos deben tener la misma importancia o debe existir una gradación? Para él, se necesita una jerarquía racional en cuanto a los actos, en sus requisitos y en los motivos de nulidad, basado en el fin a que miran sus requisitos, o sea, al objeto a que se refieren, en la función a que sirven; sobre la base de tal cuestionamiento, formula la siguiente gradación de reglas: normas cuya infracción no lleva tras de sí la sanción de nulidad; normas sobre los actos considerados como esenciales y sancionados solo con nulidad relativa; y normas reguladoras de la estructura orgánica y de las actividades fundamentales del proceso, cuya infracción da lugar a la nulidad absoluta; d) Suponiendo que los motivos de nulidad estén fijados en la ley y que la nulidad, en atención a los actos a que pueda afectar, se distinga en más o menos importante, ¿a quién corresponde declarar la nulidad? El autor italiano señala que la tesis más aceptada es que sea el propio juez que conoce del asunto, pero opone a ese criterio los argumentos de que el proceso sería oscilante e incierto porque se caería en la ilusión de que este tenga que ser fiel a las normas procesales, además de que el juez, muchas veces, estaría reacio a anular todo un proceso (o parte de él), cuando este se encuentre en un momento avanzado, mientras que, tratándose de uno basado en una forma acusatoria, se llevaría a aquel a valorar por iniciativa propia el interés o perjuicio de la parte, frente a determinado acto y este no es su campo. Por último, argumenta que una facultad tan insólita del juez produciría la consecuencia funesta de la complicación y prolongación de los procesos porque sus resoluciones en ese sentido serían impugnables y se originaría una gran cantidad de materia litigiosa sobre puntos formales, desviando la atención necesaria para cuestiones sustanciales.

Anexo 5

Juan Mendoza Díaz, cuando aborda la nulidad de los actos procesales en *Derecho procesal, parte general*, comienza advirtiendo que se limitaría a esbozar las categorías más relevantes en ese campo, a cuyos efectos señala que: a) El verdadero concepto de nulidad está referido a los actos procesales del tribunal, ya que de esta se deriva el efecto anulatorio de los ejecutados por las partes que guarden relación con él; b) Los ejemplos hipotéticos de actos procesales inexistentes que mencionan los textos académicos y dogmáticos resultan de imposible producción, por el propio carácter público del proceso en que intervienen el órgano jurisdiccional y las partes; c) La razón esencial que justifica la nulidad de los actos procesales recae en que se realizan vulnerando los requisitos esenciales, para que

surtan el efecto deseado, o porque el contenido del acto mismo está viciado por determinadas ilicitudes de diversa naturaleza. Como colofón, reitera que a este tema se le presta muy poca atención por la doctrina nacional.

Anexo 6

No es un secreto que el capital humano de nuestro sistema judicial padece, entre otros problemas, un nivel de fluctuación que conspira, ocasionalmente, con la calidad del servicio público que se presta, y esto impacta en el dominio elemental que debe tenerse de lo que podemos calificar como «mecánica» del procedimiento; pero pasa igual en las estructuras operativas del proceso penal en los órganos policiales, de instrucción penal y de la fiscalía. Ello se traduce en una debilidad del sistema, cuya solución no está basada únicamente en incrementos salariales, como se ha demostrado, sino que estos vienen a ser una de las medidas dentro de un conjunto mayor que integra la estrategia científica de calidad, asentada en pilares de tipo económico, de capacitación, responsabilidad y sentido de pertenencia.

Anexo 7

Ariel Acosta Acanda plantea que, para completar un sistema de nulidades procesales, la vigente ley penal adjetiva debe vencer algunas deficiencias y esbozar un mecanismo que permita la declaración y subsanación de los vicios contenidos en el acto procesal, una vez que hayan sido advertidos, sin que trascienda a la vía de los recursos ni que esta labor quede en manos del tribunal superior, cuando los inferiores, sin necesidad de espera, podían resolverla. Las bases que propone se focalizan en que: a) El legislador brinde algunos baremos o reglas generales, cuya producción en el proceso genere siempre la posibilidad de que se acuda al mecanismo de nulidad, por denuncia de la parte afectada o de oficio; b) La ley imperativamente disponga que los actos procesales cumplidos con inobservancia de las formas o requisitos esenciales previstos en ella no podrán servir de presupuesto ni ser valorados para fundar una decisión judicial, a no ser que hayan sido saneados; c) Se señalen causales abiertas y generales que definan los actos defectuosos absolutos, cuya inutilidad en el proceso sería evidente, y los demás de defectos relativos, que requieren la intervención eventual e incidental de la parte afectada para su invalidación; d) La declaración judicial de nulidad de estos actos APD debe partir de la importancia o trascendencia que pueda traer aparejado el defecto o vicio; y e) Declarada la nulidad, corresponde al tribunal buscar la manera de sanearlo, mediante su renovación, rectificación o cumplimiento de lo omitido. (Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho, Universidad de Matanzas, junio de 2012, pp. 73-77).

DEBIDO PROCESO, VIDEOCONFERENCIA Y JUICIO ORAL: UNA TRILOGÍA COMPATIBLE

Esp. Odalys Quintero Silverio
Magistrada, Sala de lo Penal, TSP

Esp. Gladys M. Hernández de Armas
Magistrada, Sala de lo Penal, TSP

Ing. Jorge Félix Rodríguez Quintero
Director de Tecnología y desarrollo, DATYS

Resumen: El trabajo tiene por objetivo realizar un análisis crítico de la videoconferencia, vista como medio para la celebración del juicio oral, en relación con los principios del debido proceso, con énfasis en los de intermediación y publicidad, de mayor cuestionamiento en ese contexto, a fin de demostrar que un adecuado manejo de la técnica y de la dirección del juicio oral por el presidente del tribunal posibilita la realización del juicio con un máximo de garantías procesales, a la par que se sortean escollos fundamentales que impactan en la economía, como son los gastos por concepto de hospedaje y traslado de los miembros del tribunal, acusados y testigos. Con el uso de esta tecnología, se aumenta el rendimiento del trabajo y no se afecta el debido proceso, sino que se logra mayor celeridad y humanización de este.

Abstract: The objective of the work is to carry out a critical analysis of the videoconference, seen as a means for holding the oral trial, in relation to the principles of due process, with emphasis on those of immediacy and publicity, which are most questioned in that regard context, in order to demonstrate that an adequate handling of the technique and of the direction of the oral trial by the president of the court makes it possible to carry out the trial with a maximum of procedural guarantees, at the same time that fundamental obstacles are avoided that impact the economy, as are the expenses for lodging and transportation of the members of the court, defendants and witnesses. With the use of this technology, work performance is increased and due process is not affected, but rather faster and more humane.

Palabras clave: debido proceso, videoconferencia, juicio oral, tecnologías de la información y la comunicación (TIC), derechos fundamentales, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, administración de justicia.

Keywords: due process, videoconferencing, oral trial, information and communication technologies, fundamental rights, right to effective judicial protection, administration of justice.

Sumario: Introducción. Debido proceso y videoconferencia. Impacto en algunos principios. Fundamentos de la aplicación de la videoconferencia en Cuba. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La ciencia y la sociedad, como destinataria de sus productos, se mueven a velocidad incalculable y no puede concebirse el desarrollo de espaldas a las tecnologías de las comunicaciones.

La justicia no es una entequeia, es un valor que nace y se concreta en la sociedad, realizable, en caso de quebranto, a través de los órganos concebidos para esa función, con una expresión sustantiva y procesal que supone la sujeción a principios, derechos y garantías, vehículos de su existencia efectiva. Su naturaleza y destino exigen una coherencia de los medios para su alcance con los modos de vida de la sociedad de que se trate.

A pesar de las grandes limitaciones que un bloqueo genocida impone a nuestro país, Cuba ha logrado ir introduciendo los avances de las TIC en todas las esferas de la sociedad y la justicia no ha quedado al margen de ello. Sin embargo, en el orden de la administración de justicia, con los recursos con que contamos, mayores podrían ser los logros y la utilidad que por esa vía se alcancen.

Con este trabajo, intentamos realizar un análisis crítico de lo logrado, en el marco de los tribunales, especialmente con la teleconferencia, y lo posible a lograr, conjugando una visión práctica del asunto con un análisis teórico.

DEBIDO PROCESO Y VIDEOCONFERENCIA

La costumbre y los viejos esquemas imponen retos difíciles de sortear en una institución tan vieja como la humanidad: la administración de justicia. Conceptos como el debido proceso han estado latentes en el desarrollo humano y han sido fuente de información de la actuación judicial, con la evolución que supone el desarrollo social.

Ya desde la Carta Magna de 1215, en Inglaterra, el rey Juan Sin Tierra reconocía la garantía del *due process of law* a los nobles, en la cláusula 48 de ese documento, en la que se consignaba: «ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país».¹

Poco a poco, su contenido se ha ido perfilando en función de proveer al justiciable de un mínimo de derechos y garantías que permitan el logro de

¹ Ticona Postigo: El debido proceso y la demanda civil, p. 63.

la justicia, reconociendo, como base, a esta cual principio axiológico que rige la existencia digna; en consecuencia, su contenido forma parte de la mayoría de las constituciones del mundo y de instrumentos internacionales como la Declaración universal de los derechos del hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, la que contempla el derecho de la persona a acudir a los tribunales en amparo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, a hacerlo en condiciones de igualdad y a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial, en caso de que, contra ella, se siga acusación en el orden penal.²

El debido proceso es un derecho fundamental, subjetivo y público que contiene un conjunto de garantías: principios procesales y derechos procesales, que tienen las partes en el proceso. El cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Estas garantías, principios procesales y derechos son *numerus apertus*, teniendo como parámetro a [sic] la valoración jurídica de la justicia y la dignidad humana, es decir, el ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho [...].³

En el tractus constitucional cubano, el debido proceso no estaba dotado de una estructura concentrada, aunque sistémicamente sí se integraba a los textos constitucionales.

Nuestra Carta Magna actual incorporó el debido proceso en un andamiaje lógico y abarcador que alcanza no solo a los actos de naturaleza penal, sino a todos aquellos que puedan afectar derechos fundamentales del hombre, en cualquier esfera de la vida, y la vía judicial como garantía constitucional para la restitución de los derechos.

Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el 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 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 procedimien-

² Cláusulas 8 y 10.

³ Beraun y Mantari: «Visión tridimensional del debido proceso, definición e historia», en www.academia.edu/21410644/VISION-TRIDIMENSIONAL-DEL-DEBIDO-PROCESO-definici%C3%B3n-e-historia.

tos 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.⁴

En el orden académico, el debido proceso está incorporado en principios que informan el proceso penal; así, por ejemplo, entre los relativos a la estructura del proceso, reconoce el de contradicción e igualdad, contradicción que prescribe la imposibilidad de ser condenado cuando previamente no se ha sido oído y vencido en juicio, lo que se materializa en la posibilidad que tienen ambas partes en el proceso de comparecer para hacer valer sus pretensiones, proponer pruebas y realizar todas las obligaciones que estimen pertinentes en aras del derecho alegado. Esto, desde el punto de vista del acusado, se traduce en el derecho a la defensa, que supone la adquisición del estatus de parte, a la última palabra, a impugnar y el acceso a la justicia.⁵ El de igualdad está estrechamente vinculado al de contradicción, en tanto la bilateralidad del debate tiene por base la igualdad entre las partes, derecho que consagran casi todas las constituciones modernas, incluida la cubana, en su Artículo 94 a), y como megaprincipio en el Artículo 42, considerado por algunos tratadistas del tema como un derecho fundamental autónomo,⁶ integrante del debido proceso.

En cuanto a los principios relativos a la forma de los actos procesales, hay uno especialmente trascendente: el de oralidad, definido por la práctica del juicio de manera oral, lo que no excluye, sino exige, a los efectos del control judicial, la documentación mediante acta de todo cuanto en él haya sucedido;⁷ mientras que, entre los relativos a la relación del órgano jurisdiccional con el objeto del proceso, resulta particularmente interesante y decisivo el de inmediación, visto como el contacto directo del tribunal con todo el material probatorio, en el proceso de práctica de las pruebas durante el juicio oral.

En el orden de los principios relativos a la comunicación de las actuaciones, el de publicidad merece atención especial, dado su impacto en el asunto que nos ocupa. Supone el conocimiento del contenido de las cuestiones que conforman las actuaciones penales y tiene una doble dimensión:

⁴ Constitución de la República de Cuba de 10 de abril de 2019, Artículo 94. El 95 completa el catálogo de garantías para la tutela judicial efectiva.

⁵ Vid. Mendoza Díaz: *Lecciones de Derecho procesal penal*, pp. 13-14 y 17-18; y Montero: *Principios del proceso penal*, p. 87.

⁶ Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez: *Derecho procesal penal*, p. 53.

⁷ El Acuerdo No. 172 de 1985, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP), establece la extensión de acta en la que se consignan los particulares de la práctica de pruebas y todo cuanto acontece en el juicio, facilitando la labor de control de lo actuado, tanto por las partes como por el tribunal superior, en caso de establecerse recurso contra la sentencia.

publicidad para las partes y para la sociedad, en la variante de publicidad absoluta.⁸

Esencialmente, y de alguna manera, estos principios han sido la base del cuestionamiento sobre el uso de la teleconferencia como medio para la realización del juicio oral, razón por la que le dedicaremos una mirada crítica.

A decir de Gustavo Adolfo Amoni Reverón,⁹ la videoconferencia es la «comunicación a distancia entre dos o más personas, que pueden verse y oírse a través de una red». Constituye un medio efectivo para establecer la comunicación entre sujetos separados espacialmente y, en el orden de la administración de justicia, para garantizar el vínculo del tribunal con los sujetos procesales u otros vinculados al proceso, de manera rápida y económica, durante los actos procesales.

Tirado Estrada la define como «un sistema interactivo de comunicación que transmite simultáneamente y “en tiempo real” la imagen, el sonido y los datos a distancia (en conexión punto a punto), permitiendo relacionar e interactuar, visual, auditiva y verbalmente, a un grupo de personas situadas en dos o más lugares distintos, como si la reunión y el diálogo se sostuviese en el mismo lugar».¹⁰

En Cuba, con las limitaciones materiales existentes, es una opción no desdeñable que acerca la justicia a los justiciables y hace viable un proceso rápido, más eficaz, con ahorro de recursos.

Su existencia, en la actualidad, no encuentra cabida en la Ley de procedimiento penal, sin embargo, para hacerla viable y legal, y normar los principios esenciales de su práctica, el CG-TSP dictó el Acuerdo No. 151, de 16 de julio de 2015, que autorizó su práctica, y el 20 de noviembre de ese propio año, la Instrucción No. 232, que detalló el procedimiento para su utilización. Sin embargo, aunque representa un avance para la práctica judicial cubana, subyacen ausencias de necesaria previsión, tal cual es la autorización para la práctica de la prueba de la declaración del acusado, lo que en el orden nacional lastra la ventaja que puede significar para el órgano de justicia y para el país la celebración del juicio completo a distancia.

Todo parece indicar que, en esta actitud cautelosa, observada en el instrumento en análisis, subyacen temores a la infracción de los principios del debido proceso; sin embargo, esta no es una práctica inexistente en el orbe.

Si bien en sus inicios su aplicación contó con amplias reservas y limitaciones, su uso eficiente ha permitido eficacia en la administración de la justicia, lo que ha propiciado que su empleo se extienda con mayor libertad.

⁸ Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez: *Op. cit.*, pp. 88-89.

⁹ «El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal», en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año VII, no. 31, pp. 67-85.

¹⁰ «Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso», pp. 153- 173.

A Italia le corresponde el mérito de haber sido el país pionero en materia de regulación y uso de la videoconferencia en el proceso penal, dada la necesidad de enfrentar el crimen organizado. En 1992 la aplicó por primera vez y, en 1993, la institucionalizó. Mediante la Ley No. 11, de 7 de enero de 1998, estableció su utilización con detenidos extremadamente peligrosos, asegurando el contacto permanente con sus defensores y la sala de audiencia.

La ley de 17 de enero de 1998, relativa a la delincuencia sexual y a la protección de menores víctimas de delitos, autorizó en Francia el uso de la videoconferencia y, posteriormente, la ordenanza de 20 de agosto del mismo año, completada por un decreto de aplicación el 18 de mayo de 2001, contempló la aplicación de medios audiovisuales para el desarrollo de audiencias civiles o penales, mientras la ley de 15 de noviembre de 2001 dispuso esa posibilidad dentro del país cuando las necesidades de la investigación lo justificaran, mediante medios que garantizaran la confidencialidad de la transmisión.

En Portugal, tanto la Ley de cooperación judicial internacional 144/99, de 31 de agosto, como el Código de proceso penal posibilitaron el empleo de la videoconferencia para todos los participantes en el proceso y, en el caso del enjuiciado, previo consentimiento.

En los sistemas de tradición anglosajona y germana también ha encontrado aceptación este medio. Australia lo legalizó mediante la ley de primero de marzo de 1997; Canadá, a través de la ley de 17 de junio de 1999; Estados Unidos, que comenzó con las declaraciones de militares radicados en el extranjero, extendió su práctica a menores víctimas y a testigos de determinados hechos delictivos. Inglaterra, Irlanda, Islandia también la reconocen y, en Alemania, se ha hecho frecuente, luego de que la Corte Constitucional Federal resolvió a favor de su utilización.¹¹

Por su parte, la Ley de enjuiciamiento criminal española permite el examen de acusados, testigos, peritos o cualquier persona que intervenga en el proceso penal, mediante conferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido,¹² por razones de utilidad, seguridad o de orden, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir resulte gravosa o perjudicial, especialmente cuando se trate de un menor y, contrario a la reserva de algunos países, no requiere del consentimiento del encausado.¹³

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, autorizó el uso de la videoconferencia en los procesos

¹¹ Tirado Estrada: *Op. cit.*, pp. 155-157.

¹² Artículo 325. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, en *Boletín Oficial del Estado*, no. 260, 17 de septiembre de 1882.

¹³ Artículo 731.

penales, para el interrogatorio de los procesados privados de libertad, así como para los juicios denominados de ruptura, en los que a los acusados se les hace salir de la sala, pero se les permite observar el proceso y dar instrucciones a su defensor a través de las TIC.¹⁴

En China, ya es una práctica que los juicios completos se realicen por vía de videoconferencia, y sus resultados son alentadores, por la rapidez que le imprime a los procesos y el abaratamiento de los costos, sin que los propios juzgadores que la practican y el resto de los usuarios consideren que haya menoscabo alguno del debido proceso.¹⁵

IMPACTO EN ALGUNOS PRINCIPIOS

Los principios de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad constituyen los blancos más directos de crítica cuando de la videoconferencia se trata, aunque un análisis exhaustivo de ellos permite evaluar lo injusto de tal percepción.

Contradicción

La videoconferencia es un medio que posibilita una apreciación múltiple del objeto de atención: visual, auditiva y emocional, tanto por parte del emisor como del receptor, aunque no comparten el mismo espacio real, aunque sí virtual. La contradicción, por su parte, exige la comparecencia en juicio, en un debate en que el enjuiciado tiene el derecho a ser oído y vencido por un tercero imparcial.¹⁶

El hecho de que los sujetos del proceso no se encuentren geográficamente en el mismo sitio no limita el despliegue de sus armas con igual efectividad a cómo lo hubieran hecho si así fuera. El acusado y su defensor tienen a la vista a su oponente, al tribunal y a todos cuantos en cualquier calidad participen, incluida la práctica de pruebas, lo que les facilita adoptar todas las medidas que el Derecho, la lógica y la inteligencia les permitan. La apreciación directa y al mismo tiempo de lo que acontece, también, les posibilitará desarrollar su inteligencia emocional, herramienta básica para la defensa.

La videoconferencia no coarta el derecho a la defensa, derivado del principio de contradicción. Al acusado se le permite la comunicación con su representante legal en idéntica confidencialidad con que puede hacerlo en un juicio tradicional. De igual manera, puede proponer pruebas en virtud del

¹⁴ Vid. Amoni Reverón: *Op. cit.*, pp. 71-73; y Tirado Estrada: *Op. cit.*, p. 157.

¹⁵ En fecha reciente, una delegación del TSP visitó ese país y tuvo, entre sus experiencias más fructíferas y novedosas, la constatación de este particular.

¹⁶ Montero: *Principios del proceso penal*, p. 87.

derecho excepcional que la Ley de procedimiento penal (LPP) reconoce,¹⁷ protestar contra algún acto de los permitidos por ley, ejercitar cualquiera de sus derechos u obligaciones, hacer sus alegaciones en ejercicio de su derecho a la última palabra y, finalmente, mostrar su inconformidad a través de recurso, con las formalidades establecidas en la ley.

Igualdad

Este principio, como se dijo, constituye la base de la contradicción. Solo en condiciones de igualdad puede tener efecto un debate justo, y el hecho de que el medio a través del cual se realice sea la videoconferencia no tiene que coartar su existencia.

El peligro de un debate desigual no radica en el medio a través del cual tenga lugar, en este caso concreto, sino en la forma en que los que lo dirijan conduzcan la contienda, lo que es semejante en el juicio convencional.

Hay que abrir la mente para que el tribunal conciba la videoconferencia y garantice su realización de forma tal que ambas partes tengan acceso a la totalidad de la prueba que se practique, a la par que se les conceda el derecho de intervención, vital para mantener el equilibrio en el debate.

Oralidad

La realización del juicio oral no encuentra obstáculo en la videoconferencia; contrario a ello, esta diversifica sus medios de ejecución, aumenta las posibilidades de realización y optimiza los tiempos del proceso y de los sujetos intervinientes, cuando se concibe y efectúa con respeto a las leyes; sobre todo, cuando la celebración depende del desplazamiento del tribunal o de los sujetos del proceso, como con frecuencia ocurre en el caso cubano, y se hace necesario concentrar las vistas orales por territorios para ahorrar recursos.

El desempeño oral de ese acto no excluye sus registros escritos. Así, por ejemplo, al secretario judicial que oficie en juicio le corresponde elaborar el acta con todos los requerimientos establecidos por ley y, en el caso concreto actual de nuestro país, con los establecidos en el Acuerdo No. 172 del CG-TSP, que introduce al sistema penal en el principio de la sana crítica.

Resulta aconsejable, también, la habilitación de un registro electrónico que asiente y salvaguarde la práctica de la prueba y sus resultados, a fin de garantizar el efectivo control judicial de su diligenciamiento y así lo dispone la Instrucción No. 232 de 2015, del CG-TSP, en su apartado octavo.

La realización del juicio oral por esta vía es más segura, si tiene lugar desde una entidad pública, con la utilización de medios que posibiliten adecuada visión, audición y seguridad, y exige que un juez profesional y el secretario judicial del tribunal requerido para la presentación del acusado, testigo o pe-

¹⁷ Artículo 340, LPP (Ley No. 5, de 13 de agosto de 1997, actualizada).

rito estén presentes en ese acto y cumplan con requisitos básicos para obrar con certeza y en justicia, como es el caso de la identificación del deponente, atendiendo a la comprobación de los documentos oficiales de identidad, y con la observancia de los requisitos procesales para la práctica de la prueba, como puede ser, en el caso de los testigos, la incomunicabilidad entre ellos antes de su declaración en juicio, o el orden en que se practicará la que proviene de su territorio, según establezca la ley e indique el presidente del tribunal actuante.

Todos estos aspectos están regulados por vía de la referida instrucción, en nuestro país, en plena concordancia con los presupuestos acordados en la reunión organizada por el Centro de Estudios Jurídicos (CEJ) y la Fiscalía General del Estado (FGE), en relación con el uso de la videoconferencia en los procedimientos penales y en cooperación judicial internacional.¹⁸

Inmediación

Este es, de todos los principios, el más señalado como posible a infringir con el uso de la videoconferencia. Está estrechamente relacionado con el de oralidad, en tanto es a través de aquella que puede producirse una real inmediación con la práctica de la prueba.

La inmediación supone un contacto directo del juzgador, entendido en sentido amplio (todos los jueces), con el medio de prueba que se examine durante la práctica de pruebas. Puede ser activa o pasiva y las pretensiones de justicia exigen de la concurrencia de ambas variantes para garantizar la tutela judicial efectiva: un emisor y un receptor con posibilidades de interactuar, un acusado en condiciones de intervenir cuantas veces lo necesite para su defensa.¹⁹

Fundamentalmente, cuando practicamos pruebas personales, el hecho de poder ver lo que acontece, oírlo y apreciar los estados emocionales de los deponentes constituye el valor supremo del acto, en tanto permite al juez, de propia mano, formar convicción sobre lo ocurrido, sobre el grado de responsabilidad del enjuiciado y pertrecharse de criterios para dictar una sentencia justa.

Mediante la videoconferencia, esas cualidades se acentúan. Una sesión de juicio con equipos de calidad, lo cual es un requisito *sine qua non* para admitirse, permite la visualización de los interlocutores (tribunal-acusado, tribunal-testigos, tribunal-peritos, acusado-defensor, acusado-fiscal, acusado-testigos, acusado-peritos; entre otras variantes) con absoluta nitidez, incluso con mayores detalles si fuera necesario, pues es posible el acercamiento de la imagen, observar con precisión la expresión facial y los gestos, que conforman el lenguaje corporal, y se puede guiar el interroga-

¹⁸ Conclusiones de la reunión organizada por el CEJ y la FGE..., apartados 9, 10 y 11.

¹⁹ Así lo contempla la Instrucción No. 208 de 2011, del CG-TSP.

torio e influir en el descubrimiento de la verdad. La eficacia de la práctica depende de la profesionalidad del juez que presida el acto y de la calidad de los medios y de la filmación y, en ello, hay que poner el énfasis en la práctica judicial.²⁰

Con la utilización de este medio es posible la interacción de los sujetos del proceso con arreglo a las normas establecidas en la ley; existe, por tanto, intermediación activa, contrario a la afirmación que hacen algunos tratadistas en el análisis del tema.²¹ No hay impedimento alguno para que la prueba se practique en presencia, aunque virtual, del acusado, de manera que este pueda observar y ser observado, e intervenir, si fuera preciso.

Publicidad

Este principio tampoco sufre quebrantos con la videoconferencia. Supone publicidad para los sujetos y la sociedad. Lo primero, a juicio de Montero, integra el derecho de defensa y no el principio de publicidad.²² En doctrina, constituye la facultad que asiste a las partes de estar al tanto de todas las particularidades del proceso y de que se le informe y notifique al respecto. La videoconferencia, como juicio oral y, lógicamente, presencial, en tiempo común, y con intervención de todos los sujetos en el orden prescrito, conlleva un proceso de información continua a las partes, que se deriva de la participación activa de ambas en el propio acto; no puede hablarse, entonces, de incompatibilidad del medio utilizado.

En cuanto a la publicidad para la sociedad, tampoco incorpora riesgo adicional al existente en un juicio tradicional. Opera con el acceso del público al local donde se efectúa el juicio, a fin de garantizar el control popular diseñado en nuestro modelo judicial, y ello no comporta conflicto alguno, cuando parte de los equipos para la videoconferencia, en el caso del requirente, esté en la sede del tribunal o logre concertarse el servicio con el organismo que lo prestará, con libertad de acceso al local por todos los interesados, en la medida de las capacidades del salón.

El mayor riesgo, quizás, en opinión de los autores, radique, sin embargo, en la confidencialidad, supuesto contrario al que tratamos, sobre todo en actuaciones que, por su naturaleza, requieran de discrecionalidad: por razones de seguridad estatal, moralidad, orden público o del respeto debido a la persona ofendida por el delito o sus familiares.²³ Habría que reforzar las medidas informáticas de seguridad, de tal suerte que resulte lo más cercano

²⁰ Amoni Reverón: *Op. cit.*, p. 76.

²¹ Álvarez Menéndez: «Juicio oral, videoconferencia y acusado. Reflexiones de un fiscal», pp. 3-6.

²² *Op. cit.*, p. 68.

²³ Artículo 305, LPP.

posible a lo imposible que pueda filtrarse información al respecto y, en ese caso, habría que evaluar la pertinencia del uso de este medio, o no.

Empero, la confidencialidad es un valor a preservar, tanto en un juicio tradicional como en uno con la utilización de medios virtuales; por ello, no debe ser obra de sensacionalismo la divulgación de un proceso no resuelto, en aras de preservar otros principios fundamentales del proceso: el derecho a un juez independiente e imparcial, garantía básica de la justicia. En este sentido, resulta conveniente evaluar, desde el Derecho penal, el tratamiento especial a este tipo de infracción, en especial cuando para ello se utilicen las redes.

Algunos países ya han venido trabajando sobre esa vertiente. La Ley de evidencias No. 1906, de Australia Occidental, sanciona a quien difunda, mediante radio, televisión o por cualquier otro medio de transmisión de «luz o sonido», videos que contengan pruebas, practicadas por videoconferencia, de manera total o parcial.²⁴

FUNDAMENTOS DE LA APLICACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA EN CUBA

En la legislación de los países que reconocen y aplican la videoconferencia, y en los instrumentos internacionales que rigen su uso, constituyen presupuestos básicos de su empleo la utilidad, seguridad o razones de orden público.

La práctica revela que el empleo de la videoconferencia en el sistema penal, en el mundo, obedece a cuestiones de seguridad, desplazamiento geográfico de víctimas, testigos, peritos o procesados, ahorro de gastos, celeridad, evitación de la burocracia que recarga el sistema con dilaciones innecesarias, o a varias a la vez.²⁵

Esas propias razones, fundamentalmente de orden humano, económico y procesal, están presentes en la realidad cubana. El hecho de ser un archipiélago con grandes limitaciones de recursos y transporte que pueden ocasionar dilaciones en los procesos y coartar el acceso a la justicia suscribe la razón de utilidad pública que justifica su empleo.

Vale decir que, solo en el caso de la Sala de lo Penal del TSP, luego de promediar los viajes realizados durante 2017, 2018 y 2019, resultó que, al año, se realizan ocho viajes a otras provincias del país, con el objetivo de resolver procesos de revisión, fundamentalmente, o de apelación, con tres jueces afectados cada vez —en ocasiones más—, si hay incompatibilida-

²⁴ Amoni Reverón: *Op. cit.*, p. 80.

²⁵ Tirado Estrada: *Op. cit.*, p. 155.

des, y un chofer, lo que genera, únicamente por razón de dietas, un total de gastos de 5100 pesos al año.

Por razón de combustible, los gastos son significativos. Súmese a lo dicho que, durante el tiempo de traslado, que generalmente es de una semana, los jueces implicados en el viaje resuelven solo los casos que van a celebrar en el territorio (tres, como promedio, cada vez), dejando pendientes de solución, con posibilidades de haberlos resuelto en ese período, seis veces más asuntos que los que van a hacer, lo que encarece aun más el traslado, sin contar que se alarga el tiempo de los procesos en espera, con la consiguiente carga moral para quienes lo sufren, y se afectan, por tanto, otros casos que no están resueltos.

En resumen, la videoconferencia puede aportar mucho en el ámbito de la celeridad, la humanización de los procesos y el trabajo judicial y la economía, sin afectar los principios, derechos y garantías que conforman el debido proceso, con un saldo colectivo de ganancia que merece que apostemos por ella.

CONCLUSIONES

1. El máximo obstáculo procesal con que cuenta la aprobación de la videoconferencia, como medio para la realización del juicio oral, radica en las barreras conservadoras existentes en las mentes de los operadores del Derecho. Un análisis detallado del asunto demuestra que tiene más ventajas que desventajas y los obstáculos que se pueden presentar son eludibles con la inteligencia y la organización técnica del juicio, tomando en consideración los recursos con que cuentan.
2. La videoconferencia es un medio, y la labor del juez es utilizarla con respeto a la ley y los principios, los derechos y las garantías que informan el debido proceso.
3. Las legislaciones de muchos países han introducido la videoconferencia como medio para la práctica del juicio oral o de alguna prueba, dentro o fuera del territorio nacional; entre ellos, Italia, Inglaterra, Islandia, Irlanda, España, Portugal, Alemania, Canadá, Estados Unidos, Australia, Francia y China.
4. En Cuba, si bien la ley no la incluye, el CG-TSP, mediante el Acuerdo No. 151, de 15 de julio de 2015, aprobó el Dictamen No. 446, que la autorizó, el que fue complementado con la Instrucción No. 232 de 2015, que detalló el procedimiento para su utilización, pero solo para la práctica de diligencias de pruebas, entre las que no se prevé la declaración del acusado, vital para un total aprovechamiento de sus ventajas.

5. En la mayoría de los países que la reconocen es requisito para su uso la existencia de razones de utilidad, seguridad o de orden público. La situación económica de nuestro país, condicionante de la carencia de recursos, y las dificultades en la transportación, justifica que ese medio se emplee cuando el asunto requiera del desplazamiento del tribunal hacia otros territorios.
6. La utilización de la videoconferencia en Cuba ahorraría recursos materiales, aportaría mayor nivel de resolución a las estructuras que la apliquen, imprimiría celeridad a los procesos en los que se emplee este medio y a los que están en espera por los jueces integrantes del tribunal juzgador, y dotaría de mayor humanidad al proceso penal y al trabajo de la judicatura, sin sacrificar el debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Menéndez, M. Pilar: «Juicio oral, videoconferencia y acusado. Reflexiones de un fiscal», en www.apifiscales.es/app/download/5171631/articulo+videoconferencia.doc [consulta: 17-3-19].
- Amoni Reverón, Gustavo A.: «El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal», en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año VII, no. 31, enero-junio de 2013, México, en www.scielo.org.mx/pdf/rius/v7n31/v7n31a5.pdf.
- Beraun, Max y Manuel Mantari: «Visión tridimensional del debido proceso, definición e historia», en www.academia.edu/21410644/VISION-TRIDIMENSIONAL-DEL-DEBIDO-PROCESO-definici%C3%B3n-e-historia [consulta: 7-3-19].
- Binder, Alberto M.: *Introducción al Derecho procesal penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- CEJ y FGE: Conclusiones de la reunión organizada por el CEJ y la FGE en relación con el uso de la videoconferencia en los procedimientos penales y en cooperación judicial internacional, 28 y 29 de mayo de 2012 (apartados 9, 10 y 11), en www.fiscal.es/fiscal/PA-WebApp-SGNTJ-NFIS/descarga/conclusionesfinales-cursovideoconferencia.pdf?idFile=ab4233ae-b7e0-4158-ba52-0114bceOb716 [consulta: 7-3-19].
- Gimeno Sendra, V., V. Moreno Catena y V. Cortés Domínguez: *Derecho procesal penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- Mendoza, Díaz Juan: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Editorial Tarija, Bolivia, 2001.
- Montero, J.: *Principios del proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Ticona Postigo, Víctor: *El debido proceso y la demanda civil*, 2.ª ed., Editorial Rodhas, Lima, 1999.
- Tirado Estrada, Jesús J.: «Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso», *Rev. Secr. Trib. perman. rev.*, año 5, no. 10, octubre de 2017, en <http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v5n10/2304-7887-rstpr-5-10-00153.pdf> [consulta: 7-3-19].

LEGISLACIÓN

Acuerdo No. 172 de 1985, CG-TSP.

Acuerdo No. 151 de 2015-Dictamen No. 446, CG-TSP.

Constitución de la República de Cuba de 10 de abril de 2019 (artículos 42, 92, 94 y 95).

Declaración universal de los derechos del hombre (cláusula 8).

Instrucción No. 208 de 2011, CG-TSP.

Instrucción No. 232 de 2015, CG-TSP.

Ley de enjuiciamiento criminal española. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, en *Boletín Oficial del Estado*, no. 260, de 17 de septiembre de 1882 (artículos 325 y 731).

Ley de procedimiento penal (Ley No. 5, de 13 de agosto de 1997, actualizada).
Artículos 340 y 305.

DERECHO PENAL Y CONFLICTO SOCIAL

*Dra. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez
Magistrada, Sala de lo Penal, TSP*

Resumen: Todo fenómeno jurídico, antes de serlo, constituye, *per se*, un fenómeno social, y su regulación es la esencia del Derecho penal. El papel de la víctima en el proceso y su desplazamiento histórico por el bien jurídico protegido en las diferentes tipologías delictivas, así como el ejercicio de la acción penal por el ministerio fiscal (MF), en representación del Estado, y la necesidad de vincular los principios de obligatoriedad y discrecionalidad en su actuación, constituyen la esencia del presente trabajo, en la búsqueda de fundamentar la necesidad de armonizar los principios procesales de legalidad y oportunidad en función de resolver la esencia del conflicto penal, como fin último del proceso penal.

Abstract: Every legal phenomenon before being it constitutes, *per se*, a social phenomenon and its regulation constitutes the essence of Criminal Law. The role of the victim in the process and its historical displacement for the legal good protected in the different criminal typologies, as well as, the exercise of criminal action by the Fiscal Ministry on behalf of the State and the need to link the principles of mandatory and discretion in their performance, they constitute the essence of this work, in the search to base the need to harmonize the procedural principles of legality and opportunity in order to resolve the essence of the criminal conflict, as the ultimate goal of the criminal process.

Palabras clave: conflicto social, cosificación de la víctima, bien jurídico protegido, acción penal, obligatoriedad y discrecionalidad, función del fiscal.

Keywords: social conflict, minimum criminal law, legal reification, legal good, criminal action, function of the Fiscal Ministry.

Sumario: El conflicto social como esencia del Derecho penal. Expropiación del conflicto por parte del soberano/Estado. El bien jurídico y la cosificación de la víctima que ocasiona. La acción penal. El ministerio fiscal: dueño de la acción penal. Principios de obligatoriedad y discrecionalidad en la acción penal. Conclusiones. Bibliografía.

EL CONFLICTO SOCIAL COMO ESENCIA DEL DERECHO PENAL

Las relaciones sociales y las formas en que estas se regulan y controlan han sido más estudiadas por las teorías sociológicas que por las jurídicas. Sin embargo, sostiene Bustos Ramírez¹ que los recursos con que dispone una determinada sociedad para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros se conocen como control social, fundado en un conjunto de reglas y principios establecidos que le permiten a esa sociedad responder a las transgresiones que en ella se producen. En tal sentido, la norma penal tiene una esencia socio-jurídica históricamente determinada.²

Desde que el hombre comenzó a vivir en sociedad, el conflicto³ ha coexistido con él, como respuesta, entre otras causas, a la limitación de recursos, la insatisfacción de necesidades, la defensa de valores y equivocadas percepciones, fruto de una deficiente comunicación.

En la etapa primitiva, los conflictos se solucionaron, por medio de la autodefensa, con el uso de la fuerza y la violencia. La víctima tenía un papel preponderante en la sustanciación de las causas y, cuando decidía poner en marcha los organismos colectivos de resolución de conflictos, su opinión trazaba la vía de la reparación.

En el Estado primitivo de la sociedad no existía aún el Derecho [...], lo cual no quiere decir que no se presentaran situaciones que provocaran la lógica reacción defensiva del grupo, sin contar aún con un órgano del Estado que ostentara la facultad de reprimir conductas que no se avenían a sus reglas, aclarando que esas reglas, de carácter moral, aceptadas por la comunidad y que tenían un carácter tradicional, se puede afirmar que ya tenían los gérmenes de lo que en su evolución constituiría el magisterio punitivo.⁴

En ese sentido, Julio Fernández Bulté nos afirma que el proceso de transformación de las normas sociales en jurídicas fue también largo y complejo y se fue operando por vía de la paulatina imposición, por parte del grupo enriquecido de la *gens*, de nuevas costumbres y normas de ac-

¹ *Lecciones de Derecho penal. Criminología y Derecho penal*, p. 15.

² El desarrollo de la sociedad, su cultura en la solución de problemas y conflictos sociales y el grado de perfeccionamiento en la forma de resolver estos dejó su huella en el proceso penal. Como dice Maier, este no puede concebirse —al menos en la historia de la civilización occidental— si no se inserta en la historia política, en tanto es un subsistema jurídico inmerso en la política criminal general del Estado. En *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2.ª ed., 3.ª reimp., p. 254.

³ Ledesma Narváez: *El procedimiento conciliatorio. Un enfoque teórico normativo*, p. 27.

⁴ Federico Engels: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, pp. 125 y ss.

ción que reflejaban fielmente sus nacientes intereses de clase y tendían a sustituir con ellas las viejas costumbres fundadas en la igualdad o modificar su contenido.⁵

La regulación del conflicto⁶ social constituye la esencia del Derecho penal. En él se establecen las pautas tanto específicas como generales para el vínculo entre partes: víctima/victimario, que emergen con la adecuación típica de una conducta a una hipótesis conductual prevista en la ley como delito. Sin perjuicio de que existen casos en los cuales los ofendidos, de acuerdo con el bien jurídico tutelado, son corporaciones o entidades públicas, en la mayoría de ellos, nos encontramos ante dos personas físicas que se vinculan por la afectación de los derechos de una por parte de la otra.

La lucha o *disputatio* entre la víctima y el victimario constituyó el paradigma en los primeros momentos del desarrollo humano; después, lo fue la investigación o *inquisitio* realizada por el soberano o sus representantes.⁷

EXPROPIACIÓN DEL CONFLICTO POR PARTE DEL SOBERANO/ESTADO

La aparición de la persecución penal pública o estatal en el siglo XIII provocó la exclusión de uno de los protagonistas del conflicto: la víctima,⁸ en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un injusto.⁹

Con el surgimiento del Estado-Nación, se implanta un Derecho penal, con métodos diferentes, para dar solución a conflictos sociales,¹⁰ cuando se atenta contra las bases mismas de esa organización o se pone en peligro la paz entre sus ciudadanos, los que, legitimados por ese derecho, comienzan a perseguir por intermedio de órganos que crean y a los cuales facultan para hacerlo de oficio, *per inquisitioner*, en la búsqueda de la pena estatal.¹¹

El Estado confiscó el conflicto y la víctima pierde toda capacidad de decisión. La apropiación fue unilateral y no aparejada a indemnización públi-

⁵ Fernández Bulté: *Manual de historia general del Estado y el Derecho*, p. 61.

⁶ Vid. Boderó: *Relatividad y delito. Sobre la teoría del etiquetamiento*; y García-Pablos De Molina: *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*.

⁷ Zaffaroni: *Derecho penal, parte general*, p. 249.

⁸ Cancio Meliá: *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: imputación a la víctima*, p. 9.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Maier: *Derecho procesal argentino*, pp. 23 y 52, hace referencia a que el conflicto social base del caso penal es extraído de la voluntad y potestad de sus protagonistas, ofensor/ofendido, para convertirlo en interés estatal.

¹¹ Maier: *El ministerio público: ¿un adolescente?*, pp. 18-19.

ca. No se trata de una expropiación, en la que aquel cancela el justo precio del bien cuyo dominio particular extingue; por el contrario, esa confiscación no elimina el conflicto, por lo menos lo mantiene o, hasta en ocasiones, lo agrava o lo convierte en la causa de nuevos conflictos.

El Estado, con la finalidad de asegurar el orden y la paz social, prohíbe a las personas dirimir sus propios conflictos, por lo cual crea la acción en sentido jurídico, para que, a través de sus órganos, se sancione a los infractores de las normas penales.

Por estas razones, la pena estatal, su concepto intrínseco y la persecución penal pública en función de la averiguación de la verdad constituyeron verdaderos asideros de la creación de órganos estatales dirigidos a cumplir esa función por la instancia política, el Estado, ya sea con la denominación de ministerio público (MP), MF, procuraduría, fiscalía, etc.

En síntesis, desde que el Estado prohibió la justicia por mano propia y asumió la obligación de impartirla, se fue apropiando de la realización de casi todas aquellas labores, generando así un sistema de respuestas que se presenta, en general, como de dominio casi exclusivo de funcionarios públicos, con muy poca cabida para el control o la participación popular, salvo los limitados casos de ejercicio exclusivo o conjunto, de la persecución penal por parte del ofendido o la casi nula, hasta ahora, intervención de particulares.

El rexamen de esta estatalidad hoy abarca el interrogante sobre si el Derecho penal debe cumplir una función exclusivamente punitiva en la sociedad o si puede tener, también, entre sus fines, buscar y lograr una solución pacífica del conflicto humano que subyace en el delito, como una alternativa a la pena. A la vez, profundiza el debate sobre si la procuración y la administración de la justicia penal son tareas exclusivas de funcionarios públicos, o si en ellas deben, además, participar los ciudadanos; y, en su caso, las formas y alcances de esa participación.

El origen del proceso penal tiene su génesis en el conflicto social; en tal sentido, el principio de oportunidad tiene que estudiarse vinculado a la historia de las soluciones dadas a los distintos episodios de la conflictividad humana, la acción o acciones requeridas para incentivar tales actos y la naturaleza de estos.

La víctima, como ser ofendido o lesionado en sus derechos, desaparece y se convierte en una excusa del soberano y, después, del Estado, para ejercer su poder a discreción. El Estado, a través de sus autoridades, intenta cumplir con las expectativas que la sociedad tiene cifradas en ellas, por el rol social que cumplen, y utiliza el Derecho penal como mecanismo de control social.

Es hora de introducir, en los cuerpos normativos y en las prácticas de los operadores de justicia, principios victimológicos, que constituyan la base para el regreso a la lucha o *disputatio* como método de búsqueda de la verdad, haciendo que el sistema acusatorio procesal no solo constituya una

limitación liberal a la *inquisitio*, sino el replanteo de un nuevo sistema procesal penal dirigido a la real satisfacción de los intereses de las víctimas, a efecto de que sean consideradas por lo que son: personas y no meras pruebas.

EL BIEN JURÍDICO Y LA COSIFICACIÓN DE LA VÍCTIMA QUE OCASIONA

El bien jurídico, como lo conocemos, ha existido desde los inicios de la dogmática penal.¹² Actualmente, se erige como una categoría penal imprescindible y una limitante para el Estado. Según José Urquizo Olaechea,¹³ «el contenido que se le asigne o niegue al bien jurídico, tiene la virtud de poner en evidencia la tendencia que se sigue, provenga del legislador, del juez, del jurista, de grupos sociales, etc.».

«Se desarrolló como consecuencia del rechazo de la teoría de la lesión del derecho, como lo había defendido, sobre todo, Feuerbach, quien se basaba a su vez en la teoría de Kant».¹⁴ La evolución continúa con las aportaciones doctrinarias de Birnmaun, autor que se opuso a la teoría de Feuerbach de lesión de un derecho subjetivo con la de lesión de un bien, en *Über das Erforderni einer Reichsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, Archivs des Criminalrechts*. Binding es «el verdadero creador del concepto de bien jurídico». Ahora, «las tendencias de desindividualización se advierten con mayor claridad» en *Die Normen und Ihre Übertretung*, donde lo definía como «todo aquello que para el legislador es valioso como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento sin cambios y no perturbado la comunidad tiene interés en opinión del legislador, intentando este protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas».

Franz von Lizst, desde su visión político-criminal, de acuerdo con Eser, «no solo convirtió al bien jurídico en el concepto central de su teoría del delito, sino que lo dotó partiendo de la orientación sociológico-funcional del Derecho de Ihering, en cuanto interés jurídicamente protegido, incluso de una base previa al juicio de valor jurídico, correspondiendo para ello un papel esencial a las necesidades de los seres humanos». Este autor postuló que «todo derecho existe por los seres humanos, todo Derecho protege

¹² Bovino: «Contra la legalidad», en *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, p. 82, expresa que «El bien jurídico no es más que la víctima objetivizada en el tipo penal».

¹³ «El bien jurídico», en http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones/Catedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm.

¹⁴ Eser: «Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima», en Bello Rengifo y Rosales (compils.), *Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, t. 2, p. 149.

intereses vitales humanos. La existencia humana, por lo tanto, es el bien jurídico; de las distintas configuraciones de esta existencia se obtiene la clasificación de los bienes jurídicos».

Kóstlin sostuvo que el carácter peculiar del delito consiste en «que no se dirige contra una determinada forma de aparición del Derecho, sino contra su esencia». Luego vendría la Escuela Hegeliana, la misma que, principalmente, a través de Kóstlin¹⁵ y Bekker,¹⁶ inició los procesos de elevación del objeto del delito hacia lo general.¹⁷ Después, ni la Escuela Teleológica de Marburgo¹⁸ ni la de Kiel¹⁹ redireccionaron la conceptualización del bien jurídico hacia la víctima. En la segunda mitad del siglo xx, nos encontramos con la introducción a la dogmática del bien jurídico de la «pretensión de respeto» de Schmidhäuser²⁰ y la «de vigencia» de Jescheck.²¹

En resumen, se replanteó la problemática del delito, que ya no era lesión de derechos del ofendido, sino del bien jurídico, provocando que su protección hiciera que la víctima quedara atrapada en el tipo penal y en aquel,²² es decir, esta se cosificó en forma de bien jurídico y, he ahí, el fundamento de la persecución penal, que se materializa con el ejercicio de la acción penal.

LA ACCIÓN PENAL

La acción para la teoría general del proceso es una categoría pura y única, que se encuentra íntimamente relacionada a la jurisdicción, en la medida en que ambas forman parte del servicio de justicia que presta el Estado. La acción es presupuesto necesario de la jurisdicción, ya que la función jurisdiccional permanece inmóvil mientras no reciba un estímulo externo

¹⁵ *System des deutschen Strafrecht, Allgemeiner Theil*, Tübingen, 1858, nota 6, *apud* Eser: *Op. cit.*, p. 158.

¹⁶ Para este autor, «ya no se ve en el delito aquello que a primera vista parece ser, una lesión del sujeto directamente afectado, sino [...] una perturbación del ordenamiento jurídico invisible, [...] una vulneración del orden estatal». *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, t. 1, Leipzig, 1859, p. 45, *apud* Eser: *Op. cit.*, p. 158.

¹⁷ Eser: *Op. cit.*, p. 157.

¹⁸ Representada por Schwinge y Zimmerl, siguiendo a Honig, redujo el bien jurídico a un mero «principio rector de la configuración conceptual». *Vid.* Eser: *Op. cit.*, p. 159.

¹⁹ De visión nacional-socialista, siendo sus mayores exponentes Dahm y Schaffstein, que definiéndose como sustancial, aludían «a los valores y bienes vitales protegidos en cada caso, y, especialmente, a valores populares como pueblo, raza y germanidad». *Idem.*

²⁰ *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Tübingen, p. 24). Este autor diferenciaba «bien jurídico», «objeto de bien jurídico» y «objeto del hecho».

²¹ Se refiere a lo mismo que Schmidhäuser, desde el punto de vista material. Eser: *Op. cit.*, p. 160.

²² Reyna Alfaro: «Estudio final: la víctima en el sistema penal», en Colectivo de autores, *La víctima en el sistema penal: dogmática, proceso y política criminal*, p. 118.

que la ponga en movimiento. En el proceso penal, adquiere características especiales, dado que su origen radica en la configuración de un probable hecho delictivo.

El concepto jurídico de la acción surge cuando nace el proceso. Como refiere Daniel González²³ es la actividad o complejo de actividades ejercida normalmente por el MP y otros sujetos, se prolonga durante el proceso penal, siguiendo hasta la sentencia irrevocable, con el fin de obtener del juez una decisión sobre el hecho atribuido al imputado. Si la actividad es orientada hacia la jurisdicción, la promoción inicial se perfecciona en el primer contacto que exista entre el órgano requirente y el jurisdiccional, cuando dicho contacto tenga por objeto solicitarle al juez que se pronuncie sobre la noticia del delito.

Para Manzini²⁴ la acción penal presupone una actividad que se desarrolla ante el juez. Antes de que este sea investido de la instrucción o de la cognición del proceso, no la tiene propiamente; no existe, entonces, jurisdicción sin acción, y viceversa, porque sin el impulso del MF el poder jurisdiccional no puede actuar por propia iniciativa. La facultad de obrar se sustituye por la de hacer obrar o la de pedir que se obre.

En consecuencia, la acción es el derecho público y subjetivo del accionante a exigir, al órgano jurisdiccional, la emisión de una resolución motivada y congruente que se pronuncie sobre la procedencia, o no, de su solicitud para iniciar el proceso. Es la potestad jurídica de promover la decisión del órgano jurisdiccional respecto a una determinada relación de derecho penal.

El ejercicio de la acción penal domina y da carácter a todo el proceso: lo inicia y lo hace avanzar a su meta, la resolución del conflicto generado por el delito. El proceso, sin el ejercicio legítimo de la acción penal, no puede surgir ni continuar. Ella estará presente siempre, en las distintas etapas o momentos del proceso. Se identifican tres momentos fundamentales: persecutorio, conformado por las actuaciones del órgano encargado de ejercer la acción penal; acusatorio, es el perfeccionamiento del ejercicio de esta, que se manifiesta con la acusación; y punitivo, constituye la culminación del conjunto de actos procesales que ha generado el ejercicio de dicha acción.

La acción penal²⁵ es ejercida, en los delitos públicos, a través de denuncia formalizada o de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, por parte del MP. En los delitos de acción privada, se ejerce a través de la querrela interpuesta por el agraviado.

²³ *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, p. 35.

²⁴ *Tratado de Derecho procesal penal italiano*, p. 12.

²⁵ No solamente es acción la de condena, sino también, en general, cualquier potestad jurídica concedida a las partes, frente al órgano jurisdiccional, para su puesta en marcha. En este sentido, Carnelutti las clasifica según el fin a que correspondan.

En el proceso penal, la acción difiere de la del proceso civil,²⁶ toda vez que no pretende una resolución sobre el fondo del asunto, ni mucho menos una de contenido concreto, sino que, ante la existencia de determinados indicios racionales de criminalidad, se configura un *ius ut procedatur*, es decir, un derecho de acceso al proceso, que se satisface con la práctica de aquellas diligencias encaminadas a la averiguación del hecho y a la identificación del sujeto activo del delito.

El MP, ejerciendo el monopolio de la potestad persecutora y en cumplimiento de un deber constitucional (Artículo 156), tiene el poder de poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de obtener una resolución motivada en un caso determinado; debido a ello, la acción penal es considerada como la potestad jurídica de instar la actividad jurisdiccional.

Varios instrumentos jurídicos internacionales reconocen la acción como expresión de la tutela judicial efectiva que debe brindar el Estado. Ver al respecto el Artículo 10 de la Declaración universal de los derechos humanos, San Francisco, 10 de enero de 1948; el 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1969; el 8.1 de la Convención americana de derechos humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969; el 6.1 de la Convención de derechos humanos y libertades fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes, Minsk, 26 de mayo de 1995; el 19 de la Declaración del Parlamento Europeo sobre los derechos y libertades fundamentales, 12 de abril de 1989; el 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, Roma, 1950; apartado XVIII de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, Bogotá, 1948; entre otros.

Existen delitos cuya persecución queda a decisión de la persona agraviada por el hecho delictivo. Sin embargo, estos casos se consideran como excepcionales, pues la mayor parte de delitos previstos en el Código penal son perseguibles de oficio por parte del MF.

La acción penal se identifica por ser: a) pública, manifestación del *ius imperium* del Estado; b) oficial, su ejercicio está asignado a un órgano oficial, con excepción de aquellos delitos perseguibles por acción privada; c) obligatoria, se expresa en dos sentidos: el primero hace referencia a la promoción de la acción penal (por mandato de la ley, el funcionario que toma conocimiento de un hecho delictivo está obligado a promoverla), y el segundo alude a la sujeción de los sujetos procesales a los efectos producidos por el ejercicio de aquella, pues debe entenderse como la obligación

²⁶ Al decir de Carnelutti, la acción penal es poder-deber y la civil poder-derecho (*Teoría general del Derecho*). Esto ha sido objetado por Alcalá Zamora, quien dice que esa distinción es más bien subjetiva y que depende de quien la ejercite: la primera, ejercida por el acusador privado, es poder-deber, y la segunda, por el MF, es un poder-deber (*Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. Estudios de Derecho procesal en honor de Hugo Alsina*).

de los órganos de persecución penal de promover y mantener el ejercicio de dicha acción, ante la noticia de un hecho punible, siempre que así lo determine la ley en el caso en concreto; d) irrevocable, una vez ejercida la acción penal, esta no puede ser objeto de revocación, suspensión, modificación o supresión, salvo que la ley lo permita expresamente (es el caso, por ejemplo, del principio de oportunidad que, luego de iniciado el proceso penal, permite al MP, en los supuestos determinados en la ley y previo control jurisdiccional, retirar tal acción); e) indivisible: es única, ya que constituye una unidad que no se puede desagregar (en virtud de ello, la realización de un hecho punible no genera distintas acciones para perseguir independientemente cada una de las conductas o cada uno de los agentes que hayan participado en el evento criminal); y f) indisponible, su ejercicio no puede cederse ni delegarse a persona distinta de la legitimada para ello, lo que le otorga un carácter imperativo u obligatorio, cuando la ley así lo prevea.

Hay ilícitos penales que dan lugar solamente a consecuencias jurídicas de ese tipo y otros que son simultáneamente penales y civiles, con resultados de tales naturalezas. En realidad, aunque se trata de un mismo hecho social, este se divide en dos: el ilícito penal y el civil, hechos jurídicos perfectamente separables. Ello da lugar a la necesidad de la actuación civil y penal, con normas distintas, pero, por razones de la correlación temporal que ha existido y en beneficio de la economía procesal, se faculta generalmente en los códigos y se sostiene como conveniente el ejercicio conjunto de ambas acciones.

Fenech Miguel definió que toda infracción punible con arreglo al ordenamiento jurídico penal es susceptible de producir daños o perjuicios en el patrimonio del ofendido por el delito. Ahora bien, el ordenamiento no quedará restaurado si a la sanción penal que la infracción pueda acarrear no se le junta una sanción de carácter civil, para lograr que el desequilibrio patrimonial entre ofensor y ofendido desaparezca. El ordenamiento penal cubano se afilia a esta doctrina del ejercicio conjunto de ambas acciones, según el Artículo 275 y siguientes de la Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977, de procedimiento penal, mas va a prever una reserva de acción en el caso de que se esté conociendo un hecho en que hubo lesionado y este no hubiese sanado aún totalmente, pudiendo, no obstante, precisarse el carácter de tales lesiones, en este particular. Al ejercer la acción y formular la pretensión acusatoria, el fiscal pide al tribunal que se reserve el ejercicio de la acción, en lo referente a la responsabilidad civil, para que el perjudicado la ejercite en el momento procesal oportuno, ante la instancia civil competente. El Código civil es auxiliar en el proceso penal, actuando como norma supletoria, así como la amplitud de participación que la Ley de procedimiento penal militar le ofrece al perjudicado y al tercero civil responsable, otorgándole más garantías en el proceso, lo que debiera tenerse en cuenta en futuras modificaciones de la ley adjetiva, con vista a prever

que el perjudicado tuviese una mayor presencia en el proceso penal para coadyuvar al resarcimiento del daño físico, moral o patrimonial derivado del evento delictuoso.

Como se vio con anterioridad, la titularidad de la acción penal en sus orígenes recayó en la persona del ofendido, acusador privado del sistema germano antiguo, en una pluralidad de personas en el sistema de la acusación popular del Derecho ateniense. Luego, vendrían seis siglos (del XIII al XVIII) de dominio del sistema inquisitivo que predominó en Europa, período durante el cual todas las facultades estaban centralizadas en el monarca.

Con el advenimiento del Estado moderno, el poder se descentraliza y surgen nuevas instituciones o, en algunos casos, las viejas, en el campo del Derecho, retoman roles acordes con el sistema político triunfante. En este contexto, el MP asume la titularidad del ejercicio de la acción penal, bajo la premisa de que es un ente apartado del poder judicial y, por tanto, con independencia en el rol de la investigación, es el vigilante de la legalidad durante el curso del proceso.

En los casos de querellas, lo que existe como fundamento, al depositar la titularidad de la acción penal en manos del directamente ofendido o de sus descendientes más cercanos, incluido el cónyuge, es el interés del Estado por proteger bienes jurídicos de mayor trascendencia, como el honor o la intimidad personal.

EL MINISTERIO FISCAL: DUEÑO DE LA ACCIÓN PENAL

El MF,²⁷ más que un órgano de la sociedad, es su ojo vigilante para la defensa de los principios permanentes que le sirven de fundamento y sin los cuales se desintegraría.²⁸ Díaz León lo identifica como el órgano del Estado encargado de investigar los delitos y de ejercer la acción penal ante el juez o el tribunal de lo criminal.²⁹ Para García Ramírez³⁰ es la pieza fundamental del proceso penal moderno, a raíz de entronizarse el sistema mixto, y lo califica como un instrumento toral del procedimiento penal, en la importantísima fase averiguatoria previa y en el curso del proceso judicial.

La fiscalía constituye un órgano de dominación, con un poder intrínseco en la naturaleza común de sus funciones, asumido a lo largo del tiem-

²⁷ Los términos «ministerio» y «fiscal» se derivan del latín *ministerium*, *ministeri*, que significa ministerio, empleo, sacerdocio, oficio, cargo, oficio del que se sirve, ministerio público; y *fiscalis*, *fiscale*, que es lo perteneciente al fisco, el erario público o ministro encargado de promover los intereses del fisco. También, gramaticalmente, se le identifica con sindicar, criticar y averiguar los actos y operaciones ajenas.

²⁸ Reyes y Payne: *El ministerio fiscal*, vol. LXXVI, p. 10.

²⁹ *Diccionario de derecho procesal penal*, t. II, 2.ª ed., p. 1144.

³⁰ *Curso de Derecho procesal penal*, 5.ª ed., p. 251.

po, que ha devenido una institución verdaderamente indispensable para la subsistencia de un orden jurídico, desempeñando un papel protagónico desde cualquier ángulo en que se evalúe el sistema procesal penal: cumple un papel indudable en la eficacia eventual de la persecución penal y en la manifestación práctica de la defensa de los valores ético-sociales que el Estado ha decidido proteger; y su inserción correcta posibilita la vigencia real de un conjunto de garantías orgánicas en el proceso penal y una interpretación objetiva de las clásicas garantías procesales.

Su surgimiento es resultado de las notables transformaciones experimentadas por el Derecho penal moderno en el siglo XIX, a partir de la Europa continental, momento en el que el sistema inquisitivo comienza a ser denunciado y las modernas teorías de aquel se acercan a concepciones diferentes de las tradicionalmente aceptadas por el incipiente Derecho constitucional.

Desde esta consideración, se concibe la solución de diferenciar las funciones de promoción y de declaración de la justicia, anteriormente en manos de un solo órgano, que se ve ahora limitado en la primera de estas tareas. Esto obliga al Estado a instruir un órgano encargado de proteger el interés público.

La Revolución francesa y su evolución posterior provocaron un cambio radical entre la defensa del interés del rey y la moderna vigilancia de la legalidad, que necesitó una mutación en las estructuras económicas y sociales, a partir de la cual quedaría definitivamente marcado el fin de las instituciones medievales. Las reformas políticas necesitaban de un órgano poderoso que vigilara el cumplimiento de la legalidad, en su nueva dimensión, en especial por parte de los jueces.

La trilogía de los poderes del Estado dio consistencia a la figura del MF, definiéndolo como un órgano del poder ejecutivo que recoge y moderniza la herencia de los viejos tiempos, y confiere altas funciones de inspección y gestión ante la administración de justicia.

Con el triunfo de dicha revolución, se quebraba el principio de las monarquías absolutas; y el fiscal, de servidor de los intereses, públicos o privados, del rey, pasa a serlo de los intereses públicos de la comunidad. Es aquí donde se encuentra el verdadero embrión del MF contemporáneo, lo que evidencia que la Revolución francesa fue uno de los movimientos intelectuales y políticamente más robustos de la historia; desde su nacimiento, estuvo ligada a la idea de la vigencia del programa normativo del principio de legalidad, en definitiva, de lo que hoy denominamos el Estado de Derecho.

El fiscal, sin perder su misión originaria de promover el *ius puniendi*,³¹ ve acentuada su condición de órgano esencial por la estructura política del Estado, convirtiéndose en el custodio de la legalidad democrática y tutelador de los derechos de los ciudadanos, en una evolución aún no consumada,

³¹ Jakobs: *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, pp. 44-45.

pero que se patentiza con fuerza creciente en las más modernas constituciones.³²

Al abordar los principios que informan la actuación de la fiscalía, resulta indispensable señalar que dicha institución, dentro de un sistema penal, se vincula en orden a su naturaleza y finalidad institucional, frente al fenómeno de la punición, razón por la que se torna en presupuesto de ineludible actuación, como sujeto imparcial de la relación procesal en la investigación, durante la etapa de averiguación previa, y en la fase del juicio oral.

Teniendo en cuenta lo anterior, el MF ha quedado encargado de la promoción de la acción penal, en la búsqueda de los elementos de cargo y descargo, y en la decisión de elevar el proceso a la etapa de juicio, o no; por lo que, durante toda la tramitación de aquel, le incumbe la custodia de la legalidad de sus actos integrativos, actuando, por lo tanto, en el interés de la ley y sin ánimo de condena, reclamando, incluso, de ser preciso, en favor del sometido a juicio.

Roxin³³ plantea que el MF no fue concebido para cumplir una función unilateral de persecución, sino para ser custodio del proceso de la ley, lo que significa que su tarea consiste en velar, a favor del imputado, por que se obtenga todo el material de descargo y ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado. El fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como a actuar contra este.

El MF, en su actividad externa, está informado por los principios de legalidad e imparcialidad. Por el primero, actuará con sujeción a la Constitución, las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidas actuaciones en la medida y forma en que las leyes lo establezcan. Por el principio de imparcialidad, actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados.

En el entendido de ambos principios, se puede establecer que el MF, a pesar de estar incluido dentro de la parte acusadora del proceso penal, no en todos los procesos está obligado a presentar una acusación contra determinada persona, sino que, cuando proceda, podrá pedir su absolución.

En su actividad interna, se informa de los principios de unidad de acción y dependencia jerárquica. El primero significa que el fiscal actúa en todo momento como cuerpo único y no particularmente como otros órganos. Es coherente este principio, por cuanto la defensa de la legalidad y del interés público la realiza el órgano como tal y no sus miembros, conforme con la existencia de un solo significado en cada caso.

³² Pérez Bustamante: *Historia de las instituciones públicas de España*, p. 28.

³³ *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*.

El principio de dependencia jerárquica se da por la propia estructura jerarquizada del MF, por lo que el fiscal general de la República va a ostentar la jefatura suprema sobre todos los fiscales que integren el órgano y, a su vez, cada jefe designado por él va a ejercer la autoridad sobre los que se le subordinan.

La unidad de actuación es el efecto exterior de la aplicación del principio de unidad jerárquica en las relaciones interiores entre los miembros del cuerpo de fiscales. Se actúa como un único órgano, que aplica un mismo concepto de interés público y de legalidad. La única manera de conseguirlo es a través de la relación de jerarquía que determina su actuación, con una jefatura legitimada democráticamente.

El decisivo papel que, en el ejercicio de la acción penal, desarrolla el MF lo podemos ver en tres acepciones de la acción penal, cada una de ellas con realidad diversa, a pesar de la unidad terminológica, y que son:

– La acción penal como derecho de iniciativa: Se explica esta acepción a partir de determinadas figuras delictivas en que el legislador dispone que sea un particular quien realice un acto de denuncia, pues este constituye presupuesto de la iniciación del proceso, es decir, la denuncia va a depender de la iniciativa del perjudicado o de quien lo representa y, en cualquier estado del proceso, este particular puede desistir de su pretensión (Artículo 309.1, en los delitos de violación, pederastia con violencia, abusos lascivos, incesto, bigamia y matrimonio ilegal); para proceder es necesario la denuncia de la persona agraviada, cualquiera que sea su edad, o la de su representante legal, su cónyuge, o la persona que tenga su guarda y cuidado, ascendiente, hermanos, salvo en los casos en que se hubiera producido escándalo, en los que basta la denuncia de cualquier persona (Artículo 309.2, ambos del Código penal).

– La acción penal como derecho a la acusación: Debe entenderse como un derecho a la acusación, ejercido por el MF, en los delitos perseguibles de oficio, o sea, como derecho a intervenir en el proceso, sin facultad material de disposición sobre el contenido del proceso mismo.

– La acción penal como presupuesto de la apertura a juicio oral: El proceso penal nuestro reviste las características de la forma mixta de enjuiciamiento. El tribunal, al enjuiciar y decidir, no debe limitarse al material que aportan las partes, o sea, no debe buscar la verdad formal que le presentan, sino la verdad material, apreciando libremente las pruebas que se practiquen y los hechos sobre los que ellas recaigan. Para iniciar el juicio oral, se exige, por tanto, la existencia de quien sostenga la acusación y la persona imputada contra quien la acusación se dirija. Para asegurar el fin del proceso bajo el sistema mixto, la norma establece la existencia de acciones penales, que se conciben propiamente como funciones públicas colaboradoras de los tribunales, ejercicio que se encomienda al MF, el cual tiene, como función inherente, la acción penal, que, en este caso, consti-

tuye una consecuencia de concebir su ejercicio como presupuesto de la apertura del juicio oral y medio de asegurar que el proceso pueda llegar a su término normal.

En Cuba, el MF tiene su germen en la desaparecida Unión Soviética; con la Ley No. 1250, de 23 de junio de 1973, de organización del sistema judicial, nace la fiscalía cubana, como actualmente se le conoce, ya que en ninguna legislación se le ha reconocido la condición de ministerio, por dos elementos esenciales que la distinguen: la independencia y la verticalidad.

Para perfeccionar la organización y funcionamiento de la fiscalía, teniendo en cuenta la experiencia acumulada, el 11 de julio de 1997, la Asamblea Nacional del Poder Popular aprobó la Ley No. 83, «De la Fiscalía General de la República», pero, en ella, no se reflejaron de manera expresa los principios que pautan la actividad fiscal, que se encuentran dispersos en su articulado³⁴ e, incluso, en el reglamento,³⁵ lo que debe ser tenido en cuenta en las modificaciones a la referida ley, según lo establecido en la nueva Constitución de la República, de 10 de abril de 2019.

PRINCIPIOS DE OBLIGATORIEDAD Y DISCRECIONALIDAD EN LA ACCIÓN PENAL

El predominio de un modelo decimonónico de proceso se fundamenta en la necesidad de proteger la seguridad jurídica, la absoluta obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, que cimienta el principio de la estricta legalidad. Pero no es posible postergar el debate sobre la necesidad de replantear la estructura normativa que debe fundamentar el modelo del moderno proceso penal, y uno de los aspectos a dilucidar estará en valorar si la obligatoriedad en el ejercicio de tal acción tiene rango de principio o regla en ese proceso.

Todavía en los manuales en uso, se concibe el estatus de principio a la regla de la obligatoriedad de la acción penal; se convierte, de esta forma, en una de las garantías procesales a ser incluida en el elenco de los derechos procesales fundamentales. Asimismo, casi por una especie de mimetismo, esta regla se ha vinculado, tradicionalmente y de forma desentrañable, al principio de legalidad, toma el papel de un verdadero dogma.

³⁴ De legalidad (Artículo 8 a), imparcialidad (23 del Reglamento), unidad de acción (2, en correspondencia con el 156 de la Constitución), dependencia jerárquica (2.3), y ejercicio de la acción penal (8 f).

³⁵ «Reglamento de la Ley de la Fiscalía General de la República», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 63, 18 de diciembre de 1998. Su Artículo 23 establece que «La Dirección de Procesos Penales tiene las funciones siguientes:

a) Velar por que la acción penal pública se ejerza adecuada y oportunamente, en los juicios que así lo requieran».

Un análisis de esta cuestión requiere, aunque de modo superficial, un examen previo de la teoría de los derechos fundamentales y de la distinción hecha en este ámbito del conocimiento entre reglas y principios, para que se pueda precisar en qué medida la flexibilización de la regla de obligatoriedad puede conllevar la vulneración del principio de legalidad.

Desde la óptica de la estructura de las normas de derecho fundamental, será posible llegar a la conclusión *prima facie* de que sea cual fuera la clasificación que se dé al ejercicio obligatorio de la acción penal —como principio o regla— cabría su flexibilización, sin que de ello resulte la vulneración de los principios que informan la estructura de garantías procesales penales, y que encuentra en el principio de legalidad el elemento de cierre de todo el sistema penal.

A estos efectos, cobra fundamental importancia aclarar que, por un lado, los principios, entendidos como mandatos de optimización, para utilizar la terminología adoptada por Alexy,³⁶ no son absolutos; y, de otro, las reglas, aunque sean normas que solo pueden ser cumplidas, o no, podrán admitir excepciones. De este modo, conforme señala la doctrina, un conflicto entre reglas puede ser solucionado introduciendo en una de estas una cláusula de excepción que elimine el conflicto, pudiendo, incluso, tal excepción ser introducida sobre la base de un principio. Cuando ello sucede, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso.

En cambio, el conflicto entre principios resulta todavía de más fácil solución, pues, en su génesis, comporta el cumplimiento en diferentes grados y, según las circunstancias, uno puede ceder ante el peso de otro. El hecho de que uno valga para un caso no implica un resultado definitivo. Al contrario de las reglas, aquellos carecen de contenido de determinación con respecto a los contrapuestos y las posibilidades fácticas. Visto así, no tiene cabida el argumento de que la incorporación de excepción a la regla de la obligatoriedad de la acción penal, en aras de la incorporación del principio de oportunidad, implicaría la vulneración del de legalidad.³⁷

Para enfrentar esa problemática, dentro de la crisis del sistema de justicia penal que se experimenta hoy día, uno de los aspectos que habrá que tener en cuenta se refiere a la toma de posición por racionalizar la fórmula tradicionalmente aceptada de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, frente a la necesaria e imprescindible discrecionalidad que informa el principio de oportunidad, realidad no aceptada pacíficamente al esgrimirse contra estos variados argumentos respecto a sus implicaciones: políticas y económicas.

Sobre las primeras, se ha invocado frecuentemente la tesis de que conferir márgenes de oportunidad en el ejercicio de tal acción conlleva su uti-

³⁶ Vid. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 81-172.

³⁷ Montero Aroca: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, p. 45.

lización para servir a intereses ajenos a la legalidad o traer consigo consecuencias que vayan más allá de la mera aplicación de la ley al caso concreto. Dicho en otras palabras, la idea es que esta no sería ajena a la acción política y, por tanto, no debe encargarse su ejercicio a órganos que estén vinculados con el poder político, para prevenir influencias.

Por otro lado, el argumento económico parte de la base de que el objetivo de la incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal no es otro que acelerar el fin del proceso, para descargar la administración de justicia penal. No obstante, ello arrastraría la vulneración de todo el sistema de garantías diseñado en aras de la protección de los derechos procesales, aunque esta posición reduce la esencia de este principio a uno de sus beneficios y no deja que con él se persiga un tratamiento más adecuado.

El principio de oportunidad, en su contenido y alcance, depende de la forma en que cada sistema lo desarrolle, pero es común que «la oportunidad [sea] sinónimo de discrecionalidad»; aunque no es obligatorio, queda a criterio de los sujetos procesales encargados del ejercicio de la acción penal, dígase MP o querellante, y, a su vez, se le ponen límites expresos a su no aplicabilidad, basadas en razones de política criminal de cada país.

Se ha generalizado la tesis a favor de la incorporación del principio de oportunidad a una creciente influencia de la cultura jurídica norteamericana en el ámbito cultural del proceso penal. Se reduce así el debate de los que adoptan esta posición a un solo aspecto: la incompatibilidad de importación de este modelo. Es decir, teniendo en cuenta las ilimitadas facultades del MP en el ámbito en que operan los modelos de oportunidad pura, se reconduce toda suerte de argumento, en aras de la racionalización del uso del proceso penal, según criterios de oportunidad, al extremo de que su incorporación importaría una inevitable merma de derechos y garantías, con el único fin de atender a la demanda de aceleración de la persecución penal.³⁸

Estas críticas no encuentran eco, si se consideran los cánones que fundamentan el actual sistema penal en el marco de los órdenes jurídicos democráticos, y que encuentra su legitimación no solo desde la óptica procesal penal, sino, además, y sobre todo, desde la óptica constitucional. En efecto, como bien observa Moreno Catena,³⁹ también se cuestiona «la adecuación del proceso penal respeto a las exigencias constitucionales, o, de otro modo, se analiza si el proceso actual cumple sus fines y al propio tiempo respeta las garantías procesales que se tutelan en las normas cons-

³⁸ En este sentido, *cfr.* Shünemann: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, pp. 288-302.

³⁹ «El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma», en Colectivo de autores, *Sistemas penales europeos*, pp. 15-16.

titucionales, como en las resoluciones que las interpretan y en los textos internacionales sobre derechos humanos».

Los nuevos paradigmas procesales⁴⁰ que informan los actuales sistemas de enjuiciamiento penal están inspirados por elementos del modelo acusatorio anglosajón, el continental europeo y el Código modelo para Iberoamérica. Ello supone decir, por tanto, que la posibilidad de incorporación del principio de oportunidad en los ordenamientos con tradición jurídica continental, fundados en el de legalidad, no prescinde de la preservación de este como regla de garantía no solo del sistema de enjuiciamiento criminal, sino de todo el orden jurídico. Al contrario, se aconseja la intervención de la ley, pues, conforme destaca la doctrina, desde el contexto constitucional, el principio de legalidad es preponderante y garantía de muchos derechos, en especial el de igualdad de los ciudadanos ante el Estado.⁴¹ Este fundamento se comparte al defender una oportunidad reglada en la que prime una ponderación de intereses, derechos y garantías, aplicados al caso específico y en busca de la mejor solución al conflicto que se presenta.

A primera vista, no cabe establecer una dicotomía entre los principios de legalidad y oportunidad, al punto de que, en los ordenamientos jurídicos que permitan una mayor apertura al último, este se ha concebido únicamente en clave de excepción y complemento del de legalidad. La conversión de la discrecionalidad real o encubierta, verificada en la praxis, conlleva como principal beneficio conferir legitimidad a los fines de política criminal, por medio del establecimiento de criterios de selección objetivos y predeterminados.

Siguiendo esta posición, Vives Antón⁴² destaca que hablar de principio de oportunidad o de negociación de la conformidad parece que representa arrojar una mancha sobre la hasta ahora inmaculada administración de justicia. Pero tales institutos existen en la realidad y, de ellos, se hace un uso subrepticio y vergonzante. Basta preguntarse cuántos delitos de imprudencia cometidos con vehículos de motor se ven ante los tribunales para comprenderlo. ¿Ha sido un milagro el que repentinamente los ha transformado en faltas? ¿O, más bien, se ha ejercido tranquilamente y, desde lue-

⁴⁰ Respecto a la plasmación del principio en estudio, se considera que las leyes y códigos procesales de Colombia, Costa Rica y Chile pudieran ser los modelos más adecuados, por su integralidad.

⁴¹ Perdomo Torres: *Los principios de legalidad y oportunidad: fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el Derecho procesal penal colombiano*, pp. 15-16. Conforme advierte el autor, reducir la discusión al dilema que gira en torno al debate sobre el modelo anglosajón por modelo continental, significa ahondar en estéril conflicto teórico, además de aportar poco a la tarea de precisión dogmática del principio que se estudia en este trabajo.

⁴² «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», pp. 109-110.

go, sin decirlo, un principio de oportunidad que nuestras leyes actuales no reconocen? Los ejemplos podrían multiplicarse, pero baste lo dicho para poner de manifiesto que estamos ante una realidad que es mejor regular que desconocer. Asimismo, respecto a la exigencia del principio constitucional de proporcionalidad o prohibición de exceso, en el marco de las penas necesarias y proporcionadas, en abstracto, surgen casos en que la necesidad y la proporción desaparecen. Determinados institutos (condena condicional, *probation*, posibilidad de imponer penas alternativas, beneficios penitenciarios, etc.) posibilitan, sencillamente, que la condena penal pronunciada pueda quedar vacía de contenido y se admiten sin mayores reparos. De modo que no se ve bien por qué son tantos los que suscita la regulación del principio de oportunidad y de la negociación de la conformidad, que no tienen por qué ser ni más discrecionales ni más peligrosas que las instituciones a que se ha hecho referencia.

CONCLUSIONES

1. La autora está de acuerdo con que se autorice al MP una racionalidad de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, y que se le permita mayor discrecionalidad sobre la base de supuestos de oportunidad reglada, al ejercitar una efectiva y dinámica acción como génesis del proceso penal, en correspondencia con la potencialización que a esta función le ha otorgado la nueva Constitución de la República.
2. Según la postura asumida aquí, se define el principio de oportunidad como aquel de rango constitucional, mediante el cual se le autoriza al MP un margen de discrecionalidad previsto en ley para no ejercer la acción penal, por motivos de interés público o insignificancia, mediante el cual se estaría poniendo el proceso en función de resolver el conflicto social que le dio origen, sin necesidad de imponer una sanción penal, al ser resuelto por otras vías alternativas.
3. La oportunidad reglada ofrece un conjunto de ventajas que se erigen en razones de política criminal, cuyo fundamento no obliga a la persecución indiscriminada de todos los delitos en pos del descongestionamiento del sistema judicial; permite concentrar los esfuerzos en una eficaz persecución de los delitos más graves, con una actual tendencia hacia la criminalidad organizada, ofrece una amplitud de posibilidades de reinserción social a los sujetos involucrados en hechos de poca peligrosidad social y, como colofón de todo ello, tributa a la necesaria economía procesal.
4. De la totalidad de los criterios de oportunidad que se manejan en la doctrina y el Derecho comparado, y atendiendo a las características pro-

- pias del delito y sus comisores en nuestro país, una selección de ellos tributaría a una correcta implementación de la oportunidad reglada, con énfasis en los que toman en cuenta la insignificancia, la pena natural, la colaboración, y los postulados en convenios internacionales.
5. La praxis judicial cubana muestra, entre los años 2014 y 2016, elementos suficientes, en cuanto a las conductas delictivas que se juzgan: el 65% de los delitos son menores, con prevalencia de lesiones, amenazas, hurto, portación y tenencia ilegal de armas. Los sujetos comisores, en el 67%, eran de buena conducta social, sin antecedentes y colaboraron en el esclarecimiento, al reconocer su participación. Como resultado de ello, el 55% de las sanciones impuestas fueron de carácter pecuniario y, de ellas, un 50% estuvieron en un rango de 200 cuotas que, automáticamente, se convirtieron en antecedentes penales, cuyo análisis lleva a afirmar que no ha sido coherente la respuesta punitiva con el tipo de delito y las características de sus autores, los que bien pudieran haber sido beneficiados con otras soluciones menos criminalizantes.⁴³
 6. Los operadores jurídicos en la isla consideran que la oportunidad es un mecanismo válido y que sería de utilidad su aplicación en el proceso penal cubano, pues reportaría mayor calidad y más agilidad a la impartición de justicia, disminuiría sus costos económicos, agilizaría el resarcimiento a las víctimas, permitiría mayor posibilidad de adecuar las soluciones al conflicto penal creado por el delito, una mejor concentración de los recursos humanos y financieros hacia el procesamiento del delito más grave, y la humanización de las sanciones.⁴⁴
 7. Un análisis económico en el referido período demostró la utilidad del principio de oportunidad para Cuba, al arrojar que, descongestionando los tribunales municipales populares (67% por las características de los hechos y sus comisores que hoy se juzgan), en un quinquenio podrían ahorrarse 112 millones 104 342 pesos, moneda nacional (MN), lo que, según los costos corrientes del TSP, representaría lo necesario para dos años de trabajo, o poderlos invertir en el proceso ordinario de los tribunales provinciales populares, donde se juzgan los delitos más graves y que, en cinco años, cuestan 58 millones 999 512 pesos MN.⁴⁵
 8. En los elementos antes expuestos están los primordiales fundamentos que nos demuestran cómo el conflicto social, siempre que las circunstancias lo permitan, debe resolverse sin necesidad de utilizar el Derecho penal, para que, de verdad, este sea la última ratio.

⁴³ Hernández Rodríguez: «El principio de oportunidad. Fundamentos para su inserción en Cuba».

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Zamora, Castillo: *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. Estudios de Derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1945.
- Alexy, R.: *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001.
- Bodero, Edmundo René: *Relatividad y delito*, Editorial Temis, Bogotá, 2002.
- Bovino, Alberto: «Contra la legalidad», en *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- Bustos Ramírez, Juan: *Lecciones de Derecho penal. Criminología y Derecho penal*, Editorial Trota, Madrid, 1997.
- Cancio Meliá, Manuel: *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: imputación a la víctima*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- Carnelutti, Francisco: *Teoría general del Derecho*, Editorial Posada, Madrid, 1941.
- Díaz León, Marcos Antonio: *Diccionario de Derecho procesal penal*, t. II, 2.ª ed., Editorial Porrúa S. A., México, 1989.
- Engels, Federico: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Editorial Progreso, Moscú, 1962.
- Eser, Albin: «Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima», en Carlos Simón Bello Rengifo y Elsie Rosales (compils.), *Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998.
- Fenech, Miguel: *Derecho procesal penal*, t. 1, Editorial Labor S. A., Madrid, 1952.
- Fernández Bulté, Julio: *Manual de historia general del Estado y el Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.
- García-Pablos De Molina, Antonio: *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 1994.
- García Ramírez, Sergio: *Curso de Derecho procesal penal*, 5.ª ed., Editorial Porrúa S. A., México, 1989.
- González A., Daniel: *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, Investigaciones Jurídicas S. A., Costa Rica, 1992.
- Hernández Rodríguez, Rufina de la C.: «El principio de oportunidad. Fundamentos para su inserción en Cuba» (tesis para optar por el grado de doctora en Ciencias Jurídicas), Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2017.
- Jakobs, Günter: *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.
- Ledesma Narváez, Mirianella: *El procedimiento conciliatorio. Un enfoque teórico normativo*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- Maier, Julio B. J.: *Derecho procesal argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- _____ : *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2.ª ed., 3.ª reimpr., Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2004.

- _____ : *El ministerio público ¿un adolescente?*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Manzini, V.: *Tratado de Derecho procesal penal italiano*, UTET, Turín, 1967.
- Montero Aroca: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Moreno Catena, V.: «El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma», en Colectivo de autores, *Sistemas penales europeos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
- Olaechea, José Urquiza: «El bien jurídico», en http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm.
- Perdomo Torres, J. F.: *Los principios de legalidad y oportunidad: fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el Derecho procesal penal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Pérez Bustamante, Rogelio: *Historia de las instituciones públicas de España*, Universidad Complutense, Madrid, 1995.
- Reyes y Payne, Francisco Oscar: *El ministerio fiscal*, vol. LXXVI, La Habana, 1943.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel: «Estudio final: la víctima en el sistema penal», en Colectivo de autores, *La víctima en el sistema penal: dogmática, proceso y política criminal*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2006.
- Roxin, Claus: *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Shünemann, B.: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- Vives Antón, T. S.: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en *Poder Judicial*, número especial II, 1999, [s. m. d.].
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Derecho penal, parte general*, Editorial Ediar, Buenos Aires, [s. a.].

EL CONTRATO DE TRANSPORTE DE CARGA

Esp. Alina Bielsa Palomo

Magistrada, Sala de lo Económico, TSP

Resumen: En el trabajo se ratifica la importancia del contrato en las relaciones comerciales, herramienta básica que permite a las empresas efectuar transacciones, negocios y todo tipo de operaciones con proveedores y clientes. Particularmente, se destaca el contrato de transporte de carga, por su papel esencial en el escenario económico nacional y por los incumplimientos que con mayor frecuencia se aprecian en la práctica judicial cubana. De igual manera, se enfatiza en la necesidad de potenciar el papel del contrato como instrumento regulador de las relaciones mercantiles en el adecuado desarrollo de los encadenamientos productivos y de los servicios indispensables de la economía del país y para que lleguen, con la prontitud y calidad, los abastecimientos al consumo social.

Abstract: The work confirms the importance of the contract in commercial relations, a basic tool that allows companies to carry out transactions, business and all kinds of operations with suppliers and customers. In particular, the cargo transportation contract stands out for its essential role in the national economic scenario and for the breaches that are most frequently seen in Cuban judicial practice. In the same way, it emphasizes the need to enhance the role of the contract as a regulating instrument of commercial relations in the adequate development of the productive chains and essential services of the country's economy and so that they arrive, with the prompttudy and quality, supplies for social consumption.

Palabras clave: contrato de transporte de carga, relaciones mercantiles, economía nacional, incumplimientos, práctica judicial cubana.

Keywords: cargo transportation contract, commercial relations, national economy, breaches, Cuban judicial practice.

Sumario: Introducción. Consideraciones generales. Irregularidades más frecuentes advertidas en la práctica judicial. A modo de conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El contrato, esencialmente, se ha definido como el acuerdo voluntario alcanzado por las partes involucradas, mediante el cual una de ellas se compromete a hacer algo a cambio de una contraprestación, general-

mente de tipo económico, y produce efectos jurídicos. Es la mejor forma de garantizar que los contratantes cumplan con las condiciones pactadas.

Desde la posición clásica, se le puede definir como aquel negocio jurídico bilateral por el cual se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas obligatorias; es la fuente principal de las obligaciones.¹

Es todo acuerdo de voluntades entre dos o más personas, dirigido a crear obligaciones entre ellas.² En su contenido, establece los deberes y poderes que las partes ostentan en su relación; en otros términos, el contenido de todo contrato son las reglas de conducta que han de observar las partes.³

En la mayoría de las ocasiones, la relación fijada en un contrato no suele suscitar dificultades; lo ideal y habitual es que los pactos se desenvuelvan de la manera convenida. Pero cuando se trata de relaciones comerciales, de acuerdos entre los diferentes sujetos de la economía, estos pueden volverse complejos, ante la diversidad de regulaciones que es necesario definir: plazos y lugares de entrega, calidad del producto, plazos y métodos de pago, causas de rescisión, sanciones por incumplimiento, eximentes, entre otras condiciones.

Es, entonces, cuando el contrato se revela como lo que verdaderamente es, la herramienta fundamental que permite a las empresas efectuar transacciones, negocios y todo tipo de operaciones con proveedores y clientes.⁴

Su importancia en las relaciones comerciales radica en que se trata de un documento en el cual las partes implicadas reflejan las obligaciones que cada una asumió. Es el instrumento regulador de las relaciones mercantiles, fuente de derechos y obligaciones recíprocas, cuyas estipulaciones deben ser estrictamente cumplidas. Así, en el caso de que alguna de aquellas incumpla los compromisos oportunamente contraídos, pueden exigirse las responsabilidades que correspondan.

En el Lineamiento No. 5 de la Política económica y social del Partido y la Revolución se refuerza el papel del contrato como instrumento esencial de la gestión económica y la necesidad de elevar la exigencia en su cumplimiento entre los actores económicos, los que deben asumir una actitud proactiva para honrar los compromisos contraídos, sobre la base de los principios de la buena fe, el deber de informar las eventualidades, la obligación de colaborar frente a dificultades en la ejecución de lo pactado y suplementarlos cuando sea necesario modificar los acuerdos antes del

¹ Delgado Vergara: «El negocio jurídico contractual», en *Derecho de contratos. Teoría general del contrato*, t. 1, p. 6.

² Dávalos Fernández: *Fronteras y contratos* (Derecho aplicable al contrato internacional), p. 1.

³ Ojeda Rodríguez: «El contenido del contrato», en *Derecho de contratos. Teoría general del contrato*, t. 1, p. 180.

⁴ «La importancia de los contratos en las relaciones comerciales», en <http://portaley.com/2017/01/la-importancia-los-contratos-las-relaciones-comerciales/>.

incumplimiento, sin obviar que la vía judicial es la última opción para lograr el cumplimiento de las prestaciones convenidas.

En la amplia variedad de negocios jurídicos conocidos, el contrato de transporte terrestre de carga tiene un papel primordial para el buen desenvolvimiento de la cadena de servicios que se realiza en el escenario económico del país.

El objetivo del presente artículo es lograr un acercamiento a aquel, por ser un servicio imprescindible en el tráfico mercantil cubano, utilizado por empresas estatales, cooperativas, sociedades mercantiles, empresas mixtas, trabajadores por cuenta propia y otros actores económicos, y por los incumplimientos que con mayor frecuencia se constatan en nuestra práctica judicial en torno a este tipo de negocio jurídico, que hacen ineficaz el servicio de transportación.

CONSIDERACIONES GENERALES

El contrato de transporte terrestre de carga constituye un eslabón de singular importancia en el desarrollo económico de todos los países, pues permite la movilización de mercancías de un lugar a otro en el ejercicio de la actividad mercantil. Es indispensable en este ámbito porque interviene en todas las fases del ciclo económico, desde la fabricación, la comercialización, el abastecimiento y la distribución, hasta el consumo, lo que justifica la necesidad de organizar esta actividad y asegurar su correcta realización.

Surgió con el objetivo de facilitar el intercambio económico entre los pueblos y que los comerciantes pudieran recorrer, con sus producciones, largas distancias cuando, de una forma rudimentaria pero eficiente, se trasladaban por los caminos con todo tipo de mercaderías. En los primeros tiempos, a pie o en animales e, incluso, por mar, mediante botes o canoas, los hombres eran capaces de mantener redes de comunicación e intercambio.⁵

En principio el transporte terrestre y marítimo fueron las principales fuentes de intercambio comercial, desde antiguas civilizaciones como la fenicia hasta la Edad Media. Con la aparición de las máquinas de vapor, la importancia del transporte se acentúa, dando origen a las grandes empresas capitalistas de comienzos de siglo. Desde el Derecho romano se conocía ya la figura de la *locatio conductio*, una especie de arrendamiento de servicios, por medio de la cual una persona denominada *conductor* se comprometía con otra denominada *locator*, a transportar una cosa hasta determinado sitio, mediante el pago de un precio.⁶

⁵ «Orígenes y evolución del transporte internacional de mercancías», en www.moldtrans.com/origenes-y-evolucion-del-transporte-internacional-de-mercancias/.

⁶ «El contrato de transporte», en <http://contratosobligacionescalendariob.blogspot.com/2009/04/el-contrato-de-transporte.html>.

En el contrato de transporte terrestre de carga, el porteador se compromete, a cambio de un precio, a trasladar la carga, por un medio y plazo determinados, y a entregar esta a su destinatario. Según el Código civil vigente, por esta modalidad contractual, aquel se obliga a trasladar bienes muebles al punto de destino, y el usuario, a pagar el servicio de conformidad con las tarifas vigentes.⁷

El porteador cumple la prestación cuando ofrece a la contraparte el resultado comprometido: el traslado de la mercancía de un lugar a otro. Con ello, la obligación que asume se consume con la entrega al destinatario como resultado final, a cambio de una remuneración a satisfacer por la contraparte en el contrato; por eso, la prestación que se le exige no es la mera actividad traslativa desarrollada con diligencia, sino la consecución de un resultado, además de la obligación de custodia y la correspondiente responsabilidad en que incurre, en caso de pérdida o deterioro de la carga.

Este contrato implica una relación bilateral con obligaciones a cargo de ambas partes, en el sentido de que estas se obligan recíprocamente: el transportista, a ejecutar la prestación comprometida de transportar la mercancía y ponerla a la disposición del destinatario; y este, a abonar el precio correspondiente.

De ahí que, por su naturaleza jurídica y en cualquiera de sus modalidades, sea consensual, bilateral, oneroso, principal, típico, de ejecución inmediata, impersonal y de tracto sucesivo,⁸ que genera una obligación de hacer, consistente en trasladar cargas de un lugar a otro, previamente convenido, a cambio del precio que debe satisfacer el cargador.

Hoy es una actividad que ha generado disímiles regulaciones por los Estados, para garantizar el buen desarrollo de las relaciones económicas de tal naturaleza.

En nuestro país, en los primeros años del triunfo de la Revolución, las relaciones monetario-mercantiles se desarrollaron al margen de cualquier régimen contractual; fue necesario que estas se expresaran jurídicamente mediante contratos económicos, que obligaran a las partes al cumplimiento de las prestaciones convenidas y a responder en los casos de incumplimiento total o parcial de las obligaciones, lo que conllevó a la promulgación del Decreto Ley No. 15 de 1978,⁹ el cual estableció las normas básicas reguladoras del contrato económico entre las personas jurídicas y naturales que participaban en la ejecución del Plan único de desarrollo económico y social, complementado con las condiciones gene-

⁷ Pérez Gallardo: *Código civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*, Artículo 435.

⁸ Jorge Méndez: «Contrato de transporte», en *Derecho de contratos*, t. 2, p. 85.

⁹ Este decreto ley, «Normas básicas para los contratos económicos», tuvo como objetivo establecer las normas básicas que regirían el contrato económico entre las personas jurídicas y naturales. Su Artículo 27 reguló el contrato de transporte de carga.

rales y especiales de contratación, que establecieron las reglas de once tipos de contrato, entre ellos el de transporte de carga, disposición que estuvo vigente hasta el año 2012.

El cambio operado en la gestión empresarial cubana hizo evidente la urgencia de acometer el reordenamiento del régimen jurídico de la contratación económica, dotar a los sujetos económicos de mayor autonomía, contribuir al cumplimiento de las obligaciones contraídas, potenciar el papel del contrato y eliminar la dispersión legislativa existente, entre otros desafíos.

Este entorno incluye algunas premisas denotativas de una voluntad política que le imprime una determinada dirección a los cambios: introducción gradual de elementos de una economía de mercado, de forma regulada, cuidando, en especial, sus efectos en el ámbito de las relaciones laborales; presencia del capital extranjero, preferentemente asociado al capital cubano del sector estatal; persistencia de la acción centralizada del Estado; reajuste institucional, simplificando la administración central del Estado y sus funciones de rectoría y control; y otorgamiento de una mayor autonomía al sistema empresarial y reordenamiento consecuente de sus agentes económicos.¹⁰

Como resultado de todo esto, el Consejo de Estado dictó el Decreto Ley No. 304 de 2012, «De la contratación económica», que conceptualizó el contrato como el

acto jurídico mediante el cual se crean, modifican y extinguen relaciones jurídico económicas de naturaleza obligatoria, para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios, en el que intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales como personas naturales y jurídicas extranjeras que estén domiciliadas, establecidas o autorizadas para operar en el país.¹¹

Esta normativa definió los principios de la contratación económica, la forma y el contenido del contrato, su interpretación e integración, el término general de prescripción, la responsabilidad ante el incumplimiento, entre otras regulaciones, y encargó al Consejo de Ministros dictar las normas complementarias y reglamentarias para la aplicación de lo dispuesto en la norma contractual.

Así, nació el Decreto No. 310 de 2012, «De los tipos de contrato», que agrupó, en una sola disposición jurídica, los contratos que las partes pueden concertar en sus relaciones comerciales, con independencia de la posibilidad de suscribir otros no contemplados en esta regulación.

¹⁰ Cobo Roura: «El régimen jurídico del sistema empresarial cubano. Derecho Económico y cambios en el marco jurídico», en Colectivo de autores, *Temas de Derecho económico*, p. 2.

¹¹ El Decreto Ley No. 304, de 27 de diciembre de 2012, derogó el No. 15 de 1978, «Normas básicas para los contratos económicos».

Uno de los contratos que expresamente reguló el mencionado decreto es el de transporte, contenido en su Título XIV y, dentro de este, la modalidad de la transportación terrestre de carga, en los artículos del 120 al 131, conceptualizada como el contrato mediante el cual el porteador se obliga al traslado de las cargas desde el origen al destino concebido, en el plazo acordado o según la trayectoria convenida, mientras el cargador se obliga al pago del servicio contratado, en los términos y condiciones previstas.

La disposición definió el contenido del contrato objeto de análisis, las obligaciones inherentes al porteador y al cargador, la responsabilidad del primero, como sujeto encargado de ejecutar eficazmente el servicio, y del segundo, obligado al pago, prestaciones que, además, están previstas en los contratos que las empresas suscriben a esos efectos y se complementan con las resoluciones emitidas por el Ministerio del Transporte¹² y el de Finanzas y Precios.¹³

Además, reguló el procedimiento a seguir en caso de existir retraso, averías o faltantes durante los recorridos y las causas que en estos supuestos exoneran de responsabilidad al transportista.

Sin embargo, aun cuando las normas referidas potencian el papel del contrato y establecen las consecuencias del incumplimiento de sus estipulaciones y el régimen de la responsabilidad contractual, los conflictos suscitados en el proceso de la transportación de carga tienen cada día mayor presencia en las salas de lo Económico de los tribunales provinciales populares, como instancia judicial encargada de resolver estos asuntos. En ellos, se advierten irregularidades que denotan falta de seriedad e irrespeto a la norma y a los compromisos contraídos en los contratos que suscriben, lo que provoca la solicitud de resarcimiento por daños y perjuicios por montos elevados.

En algunos casos, el tribunal ha advertido defectos en la ejecución del contrato que impiden que los suministros destinados a centros, instituciones, organismos, hoteles, escuelas, hospitales y al consumo de la población lleguen a su destino a tiempo y en las condiciones apropiadas, insuficiencias que deben ser atendidas para mejorar la gestión en los procesos de la cadena productiva, lo que puede lograrse en razón de las medidas organizativas y decisiones gubernamentales que se adoptan en el empeño de perfeccionar el sistema empresarial cubano en la esfera de la trans-

¹² Resoluciones 473 de 2006, «Normas generales sobre la carta de porte»; 213 de 1996, «Reglamento para la prestación de servicios portuarios»; y 253 de 2009, «Procedimiento general para la verificación de las unidades de carga».

¹³ Resoluciones 124 de 2017, «Tarifas máximas en pesos cubanos (CUP) y su componente en pesos convertibles (CUC)»; 100 de 2017, «Tarifas del flete, demora y almacenaje para el servicio de transportación de carga por ferrocarril»; y Anexo 2 de la Resolución No. 20 de 2009, «Procedimiento sobre faltantes, pérdidas y sobrantes de bienes».

portación, objetivo que fue materializado en el Lineamiento No. 219 de la Política económica y social del Partido y la Revolución.

IRREGULARIDADES MÁS FRECUENTES ADVERTIDAS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

Una de las premisas para asegurar que este servicio sea óptimo es la planificación de la transportación, pues, además de las necesidades del usuario, su ejecución depende de la disponibilidad de los medios de transporte, elementos que deben ser conjugados de manera objetiva.

Son innumerables los litigios en los que se aprecia que la solicitud de la transportación por el cargador es deficiente y que las entidades no puntualizan ni realizan ajustes a la demanda de transportación, situaciones que provocaron que no se situaran los medios de transporte en el lugar y plazo previstos.

En este sentido, la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular (TSP) se ha pronunciado como sigue:

[...] colocado el asunto en sede judicial, relativo al incumplimiento en la extracción de mercancías derivado del contrato de transporte terrestre de carga por ferrocarril, la recurrente está obligada a aportar las pruebas que permitieran al tribunal arribar a la convicción de que la contraparte, en su condición de porteador, aceptó la solicitud de transportación y se comprometió a situar las casillas ferroviarias en las fechas planificadas, para así poder evaluar si se produjo el incumplimiento reclamado, lo que no pudo determinar el órgano judicial mediante la documentación que acompañó al proceso, toda vez que en la demanda de transportación correspondiente al mes de marzo de dos mil diecisiete incorporó a otro porteador, que luego no la puntualizó, ni ajustó [...].¹⁴

En otra sentencia, el máximo órgano de justicia señaló:

[...] la recurrente está obligada a aportar las pruebas necesarias para que el tribunal pueda arribar a la convicción de que la Empresa de Ferrocarriles, en su condición de porteador, y en razón del contrato de transporte terrestre de carga por ferrocarril que suscribieron, aceptó la solicitud de transportación y se comprometió a situar las casillas ferroviarias en las fechas concebidas, para así evaluar que realmente se produjo el incumplimiento reclamado, lo que no puede determinarse en este caso, mediante la documentación que acompañó al proceso, pues la demanda de transportación correspondiente al mes de julio de dos mil dieciséis es global, incluye a otro porteador, tampoco fue puntualizada con posterioridad, los modelos de planificación de

¹⁴ Sentencia No. 33, de 29 de marzo de 2018, primer considerando; ponente: Alina Bielsa Palomo.

extracción en el puerto carecen de la firma de la contraparte, la que además aceptó un número inferior de casillas solicitadas por la inconforme [...].¹⁵

Lo antes expuesto confirma la necesidad de una planificación con calidad de los recorridos contratados, en que no basta la mera solicitud, sino que, además, es importante verificar y ajustar a tiempo el plan ante cualquier eventualidad sobrevenida, para que, de producirse incumplimiento, el tribunal pueda arribar a la convicción de que el porteador aceptó la solicitud de transportación y se comprometió a situar los medios de transporte en las fechas señaladas y, por tanto, que se haya generado la infracción alegada por el cargador, con la correspondiente condena; por eso, el cargador debe aportar como prueba el documento que demuestre el plan de transportación y la confirmación de la contraparte, puntualizada y ajustada.

A veces, a los procesos judiciales, se suman solicitudes de transportación que resultan omisas, ilegibles e incongruentes, que las hacen defectuosas, y otras son recibidas por el transportista el mismo día o con posterioridad a la fecha interesada, lo que provoca la desestimación de las demandas ante un proceso de planificación deficiente, a no ser que el porteador acepte ejecutar el recorrido, no obstante las irregularidades descritas, lo que, en tal supuesto, le impone la obligación de su cumplimiento, como se pronunció la siguiente sentencia de casación:

[...] si bien la contraparte, en función de cargador, incumplió lo regulado en la cláusula cuatro punto uno del contrato de transporte terrestre de carga que las partes suscribieron, al no presentar la demanda de transportación diaria para el mes siguiente en los cinco días hábiles anteriores al cierre del mes anterior, sino que lo hizo a mediados del propio mes en que se iba a ejecutar el servicio, lo cierto es que la inobservancia de la estipulación resulta intrascendente a la decisión adoptada por el órgano juzgador, ante el hecho cierto de que la recurrente, en su condición de porteador, aceptó fuera de tiempo la solicitud de los medios de transporte para la extracción de la mercancía del puerto y del Centro de carga y descarga, la cual fue recibida por el jefe comercial, como se aprecia en la foja treinta y cuatro del expediente tramitado en la instancia, sin que haya consignado en el documento alguna imposibilidad para cumplir el encargo y, con ello, asumió la obligación de los recorridos [...].¹⁶

En ocasiones, producido el incumplimiento, las entidades afectadas aportan las conciliaciones semanales y mensuales que son formales, propias de la secuencia de la ejecución del contrato, que no reflejan las causas de las infracciones ni delimitan quién fue el responsable, lo que impide el pronunciamiento resarcitorio interesado por la parte perjudicada.

¹⁵ Sentencia No. 10, de 28 de febrero de 2018, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

¹⁶ Sentencia No. 157, de 28 de noviembre de 2018, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

Al respecto, se ha reiterado que,

[...] aun cuando las conciliaciones semanales que las partes suscribieron reflejaron como incidencia la falta de vagones ferroviarios, ello no implica que el transportista aceptó la responsabilidad, al ser acciones propias de la ejecución del contrato, no encaminadas a verificar el incumplimiento y delimitar el responsable; razones que impiden establecer que el daño ocasionado a la impugnante se produjo porque su contraria dejó de situar los medios de transporte necesarios para el traslado de la mercancía [...].¹⁷

Es justo aclarar que la gestión conciliadora no es exclusiva del cargador como dueño de la mercancía a transportar, sino que también alcanza al transportista, como generalmente se regula en los contratos.

[...] es improcedente el pronunciamiento de condena que procura la recurrente por el daño reclamado, pues la cláusula cuatro punto cuatro del contrato de transporte terrestre de carga, sobre el que se suscita el conflicto, impuso la realización de conciliaciones diarias, semanales y mensuales con el objetivo de verificar el comportamiento de la transportación planificada, los plazos pactados para la carga y descarga, la recepción de la mercancía, la responsabilidad en caso de incumplimiento de los compromisos contraídos y el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, por lo que son acciones que permiten de manera sistemática comprobar y ajustar la programación de los recorridos en aras del buen desenvolvimiento de las relaciones comerciales establecidas y con ello disminuir las afectaciones económicas que puedan producirse, y al ser inobservada la mencionada estipulación por la recurrente, al no realizar las conciliaciones diarias y semanales, desconoció, en su condición de porteador, la imposibilidad de la contraparte de situar en el Centro de carga y descarga la totalidad de los productos contratados, lugar donde acontece la carga de los camiones con destino a los almacenes del cliente final, por tanto, no pudo evitar a tiempo las consecuencias que tal omisión ocasionó al patrimonio financiero de su empresa [...].¹⁸

También se suscitan conflictos porque los porteadores se niegan a firmar los modelos de planificación de extracción de las cargas en el puerto y las conciliaciones de estas operaciones en las instalaciones portuarias, lo que impide, luego, comprobar su responsabilidad en el incumplimiento, de no existir otros medios de prueba que permitan su determinación, como a continuación se ilustra:

[...] no permiten establecer que la lesión patrimonial ocasionada a la demandante ocurrió por responsabilidad de su contraria, porque la solicitud de transportación correspondiente al mes de noviembre de dos mil dieciséis es global, incluye a otro transportista, tampoco fue ajustada por las

¹⁷ Sentencia No. 9, de 28 de febrero de 2018, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

¹⁸ Sentencia No. 9, de 28 de febrero de 2019, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

partes con posterioridad y en ella la demandada aceptó trasladar un número inferior de toneladas, aspecto que también reflejó en las solicitudes de transporte, a lo que se añade que no suscribió los modelos de planificación de extracción de la carga en el puerto y las conciliaciones diarias que se realizaron con la entidad portuaria, elementos que impiden establecer que el daño reclamado se produjo porque dejó de situar los medios de transporte necesarios para el traslado de la mercancía, lo que hace improcedente el resarcimiento interesado [...].¹⁹

A lo anterior, se añade que, en el proceso de la planificación, pueden incidir las decisiones que se adoptan por la comisión que dirige la operación-puerto-transporte economía interna, estrategia gubernamental que organiza y coordina la transportación de carga en Cuba. Sin embargo, las empresas involucradas no incorporan a los contratos esta dirección centralizada y, cuando ocurren eventualidades que varían la programación, no los suplementan para adecuarlos a las nuevas necesidades del servicio y la culpan en los procesos judiciales por el cambio de la planificación de la transportación, sin reconocer las deficiencias en el contrato.

Son frecuentes los procesos establecidos contra el porteador por no situar los medios de transporte para el traslado de la mercancía, según lo planificado, de manera eficiente, lo que afecta, significativamente, el patrimonio del cargador, impedido de llevar la carga al destinatario final, y del cliente, que dejó de recibir el producto solicitado. También son frecuentes otros litigios en los que los equipos no se garantizan en el puerto, con el objetivo de extraer las mercancías en cualquiera de las variantes reconocidas, en los plazos y términos pactados, lo que provoca la congestión de aquel y la paralización de las labores, a pesar de arribar los buques en la fecha requerida.

Las irregularidades antes descritas, relativas a la planificación de la transportación, obligan al tribunal a exigir y valorar de conjunto, en el proceso judicial, la demanda o las solicitudes diarias de los recorridos, los ajustes al plan, las conciliaciones diarias, semanales y mensuales entre las partes, según lo que se pacte en el contrato, además de otras pruebas que tributen a la solución del conflicto.

Una de las obligaciones que le corresponde al cargador es la de entregar la carga en condiciones adecuadas para la transportación, pero sucede que mercancías frágiles o de fácil descomposición son indebidamente embaladas sin que se le indique al porteador el carácter, las especificaciones, precauciones y medidas especiales que debe adoptar durante la manipulación y el recorrido y, bajo tales condiciones inseguras de embalaje, la carga llega dañada a su destino, con escasas posibilidades de ser aprovechada por el comprador, con lo que incumple obligaciones previstas en el Decreto No. 310 de 2012.

¹⁹ Sentencia No. 20, de 28 de febrero de 2018, segunda sentencia, segundo considerando; ponente: Bielsa Palomo.

Son recurrentes las demandas que establece el transportista contra el cargador porque no ha pagado el servicio contratado y ejecutado, cuando está obligado a abonar el flete de la transportación, que es la obligación principal que le corresponde en este tipo de negocio jurídico, según se reconoce en la referida normativa y, de igual manera, se precisa en los contratos, incumplimiento que no encuentra justificación, salvo en los casos en que concurran circunstancias, debidamente acreditadas en el proceso, que lo exoneren de tal responsabilidad.

Existen sentencias que ilustran lo expresado al respecto:

[...] el órgano juzgador valoró de manera exhaustiva y racional el resultado de las pruebas practicadas en el proceso que demostraron que en el mes de noviembre de dos mil diecisiete la recurrente, en su condición de porteador, ejecutó las transportaciones solicitadas por la contraparte, en función de cargador, sobre la base del contrato de transporte terrestre de carga que suscribieron, servicio acreditado mediante las cartas de porte, complementadas por las hojas de ruta y los registros del Sistema de posicionamiento geográfico (GPS), así como la aceptación de su contraria de los trayectos realizados, lo que indica la justeza del pago reclamado por este concepto [...].²⁰

[...] el tribunal de instancia valoró incorrectamente el resultado de las pruebas aportadas al proceso en relación con el pago del flete reclamado, las que demostraron que en su condición de porteadora y, en cumplimiento del contrato de transporte terrestre de carga que suscribió con su contraria, trasladó azúcar refino desde el Centro de carga y descarga hasta los almacenes de la Empresa Comercializadora de Productos Agropecuarios Frutas Selectas, como destinataria final del producto, recorrido que fue acreditado por la factura, la carta de porte, el escrito del especialista de logística del comprador, los testigos examinados a instancia de las partes, la prueba de libros realizada y además fue reconocido por Tecnoazúcar; sin embargo, el órgano judicial desestimó el pago del servicio prestado y con ello causó la indefensión de la recurrente y la afectación de su patrimonio [...].²¹

A su vez, proliferan las demandas por motivo de la imposibilidad del porteador de realizar la descarga del medio de transporte al arribar a su destino, por responsabilidad del cargador, y se ve obligado a regresar a sus instalaciones y custodiar allí la mercancía hasta retornar al lugar convenido, lo que implica que el cliente no la reciba en la fecha prevista y ello le otorga el derecho al cobro del almacenaje que, en la mayoría de los casos, no es asumido por el cargador.

²⁰ Sentencia No. 142, de 31 de octubre de 2018, primera sentencia, segundo considerando; ponente: Bielsa Palomo.

²¹ Sentencia No. 11, de 28 de febrero de 2019, primera sentencia, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

Varias han sido las sentencias de la sala de la especialidad del TSP que se han referido al tema y en las que, demostrado el almacenaje, se dispone su pago, de conformidad con las tarifas oficiales establecidas:

[...] pues en la carta de porte, documento oficial que amparó los recorridos objeto del conflicto, y que consta firmada por el cargador, se hizo constar que la mercancía no fue descargada en el almacén del cliente por causa de arribos masivos, circunstancia que obligó a la contraparte, en su condición de porteador, a regresar a la base y custodiar allí la carga hasta el momento en que abandonó sus instalaciones y se dirigió nuevamente al destino concebido, produciéndose, en consecuencia, el almacenaje cuestionado, el cual fue demostrado además por las hojas de ruta y el registro del Sistema de posicionamiento geográfico (GPS) que constan en las actuaciones tramitadas en la instancia, tarifa que debe abonar la inconforme de conjunto con el pago del flete y las demoras incurridas [sic] en la descarga [...].²²

[...] no le asiste razón a la recurrente en sus argumentos, pues con independencia de las irregularidades que refiere sobre las facturas, las cartas de porte constituyen el documento oficial de la transportación y acreditaron que en el presente caso el porteador no descargó la harina de trigo en las instalaciones del frigorífico por ausencia del personal o el cierre laboral del establecimiento de destino, circunstancias que lo obligaron a regresar a la base y, a partir de ese momento, el vehículo se convirtió en almacén para custodiar el producto hasta el día siguiente en que lo puso nuevamente a disposición del cliente, conforme a lo declarado por el jefe de grupo comercial, corroborado por el registro en las hojas de ruta y en el libro de incidencias de la contraparte, lo que indica que este almacenaje aconteció por responsabilidad exclusiva del cargador que no observó las obligaciones convenidas en el contrato de transporte terrestre de carga que las litigantes suscribieron, en cuyo anexo tres, visible en la foja treinta y seis del expediente tramitado en la instancia, regularon el plazo de veinticuatro horas para las operaciones de carga y descarga, que es el aplicado al vínculo jurídico que concertaron, sin prever un término distinto para el frigorífico [...].²³

Por su parte, el porteador es frecuentemente demandado por los faltantes y averías que se producen durante la transportación, incumpliendo la obligación de mantener la carga en condiciones apropiadas de seguridad desde que la recibe en origen hasta que la entrega en destino, situación que se detecta en el lugar de la entrega de la mercancía al cliente, con la consecuente afectación económica que para este provoca el hecho de que aquella arribe incompleta o dañada, razones por las que el transportista tie-

²² Sentencia No. 153, de 19 de noviembre de 2018, primera sentencia, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

²³ Sentencia No. 169, de 29 de noviembre de 2018, primera sentencia, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

ne que resarcir el daño o perjuicio ocasionado por la pérdida o el deterioro de la carga, conforme está expresamente regulado en el Decreto No. 310 de 2012, y ha reiterado el máximo órgano judicial.

[...] que durante la transportación del azúcar refino al destino acordado, en razón del contrato de transporte de carga suscrito por las litigantes, se produjeron faltantes, como fue acreditado mediante las actas de apertura y liquidación de casillas, las de hechos extraordinarios y de faltantes, documentos suscritos por el representante del Centro de carga y descarga del ferrocarril, situación que provocó a la contraparte la lesión patrimonial reclamada, responsabilidad que le corresponde asumir a la impugnante, pues en su condición de porteador, se obligó a trasladar la mercancía desde el origen al destino concebido en los plazos, condiciones, cantidades o volúmenes acordados y a responder por su integridad, según lo pactado en las cláusulas uno punto tres y cuatro punto doce del negocio jurídico concertado, estipulaciones que incumplió, al detectarse los faltantes y averías reclamados, por lo que deberá resarcir a su contraria en el monto solicitado [...].²⁴

[...] la Sala de instancia evaluó con acierto el material probatorio de que dispuso, cuyo resultado demostró los faltantes producidos durante la transportación del azúcar, en virtud del contrato de transportación de cargas suscrito entre los litigantes, que aunque las cartas de porte no reflejaron incidencias al respecto se evidenciaron, mediante los reportes de hechos extraordinarios emitidos en destino por la terminal marítima, las actas de hechos extraordinarios firmadas por las partes y la agencia de inspección, que también dejaron constancia de lo acontecido al recibo de la mercancía, así como el acta de faltante advertido en la estación de ferrocarriles que también rubricaron, documentos que resultaron suficientes para probar las pérdidas reclamadas, que lesionaron el patrimonio de la contraparte, cuyo responsable es quien acciona porque, en su condición de porteador, se obligó a entregar la carga en el destino acordado, en la misma cantidad en que la recibió en origen y a mantener sus condiciones apropiadas de seguridad, según las cláusulas dos punto uno, incisos a) y j) del negocio jurídico concertado y, por tanto, debe responder por los faltantes detectados en los vagones ferroviarios [...].²⁵

Ante esta problemática, las entidades deben denunciar los hechos extraordinarios ocurridos durante la transportación, para que se proceda en la jurisdicción penal contra los violadores de la legalidad, y levantar las actas de entrega reflejando la existencia de faltantes de mercancías, lo que, en

²⁴ Sentencia No. 134, de 30 de octubre de 2018, primera sentencia, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

²⁵ Sentencia No. 16, de 28 de febrero de 2018, primera sentencia, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

ocasiones, no se realiza, y complejiza, ante un litigio judicial, constatar la existencia del daño invocado y la delimitación de la responsabilidad.

Resulta significativo que, en varios asuntos relativos a faltantes en la descarga, el porteador alega, en su defensa, la eximente de responsabilidad prevista en el Artículo 131 del Decreto No. 310 de 2012, al referir que recibió el contenedor, vagón ferroviario u otros medios como una unidad completa de carga, desconociendo su contenido, y que el medio de transporte arribó a destino sin advertirse irregularidades en los cierres o sellos de seguridad. Esto, a su criterio, denota que la pérdida no aconteció en el trayecto, cuando la mercancía estuvo bajo su custodia, argumento que resulta insostenible a partir de que está presente en origen, al momento de la carga, y suscribe la documentación establecida, como constancia del recibo y verificación de esta, cuestión que, además, la sala de casación se ha encargado de dilucidar:

[...] sin que pueda eximirse de responsabilidad a la impugnante, como lo procura, en tanto en su condición de porteador, se obligó a trasladar la mercancía desde el origen al destino concebido en los plazos, condiciones, cantidades o volúmenes acordados y a responder por su integridad, según lo pactado en las cláusulas uno punto tres y cuatro punto doce del negocio jurídico concertado, estipulaciones que incumplió, al detectarse en la descarga las pérdidas del producto alegadas, por lo que debe asumir el resarcimiento solicitado aunque no se advirtieron violaciones en la estructura externa, cierres y sellos de seguridad de los vagones ferroviarios en los que realizó el traslado de la mercancía, máxime si participó directamente en las operaciones de carga y descarga, mediante su representante y suscribió de conjunto con el cargador la documentación establecida, según se aprecia de las cartas de porte aportadas a las actuaciones de instancia [...].²⁶

[...] si bien el contrato impuso a la contraparte la obligación de verificar, contar y sellar las casillas ferroviarias, en las obligaciones generales, específicamente las estipulaciones tres punto dos y tres punto cuatro, resultan claras cuando establecen que en las operaciones de carga los representantes de las contratantes verificarán y revisarán la mercancía y el porteador junto al cargador procederá al sellado, lo que refuerza la tres punto diecisiete, ubicada dentro de las obligaciones específicas de esta parte, al asignarle la supervisión del sellaje y resellaje en origen y destino, incluso la cuatro punto siete establece que en el supuesto en que no esté presente el representante del transportista para la inspección y cierre de la carga estas funciones son asumidas por el conductor del tren; a lo que se añade que la recurrente aceptó en el proceso participar del pesaje de los medios de transportación y su recibo previamente sellados de conjunto con la contraparte, de todo lo cual se deduce que aquellos no constituyen una unidad

²⁶ Sentencia No. 116, de 20 de septiembre de 2018, primera sentencia, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

de carga como refiere en los fundamentos de la impugnación establecida y, por eso, la eximente de responsabilidad prevista en el artículo ciento treinta y uno del Decreto trescientos diez de dos mil doce «De los tipos de contrato» no se integra [...].²⁷

Además de las insuficiencias antes abordadas, se aprecia que, aunque las empresas transportistas deben ejecutar el servicio dentro del plazo previsto en el contrato, se originan demoras en los recorridos, las operaciones de descarga de la mercancía, los almacenes del cliente o el Centro de carga y descarga (CCD); luego, la documentación establecida para reflejar los retrasos no registra la incidencia.

[...] el tribunal de instancia ponderó, con acierto, el resultado de las pruebas practicadas en el proceso, que demostró que la contraparte incumplió las obligaciones pactadas en el contrato de transporte terrestre de cargas que las partes en conflicto suscribieron, al no ubicar oportunamente los medios de transporte automotor necesarios para que la recurrente ejecutara las operaciones de descarga de las mercancías de las casillas ferroviarias en el Centro de carga y descarga, en el plazo libre establecido a esos efectos, lo que propició que el porteador ferroviario penalizara a la inconforme y con ello se afectó su patrimonio, atrasos que fueron acreditados mediante las facturas y modelos TF cuatrocientos veintiuno emitidos por la empresa ferroviaria [...].²⁸

[...] la recurrente no demostró, como en Derecho corresponde, el incumplimiento alegado sobre la base del contrato de transporte de cargas suscrito con la contraparte, pues los documentos que aportó para acreditar la demora en la descarga de la mercancía del medio ferroviario, en el Centro de carga y descarga, lugar donde se realiza la entrega y posterior reembarque [sic] del producto a los vehículos automotores, no reflejan incidencias al respecto, al ser las cartas de porte, correspondientes al transporte ferroviario y al automotor, omisas en cuanto a este particular, los modelos de uso múltiple contentivos de la fecha de inicio y de terminación de las operaciones tampoco son ilustrativos del retardo señalado y los modelos TF cuatrocientos veintiuno, expedidos por el operador ferroviario, para registrar los atrasos acontecidos en estas operaciones, no constan firmados por el cargador, sin que la inconforme acompañara otras pruebas que validaran que la contraparte vulneró el término de libre despacho [...].²⁹

Existen contratos en los que las entidades pactaron que el CCD prestara servicio las 24 horas del día; este horario se incumple en la práctica y, cuando el porteador arriba con la carga, el centro está cerrado, lo que im-

²⁷ Sentencia No. 117, de 20 de septiembre de 2018, segundo considerando; ponente: Bielsa Palomo.

²⁸ Sentencia No. 58, de 30 abril de 2018, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

²⁹ Sentencia No. 37, de 29 de marzo de 2018, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

plica la retirada de los medios de transporte y ello da lugar a reclamaciones por demoras y almacenaje.

[...] sustentó el fallo desestimatorio, fundamentalmente, en la declaración del representante legal del Centro de carga y descarga, quien refirió que el horario de trabajo de esa entidad, está comprendido de siete de la mañana a doce del día y de una y treinta de la tarde hasta las siete de la noche, información que certificó mediante documento que acompañó a esos efectos, de fecha treinta de marzo de dos mil dieciséis, que consta unido en la foja ciento dos del expediente, aspecto que contradice lo pactado en la cláusula cuatro punto tres del contrato de transporte terrestre de carga suscrito por las partes, que estableció que el horario de trabajo en ese centro es de veinticuatro horas [...].³⁰

Igualmente, se dan casos en los que las empresas no cuentan con un almacén central y, al arribo de la carga al territorio, tiene que distribuirse a cada uno de los almacenes del cliente, lo que multiplica los problemas de control y las pérdidas de mercancías.

No existe una clara definición ni uniformidad en el país sobre a quién corresponde ejecutar en los CCD los servicios conexos de conteo y verificación de los productos transportados, de tape y amarre, sellaje y limpieza de vagones ferroviarios, lugar donde se produce el trasbordo de la mercancía de las casillas ferroviarias a los vehículos de transporte automotor, que asumen el traslado hasta el destino final. Se observa que, en los contratos suscritos por las empresas, algunas previeron estas actividades para el cargador; otras, para el porteador; y, en varias relaciones históricas de este tipo, el servicio conexo que el porteador pretende cobrar al cargador no fue contratado, lo que provoca que ninguno de los intervinientes se sienta responsable. Por la complejidad de las relaciones que se suscitan, resulta difícil definir las obligaciones asumidas por aquellas para precisar el incumplimiento y delimitar la responsabilidad, al no precisarse las obligaciones de los litigantes, la calidad del servicio, los plazos de ejecución, las garantías, los horarios, las tarifas, los precios, la forma de pago, entre otras prestaciones que requieren ser diseñadas.

[...] no puede accederse a la petición formulada por la recurrente y disponer el resarcimiento interesado, pues tal como consideró el tribunal de instancia, entre las partes en conflicto no existe vínculo contractual que justifique el pago de los servicios conexos de tape y amarre, sellaje y limpieza de vagones ferroviarios que pretende cobrar a la Empresa de Suministros y Transporte Agropecuario, operaciones que acometió en el Centro de carga y descarga, donde se produjo el trasbordo de la mercancía de las casillas ferroviarias a los vehículos de transporte automotor, que asumen el traslado hasta el destino final, momento en el que participan representantes del suministrador, el porteador y el comprador, como partes intervinientes en el recorrido del producto y, por la naturaleza y complejidad de las relaciones

³⁰ Sentencia No. 136 de 2018, primer considerando; ponente: Liliana Hernández Díaz.

que entre ellas se suscitan, resulta difícil definir las obligaciones inherentes a cada una para, consecuentemente, determinar la responsabilidad ante el incumplimiento aludido, sobre todo porque la contraparte insiste en que los servicios reclamados le son ajenos, pues en su condición de comprador solo debe responder a partir de que la carga fue situada en el vehículo automotor, una vez reembarcada [sic] y, aunque la norma contractual vigente reconoce la expresión verbal del contrato, no resulta esta variante suficiente en este caso, al no precisarse las obligaciones de las litigantes [...].³¹

Existen CCD que carecen de báscula ferroviaria y de camiones para comprobar el pesaje de las mercancías procedentes de otras provincias que arriban a estos, para su rembarque, lo que impide al comprador verificar este aspecto y lo obliga a recibir el producto sin comprobar la correspondencia con lo facturado. Del mismo modo, hay otros en los que el conteo de la mercancía la realiza una persona de forma manual, por sacos, por lo que es susceptible de error humano, situación que ha propiciado la reclamación por faltantes.

Por otra parte, las casillas ferroviarias que permanecen cargadas de mercancías en el CCD hasta 15 días sin ser recogidas y quedan bajo la custodia de la agencia de seguridad o son dejadas en centro distinto al convenido, hasta su traslado al destino final, sin delimitarse la responsabilidad en ese tiempo, pueden dar lugar a que ocurran sustracciones de los productos trasladados.

Son frecuentes los litigios en torno a los contratos suscritos por las empresas importadoras y los clientes obligados a situar los medios de transporte en el recinto portuario, en los plazos y términos pactados, con el objetivo de extraer las mercancías de los almacenes para su distribución, prestación que estos, a veces, incumplen.

[...] al demostrarse que el daño reclamado por la Empresa Comercializadora de Alimentos, Alimport, en razón del monto que erogó a favor de las entidades navieras que cobraron la demora en la descarga de buques, fue ocasionado por responsabilidad de la recurrente, la que incumplió las prestaciones acordadas en el contrato de suministro de productos de importación que suscribieron, por el que se obligó a situar los medios de transporte en el recinto portuario, con el objetivo de extraer las mercancías en cualquiera de las variantes reconocidas que, en este caso, se pactó la variante directa de descarga, maniobra que debió ejecutar en los plazos y términos establecidos y, por ello, tenía que realizar las coordinaciones pertinentes con vistas a garantizar la operación en el menor tiempo posible, según lo regulado en las cláusulas cinco punto cuatro y tres punto nueve del negocio jurídico concertado, las que incumplió al dejar de ubicar el transporte, provocando la congestión del puerto y la paralización de las labores a pesar de arribar los buques en la fecha requerida [...].³²

³¹ Sentencia No. 13, de 28 de febrero de 2018, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

³² Sentencia No. 85, de 29 de junio de 2018, primer considerando; ponente: Bielsa Palomo.

Los litigios que versan sobre la demora en que incurren las empresas transportistas en la devolución de los contenedores al puerto tienen presencia en los procesos económicos, pues el ciclo del recorrido previsto en el contrato, que comprende el traslado de las cargas de importación desde la instalación hacia los destinos previstos y el retorno de los equipos al recinto portuario, se incumple con frecuencia, lo que provoca el accionar de las entidades navieras y las importadoras por las afectaciones económicas que se producen en este encadenamiento, las que reclaman el resarcimiento de los daños ocasionados por la devolución tardía de los contenedores y por lo que se exige, a los porteadores, montos considerables a erogar, que en la generalidad de los casos resultan condenados al pago.

[...] demostraron que aquella no ejecutó el ciclo de transportación de los contenedores en el término de once días naturales pactado en el contrato de transporte multimodal suscrito por las partes y, por tanto, debe resarcir a la Empresa de Periódicos por los daños ocasionados a su patrimonio, debido a los gastos en que incurrió por concepto de demoras en los recorridos por causas imputables al porteador, importes que fueron facturados y cobrados por las navieras y la importadora, según acreditó la contraparte mediante las facturas, cartas de porte, conciliaciones de trazabilidad y documentos bancarios que acompañó al proceso, sin que las razones que la impugnante argumentó para justificar el incumplimiento la exoneren de la responsabilidad resarcitoria exigida, pues una vez planificada y aceptada la fecha de extracción de los contenedores estaba obligada a cumplir el plazo fijado en el contrato, que es el tiempo que corresponde observar al transportista [...].³³

A MODO DE CONCLUSIÓN

Ante las insuficiencias descritas, resulta necesario potenciar el papel del contrato como instrumento regulador de las relaciones mercantiles, fuente de derechos y obligaciones recíprocas, así como la prioridad de cumplir estrictamente y de manera eficiente los compromisos contraídos, premisa para el buen desenvolvimiento de los encadenamientos productivos y de servicios, indispensables en la economía del país, para garantizar que los abastecimientos lleguen al consumo social con la prontitud y calidad requeridas.

BIBLIOGRAFÍA

Cobo Roura, Narciso A.: «El régimen jurídico del sistema empresarial cubano. Derecho económico y cambios en el marco jurídico», en Colectivo de autores, *Temas de Derecho económico*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

³³ Sentencia No. 59, de 30 de abril de 2018, segundo considerando; ponente: Bielsa Palomo.

- Dávalos Fernández, Rodolfo: *Fronteras y contratos* (Derecho aplicable al contrato internacional), Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2006.
- D'Andrea Acosta, Jean Pierre: «Los contratos de transporte», en www.monografias.com/trabajos15/contratos-transporte/contratos-transporte.shtml [consulta: 17-7-19].
- Delgado Vergara, Teresa: «El negocio jurídico contractual», en *Derecho de contratos. Teoría general del contrato*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- Jorge Méndez, Lisy Alina: «Contrato de transporte», en *Derecho de contratos*, t. 2, [s. m. d.].
- Ojeda Rodríguez, Nancy de la C.: «El contenido del contrato», en *Derecho de contratos. Teoría general del contrato*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: *Código civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Artículo 435*, Ediciones ONBC, La Habana, 2006.
- [S. a.]: «Consideraciones sobre el contrato de transporte internacional», en www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n44/2301-0665-rfd-44-205.pdf [consulta: 17-7-19].
- [S. a.]: «El contrato de transporte», en <http://contratosobligacionescalendariob.blogspot.com/2009/04/el-contrato-de-transporte.html>.
- [S. a.]: «La importancia de los contratos en las relaciones comerciales», en <http://portaley.com/2017/01/la-importancia-los-contratos-las-relaciones-comerciales/> [consulta: 10-1-17].
- [S. a.]: «Orígenes y evolución del transporte internacional de mercancías», en www.moldtrans.com/origenes-y-evolucion-del-transporte-internacional-de-mercancias/.

Legislación

- Anexo 2 de la Resolución No. 20 de 2009, «Procedimiento sobre faltantes, pérdidas y sobrantes de bienes».
- Decreto Ley No. 15 de 1978, «Normas básicas para los contratos económicos».
- Decreto Ley No. 304 de 2012, «De la contratación económica».
- Decreto No. 310 de 2012, «De los tipos de contratos».
- Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución.
- Resolución No. 213 de 1996, Ministerio del Transporte, «Reglamento para la prestación de servicios portuarios».
- Resolución No. 473 de 2006, Ministerio del Transporte, «Normas generales sobre la carta de porte».
- Resolución No. 253 de 2009, Ministerio del Transporte, «Procedimiento general para la verificación de las unidades de carga».
- Resolución No. 100 de 2017, «Tarifas del flete, demora y almacenaje para el servicio de transportación de carga por ferrocarril».
- Resolución No. 124 de 2017, Ministerio de Finanzas y Precios, «Tarifas máximas en pesos cubanos (CUP) y su componente en pesos convertibles (CUC)».

LA TUTELA JUDICIAL FRENTE AL ACOSO EN EL TRABAJO EN CUBA

M.Sc. Aymee Fernández Toledo
Magistrada, Sala de lo Laboral, TSP

Resumen: El presente artículo analiza el acoso en el trabajo, como manifestación de la violencia en las relaciones laborales, desde diversas perspectivas, enfocado hacia las vías por las que es posible alcanzar una tutela judicial efectiva, pese a su no previsión diferenciada en la legislación nacional.

Abstract: This article analyzes mobbing, as a manifestation of violence in labor relations, from different perspectives, focused on the ways by which it is possible to achieve effective judicial protection, despite its non-differentiated provision in national legislation.

Palabras clave: violencia laboral, acoso laboral, tutela judicial efectiva, derechos fundamentales, seguridad y salud en el trabajo, medio ambiente laboral, riesgos psicosociales en el trabajo.

Keywords: work violence, bullying, mobbing, effective judicial protection, fundamental rights, safety and health at work, work environment, psychosocial risks at work.

Sumario: Introducción. El mismo problema, diversas perspectivas. Calificación del acoso: lo que es y lo que no es. El acoso para la Organización Internacional del Trabajo. Tutela judicial efectiva frente al acoso en el trabajo. Otras formas de protección. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Nadie duda que la violencia, por sus altos costos humanos y materiales, es un pesado lastre para las relaciones sociales; sin embargo, no siempre somos conscientes de sus múltiples rostros, ocultos bajo velos de invisibilidad y silencio. Así acontece, frecuentemente, con las manifestaciones de violencia que se producen en el lugar de trabajo o con motivo de este.

Ya sea que recaiga sobre el aspecto físico de la persona o el psicológico; se exprese activa o pasivamente; se integre por un acto aislado o por una pluralidad de actos, ligados entre sí, esta clase de violencia tiene un impacto devastador para el individuo sobre el que recae, toda vez que afecta su dignidad e integridad personales y, eventualmente, también su salud, estabilidad laboral, y entorno familiar y social; además, contamina el ambiente de trabajo, con lo cual retarda el desempeño de cualquier orga-

nización, ello sumado, por supuesto, al ineludible impacto económico que genera.

Entre las formas de violencia en el trabajo, hay una muy cualificada, el acoso, que comúnmente se identifica por su denominación en inglés como *mobbing*, de la raíz *to mob*, que significa hostigar, aislar o separar.

Mucho se ha andado desde que el psicólogo alemán Heinz Leymann realizó sus primeros estudios sobre el tema en la década del 80 del pasado siglo. Él apreció en las relaciones de trabajo un patrón similar al constatado por el zoólogo austríaco Konrad Zacharias Lorenz en sus investigaciones sobre la agresividad animal, en las que había apreciado que los individuos más débiles o pequeños se unían para atacar a otro más fuerte, grande o distinto por algún rasgo significativo y excluirlo del grupo.

Las relaciones de trabajo, como relaciones de poder, son escenario propicio para la aparición de este tipo de comportamientos, riesgo que se incrementa cuando las instituciones y organizaciones están excesivamente verticalizadas o desatienden el liderazgo, el diseño de los puestos de trabajo, la delimitación de funciones y responsabilidades, la información y la comunicación oportunas y eficaces; si se soslaya la importancia de la participación efectiva de los trabajadores, individual y colectivamente; cuando se dilata la solución de las diferencias, las insatisfacciones o los conflictos que surgen en el ámbito laboral; si no se identifican, estimulan y socializan las buenas prácticas de trabajo, los valores de respeto, integridad, profesionalidad, ética; o cuando se fomentan el individualismo y la competencia a cualquier precio.

En nuestro medio, el acoso laboral no ha sido suficientemente estudiado: poco se ha escrito sobre él desde la perspectiva jurídica;¹ un poco más se le ha tratado en los medios de comunicación.² Sin embargo, existe y reclama atención. Pensemos, si no, cuántas veces hemos escuchado catalogar a un trabajador que reclama sus derechos como conflictivo o problemático, o hemos conocido de la baja inducida de alguien.

Sin perjuicio de las diferentes aproximaciones conceptuales a la cuestión, genéricamente, puede ser entendido como la serie de actos de presión u hostigamiento en contra de un trabajador para excluirlo del entorno de trabajo en que se desenvuelve.

¹ En la búsqueda realizada por la autora, fueron localizados cuatro referentes nacionales en los últimos seis años: Guevara Ramírez: «¿Nos estamos acercando a la realidad de la existencia en Cuba de la violencia en el trabajo?», en *Temas*, 16 de mayo de 2013; y «Respuesta legal a la violencia laboral en países seleccionados de América Latina», en *Boletín de la ONBC*, no. 51, enero-junio de 2014.

² Fueron consultados: González Cabrera: «El acoso psicológico, sutil agresión», en emisora Radio Rebelde, 7 de junio de 2016; Hernández Mitjans: «Acoso laboral: fenómeno ya no tan silencioso», en *Trabajadores*, 2 de abril de 2018; y Menéndez Dávila: «*Mobbing*: entender y denunciar», en *Juventud Rebelde*, 23 de abril de 2019.

Y ya en este punto, afloran importantes características que permiten su identificación; la primera de ellas sería que un único acto hostil no puede ser considerado como acoso, sino que se requiere una pluralidad de actos, un conjunto de comportamientos que se prolongan en el tiempo;³ luego, habría que tomar en cuenta que estos no solo se configuran en forma positiva, sino también negativa, de manera que se integran tanto por medio de la acción como de la omisión; además, un elemento determinante de su conformación es la intencionalidad, en el sentido de que todas las conductas están subjetivamente vinculadas por el propósito de infligir un daño o perjuicio al sujeto acosado que, con frecuencia, es apartarlo de la empresa, de su entorno de trabajo o privarlo de algún beneficio o condición a que pudiera aspirar.

Las situaciones de acoso pueden presentarse en el plano horizontal, entre trabajadores que no tienen ningún vínculo de subordinación de unos a otros; o vertical, entre quienes existe una relación de jerarquía, tanto de forma descendente, es decir, del superior hacia el inferior,⁴ como ascendente. Aunque esta última no es muy frecuente, puede producirse, por ejemplo, cuando el acosador ha tenido antes un cargo de dirección o una posición preponderante frente a quien ahora lo dirige.

Son muy variadas las formas en que se expresa y los medios de los que se vale. Supone un riesgo o ataque directo a derechos fundamentales de la persona, tales como dignidad, igualdad, imagen, intimidad, libertad, honor, entre otros, que resultan conculcados como medio o en el trayecto de los acosadores hacia la consecución de sus fines; además, se afectan derechos propiamente laborales, como son la estabilidad y la seguridad en el trabajo. Por tal razón, se reconoce su carácter pluriofensivo, determinante de su gravedad y de la estructuración de la protección desde varias líneas de defensa.

EL MISMO PROBLEMA, DIVERSAS PERSPECTIVAS

La cuestión en examen es objeto de interés de diversas ciencias, incluidas la sociología, la psicología, la filosofía, la medicina y el Derecho. A su vez,

³ Esta es la postura preponderante en el mundo, aunque algunos países, como Canadá, admiten que pueda integrarse el acoso en un único acto de mucha entidad, posición que encuentra expresión en el reciente convenio adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la materia, según se verá más adelante. La duración no ha sido interpretada unánimemente. Leyman consideraba que debía manifestarse, al menos, un acto hostil por semana durante seis meses, para que pudiera configurarse el acoso. Actualmente, en cambio, el elemento temporal es variable.

⁴ Esta modalidad suele identificarse como *bossing*, del inglés *boss*, que significa jefe.

presenta diferentes ángulos de análisis, según se aborde desde su dimensión institucional, colectiva o individual.

Por otro lado, los medios de defensa o de tutela discurren desde la prevención hasta las medidas que pueden adoptarse una vez que se ha producido, lo que se proyecta en tres órdenes jurídicos fundamentales: el constitucional, el laboral y el penal. Tales elementos condicionan, sin duda, su extrema complejidad.

La no previsión del acoso en los ordenamientos legales, como figura independiente, con un tratamiento diferenciado, encontró solución, de inicio, por la vía jurisprudencial, a partir de la adecuación de otras instituciones jurídicas, lo que, además de ofrecer la protección demandada en cada caso, allanó el camino hacia la regulación jurídica propia.⁵

El enfrentamiento a la violencia y, en particular, al acoso en el trabajo, requiere de la formación y consolidación de una cultura de paz, por medio de la educación; encuentra un elemento importantísimo en la prevención, pues más importante que reparar sus efectos es evitar su producción.

Asimismo, implica a todos los actores de las relaciones laborales, de ahí que genere deberes para: los empleadores, quienes deben responder cuando institucionalmente no hayan cumplido con ellos; las organizaciones sindicales, que tienen en los convenios colectivos de trabajo una herramienta muy eficaz para su regulación; los trabajadores, que pueden ser objeto de medidas de diversa naturaleza, cuando incurrir en acciones de esta clase, o beneficiarios de una tutela reparadora, si resultan víctimas; y la inspección del trabajo, a la que administrativamente corresponde velar por el cumplimiento de la legislación laboral.

CALIFICACIÓN DEL ACOSO: LO QUE ES Y LO QUE NO ES

La delimitación de los actos que pueden calificarse como acoso laboral suele ser extremadamente difícil y está condicionada por las características y circunstancias propias de cada caso, complicadas por la sutileza con que aquel se produce y por la dificultad probatoria a que se enfrenta; por ello, se ha intentado dogmáticamente listar una relación de acciones que revisten una seria apariencia acosadora.

Entre ellas, cabe citar las que, desde el punto de vista organizativo, procuran reducir la actividad de la víctima o mostrarla como incompetente o incapaz de desarrollar su trabajo, tales como no asignarle ninguna tarea o encargarle muchas a la vez, sin una adecuada planificación ni prioridad

⁵ En España, por ejemplo, el camino hacia la conceptualización del acoso moral se inició con la sentencia de 23 de julio de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

que viabilice su ejecución; encomendarle actividades imposibles, improbables o de menor complejidad a su capacidad profesional o, a la inversa, tareas que rebasan sus competencias, habilidades y posibilidades; o no darle indicaciones claras, precisas, explícitas, para inducirla a error en su realización; privarla injustificadamente de los medios y condiciones necesarios para la realización de su trabajo o controlarla excesiva y diferenciadamente, de tal manera que, cuando no cumpla lo encargado o reaccione ante el hostigamiento, se le pueda presentar como inútil, inepto, ineficaz.

También se identifican los actos que se dirigen expresamente al aislamiento de la víctima, cuando se le priva de la posibilidad de comunicarse con sus colegas y superiores, ya sea mediante la separación espacial o física, o despojándola de medios de comunicación de uso normal o propios de su actividad, como correo electrónico, internet, celular u otros; o se le omite en encuentros, reuniones en las que normalmente, de acuerdo con su contenido de trabajo, debería participar; o no se le permite expresar sus ideas, porque se le deniega la posibilidad de hacerlo o se le interrumpe continuamente, si habla, o se realizan gestos, ademanes, indicativos de desprecio hacia él. Entran, a su vez, en este género, las amenazas verbales o escritas, favorecidas estas últimas por las tecnologías y la crítica destructiva, desvalorizadora, excesiva o injustificada de su trabajo frente a terceros.

Hay otro grupo de actos cuya intención es exponer o resquebrajar a la víctima en su integridad u honor, verbigracia, se le ridiculiza frente a sus compañeros; se realizan bromas sobre sus rasgos morales o físicos, preferencias, creencias, vida privada y familiar; se corren rumores sobre cualquiera de estos aspectos; se imita su postura, sus gestos; se cuestiona públicamente su capacidad mental o se le trata de hacer ver como un enfermo psiquiátrico.

De lo explicado, se colige que las conductas se producen tanto por acción como por omisión; aunque parece un contrasentido, existe la agresividad pasiva, esa que se integra cuando se invisibiliza al trabajador víctima, se le omite o se le anula, se le trata como si no existiera. El ataque físico violento es probable, pero el acoso se proyecta, cada vez más, sobre el terreno moral y evita la confrontación directa. El silencio de los compañeros que ven y no denuncian, por alianza con otros, por miedo a convertirse en víctimas, a ser centro de atención o a perder privilegios, es complicidad.

No puede ser considerado como acoso, por el contrario, el estrés propio de determinadas actividades o cargos; la necesaria y respetuosa exigencia que debe imperar en las relaciones laborales, expresada en el control y la evaluación del desempeño de las organizaciones, los procesos y las personas; las diferencias que pueden confrontarse en el entorno laboral y que se canalizan por medios adecuados; los hechos aislados de violencia; las malas relaciones interpersonales o las infracciones de la legislación laboral

que no estén unidas por el especial nexo subjetivo que caracteriza a este fenómeno.

EL ACOSO PARA LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Recientemente, coincidiendo con el centenario de la organización, la Conferencia general de la OIT adoptó el Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y la Recomendación de igual denominación,⁶ en cuya fundamentación se reconoce el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, así como la responsabilidad de los miembros de desarrollar una política de tolerancia cero frente a tales hechos, que viabilice su prevención y enfrentamiento.⁷

En su Artículo 1, el Convenio aclara que las expresiones «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designan un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, causen o sean susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico; a su vez, particulariza ambos términos por razón de género, entendidos como los que van dirigidos contra las personas a causa de su sexo, o que las afectan de manera desproporcionada por tal motivo, incluido el acoso sexual.

Esta definición, con independencia de la que luego puedan establecer las legislaciones nacionales, para regular los fenómenos señalados en una única conceptualización, o separadas, supone, por su generalidad, un avance importante, toda vez que reconoce la sola existencia del riesgo para la integración de las conductas y la diversificación de este o de los daños que puedan producirse, al tiempo que admite la posibilidad de que acontezcan de una sola vez.

El ámbito de protección es sumamente abarcador, ya que se extiende a todo el que trabaja, sea asalariado o no; es independiente de la situación contractual en que se halle la persona; comprende a los aspirantes a un empleo, estudiantes o aprendices, despedidos, directivos, funcionarios o quienquiera que ejerza la autoridad de un empleador, y se aplica a todos

⁶ 108.ª reunión, celebrada en la sede de la OIT, en Ginebra, Suiza, el 10 de junio de 2019.

⁷ Antes, el enfrentamiento al fenómeno se articulaba por derivación del concepto de trabajo digno, presente en los documentos fundamentales de la organización y en varios convenios y recomendaciones, y de las previsiones de los instrumentos sobre seguridad y salud en el trabajo, unidos a otras fuentes internacionales en materia de derechos humanos y regulaciones de la Organización Mundial de Salud. Ahora, existe un convenio específico, cuya virtualidad estará supeditada a las ratificaciones de los Estados y la implementación por estos de las medidas necesarias a ese fin, lo cual constituye un importante paso de avance.

los sectores (Artículo 2). Además, extiende la consideración del entorno de trabajo a cualquier ámbito en que se manifieste (Artículo 3).

El convenio, a su vez, impulsa al tratamiento integral del fenómeno por países miembros, empleadores, organizaciones sindicales, trabajadores, expresado en la adopción de medidas de prevención y represión, previsión de medios de tutela efectivos, tanto para la reclamación en el lugar de trabajo como para recurrir ante el órgano judicial, reparación a las víctimas e inspección por la administración del trabajo. También reconoce el compromiso que suponen las conductas de violencia y acoso para los derechos fundamentales del trabajo y los derechos humanos en general (artículos 4-11).

La Recomendación, por su parte, desarrolla con mayor amplitud el catálogo de medidas que deberán incorporarse a las legislaciones nacionales para la materialización del Convenio, tanto en el orden laboral como en el penal.

Entre estas, se sugiere que los mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos impliquen la conformación de tribunales con personal especializado para conocer de estos asuntos, tramitación diligente y eficiente, asistencia y asesoramiento jurídicos para los denunciantes y las víctimas, disposición de información accesible en los idiomas de uso corriente en el país e inversión de la carga de la prueba.

También se recomienda que el tratamiento a las víctimas comprenda el derecho a dimitir, con una indemnización; readmisión, cuando así lo interese; indemnización apropiada por los daños resultantes, incluida la incapacidad para el trabajo que pudiera haber sobrevenido; imposición de órdenes de aplicación inmediata para velar por que se ponga fin a determinados comportamientos o se exija la modificación de las políticas o las prácticas; pago de los honorarios de asistencia letrada y costas; apoyo para reincorporarse al trabajo; acceso a asesoramiento e información mediante servicios de emergencia de diversas clases, incluidos los policiales; atención psicológica; control y seguimiento sobre los acosadores, entre otras medidas.⁸

Formuladas estas ideas, corresponde preguntarse, entonces, cuáles son los mecanismos de tutela de que dispone el ordenamiento jurídico cubano frente al acoso en el trabajo y si estos resultan suficientes para asegurar una protección eficaz.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE AL ACOSO EN EL TRABAJO

En el ordenamiento jurídico patrio no existe expreso reconocimiento y regulación de la figura del acoso en el trabajo, pero el esquema general de

⁸ Cfr. Recomendación sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

protección para los derechos derivados de ese hecho social puede ofrecer tutela frente a su acaecimiento.

En el orden institucional, sobre el empleador recaen determinados deberes, que le obligan a la adopción de medidas para garantizar el respeto a los derechos de los trabajadores y un ambiente de trabajo sano, seguro, positivo, lo cual contribuye a evitar contextos favorables a la aparición y proliferación de las conductas de acoso.

En tal sentido, el Artículo 146 del Código de trabajo (CT) les compulsa a garantizar condiciones de trabajo adecuadas y disfrute de los derechos reconocidos en la legislación de trabajo, así como a desarrollar adecuadas relaciones con los trabajadores, basadas en la atención a sus opiniones y quejas, protección a su integridad física y psicológica y debido respeto a su dignidad.

Entre las referidas obligaciones, cabe citar, además, la de escuchar y, en su caso, arribar a acuerdo con los trabajadores, individual y colectivamente, antes de la adopción de sus decisiones, lo cual se expresa en la definición de cuestiones vitales para el funcionamiento de cualquier centro, como: organización del trabajo, formas y sistemas de pago, horarios de trabajo y descanso, realización del trabajo extraordinario y su retribución o compensación, criterios para la determinación de la idoneidad demostrada y la evaluación del desempeño, cambios de condiciones de trabajo, interrupción y disponibilidad laboral, definición de los puestos de confianza, aplicación de medidas disciplinarias, entre otras.⁹

Además, los empleadores deben ofrecer facilidades a los dirigentes sindicales para el ejercicio de sus funciones, entre las que se encuentra la representación de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos y la protección de sus intereses, al igual que en la adopción del Convenio colectivo de trabajo y la solución de las discrepancias derivadas de él, así como la realización de inspecciones en materia de seguridad y salud del trabajo.¹⁰

La finalidad preventiva de la seguridad y salud en el trabajo aparece reconocida en el Artículo 126 del CT, que le atribuye la misión de evitar los accidentes, las enfermedades profesionales y otros daños a la salud de los trabajadores y al medio ambiente laboral, previsión que, por su laxitud, abarca las situaciones de acoso.¹¹

⁹ Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013, CT, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 20, artículos 18, 36, 43, 56, 81 al 83, 85, 89, 97, 107, 114, 119, 134, 151, entre otros.

¹⁰ Artículos 15, 16, 17 y 19 del CT.

¹¹ Cuba tiene ratificados nueve convenios internacionales en materia de seguridad y salud en el trabajo: 17 de 1927 (indemnización por accidentes de trabajo), 18 y 19 de igual año (enfermedades profesionales e igualdad de trato en los accidentes de trabajo), 42 de 1934 (enfermedades profesionales), 120 de 1960 (higiene en comercios y oficinas), 148 de 1977 (medio ambiente de trabajo y contaminación por aire, ruido y vibraciones), 152

El Artículo 127 de la citada disposición compulsa a los empleadores a cumplir la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo, y adoptar las medidas que garanticen condiciones laborales seguras e higiénicas, y prevenir los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, incendios, averías u otros daños que puedan afectar la salud de los trabajadores y el medio ambiente laboral.¹²

Aunque el precepto no lo señala, la determinación de los riesgos para la seguridad y salud comprende los riesgos psicosociales, entre los que se incluyen, directamente, el acoso e, indirectamente, otras situaciones que pueden favorecerlo.¹³

El incumplimiento de esos deberes hace nacer la posibilidad de accionar, individual o colectivamente, según el caso, para su restablecimiento, en la forma que definen los artículos 171, 180 y 187 del señalado cuerpo legal, lo que puede dar lugar, de corroborarse los fundamentos de la demanda, a una decisión declarativa del derecho vulnerado y de condena, mediante las acciones u omisiones que sean necesarias para garantizar su cumplimiento.¹⁴

Superado el momento de la prevención, la cuestión se complica, cuando se trata de clasificar en cuál de las categorías de afectaciones que reconoce la legislación nacional pudiera incluirse el acoso. En este sentido, se reconocen los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales y los incidentes.¹⁵

Los accidentes de trabajo, como su denominación señala, son acontecimientos repentinos o imprevistos que tienen un nexo causal con el trabajo y producen la muerte o una lesión corporal que afecta la capacidad laboral del accidentado. Etimológicamente, los términos imprevisto y repentino son sinónimos, equivalentes a impensado, inesperado, insospechado, casual o fortuito, lo cual excluye la intención en su causación. Por consiguiente,

de 1979 (seguridad e higiene de los trabajadores portuarios), 155 de 1981 (seguridad y salud de los trabajadores) y 187 de 2006 (marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo).

¹² Véanse, también, los artículos 74 c), que reconoce el derecho de los trabajadores contratados por un empleador privado a la seguridad y salud; y 134, que regula la obligación del empleador a identificar y evaluar los riesgos en el trabajo, y adoptar las medidas para erradicarlos o minimizarlos, así como el correlativo derecho de los empleados a laborar en condiciones seguras y a participar en la gestión de riesgos.

¹³ El Convenio 155 de 1981, de la OIT, del cual nuestro país es parte, señala que «el término salud, en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo».

¹⁴ Entre estas acciones, también reconocemos las colectivas, desde la perspectiva de que las organizaciones sindicales, por la vía de los convenios colectivos de trabajo, mucho pueden hacer para la regulación y el enfrentamiento al fenómeno.

¹⁵ CT, artículos 128 al 130, y Reglamento, artículos 148 al 155.

el acoso, que está signado por el elemento subjetivo que integra el ánimo dañoso de quien lo provoca, no puede tener esta consideración.

La enfermedad profesional, por su parte, consiste en una alteración de la salud, patológicamente definida, generada por razón de la actividad laboral en trabajadores que se exponen habitualmente a factores que producen enfermedades y que están presentes en el medio laboral o en determinados cargos.

A partir de esta definición general, puede inferirse que la gran variedad de enfermedades causadas por el acoso puede clasificarse como enfermedades profesionales. Sin embargo, en nuestra realidad, esta apreciación constituye un reto.

Las enfermedades profesionales, como regla, aparecen reconocidas en el listado aprobado al efecto por el ministro de Salud Pública, según define el Artículo 133 del CT. Así, la Resolución No. 283, de 16 de junio de 2014,¹⁶ del titular de la Salud, lista un conjunto de enfermedades, asociadas, sobre todo, a la exposición a factores químicos, biológicos o físicos, sin considerar los riesgos psicosociales ni su influencia en un amplio grupo de patologías.¹⁷

Esta previsión no es absoluta, lo cual significa que, acreditada la relación causal entre la enfermedad y la situación de acoso, pudiera reconocerse, como enfermedad profesional, la afectación a la salud causada por este, tal como ha acontecido en otros momentos con enfermedades no incluidas en la lista respectiva.¹⁸

A ese efecto, es muy importante que el interesado, oportunamente, lo ponga en conocimiento de su médico de asistencia para que este lo remita a la consulta de enfermedades profesionales y que se le diagnostique por especialistas en salud ocupacional.

La acción para demandar la calificación de una enfermedad que ha sido considerada de origen común como profesional está sujeta al plazo de caducidad de 180 días naturales, a partir de la violación o del momento en que se tuvo conocimiento de ella, tal cual establece el primer párrafo del Artículo 171 del CT, con independencia de que su consecuencia sea una

¹⁶ Esta define la relación de enfermedades profesionales, así como el procedimiento para su análisis, prevención y control por el Sistema Nacional de Salud.

¹⁷ Además de las enfermedades mentales, entre las cuales es muy común la depresión, expresada en síntomas como desconcentración, pérdida del interés o de la motivación, falta de apetito, trastornos del sueño, agotamiento excesivo, tristeza..., existe un amplio grupo de padecimientos físicos derivados de procesos psicosomáticos, tales como enfermedades músculo-esqueléticas, cardíacas, oncológicas.

¹⁸ Antes de la promulgación de la Resolución No. 283, comentada, el síndrome del túnel carpiano no estaba reconocida como una enfermedad profesional. No obstante, se promovió un proceso dirigido a su reconocimiento como tal y, por sentencia 121, de 28 de febrero de 2013, recaída en el proceso de revisión 195 de 2012, se dispuso la reevaluación de la trabajadora por parte de los galenos competentes a ese fin, lo que culminó, en vía de ejecución, con la determinación de la enfermedad profesional.

prestación de seguridad social. Para su determinación, habrá que considerar, como momento de la violación, el del conocimiento del diagnóstico definitivo, una vez promovida esa cuestión administrativamente.

El subsidio por enfermedad profesional asciende al 70% del salario, cuando existe hospitalización, y al 80%, de no existir esta. Además, no está sujeto a período de carencia, sino que se paga desde el primer día de incapacidad. La pensión provisional por invalidez parcial, de tener causa en una enfermedad profesional y no ser reubicado el trabajador, es del 80% del salario promedio del año inmediato anterior a la enfermedad. La pensión por invalidez total, por igual causa, es del 60% del salario promedio, más un 2% por cada año, si se hubieran acreditado más de 30 años de servicios, incrementada finalmente en un 10%.¹⁹

Queda, entonces, el incidente de trabajo,²⁰ que se define como un suceso acaecido en el trabajo o en relación con este, que es susceptible de convertirse en un accidente laboral o en otros daños, y en el que la persona afectada no sufre lesiones corporales o estas no afectan su capacidad para el trabajo. Esta definición pudiera comprender aquellas situaciones de acoso en las que no llega a producirse una afectación para la salud, ya sea por la forma en que el acosado reacciona ante los actos que lo integran o por otras causas.

La determinación de los incidentes de trabajo compete al empleador y requiere de una investigación; por consiguiente, el trabajador está obligado a ponerlos en conocimiento de aquel, inmediatamente a su acaecimiento, según dispone el Artículo 131 del CT.

La no promoción oportuna de esta actuación enerva las posibilidades de éxito de la acción que, luego, pueda promoverse ante los órganos de justicia.

Por otro lado, la identificación de un incidente de trabajo no tiene otra consecuencia directa que la condena a la erradicación de sus causas.

Se colige, entonces, que, pese a no estar expresamente reconocida en nuestra legislación una protección frente al acoso laboral, el sistema de seguridad y salud en el trabajo establecido ofrece posibilidades de tutela, que se expresan, para los casos de enfermedad profesional, en prestaciones que compensan la pérdida de capacidad para el trabajo, sea temporal o definitiva, total o parcial, o la muerte;²¹ o en condenas de hacer o abstenerse de hacer, dirigidas a la supresión de los factores que determinen dichos incidentes.

¹⁹ Ley No. 105 de 2008, de Seguridad social, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraordin., no. 4, artículos 40, 42, 52, 53 y 64.

²⁰ El Protocolo 155 de 2002, relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981, los califica como «sucesos peligrosos». Este instrumento aún no ha entrado en vigor y no ha sido ratificado por nuestro país.

²¹ *Vgr.* subsidio por enfermedad o accidente profesional, pensión por invalidez parcial o total, pensión por causa de muerte que se concede a los familiares con derecho a per-

Estas instituciones, por su naturaleza intrínseca, carecen de la finalidad restauradora que demanda el acoso y que se dirige a restituirle a la víctima todo aquello que ha perdido, lo que puede comprender no solo la indemnización económica, sino medidas para restablecer su honor e integridad personales, tratamiento psicológico, seguimiento a la persona acosadora, entre otras, aspecto que también debe considerarse al decidir esta clase de procesos.

En tal sentido, el Artículo 160 del citado cuerpo legal reconoce el derecho de los trabajadores a percibir indemnización por violaciones de la legislación del trabajo. La reparación moral también es posible, por aplicación supletoria del Artículo 88 del Código civil, de forma similar a como acontece en el ámbito laboral, cuando el trabajador a quien se haya aplicado la medida disciplinaria resulta posteriormente exonerado.

El derecho a abstenerse de trabajar por condiciones inseguras, previsto en nuestra legislación, solo procede ante situaciones que puedan comportar un peligro inminente para la vida, lo que deja fuera un gran cúmulo de variantes de acoso.

En materia de disciplina laboral, tampoco existe ninguna tipicidad que contemple el acoso en el trabajo; sin embargo, la diversidad de comportamientos mediante los que este puede manifestarse es posible encontrarla subsumida, por ejemplo, en falta de respeto o maltrato de obra o de palabra, contemplados en los incisos d) y e) del Artículo 147 del CT; incumplimiento injustificado de los deberes sobre seguridad y salud en el trabajo, a que se contrae el inciso h) de igual precepto; comisión de hechos que puedan ser constitutivos de delito, dispuesta en el inciso k), u otras infracciones previstas en los reglamentos disciplinarios internos, de conformidad con el Artículo 148, lo que puede conllevar a la corrección disciplinaria de los acosadores con alguna de las medidas que prevé el 149 de la propia disposición o, para el caso de que fueran directivos o funcionarios, la aplicación del régimen disciplinario especialmente contemplado para ellos en los decretos ley 196 y 197 de 1999, en los que se prevén tipicidades similares, las que también se contemplan en los regímenes disciplinarios especiales.²² En este caso, la víctima debe presentar la denuncia, al objeto de poner en marcha el procedimiento.

La Constitución de la República de Cuba (CRC), promulgada el 10 de abril de 2019, reconoce el carácter esencial del trabajo como valor fundante del Estado socialista de Derecho y, a la vez, como derecho, deber y honor de todas las personas que lo ejercen, cualquiera que sea su forma.²³

cibirla, tratamiento laboral a la invalidez parcial, entre otras que prevé el régimen de seguridad social, según estipula el Artículo 133 del CT.

²² A modo de ilustración, los vigentes en las formas cooperativas.

²³ CRC, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 5. El Artículo 1 señala que el Estado se funda, entre otros axiomas, en el trabajo; el 31 establece que este es un valor primordial de nuestra sociedad; y el 64 reconoce el derecho al trabajo.

En correspondencia con ello, le otorga rango constitucional a un conjunto de derechos del trabajo, tales como libertad de elección de un empleo digno y aseguramiento de las condiciones que permitan su ejercicio, en armonía con las responsabilidades familiares (Artículo 64); remuneración con arreglo a la cantidad y calidad del trabajo realizado (31 y 65), como expresión del principio general de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor; derecho al descanso (67), seguridad y asistencia social (68 y 70), seguridad y salud en el trabajo (69), todos los que encuentran tutela por la vía ordinaria, de manera que, cuando las diferentes situaciones que van conformando el acoso lesionen alguno de esos derechos, encuentran un medio de defensa en el cauce procesal que se establece para ellos.

Además, la Carta Magna, en su eficacia horizontal, contempla un conjunto de otros derechos que trasvasan las relaciones de trabajo, tales como respeto a la dignidad (Artículo 40), la intimidad, la imagen y el honor (48); igualdad y no discriminación (42-44); participación en la vida de la sociedad (79 y 80) y en el ámbito del trabajo (20); información (53); libertad de pensamiento, conciencia y expresión (54); así como de reunión, manifestación y asociación (56), entre otros.

Es emblemática la regulación constitucional en la incorporación de garantías de estos derechos, en particular las judiciales, que se expresan en el acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva,²⁴ en los procesos ordinarios y en los especialmente dirigidos a respaldar las garantías constitucionales, tal como establece el Artículo 99.

Este precepto remite a una ley posterior, aún pendiente, para el desarrollo de los derechos amparados por esa garantía y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento, lo cual indica que todos los derechos que sean objeto de ella encontrarán tal clase de tutela, además de las formas alternas que autoriza el Artículo 93 de la Carta Magna, cuando, en atención a su naturaleza, sean posibles.

Tal previsión amplía el ámbito de protección frente al acoso en el trabajo, toda vez que hará posible la defensa ante aquellos comportamientos que, para lograr la finalidad perseguida por el acosador, vulneren los derechos fundamentales. Comoquiera que esta debe alcanzar la supresión de todos los efectos del acto lesivo, viabiliza la reparación a la víctima, en todos los órdenes.

No obstante, el carácter normativo directo del texto constitucional hace posible su aplicación en cualquier otro tipo de conflicto; de ahí que, por los cauces comúnmente previstos para la protección de los derechos del trabajo, también tenga cabida la defensa de los preceptos constitucionales.

Un asunto que frecuentemente preocupa en materia de acoso es el relativo a la prueba, dadas las dificultades a las que se enfrenta el trabajador

²⁴ Artículos 92 y 94, fundamentalmente.

víctima para obtener los elementos que corroboren su tesis, frente al esquema tradicional de la carga de la prueba, que hace recaer, en cada parte, el deber de probar los hechos que alega, cuyo efecto más impactante es el de sufrir las consecuencias de no haber satisfecho esa carga procesal. Esa desventaja se agrava, en ocasiones, por el contexto en que se halla la víctima: la eliminación por el acosador de las trazas que ha ido dejando, el silencio cómplice de los compañeros de trabajo.

En el Derecho comparado, como manifestación del principio de desigualdad compensatoria, esto ha encontrado solución por la vía de reglas de inversión de la carga de la prueba, en las que se fija que siempre que el trabajador aporte indicios racionales de una vulneración de derechos fundamentales, ya sea por causa de discriminación u otras, se traslada al empleador la obligación de demostrar la inexistencia de esa causa, expresada en la racionalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.²⁵

Otra solución ha llegado por la vía de la carga probatoria dinámica, en virtud de la cual se pone en manos del órgano judicial la posibilidad de exigir la prueba a la parte que esté en mejores condiciones para aportarla en la situación concreta que tiene ante sí.

En el esquema procesal cubano, aunque impera aún la fórmula tradicional,²⁶ el proceso laboral ha propendido al activismo judicial en la incorporación de la prueba, a partir de la posibilidad amplia que se confiere a los jueces para disponer esta de oficio durante el proceso²⁷ y la asimilación de su deber de garante del ejercicio de los derechos de las partes, sistematizada en las disposiciones adoptadas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP).²⁸

Como resultado de ello, los órganos judiciales pueden disponer las pruebas que el caso requiera, para que se aporten por el empleador o cualquier otra persona natural o jurídica, quienes están obligados a cumplir con lo solicitado, en virtud del deber de colaboración que la CRC les impone.

La naturaleza del acoso hace especialmente recomendable el uso de las pericias para la determinación de los impactos que ha tenido en la salud física y mental de la víctima. Además, el trabajador puede acudir a todos los indicios que tenga en su poder y de los que pueda hacer uso lícitamente:

²⁵ Ley No. 815, de 31 de octubre de 2012, de Nicaragua, Artículo 54.2; Ley orgánica procesal del trabajo de la República Bolivariana de Venezuela, de 2 de agosto de 2002, Artículo 75; CT de la República de Costa Rica, modificado por la Ley No. 9343, de 14 de diciembre de 2015, Artículo 478.

²⁶ Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, Artículo 244.

²⁷ *Ibid.*, artículos 248, 710 y 724.

²⁸ Instrucciones 194 de 2009 y 197 de 2010, relativas, por su orden, a la celebración de la comparecencia y la tramitación de los procesos de trabajo, en las que se insiste en el rol activo de los jueces en la búsqueda de la verdad.

mensajes electrónicos, comunicación en las redes sociales, actas de reuniones, documentos que se le hayan notificado, certificados médicos, testigos; también puede señalar la existencia de estos para que el tribunal los reclame.

OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN

Pese a que el catálogo de infracciones previstas deja fuera el acoso en el trabajo en sus diversas manifestaciones, el Artículo 222 del CT contempla como infracción genérica el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones vigentes en materia laboral y de seguridad social (Artículos 224-230, Reglamento del CT); además, el 228 prevé, entre las violaciones de derechos fundamentales en cuanto a seguridad y salud, el incumplimiento de las medidas para la prevención de accidentes laborales y enfermedades profesionales; no garantizar condiciones de trabajo higiénicas y seguras y no investigar tales accidentes u otros que se les equiparan, a los efectos de la protección de la seguridad social (Artículo 228 a y c, Reglamento), en cuyo caso podrán adoptarse por la Oficina Nacional de Inspección del trabajo las medidas que prevé el Artículo 231 del Reglamento, que abarca todas las conminaciones que procedan para la erradicación de las causas y los efectos en el plazo que dicha autoridad señale o multas, estas últimas para el sector no estatal. Tales medidas no solo se contraen al orden administrativo, sino que alcanzan el disciplinario y el penal (Artículo 232 de la propia disposición reglamentaria).

El Código penal no contempla un tipo penal específico para reprimir el acoso en el trabajo; no obstante, existen algunas tipicidades que permiten encuadrar o subsumir actos de esta naturaleza, tales como los de amenazas, coacción, delito contra el derecho de igualdad, incumplimiento de normas de protección e higiene del trabajo, aplicación indebida de medidas disciplinarias y ultraje sexual, en la modalidad de acoso, por los que deben responder tanto los trabajadores como los directivos o funcionarios que incurran en las acciones u omisiones previstas.²⁹

Finalmente, aunque no parece la opción más recomendable, el trabajador víctima del acoso puede autodespedirse en la forma que permiten los artículos del 46 al 48 del CT, lo que no impide que pueda, posteriormente, presentar su reclamación en el plazo que franquea el 172 de igual disposición y que, de corroborarse la situación de acoso y la relación causal entre este y su decisión, pueda ser restituido, con los pronunciamientos colaterales que correspondan.

²⁹ Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987, Código penal, artículos 284, 285, 286, 295, 296, 297 y 303 b).

CONCLUSIONES

1. El acoso en el trabajo, aunque es un fenómeno que pudiera estar presente en la realidad social cubana, no ha tenido expresión en la conflictividad recibida en los tribunales, al no haberse interpuesto demandas por este motivo hasta la fecha.
2. El ordenamiento jurídico nacional no prevé de forma autónoma el acoso en el trabajo ni ofrece una protección diferenciada para su prevención y enfrentamiento integral. No obstante, a partir del ejercicio de las acciones ordinarias de tutela, con base en la CRC y las disposiciones jurídicas comunes que establecen los deberes de los empleadores, la negociación colectiva, la seguridad y salud, el orden laboral y la inspección del trabajo, es posible construir judicialmente soluciones modeladoras de aquella realidad.
3. La legislación del trabajo requiere ser actualizada para dar cabida al tratamiento integral de esta figura.
4. Hasta tanto ello se produzca, corresponderá a los órganos judiciales integrar y armonizar la regulación vigente para ofrecer tutela judicial efectiva frente a dicho fenómeno.

BIBLIOGRAFÍA

- Caamaño Rojo, Eduardo: «El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales», en www.scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n1/art04.pdf [consulta: 15-10-19].
- Correa Carrasco, Manuel: «La juridificación del acoso moral en el trabajo: bases metodológicas», en *Temas laborales*, no. 77, 2004, pp. 35-81, [s. m. d.].
- De los Ríos Castiblanco, Juan Carlos: «El acoso laboral desde la perspectiva jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana», en *Vox Juris*, vol. 34, no. 2, Lima, 2017, pp. 99-112.
- Fabregat Monfort, Gemma: «El acoso laboral en el ordenamiento jurídico laboral español. Breves apuntes», en *Revista de Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla*, no. 35, 2011, pp. 32-54.
- González Cabrera, Heydi: «El acoso psicológico, sutil agresión», Radio Rebelde, 7 de junio de 2016, en www.radiorebelde.cu/noticia/el-acoso-psicologico-sutil-agresion-20160607/.
- González San José, M. I.: *Acosos en el ámbito laboral*, Unión Sindical de Comisiones Obreras de Aragón, Zaragoza, 2011.
- Guevara Ramírez, Lydia: «¿Nos estamos acercando a la realidad de la existencia en Cuba de la violencia en el trabajo?», en *Temas*, La Habana, 16 de mayo de 2013.

- _____: «Respuesta legal a la violencia laboral en países seleccionados de América Latina», en *Boletín de la ONBC*, no. 51, La Habana, enero-junio de 2014, pp. 12-21.
- Hernández Mitjans, Leydis Luisa: «Acoso laboral: fenómeno ya no tan silencioso», en *Trabajadores*, La Habana, 2 de abril de 2018, [s. p.].
- Leyman, H.: *Mobbing. La persécution au travail Seuil*, París, 1996.
- López Cabarcos, M. Á. y Paula Vázquez Rodríguez, «La ley al servicio de la víctima de *mobbing*», en www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiSkZ7TzoXkAhVhrIkKHSXaCZ4QFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fwww.ucm.es%2Fdata%2Fcont%2Fmedia%2Fwww%2Fpag-30022%2Fley%2520al%2520servicio%2520mobbing.pdf&usg=AOvVaw2jZEF [consulta: 15-10-19].
- Medeiros De Oliveira, Flavia de Paiva: *El acoso laboral*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2005.
- Menéndez Dávila, Mileyda: «*Mobbing*: entender y denunciar», en Juventud Rebelde, 23 de abril de 2019, en www.juventudrebelde.cu/suplementos/.../mobbing-entender-y-denunciar.
- Molero Hermosilla, A. J.: «Acoso moral y comunicación interna en la empresa. El caso del *bossing* o acoso a cargo del jefe o de sus representantes o directivos», Universidad Complutense de Madrid, 2009.
- Rivero García, Danilo y M. C. Bertot Yero: *Ley 62, Código penal de 1987, anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular*, Ediciones ONBC, La Habana, 2009.
- Villar Merlo, A. M.: «La tutela judicial frente al acoso laboral», en Universidad de Jaén, en www.tauja.ujaen.es/handle/10953.1/4752 [consulta: 15-10-19].

Legislación

- «Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 5, La Habana, 10 de abril de 2019.
- Código de trabajo de la República de Costa Rica, modificado por la Ley No. 9343, de 14 de diciembre de 2015, en *Diario Oficial*, no. 16, San José, 25 de enero de 2016.
- Decreto No. 326, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 29, La Habana, 17 de junio de 2014.
- Gobierno de Chile. Dirección del Trabajo: «El acoso laboral o *mobbing*. Cartilla informativa», 15 de agosto de 2019, en https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articulos-95386_archivo_fuente.pdf.
- Instrucciones 194 de 2009 y 197 de 2010, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.
- Ley No. 7, de Procedimiento civil, administrativo, laboral y económico de 1977, Colección de textos jurídicos*, Ediciones ONBC, La Habana, 2015.
- Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987, Código penal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2009.

Ley No. 116, Código de trabajo, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 29, La Habana, 17 de junio de 2014.

Ley No. 815, de 31 de octubre de 2012, vigente desde el 29 de noviembre del propio año, en *Diario Oficial de Nicaragua*.

Ley orgánica procesal del trabajo de la República Bolivariana de Venezuela, de 2 de agosto de 2002, en *Gaceta Oficial*, no. 37.504, Caracas, 13 de agosto de 2002.

OIT: Actas provisionales 108.a reunión, Ginebra, junio de 2019.

_____ : Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, [s. m. d.].

_____ : Recomendación sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, [s. m. d.].

Resolución No. 283, de 16 de junio de 2014, MINSAP, La Habana.

CONSIDERACIONES SOBRE LA FASE EJECUTIVA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

M.Sc. Yoel Quinta Arango
Juez profesional titular, Sala Primera de lo Penal,
TPP de Matanzas

Resumen: A partir de la situación de vulnerabilidad que caracteriza a los internos, en estrecha correlación con el influjo de los preceptos del nuevo texto constitucional cubano, que convocan al perfeccionamiento del debido proceso y realzan la protección de los derechos humanos en el ámbito judicial, el autor debate en torno a la necesidad y pertinencia de implementar la intervención directa y decisoria de un órgano judicial como controlador de la fase de ejecución de la pena privativa de libertad. Concluye sus reflexiones asintiendo y ofreciendo argumentos a favor de dicha implementación, tomando en cuenta siempre las especificidades del entorno patrio.

Abstract: Based on the situation of vulnerability that characterizes the inmates, in close correlation with the influence of the precepts of the new Cuban constitutional text, which call for the improvement of due process and enhance the protection of human rights in the field judicial, the author debates about the need and relevance of implementing the direct and decision-making intervention of a judicial body as controller of the execution phase of the deprivation of liberty. He concludes his reflections by agreeing and offering arguments in favor of said implementation, always taking into account the specificities of the home environment.

Palabras clave: sancionados (internos), privación de libertad, ejecución penal, control judicial, sistema penitenciario.

Keywords: sanctioned (inmates), deprivation of liberty, criminal execution, judicial control, penitentiary system.

Los sancionados a privación de libertad pura o efectiva¹ son reconocidos como personas vulnerables, acorde con las Reglas de Brasilia,² tomando en cuenta los efectos negativos que, indudablemente, produce la cárcel, cual medio hostil, estigmatizador y desocializante, que sigue

¹ Válida la aclaración para dejar por sentado que se trata, exclusivamente, de aquellos que cumplen privación de libertad bajo régimen de encierro.

² Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

siendo —por desgracia, como afirma Muñoz Conde—³ una institución esotérica de historia tétrica, plagada de terrores y sufrimientos, especialmente para los casos de penas privativas de libertad de larga duración.⁴

Esta permanente condición de vulnerables de los privados de libertad, desde el ámbito jurídico, exige del Estado y de los actores del sistema de justicia,⁵ entre otros, el deber de franquear los caminos de la ley para los limitados, con la finalidad última de garantizarles posibilidades de acceso a la justicia, visto este derecho desde tres aspectos diferenciados, aunque complementarios entre sí:

el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, no solo llegar al sistema sino que este brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y por último, complementario necesariamente, es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.⁶

Comoquiera que —a los efectos del alcance del presente trabajo— se pretende limitar el análisis a los sancionados a privación de libertad pura o efectiva, se entiende que el acatamiento de la citada garantía de acceso a la justicia se vincula a la fase de ejecución de la pena, pues es precisamente en este entorno de cumplimiento de sanción donde acontecen todos los incidentes de posibles menoscabos en cuanto a los derechos y las prerrogativas de los internos.

Desde esta perspectiva, sobrevienen dos ejes de atención cardinales, muy relacionados entre sí: uno vinculado con la capacidad o aptitud del sistema judicial para afrontar las posibles acciones-reclamaciones instadas por los internos, cuya efectividad dependerá básicamente de la existencia de mecanismos legales e institucionales serios para tramitar sus demandas y solventarlas adecuadamente; y otro relacionado con las posibilidades reales que puedan tener aquellos de ejercer el derecho a la defensa técnica en esta fase, como «derecho irrenunciable [...] que exige [...] por su propia naturaleza jurídica [...] que en todo caso exista defensa por medio

³ Beristáin Ipiña: *Cuestiones penales y criminológicas*, p. 17.

⁴ Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas del delito*, [s. p.].

⁵ Entiéndase como tales a los responsables del diseño, la implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial, tal cual se reconoce en las Reglas mínimas de Brasilia.

⁶ Larrandart: «Acceso a la justicia y tutela de los derechos ciudadanos», en *Sistema penal argentino*, [s. p.].

de abogado»,⁷ sobre la base de las propias exigencias que se derivan del denominado debido proceso.⁸

Trasladando todo lo anterior al contexto cubano actual, hay que tomar como punto de partida la existencia de una innegable voluntad política estatal e institucional de ajustar el sistema judicial patrio a las más exigentes previsiones afines al entorno de respeto y salvaguarda de los derechos y las garantías de los ciudadanos, en especial de aquellos que puedan encontrarse bajo la condición de vulnerables. Se ha reconocido en este ámbito, por las máximas autoridades del sistema judicial cubano, que

al Estado le corresponde una enorme cuota, proveyendo a la sociedad de políticas públicas que ayuden a la erradicación de la marginalidad, asegurando [...] garantías para los privados de libertad [...]. Al sistema judicial se le adjudica también una gran tarea, que no es solo de administrar justicia [...]. A él corresponde una tarea activa en la garantía de la justicia concreta, dotando a los procedimientos de vías para mejor cumplir los mandatos de ley, de la manera en que cada ordenamiento jurídico lo permita, y hacer uso de la iniciativa legislativa siempre que una situación de desventaja corregible por ley así lo aconseje.⁹

Tomando como premisa esa innegable voluntad estatal e institucional encaaminada hacia el mejor hacer en la actividad judicial, han sido varios los indiscutibles avances que se han alcanzado. Una muestra palpable de esto lo constituye la aprobación, por parte del Consejo de Gobierno (CG) de nuestro máximo órgano de justicia, de varias disposiciones de avanzada, muchas de ellas vinculadas a cuestiones del debido proceso, incluyendo las relacionadas con la realización de actos de justicia y con la fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales, entre las que destacan las instrucciones 208 (26 de abril de 2011, metodología para la redacción de la sentencia penal), 211 (15 de junio de 2011, metodología para la realización del juicio oral), 225 (17 de octubre de 2013, metodología para la confección de sentencias y autos en materia civil, de familia, administrativa y económica), 227 (19 de febrero de 2014, metodología de redacción de sentencias en materia laboral y de seguridad social), 216 (17 de mayo de 2012, contentiva de novísimas y avanzadas precisiones y adecuaciones procesales acerca de determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de

⁷ Montero Aroca: *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, t. 3, p. 27.

⁸ El debido proceso procura la equidad entre las partes, evita que una de ellas atropelle a la otra, lo que, hasta hoy, se ha manifestado como medio de contención del poder del Estado, para impedir que este, en desigual contienda, afecte los legítimos intereses individuales de la ciudadanía.

⁹ Remigio Ferro, Quintero Silverio y Bertot Yero: «Consideraciones sobre la vulnerabilidad y el acceso a la justicia. Una mirada desde Cuba», en Bertot Yero, *Reflexiones desde la toga. La justicia penal en Cuba*, pp. 415-429.

familia) y 217 (17 de julio de 2012, que implementó medidas encaminadas al perfeccionamiento del proceso civil), por solo mencionar algunas.

Relacionado con la fase de la ejecución de la pena, también, se han logrado irrefutables avances, especialmente con la instauración, desde 2001, de los denominados jueces de ejecución (hoy nombrados jueces de control, atención e incidencia sobre los que cumplen sanciones de privación de libertad, beneficios de excarcelación y medidas de seguridad en libertad), experiencia esta que fue aprobada e instaurada en la praxis judicial cubana a partir de la adopción de las instrucciones 163, de 14 de diciembre de 2000, modificada posteriormente por la 163-BIS, de 24 de abril de 2002, y la 201, de 9 de octubre de 2010 —actualizada por el Acuerdo No. 309, de 9 de octubre de 2012—, además de la 234, todas emitidas por el propio órgano mencionado.

Otra progresión en cuanto a la fase ejecutiva penal en Cuba se concretó mediante la creación de las salas o secciones de incidentes de ejecución en los tribunales provinciales populares (TPP) del país, que tuvieron como eje de sostén la Instrucción No. 223, de 29 de agosto de 2013, a partir de las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley No. 310, de 29 de mayo de 2013, al Artículo 7.1 de la Ley de procedimiento penal. Más recientemente, fue adoptada la Instrucción No. 233, que conllevó modificaciones loables en cuanto al funcionamiento y trabajo de estas salas o secciones.

Además, el cumplimiento efectivo y oportuno de las decisiones judiciales firmes ha sido identificado como uno de los cinco aspectos imprescindibles para promover el desempeño efectivo de la función judicial en Cuba, de conjunto con otros cuatro indicadores: a) actuación diligente y ágil en la tramitación y decisión de los asuntos, con apego a plazos y términos establecidos en ley; b) respeto y cumplimiento estricto del debido proceso y de las garantías y derechos de las partes y todos los intervinientes en los procesos judiciales; c) adopción de decisiones judiciales atinadas, debidamente fundamentadas y argumentadas desde la interpretación clara y precisa de la ley aplicable, y caracterizadas por su racionalidad y sentido de justicia; y d) atención responsable, profesional, transparente y ética de jueces y secretarios judiciales en el desempeño de sus funciones.¹⁰

Sin embargo, un análisis crítico de todo lo anterior, lleva a concluir, irremediablemente, que las acciones y los mecanismos que se han implementado por parte del Sistema de Tribunales, en cuanto a la ejecución de las sanciones de privación de libertad, han quedado en el ámbito exterior de los establecimientos carcelarios (de la puerta de las prisiones hacia fuera), pues —en el caso específico de la actividad concerniente a los jueces de control, atención e incidencia sobre los que cumplen sanciones de privación de libertad, beneficios de excarcelación y medidas de seguridad en liber-

¹⁰ *Ibid.*, p. 421.

tad— instituye la implementación y realización de medidas de control, vigilancia e influencia positiva que deben estructurarse de manera sistemática y efectiva sobre aquellas personas que se encuentren libres, cumpliendo sanciones subsidiarias, medidas de seguridad o beneficios de excarcelación condicionada; mientras que, en el caso de la experiencia de las salas o secciones de incidentes de ejecución existentes en los TPP —si bien hay que reconocer que benefician a los internos, al garantizar una mayor celeridad y cercanía en la realización de los trámites de situación legal o posible concesión de beneficios de excarcelación—, tienen una actuación limitada en este sentido, dado que su intervención queda ceñida a decidir sobre solicitudes de excarcelación anticipada, licencia extrapenal, sustitución de la sanción de privación de libertad por una de las subsidiarias previstas por la ley, suspensión de sanciones subsidiarias, medidas de seguridad predelictivas y posdelictivas, y revocación, cuando corresponda, de cualquiera de esos beneficios y sanciones subsidiarias o medidas de seguridad, formación de sanciones conjuntas y rectificación de liquidación de sanción.

De suerte que se avizora, a las claras, la inexistencia de un órgano judicial que, a tono con el cabal cumplimiento de lo establecido en el Artículo 7 f) de la vigente ley orgánica de tribunales,¹¹ garantice que se sometan a su conocimiento y solución otras cuestiones intrínseca y directamente derivadas de la ejecución de las penas de privación de libertad puras o efectivas, que resultan no menos trascendentales, tanto desde la perspectiva del estricto respeto a los derechos de los penados como desde la óptica de velar por el alcance y la consecución de los fines de la pena (reeducación y resocialización¹²), y también desde la visión que traslucen varios de los instrumentos legales internacionales vigentes en esta materia, entre los que merecen ser resaltados la Declaración universal de los derechos humanos,¹³ el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos,¹⁴ las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos y el Código procesal penal modelo para Iberoamérica.¹⁵

¹¹ El Artículo 7 f) de la Ley No. 82 de 1997, «De los tribunales populares», establece la obligación de estos órganos a ejecutar efectivamente los fallos firmes que se dicten y vigilar su cumplimiento por los organismos encargados de intervenir en el proceso de ejecución.

¹² La finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad consiste en reformar, corregir, mejorar al delincuente a través de la prisión, para que, cuando este salga en libertad, se abstenga de cometer delitos (Barbero Santos y Morenilla Rodríguez: «La ley de peligrosidad y rehabilitación social. Su reforma», p. 223).

¹³ Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, de la cual Cuba es firmante.

¹⁴ Tratado supranacional en materia de derechos humanos, aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1966, firmado recientemente por nuestro país.

¹⁵ Instrumento legal de carácter no vinculante, pero con alto contenido garantista, que constituye, como su nombre lo indica, un modelo a seguir en las regulaciones procesales penales.

Así, hoy quedan exentos de control, decisión o intervención judicial directa —y sometidas únicamente a la actividades de verificación asumidas por la Fiscalía General de la República, a través de los fiscales representantes territoriales de los departamentos de control de la legalidad en establecimientos penitenciarios (CLEP, por sus siglas)—¹⁶ cuestiones que resultan medulares en el quehacer, la vida y progresión de los internos privados de libertad, entre estas: cumplimiento de lo legalmente establecido en cuanto a las características de los establecimientos penitenciarios asignados y los períodos mínimos de estancia en cada uno de ellos, acorde con las especificidades de cada caso;¹⁷ recta observancia de las exigencias instituidas para la excepcional imposición del cumplimiento de la pena en condiciones de aislamiento;¹⁸ efectivo acatamiento del régimen carcelario progresivo¹⁹ y aprobación de los permisos ordinarios de salida.

En similares términos, quedan exentas de control, decisión o intervención judicial directa la aprobación de las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento en la condena (rebajas de sanción), el asentimiento relacionado con traslados de internos desde un centro penitenciario a otro, más todas aquellas reclamaciones (recursos) que pudieran formular estos en materia de sanciones disciplinarias, y las peticiones provenientes de los penados vinculadas con posibles violaciones de derechos fundamentales o con posibles quebrantos de otros derechos o beneficios penitenciarios.²⁰

Lo anterior acontece a pesar del postulado que, de forma expresa, se formula —entre muchos otros instrumentos internacionales— en el ya mencionado Código procesal penal modelo para Iberoamérica, el cual sustenta que la ejecución penal debe correr a cargo de un tribunal judicial y se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes de los poderes del Estado, solo

¹⁶ El Artículo 25 del Reglamento de la Ley No. 83 de 1997, «De la Fiscalía General de la República», reconoce las principales facultades y atribuciones de la Dirección de control de la legalidad en establecimientos penitenciarios.

¹⁷ El Artículo 30.6 del Código penal (CP) establece que la sanción de privación de libertad se cumple en los establecimientos penitenciarios que disponga la ley y sus reglamentos. Las características de dichos centros y los períodos mínimos en que los sancionados deben permanecer en cada uno se determinan en los reglamentos correspondientes.

¹⁸ El Artículo 30.7 del CP dispone que los sancionados a privación de libertad cumplan la sanción en grupos y, solo en los casos previstos en los reglamentos, puede disponerse que la cumplan aislados.

¹⁹ El Artículo 30.10 del CP dispone que, en los establecimientos penitenciarios, se aplique el régimen progresivo como método para el cumplimiento de las sanciones de privación de libertad y como base para la concesión de la libertad condicional.

²⁰ Se incluyen aquí todos los derechos enunciados en el Artículo 31 a), b), c), ch), d), e) y f) del CP, los que, a su vez, guardan consonancia con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, específicamente, 21.1, 22.1, 37, 71.5, 76.1 y 78.

sometidos a la ley. También, en esos mismos términos, se ha enunciado la doctrina al reconocer que

el control judicial de la actividad penitenciaria es [...] una exigencia de una concepción resocializadora de la ejecución de la pena privativa de libertad. Cuando aquella tenía un carácter unidimensional, exclusivamente custodial, bastaba el control exterior de la misma como sucedía con otras penas como la pena capital o la de multa, pero, según fueron consolidándose las expectativas preventivo especiales [sic] comenzaron a surgir modelos de ejecución alternativos que significaron un cambio sustancial en el contenido de la pena. Esta poliedricidad exige un incremento de un control imparcial e independiente.²¹

Esta demanda de control judicial, respecto a las penas de privación de libertad pura o efectiva, no es cuestión nueva para muchos de los países del mundo; data, por lo menos, de la segunda mitad del siglo XVIII. Mucho más adelante, en el Congreso de Derecho penal y penitenciario celebrado en Berlín, en 1935, Jiménez de Asúa propugnaba la necesaria intervención del juez en la ejecución penal.

Italia fue el primer país europeo que creó la figura del juez de vigilancia y le otorgó dos clases de facultades: unas decisorias y otras consultivas. Aquellas versarían sobre las diversas incidencias que pudieran surgir a lo largo del cumplimiento de la condena. El CP italiano ha organizado la participación de los magistrados en la ejecución de las sanciones penales, participación que se ha traducido en una repartición o desdoblamiento de sus poderes, en lo que llamaríamos un juez de vigilancia y uno de ejecución de penas.

En Brasil, el juez de ejecución penal y el Consejo penitenciario son los dos órganos fundamentales en lo relativo a la ejecución de las penas. El Consejo es un órgano técnico, consultivo y de deliberación, en lo relativo a libertad condicional, gracia, indulto, conmutación de la pena y amnistía. Está compuesto por el procurador, un fiscal, tres juristas y dos médicos. Sirve como puente entre el poder ejecutivo y el judicial en materia de ejecución de penas.

Uno de los referentes más significativos y cercanos en este ámbito se encuentra en el juez de vigilancia penitenciaria (JVP) vigente en España, cuyas competencias le vienen asignadas por el Artículo 76 de la Ley orgánica general penitenciaria española (LOGP), que se distribuyen en dos grupos, los que, a su vez, se entrelazan: juez de ejecución y juez de vigilancia, propiamente dicho.

Se trata de una institución que, lejos de ser perfecta, y mucho menos estar exenta de críticas,²² al menos se acerca y se enfoca, en términos

²¹ Mapelli Caffarena: «La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso», [s. p.].

²² Varias de las críticas que se le han hecho al JVP aparecen reflejadas en el antes mencionado trabajo de Mapelli Caffarena: «La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso».

generales, a la satisfacción del tan demandado e inquirido control judicial sobre las condenas de prisión pura. Al juez de ejecución conciernen potestades y atribuciones vinculadas con: a) propuestas de libertad condicional de los penados (Artículo 76.2 b, LOGP); b) aprobación de las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento en la condena (76.2 c); y c) resolución de los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado (76.2 f); mientras que al juez de vigilancia propiamente dicho le son atinentes atribuciones que exceden el marco estricto de la ejecución penal, tales como: a) salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que, en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario, puedan producirse (76.1); b) aprobar las sanciones de aislamiento en celda por más de 14 días (76.2 d);²³ c) resolver por vía de recurso las reclamaciones formuladas contra sanciones disciplinarias (76.2 e); d) decidir sobre las peticiones y quejas formuladas en relación con derechos fundamentales o beneficios penitenciarios afectados por el régimen o el tratamiento (76.2 g); y e) visitar los establecimientos penitenciarios (76.2 h).

Claro está que, de la propia existencia y vigencia de las antes citadas limitantes para los internos cubanos, también se deriva una afectación directa al derecho de defensa técnica de aquellos, pues este, entre otras aristas, supone la posibilidad efectiva de plantear las excepciones, alegaciones o defensas, fundamentarlas y probar los supuestos de hecho en que se apoyan.

Tomando como base referencial todo lo antes enunciado, y a modo de idea conclusiva, se debe reconocer como indiscutiblemente posible, loable y pertinente la necesidad de implementar un mecanismo eficaz de control judicial sobre la ejecución de las sanciones de privación de libertad efectiva en el contexto cubano actual, el que, a su vez, sirva de complemento y dote de mayor integralidad al sistema penitenciario, más allá de que este, básicamente,

[...] se adecua a la normativa internacional sobre el tratamiento de personas privadas de libertad respecto a derechos y obligaciones de los detenidos y reclusos y de las instituciones responsables, no solamente porque ha existido siempre la voluntad política de tratar de aplicar estas normativas de manera real y no simplemente incorporarlas a una norma, sino también porque nuestro sistema penitenciario se fundamenta en principios profundamente humanistas, en la concepción de rescatar al infractor para la vida útil en la sociedad y provocarle el mínimo de sufrimiento posible en el orden moral, psíquico y físico durante la extinción de la pena, con independencia de la necesaria disciplina

²³ Una de las cuestiones negativas que se le hace al JVP es, precisamente, la imposibilidad de que no intervenga en la aprobación de toda clase de sanción de aislamiento de celda, pues se limitan sus atribuciones para aquellos casos en que este excede los 14 días.

y el mayor o menor rigor que tenga cada régimen penitenciario según las distintas sanciones.²⁴

Sin duda alguna, la implementación de un mecanismo de esta naturaleza dotaría a los sistemas judicial y penitenciario cubanos de mayor transparencia y eficacia, a la vez que entronizaría en su máxima expresión al intenso sentido humanista que, de por sí, ha caracterizado a ambos y a la sociedad toda, defendiendo, además, el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, al forjarse medios para el control, seguimiento y tratamiento de los internos, tal cual existe para aquellos que ya dejaron de serlo y que se encuentran en libertad, disfrutando de beneficios de excarcelación o cumplimiento de sanciones subsidiarias de la privación de libertad o medidas de seguridad no detentivas.²⁵

Además, al otorgársele y reconocérsele prerrogativas de control y decisión a un órgano judicial sobre los aspectos medulares vinculados a la ejecución de la sanción de privación de libertad pura o efectiva, se estaría contribuyendo, de forma directa, a fortalecer el andamiaje diseñado para enfrentar, evitar o disminuir las posibles actuaciones incorrectas y hasta las potenciales manifestaciones de corrupción que, lamentablemente, pueden generarse en este ámbito, que concierne a la relación administración penitenciaria-internos (sancionados),²⁶ lo que, incluso, puede y debe coexistir con la actuación que, en cuanto a la defensa de la legalidad, se le debe seguir reconociendo a la Fiscalía en este contexto, como acontece en la experiencia española, con el fiscal de vigilancia penitenciaria, que cohabita con los JVP y al que se le reconocen, en este campo, dos funciones medulares: una, relacionada con la defensa de la legalidad (que se lleva a cabo a través de la interposición de recursos contra las resoluciones de los JVP y mediante la emisión de informes de naturaleza consultiva por la necesidad de ser oídos en determinadas materias, como beneficios penitenciarios o régimen penitenciario); y otra, relativa a la obligación de velar por los derechos de los desvalidos, controlando la situación de determinadas personas sin capacidad para defenderse.²⁷

²⁴ Gutiérrez Pumariaga: «Cuba, el contraste con las Reglas mínimas», en ILANUD/Comisión Europea, *Proyecto de sistema penal y derechos humanos...*, [s. p.].

²⁵ Los artículos 41 y 42 de la nueva Carta Magna hacen referencia a elementos medulares relacionados con el reconocimiento y ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, reafirmando el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, que reciben igual protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

²⁶ Sobre los procesos de corrupción en el marco del proceso de construcción socialista, se recomienda consultar a García Brigos: *La corrupción social y el proceso de construcción socialista*.

²⁷ Al respecto, *vid. Ministerio fiscal y sistema penitenciario. Fiscales de vigilancia penitenciaria*.

La forma y las especificidades que este mecanismo adoptará en Cuba deben estar, necesariamente, en consonancia con las particularidades del entorno, identificando, como postulados rectores de su implementación, los siguientes:

1. El reconocimiento de los privados de libertad como personas vulnerables acorde con las Reglas de Brasilia y otros instrumentos de Derecho internacional, y la exigencia que se deriva de esta condición de vulnerables para el Estado cubano y los actores del sistema de justicia, en cuanto a garantizarles posibilidades de acceso a la justicia.

2. La independencia y la imparcialidad como atributos consustanciales a los jueces, que los convierte en los únicos entes legitimados y dotados de capacidad para salvaguardar, ventilar o decidir sobre los derechos de los internos y todo aquello que tenga que ver con el quehacer, la vida y progresión de estos en el entorno penitenciario. Se incluye aquí lo concerniente a: aprobación de las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento en la condena (rebajas de sanción); recta observancia de las exigencias instituidas para la excepcional imposición del cumplimiento de la pena en condiciones de aislamiento y reclamaciones (recursos) que pudieran formular los internos en materia de sanciones disciplinarias; y lo relacionado con traslados de internos desde un centro penitenciario a otro, entre otras coyunturas que hasta la actualidad se han visto vedadas de amparo e intervención judicial.

3. Asumir una posición consonante con lo establecido en el Artículo 7 f) de la vigente Ley No. 82 de 1997, «De los tribunales populares», que establece la obligación de los tribunales de ejecutar efectivamente los fallos firmes que se dicten y vigilar el cumplimiento de estos por los organismos encargados de intervenir en el proceso de ejecución (principio de legalidad y garantía de ejecución).

4. El reconocimiento que merece la fase ejecutiva de la pena, como parte integrante de la potestad que la sociedad otorga al Estado para defender, mediante el castigo, un orden jurídico sin el cual la convivencia no sería posible, en la que deben y tienen que regir las garantías fundamentales del debido proceso, incluyendo el derecho a la defensa técnica de los penados.

5. El respeto que amerita el principio de igualdad de derechos y deberes de los ciudadanos y el esfuerzo estatal por crear todas las condiciones para la realización de este principio, visto desde la óptica de dotar a los internos de un sistema de control, incidencia y atención por parte de un órgano judicial, como ya existe para aquellos ciudadanos que cumplen sanciones subsidiarias, beneficios de excarcelación o medidas de seguridad en libertad, en pos, también, de fomentar la adecuada reducación y reinserción social, tanto de los internos como de estos últimos.

BIBLIOGRAFÍA

- Barbero Santos y Morenilla Rodríguez: «La ley de peligrosidad y rehabilitación social. Su reforma», en *Doctrina penal*, La Habana, 1979.
- Beristáin Ipiña, A.: *Cuestiones penales y criminológicas*, pról. de Muñoz Conde, Editorial Reus, Madrid, 1979.
- Bertot Yero, María Caridad: *Reflexiones desde la toga. La justicia penal en Cuba*, Ediciones ONBC, La Habana, 2017.
- García Brigos, Jesús Pastor: *La corrupción social y el proceso de construcción socialista*, Instituto de Filosofía del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, La Habana, [s. a.].
- Gutiérrez Pumariaga, Blanca: «Cuba, el contraste con las Reglas mínimas», en ILA-NUD/Comisión Europea, *Proyecto de sistema penal y derechos humanos. Justicia Penal: El reto de la sobrepoblación penitenciaria. Situación penitenciaria y alternativa a la justicia penal y a la prisión en los países de América Latina* (Taller de investigación), San José, Costa Rica, 3-7 de febrero de 1997.
- Larrandart, Lucila: «Acceso a la justicia y tutela de los derechos ciudadanos», en *Sistema penal argentino*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- Mapelli Caffarena, Borja: «La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso», en Consejo General del Poder Judicial, Madrid, [s. a.].
- _____ y J. Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.
- Montero Aroca, Juan: *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, t. 3, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

Legislación

- Código procesal penal modelo para Iberoamérica.
- Constitución de la República de Cuba*, Editora Política, La Habana, 2019.
- «Declaración universal de los derechos humanos», en *Instrumentos internacionales ratificados por Cuba*, Editorial MINREX-ASDI-Unión Nacional de Juristas de Cuba, [s. m. d.].
- Decreto-Ley No. 310, de 29 de mayo de 2013 (modificativo del Código penal y de la Ley de procedimiento penal).
- «Ley No. 62, “Código penal de la República de Cuba”, Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), 1987», en Andry Matilla Correa (compil.), *Compendio de normas jurídicas*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- «Ley No. 82, “De los tribunales populares”, ANPP, 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., 14 de julio de 1997.
- «Ley No. 83, “De la Fiscalía General de la República”, ANPP, 1997» en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., 14 de julio de 1997.
- Ley orgánica general penitenciaria española, Madrid, 1979.

«Pacto internacional de los derechos civiles y políticos», en *Instrumentos internacionales ratificados por Cuba*, Editorial MINREX-ASDI-Unión Nacional de Juristas de Cuba, [s. m. d.].

«Reglamento de la Ley de los tribunales populares», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., La Habana, 2 de febrero de 1998.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, marzo de 2008.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.

CG-TSP: Instrucciones 163/2000, 163-BIS/2002, 201/2010, 208/2011, 211/2011, 216/2012, 217/2012, 223/2013, 225/2013, 227/2014 y 233/2016.

LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR VISTA DESDE LA REGULACIÓN JURÍDICA

Lic. Ailyn Nodarse Palacio

Lic. Maydalis Castro Pérez

Juezas profesionales, TPP de Villa Clara

Resumen: El origen de la violencia es parte de una cuestión cultural, es decir, tiene sus raíces en los conocimientos, tradiciones, usos, costumbres y manifestaciones de los pueblos. La violencia intrafamiliar es algo que contamina el mundo y que hoy se reproduce como epidemia y la familia no escapa a este fenómeno, ya que cualquier mujer, anciano, niño u hombre puede ser alguien maltratado y ello puede ser la génesis de muchos conflictos: delitos, adicción a drogas, profundas cicatrices en el estado psico-emocional, ruptura de familias, problemas conductuales, intentos suicidas y hasta de muerte. Este problema incide en la sociedad y se presenta cuando un miembro de la familia adquiere jerarquía de poder y trata de disciplinar al resto de sus miembros por un código de valores que se ha creado sin la intervención o análisis de otros. La investigación que dio origen a este artículo estuvo dirigida a estudiar la violencia intrafamiliar, con especial énfasis en su tratamiento jurídico, tanto a nivel nacional como en diversos países de América Latina, región esta donde más incide este fenómeno sobre la mujer y los adultos mayores, por lo que resulta necesario su estudio, si tenemos en cuenta que nuestro país cuenta con un gran envejecimiento poblacional.

Abstract: The origin of violence is part of a cultural issue, that is, it has its roots in the knowledge, traditions, uses, customs and manifestations of the peoples. Domestic violence is something that contaminates the world and that today is reproduced as an epidemic and the family does not escape this phenomenon, since any woman, elderly person, child or man can be someone who is mistreated and this can be the genesis of many conflicts: crimes, drug addiction, deep scars in the psycho-emotional state, family breakdown, behavioral problems, suicide attempts and even death. This problem affects society and occurs when a family member acquires a hierarchy of power and tries to discipline the rest of its members by a code of values that has been created without the intervention or analysis of others. The research that gave rise to this article was aimed at studying intrafamily violence, with special emphasis on its legal treatment, both at the national level and in various Latin American countries, the region where this phenomenon has the greatest impact on women and older adults, so

it is necessary to study them, if we take into account that our country has a large population aging.

Palabras clave: Derecho de familia, violencia intrafamiliar, calidad de vida, derechos humanos, maltrato doméstico, personas.

Keywords: family law, domestic violence, quality of life, human rights, domestic abuse, people.

Sumario: Introducción. Formas de violencia. Violencia intrafamiliar. En América Latina. La violencia intrafamiliar en Cuba. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Para entender con profundidad la institución que se analiza, es necesario, primero, conceptualizarla, y así comprender qué se considera *acto violento* y explicar la magnitud de este fenómeno en el mundo contemporáneo.

El término «violencia»¹ proviene del vocablo latino *violentia*, derivado de la raíz *violo*, que quiere decir atentar, violar. Este sentido alude a una fuerza vital presente en el origen de la vida.

Muchos doctrinólogos y, en general, estudiosos de cuestiones relacionadas con la violencia la han definido desde diferentes aristas, en dependencia de la corriente a la cual pertenecen y la época en la que han vivido.

Mckenzie define la violencia como el «ejercicio de la fuerza física con la finalidad de hacer daño o de causar perjuicio a las personas o a la propiedad; acción o conducta caracterizada por tender a causar mal corporal o por coartar por la fuerza la libertad personal»; Curle plantea que es lo mismo que «no pacificada»; y Domenach considera que es «el uso de la fuerza, abierta u oculta, con la finalidad de obtener, de un individuo o de un grupo, algo que no quiere consentir libremente».²

La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define el término como «cualidad de violento. Acción y efecto de violentar o violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder».³ Y, en cuanto a violento: que está fuera de su natural estado, situación o modo; obra con fuerza; se hace bruscamente, con ímpetu e intensidad extraordinarios; se ejecuta contra el modo regular o fuera de razón y justicia.⁴

¹ Mosquera Rial: «Cuerpos marcados. Violencia doméstica: una aproximación desde la ley penal uruguaya», en www.monografias.com/trabajos44/violdomes/violdomesl.shtml, p. 1 [consulta: 1-5-10].

² Arellano: «La violencia», en www.monografias.com/trabajos/laviolencia/laviolencia.Shtml.

³ RAE: *Diccionario de la lengua española*, 22.^a ed., t. 2, p. 34.

⁴ *Idem*.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) la ha conceptualizado como «el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones».⁵

A partir de estas consideraciones, se puede sostener la idea de que la violencia se refiere tanto al «hacer» como al «no hacer», incluye actos de muy diversa naturaleza y las víctimas de estos pueden ser el hombre, la naturaleza, la sociedad, entre otras.

Toda acción violenta desencadena un conjunto de efectos perjudiciales a aquel que es víctima de ella. Se dice que la violencia es un fenómeno epidemiológico.⁶ Daña la salud y la educación; la primera por los índices de muerte que ocasiona, las hospitalizaciones, la incapacidad física y los trastornos psicológicos, y la segunda por el abandono escolar en períodos muy tempranos de vida.

FORMAS DE VIOLENCIA

La determinación de los tipos de violencia varía en dependencia del autor o institución que la realiza, por lo que es frecuente encontrar disímiles clasificaciones al respecto. Arellano⁷ considera que existen diferentes formas en las que se puede manifestar la violencia, tales como:

- *Familiar*. En la que alguno de sus miembros maltrata al resto o solo a uno.
- *Sexual*. La utilizada para cometer abusos sexuales con algún individuo.
- *Juvenil*. Trata en sí de la expresión violenta de la juventud y su comportamiento, que pone en peligro la buena relación con el resto de la sociedad.

- *Mundial*. Violencia disfrazada por determinados países como algo justo: guerras, luchas. Se enmarca en el siglo xx, en el cual se produjeron las guerras mundiales. Es la más difícil de combatir.

Corsi clasifica la violencia según la forma en que puede manifestarse, por lo que establece las siguientes variantes:

- *Física*. Acto de agresión intencional, repetitivo, en el que se utiliza alguna parte del cuerpo, objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física de su contraparte, encaminado hacia su sometimiento y control.⁸ Se puede expresar a través de: sujeción (control);

⁵ Colectivo de autores: «Violencia: un concepto polisémico», en www.monografia.com/trabajos45/laviolencia-polisemico/laviolenciapolisemico.shtml.

⁶ Acosta Tiele: *Maltrato infantil*, p. 58.

⁷ Arellano: *Op. cit.*, p. 56.

⁸ Colectivo de autores: «Concepto y tipos de violencia», en www.institutomujer.chiapas.gob.mx/index.php?page_id=49.

lesiones con puño, mano o pie; lesiones con objetos; ingestión forzada de drogas o bebidas alcohólicas; mutilaciones y deformaciones; quemaduras con líquidos o cigarrillos; privación de alimentos; y descuido físico.

- *Psicológica*. Se liga a patrones de conducta que consisten en actos u omisiones repetitivos, cuyas formas de expresión pueden ser prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen, en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a la estructura de su personalidad.⁹ Algunas expresiones de este tipo de maltrato pueden ser: aislamiento, humillación, pobre o nula estimulación emocional, rechazo y amenazas (o coacción), irrespetar los sentimientos, negligencia y abandono emocional.

- *Sexual*. Ligada a un patrón de conducta consistente en actos u omisiones repetitivos, que pueden expresarse a través de: negar la satisfacción de las necesidades sexo-afectivas; inducción a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor; practicar la celotipia¹⁰ para el control, manipulación o dominio de la pareja y que genere daño.¹¹ Comprende actos como: manoseos, hostigamiento sexual, violación, forzar a ver o presenciar actos con carga sexual.

- *Económica*. Se expresa en patrones de conducta vinculados a controlar a alguien haciéndola económicamente dependiente. Incluye el control y manejo del dinero, las propiedades y, en general, de todos los recursos de la familia. En la mayoría de los casos, se da por parte del hombre.¹² Algunas manifestaciones de este tipo de violencia son:

- Hacer que la persona receptora de violencia tenga que dar explicaciones cada vez que necesite dinero, ya sea para uso de la familia o del suyo propio.

- Dar menos dinero que el necesario, a pesar de contar con liquidez.

- Inventar que no hay dinero para gastos que la persona considera importantes.

- Disponer del dinero de la persona afectada (sueldo, herencia, etc.)

De forma general, se va a clasificar la violencia en dependencia del sujeto que acciona, la víctima de la acción u omisión violenta, la esfera que se afecta o la forma en que se manifiesta.

La violencia como fenómeno puede ser dividida en tres categorías, según el autor del acto:

⁹ *Idem*.

¹⁰ También conocida por Síndrome de Otelo: La enfermedad de los celos extremos. Se denomina trastorno paranoide de la personalidad. Es una situación delirante con ideas de celos, las que atrapan el pensamiento y convencen al sujeto de que el otro le es infiel.

¹¹ Colectivo de autores: *Op. cit.*, p. 50.

¹² *Idem*.

1. La dirigida contra uno mismo: Comprende los comportamientos suicidas, las autolesiones y la automutilación.

2. Interpersonal: Se da entre individuos o grupos pequeños; comprende la intrafamiliar y la comunitaria.

- *Intrafamiliar*. Toda acción u omisión cometida por algún miembro de la familia en relación de poder sin importar el espacio físico donde ocurra, que perjudique el bienestar, la integridad física, psicológica y sexual, o la libertad y el derecho al pleno desarrollo de otras personas en la familia.

- *Comunitaria*. Se produce en individuos no relacionados entre sí, que pueden conocerse o no; sucede generalmente fuera del hogar. Incluye violencia juvenil, violaciones y agresiones sexuales por parte de extraños, violencia en establecimientos, como escuelas, lugares de trabajo, prisiones y residencias de ancianos.

3. Colectiva: Es el uso instrumental de la violencia por personas que se identifican a sí mismas como miembros de un grupo frente a otro conjunto de individuos, con el fin de lograr distintos objetivos políticos, económicos y sociales. Adopta diversas formas: conflictos armados dentro de los Estados o entre ellos, genocidio, represión, terrorismo, crimen organizado.

Por otra parte, la OMS la divide en las siguientes variantes (según las características de los que cometen el acto):¹³ *autoinfligida* (comportamiento suicida, autolesiones), *interpersonal* (familiar, comunitaria) y *colectiva* (social, política, económica), criterio al que se afilian las autoras.

En este sentido, uno de los tipos de violencia más debatidos es la intrafamiliar, familiar o, simplemente, doméstica, la que constituye el objeto fundamental en este trabajo.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Este tipo de violencia reviste gran importancia en el mundo contemporáneo, dado que se produce en el seno familiar¹⁴ por un miembro de este contra otro, compartan el mismo domicilio, o no. Comprende un espectro amplio de acciones u omisiones, consistentes en variantes de maltrato físico, psicológico, económico o sexual, abandono y negligencia.

Según la chilena Santa Cruz Bolívar, una agresión no permite suponer que haya violencia intrafamiliar; para que se considere que esta existe,

¹³ Krug Etienne: «Informe mundial sobre la violencia y la salud», en www.paho.org/Spanish/AM/PUB/Contenido.pdf.

¹⁴ Unidad fundamental de la sociedad, la cual cumple funciones que involucran la satisfacción de las necesidades de protección, afecto y seguridad de cada uno de sus miembros, socialización de niños y jóvenes, afirmación de la identidad cultural, social e individual, y generación y reproducción de la fuerza de trabajo (Mesa Castillo: *Derecho de familia*, p. 79).

debe haber abuso, maltrato o abandono permanente, repetido y habitual.¹⁵ Al respecto, las autoras consideran que, también, hay que tener en cuenta la magnitud de aquel, cuando se produce aisladamente, pues, de lo contrario, quedarían sin tipificar muchos actos, e inmunes una serie de conductas igualmente perjudiciales a aquel que las sufre.

Cualquier sujeto que forme parte de la familia puede ser víctima de violencia intrafamiliar, pero existen individuos que, por sus características, son más vulnerables ante tales actos. Entre ellos, se encuentran los niños, las mujeres, los adultos mayores y las personas con discapacidad.

En la práctica, el maltrato tiende a naturalizarse, es decir, se torna cotidiano, sobre todo, mediante conductas violentas que no son sancionadas como tales.¹⁶ Esto quiere decir que hoy la violencia doméstica puede adoptar formas no sancionadas por las normas jurídicas, en particular el maltrato psicológico, que es uno de los más difíciles de demostrar.

La violencia familiar es un proceso cíclico, o sea, que, en la mayoría de los casos, suele repetirse, aumentar. Se desarrolla en tres fases:¹⁷

1.^a *Acumulación de tensiones*, provoca la sumatoria de incidentes que van incrementándose en intensidad y hostilidad. Predominan las agresiones verbales, acompañadas por golpes menores, o no. La violencia se desata por causas distintas a los motivos intrascendentes que la provocan; no tiene que ver con la actitud de la víctima. Una vez iniciado el proceso es difícil que se detenga.

2.^a *Episodio agudo*, circunstancia en la que se genera una situación que varía en gravedad, desde la destrucción de objetos, golpes y abuso sexual, hasta el eventual homicidio o suicidio. Las circunstancias son inestables, impredecibles, destructivas y de corta duración. En esta fase, a veces, se pide ayuda o se abandona el hogar; también se opta por recluirse aun más porque las lesiones son visibles.

3.^a *Luna de miel*, en la que se produce el arrepentimiento, a veces inmediato, junto con la promesa de que nunca más volverá a ocurrir. La actitud de la persona maltratada suele ser sentirse culpable de haber provocado la situación, dudar de las decisiones adoptadas, volver al hogar o abandonar los tratamientos psicológicos.

El autor del hecho violento, por lo general, se considera superior al otro sujeto (víctima de tal acto), ya sea porque él mismo se lo cree, ya porque la víctima se considera inferior. Usualmente, los individuos afectados con tales actos no los denuncian por estar en estado de indefensión con respecto

¹⁵ «Tipos de violencia intrafamiliar», en www.ecovisiones.cl/informacion/tiposdeviolencia.htm.

¹⁶ [S. a.]: «Violencia doméstica», en www.es.wikipedia.org/wiki/Violencia_dom%C3%A9stica.

¹⁷ Walter: «El ciclo de la violencia», en blog.educastur.es/correlavoz/violencia-de-genero/el-ciclo-de-la-violencia/.

a los primeros o por ser parientes cercanos al agresor (padres, cónyuges, hijos). Esto ocasiona que la violencia se torne cotidiana y creciente, por lo que día a día adquiere consecuencias mayores.

Las causas del maltrato pueden ser varias, sin que ninguna de ellas pueda llegar a justificar los actos. En relación con ello, se coincide con la mayoría de los autores, quienes las agrupan según los siguientes factores:¹⁸ *individuales*: consumo de alcohol y adicciones, depresión y trastornos de la personalidad, experiencias de maltrato en la niñez; *de la relación*: inestabilidad matrimonial (en el caso de la violencia contra uno de los cónyuges), estrechez y presiones económicas; *comunitarios o sociales*: marcadas desigualdades y normas o patrones culturales tradicionales, sanciones leves o mínimas de la comunidad contra la violencia social y de género, debilitamiento de la estructura social, y fuentes inestables de apoyo para mujeres, ancianos, niños, etc.

Violencia contra la mujer

Las mujeres víctimas de estos actos poseen rasgos característicos que pueden variar en dependencia del grado de violencia y de su personalidad. Se dice que, por lo general, presentan baja autoestima, se sienten culpables por haber sido agredidas, creen que han fracasado como mujer, esposa y madre, se encuentran temerosas y asustadas, no buscan ayuda porque consideran que nadie se las puede dar. Cuando se le pregunta a una que ha sido agredida por qué continúa junto a su esposo, las respuestas que más suelen usarse giran en torno a que él es una persona magnífica, cuando no padece esos momentos de ira, y que sus hijos no merecen crecer sin un padre, sin percatarse de que, para los menores, también es un modo de violencia y que, a la larga, esto traerá consecuencias aun más terribles que crecer en una familia sin la figura paterna.

El maltrato continuado genera en la mujer un proceso patológico de adaptación, denominado «Síndrome de la mujer maltratada».¹⁹ En las mayores de 60 años, ese proceder puede tener carácter redoblado, debido a que se le maltrata, además, por su edad, razón por cual constituye el eslabón más débil de la cadena.

Variantes que concurren en el adulto mayor

La violencia intrafamiliar contra al adulto mayor es toda acción u omisión intencional, o no, que cause daño al anciano, siempre que este, sus bienes o el ejercicio pleno de sus derechos resulten atacados por otro miembro de la familia, cuyas acciones pueden manifestarse, mayormente, de forma *activa* (maltrato

¹⁸ Instituto Nacional de Desarrollo Social: «Oficina de orientación en materia de violencia familiar, sexual y contra las mujeres», en www.indesol.gob.mx/web/Index.php?1=12.

¹⁹ Sevilla Villalta: «Causas, efectos y fases de la violencia intrafamiliar», en www.monografias.com/trabajos34/violencia-intrafamiliar/violencia-intrafamiliar.shtml.

físico, psicológico y económico), *pasiva* (abandono físico, psicológico y negligencia) y, en menor grado, mediante otras variantes, como la violencia sexual.

- *Maltrato físico*: Suele mostrarse mediante lesiones leves o graves y, en el peor de los casos, con el homicidio. Entre aquellas, están: fracturas, quemaduras, verdugones, hematomas, contusiones en áreas del cuerpo... Todas ellas traen resultados fatales para los adultos mayores, pues, en la mayoría de los casos, son personas dependientes, que no se pueden valer por sí mismas.

- *Maltrato psicológico*: Degradación intensa y continua de la personalidad del adulto mayor, ya que este pierde el control sobre sus acciones y las de su familia. A menudo, se presenta mediante intimidación y amenaza, con las cuales se produce una baja de la autoestima de aquel, quien, realmente, llega a considerarse una carga para la familia.

- *Maltrato económico*: Consiste en adueñarse del dinero o de otros bienes de los adultos mayores, sin su autorización o aprovechándose de su falta de capacidad para hacerse cargo de estos bienes. Aquí suele incluirse, por ejemplo, hacer que el anciano done su vivienda y así lograr que pierda la propiedad sobre tan preciado bien.

- *Abandono*: Consiste en dejar al adulto mayor sin cuidados, cariño ni atención. En muchas oportunidades, son expulsados de su propio hogar y enviados a centros asistenciales o de cuidadores.

- *Negligencia*: Es la consecuencia de un cuidado bien intencionado, pero inadecuado, por parte de un familiar o cuidador, lo que trae un resultado dañoso para el adulto mayor.

Algunas personas, de una manera u otra, ven a los ancianos como un estorbo y una carga adicional al sostén de la familia. Por ello, generalmente, son abandonados, segregados y enviados a otros lugares. La naturaleza del maltrato permite que las personas no vean, no escuchen ni hablen sobre tales conductas y, en el peor de los casos, vean estas como algo normal porque no existe otra aparente solución.

EN AMÉRICA LATINA

La violencia intrafamiliar es una de esas temáticas que hoy muchos regulan de forma independiente, debido a la importancia de suprimirla y así lograr un creciente desarrollo de la familia y la sociedad.

Basta indagar, en nuestra región, lo legislado en algunos de los Estados que muestran un carácter más avanzado al respecto (como Ecuador, Venezuela, Perú y El Salvador) para comprender que, desde el Derecho comparado, hay varios aspectos que pueden tomarse como referencia, con el objetivo de contrastar diferencias y similitudes; entre ellos están: tipos de violencia que se reconocen en tales normas, instituciones que intervienen para resolverlas, mecanismos de protección a las víctimas, tipo de jurisdicción

que se establece y medidas para resolver los casos. En este acápite, las autoras abordan, someramente, el primero (los restantes pueden consultarse en el anexo que acompaña a este trabajo).

En Ecuador, la Ley contra la violencia a la mujer y la familia hace una especial referencia a la primera, por tanto, la registra como la más vulnerable ante tal tipo de actos; también, reconoce la violencia intrafamiliar, pero limitada solo a las variantes física, psicológica y sexual, por lo que quedan fuera otras, como el abandono y la negligencia. Entretanto, la norma homónima venezolana preserva los derechos de las féminas y ve, como violencia intrafamiliar, la que cause daño a la integridad física, psicológica, sexual (de las cuales se establece una definición) y patrimonial, de todo individuo y, por supuesto, que sea ejercida por un miembro de aquella.

La peruana Ley de protección frente a la violencia familiar, entre las formas de violencia, reconoce la psicológica, la sexual y la física, y deja fuera la patrimonial y el abandono. Por su parte, la correspondiente norma salvadoreña establece cuatro formas fundamentales de tal tipo de violencia (física, psicológica, sexual y patrimonial); y entiende, como violentas, tanto las acciones como las omisiones; sin duda alguna, el contenido de esta es más amplio, pues, de manera expresa, recoge los tipos activos más comunes de maltrato establecidos por la doctrina moderna.

LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CUBA

Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma específica para regular la violencia intrafamiliar, pero contiene algunas disposiciones que se relacionan o son de aplicación en cuanto a este asunto.

El Artículo 41 de la Carta Magna regula que el Estado reconoce y garantiza a las personas el goce y el ejercicio de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación. En el Capítulo III, norma lo referente a la familia, como la célula fundamental de la sociedad, y recoge una serie de derechos y deberes para sus miembros, a fin de garantizar su integridad.

La actual Constitución cubana, amén de que no conceptualiza la violencia intrafamiliar, establece premisas generales que pueden servir de punto de partida para lo relativo a esta. Por ejemplo, el Artículo 85 expresa que, en cualquiera de las manifestaciones en que se pueda presentar violencia familiar, esta se considera destructiva para quienes la reciban y, en consecuencia, será sancionada por la ley. Además, el 88 regula la obligación del Estado, la sociedad y las familias de proteger, asistir y facilitar las condiciones para satisfacer las necesidades y elevar la calidad de vida del adulto mayor.

El Código de familia, por su parte, es la norma especial encargada de las cuestiones relacionadas con este entorno; aunque tampoco regula, ex-

presamente, la violencia intrafamiliar, sí establece preceptos en los que se reconoce que un acto de agresión, en sus diferentes formas, viola derechos de los miembros de aquella.

Ese cuerpo legal establece que, en el matrimonio, los cónyuges están obligados a cuidar de la familia que han creado, contribuir con la satisfacción de las necesidades de esta y cooperar en la educación de sus hijos; ambos tendrán derecho a ejercer sus profesiones y prestarse ayuda, a fin de lograr ejercer estos derechos; y ninguno puede realizar actos de dominio sobre la administración de la comunidad matrimonial de bienes sin la autorización del otro, con lo que queda prohibida toda forma de violencia patrimonial en el matrimonio.

Además, se les atribuye a los padres la responsabilidad de velar por la educación de sus hijos, proporcionarles los medios necesarios para una adecuada recreación, inculcarles los valores éticos, y contribuir a que se desarrollen en un ambiente de amor y respeto. Queda un tanto ambiguo el precepto establecido en el Artículo 87, ya que da a los progenitores la posibilidad de reprender, de forma moderada, a sus descendientes, siempre que sea por el bien de estos, y no se define qué se considera «moderado», por lo que esto pudiera dar lugar a conductas violentas, sobre todo a las llamadas agresiones psicológicas, bajo la justificación de que resultan en beneficio del menor.

En cuanto a la tutela, se establece que, entre las funciones del tutor, está la de atender sus necesidades principales. Llama la atención que no se dispone regulación alguna en los casos de los adultos mayores y las personas con discapacidad.

Otra forma de regular y reprimir acciones u omisiones que pueden constituir violencia intrafamiliar es a través de las normas penales, con la particularidad de que, para lograr dicha protección, aquellas deben constituir delitos. Al respecto, el Código penal cubano define varias figuras que pueden recoger actos de violencia intrafamiliar, como lo relativo a amenaza, coacción, lesiones, hurto, robo con fuerza, violación, abusos lascivos, pederastia, ultraje sexual, homicidio, asesinato...

También recoge figuras en las que pueden estar contenidas otras formas de violencia doméstica, sobre todo las ejercidas contra la mujer, la niñez y la adolescencia (corrupción de menores y actos contrarios al normal desarrollo de estos) y el abandono de menores y personas con discapacidad o desvalidos, es decir, los sujetos más débiles de la familia.

CONCLUSIONES

1. La violencia intrafamiliar es el comportamiento, conducta y acciones de una parte de ese ámbito, que afecta la integridad psico-emocional y

- física de otros miembros, es todo acto contrario a la armonía, que ataca la autonomía y no respeta la individualidad de cada humano.
2. Entre las diversas formas de violencia intrafamiliar se encuentran: las físicas, psicológicas, sexuales, educativas, económicas y hasta sociales.
 3. El maltrato al adulto mayor y a la mujer es una conducta genérica que implica la producción de efectos nocivos a estos sujetos pasivos, y que tiene diversas manifestaciones que conllevan a su calificación como: maltrato físico, emocional o psicológico, material o abuso económico, negligencia o abandono, abuso sexual, maltrato conyugal, los cuales pueden aparecer insertados en otras modalidades delictivas.
 4. En nuestra legislación no se encuentra conceptualizada la violencia intrafamiliar de forma expresa, y no cuenta con una norma específica para regularla, pero se establecen las premisas generales que pueden servir de punto de partida para ello, basándose en los principios de progresividad, igualdad y no discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

- Arellano, B.: «La violencia», en www.monografias.com/trabajos/laviolencia/laviolencia.shtml.
- Acosta Tiele, N.: *Maltrato infantil*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 2002.
- Colectivo de autores: «Concepto y tipos de violencia», en www.institutomujer.chiapas.gob.mx/index.php?page_id=49.
- Colectivo de autores: «Violencia: un concepto polisémico», en www.monografia.com/trabajos45/la-violencia-polisemico/la-violencia-polisemico.shtml.
- Gutiérrez Ferrer, F.: «Casas de orientación a la mujer y la familia, espacio de crecimiento humano», en www.elhabanero.cubaweb.cu/2009/septiembre/nro2661_sep09/soc_09sep049.html.
- Krug Etienne, G. y L. Dahberg: «Informe mundial sobre la violencia y la salud», en www.paho.org/Spanish/AM/PUB/Contenido.pdf.
- Mesa Castillo, O.: *Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Mosquera Rial, A.: «Cuerpos marcados. Violencia doméstica: una aproximación desde la ley penal uruguaya», en www.monografias.com/trabajos44/violdomes/violdomesl.shtml.
- RAE: *Diccionario de la lengua española*, 22.^a ed., Editorial Espasa Calpe. S. A., Madrid, 2001, 2 t.
- Santa Cruz Bolívar, X.: «Tipos de violencia intrafamiliar», en www.ecovisiones.cl/informacion/tiposdeviolencia.htm.
- [S. a.]: «Violencia doméstica», en es.wikipedia.org/wiki/Violencia_dom%C3%A9stica.

Sevilla Villalta, A.: «Causas, efectos y fases de la violencia intrafamiliar», en www.monografias.com/trabajos34/violencia-intrafamiliar/violencia-intrafamiliar.shtml.

Walter, L.: «El ciclo de la violencia», en blog.educastur.es/correlavoz/violencia-de-genero/el-ciclo-de-la-violencia/.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019.

Decreto Ley No. 286/2011, «De la integración de la labor de prevención, asistencia y trabajo social».

Instituto Nacional de Desarrollo Social: «Oficina de orientación en materia de violencia familiar, sexual y contra las mujeres», en www.indesol.gob.mx/web/Index.php?1=12.

Ley No. 83/1997, «De la Fiscalía General de la República», en *Selección legislativa de Derecho constitucional* (intranet, Universidad Central de Las Villas).

ANEXO

La violencia intrafamiliar según lo legislado en Latinoamérica

Con el objetivo de acometer este estudio comparativo, las autoras seleccionaron cuatro de los países latinoamericanos con normativas más avanzadas en tal sentido, y establecieron cinco aspectos para el análisis: 1. Tipos de violencia que se reconocen; 2. Instituciones que intervienen para la solución de los asuntos; 3. Mecanismos de protección a las víctimas; 4. Tipo de jurisdicción que se establece; y 5. Medidas para resolver los casos. El primero de ellos se presenta en el cuerpo central del artículo y, en el mismo orden de países seguido allí, este anexo incluye los cuatro restantes:

Ecuador: Ley contra la violencia a la mujer y la familia

Para dar solución a los hechos que se presenten, según el Artículo 8 de la ley, intervienen varios sujetos e instituciones, entre ellos jueces de familia, comisarios de la Mujer y la Familia, intendentes, comisarios nacionales y tenientes políticos, y jueces y tribunales de lo penal. Estos últimos intervienen cuando el acto cometido reviste la condición de delito.

La jurisdicción que se plantea es de tipo familiar y penal; y, como vía, la administrativa, no solo reconoce a la víctima como única persona autorizada para denunciar los hechos y al agresor, sino también a todo aquel que conozca de la existencia de tales sucesos, ya que, en muchos de los casos, las víctimas no denuncian.

Respecto a la protección de la víctima, se reconocen las llamadas medidas de amparo, constitutivas de una serie de acciones tendentes a salvaguardar los derechos de la persona agredida por el abusador. Entre estas, se reconocen: ordenar la salida del agresor de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o la libertad sexual de la familia; imponer al agresor la prohibición de acercarse a la agredida en su lugar de trabajo o de estudio; evitar que este, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución e intimidación a la víctima o algún miembro de su familia; ordenar el tratamiento al que deben someterse las partes y los hijos menores de edad, si ese fuera del caso, entre otras tantas.

Es fundamental recoger las formas de subsanar los daños a la persona víctima, lo que es, en muchos casos, difícil y, en otros, imposible, ya que estos pueden ser irreparables, sobre todo los psicológicos. La legislación que se analiza reconoce la indemnización por daños y perjuicios (si el primero recae sobre un bien, la solución puede estar en su restitución). Además, si la violencia ocurre en el ámbito del matrimonio, dicho acto puede ser causa para el divorcio. Si el hecho cometido constituye delito, se llevará por la vía de lo penal.

Venezuela: Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia

Intervienen en la resolución de los casos de maltrato los juzgados de Paz y de Familia, los juzgados de primera instancia en lo penal, prefecturas y jefaturas civiles, órganos de policía, así como el ministerio público. Dichas entidades son receptoras de denuncias de hechos de este tipo. También aquí intervienen el Ministerio de Educación, el de Familia, el de Salud y Asistencia social, así como el Instituto Nacional de la Mujer, los cuales desarrollan una función preventiva y de asistencia.

La jurisdicción encargada del conocimiento y la resolución de los hechos de este tipo de violencia es la vía judicial (civil, familiar y penal), aunque, también, pueden resolverse a través de la administrativa.

Una particularidad de dicha norma es que, expresamente, identifica en qué tipos de delito pueden estar inmersos estos hechos de maltrato (en caso de que llegasen a serlo). Al respecto, recoge las siguientes figuras: amenaza, violencia física, acceso carnal violento, acoso sexual, violencia psicológica. Establece, como sanción, la privación de libertad y, como pena accesoria, la obligación a participar en los programas de educación y prevención dispuestos por los especialistas que intervengan en el proceso. Fija, además, la responsabilidad civil en que puede incurrir el agresor y, como posibles vías para suplirla, la indemnización y reparación, en dependencia del daño ocasionado.

También se reconocen circunstancias agravantes, entre las que destacan el cometer el hecho contra una persona con discapacidad, un menor de edad o un anciano.

Toda institución que reciba una denuncia por un acto de violencia deberá tratar de lograr una conciliación entre las partes y, de no lograrla (si no es el tribunal), dará trámite al respectivo órgano judicial para iniciar el proceso. Aquí, además de la víctima, pueden intervenir otras instituciones en defensa de los derechos de la primera, como es el caso de la Defensoría Nacional de los Derechos de la Mujer.

Para garantizar la protección de los derechos de la parte agredida, el órgano que conozca de los hechos puede tomar algunas de estas medidas: fijar pensiones de alimentos para el grupo familiar, establecer el régimen de guarda y custodia de los hijos, visitas y cualquier otra aconsejable. Un aspecto negativo de esta ley es lo referente a la cantidad de organismos que conocen de los hechos, lo que puede dar lugar a resoluciones contrarias.

Perú: Ley de la violencia doméstica

Los sujetos o instituciones que intervienen para resolver dichas controversias son la policía, el Ministerio Público, los tribunales de Familia (o, en su caso, el penal), por lo que la jurisdicción es de ambas materias, ya que los restantes sujetos solo reciben las denuncias y pueden llegar a adoptar las medidas inmediatas, como la protección a la víctima, la realización de exámenes médicos, etc., y dar trámite al tribunal correspondiente, a fin de que comience el proceso (en caso de que no haya conciliación entre las partes).

Entre las medidas cautelares o provisionales, destacan las siguientes: retiro del agresor del domicilio, impedimento de acoso a la víctima, suspensión temporal de visitas, inventarios sobre sus bienes y otras medidas de protección inmediata que garanticen la integridad física, psíquica y moral de la persona afectada.

El proceso correspondiente termina con una sentencia, que puede decretar: medidas temporales de protección en favor de la víctima (suspensión de la cohabitación, salida del agresor del domicilio y prohibición de toda clase de visitas por parte de este); tratamiento que debe recibir la víctima, su familia y el agresor, si se estima conveniente; reparación del daño; y establecimiento de una pensión de alimentos para la víctima, cuando corresponda legalmente, si (a criterio del juzgado) ello es necesario para la subsistencia de aquella. En caso de que el agresor no cumpla dichas disposiciones, es posible sancionarlo penalmente.

El Salvador: Ley contra la violencia intrafamiliar

Para la solución de esta problemática, pueden intervenir tribunales de Familia y de Paz, ministerio público, Ministerio de Gobernación, Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, así como toda institución encargada de velar por la familia, la niñez, las mujeres, los adultos mayores, etc.

Para proteger a la víctima, establece las siguientes medidas cautelares: orden judicial a la persona agresora de abstenerse de perseguir, amenazar

o realizar otras formas de maltrato contra las víctimas de violencia o cualquier persona del grupo familiar que comparta la misma vivienda, o no; prohibir al agresor ingerir bebidas alcohólicas, estupefacientes, alucinógenos o sustancias que generen dependencia física o psíquica; orden judicial al guapetón para que salga inmediatamente del domicilio común; fijarle, a la persona agredida (si así lo solicita) un domicilio diferente del común, que la proteja de agresiones futuras; suspenderle al atacante el permiso para portar armas, mientras estén vigentes las medidas de protección, y ordenar el decomiso de las que posea; suspenderle, provisionalmente, al agresor el cuidado personal, la guarda, crianza y educación de sus hijos menores de edad y su derecho de visita a estos, en caso de agresión, así como establecer una cuota alimenticia provisional.

Dicha legislación regula disposiciones que van de lo general a lo particular, por ejemplo, desde un simple aviso hasta una orden de alejamiento o el decomiso de las armas de fuego.

Para resolver dichas controversias, se establece la jurisdicción penal (si el acto u omisión constituye delito) y la familiar, aunque también pueden resolverse por la vía administrativa.

En cuanto a las medidas para resolver los casos en los que resulta probado el (o los) acto(s) de violencia, la ley reconoce (para el agresor) la obligación de pagar a la víctima el daño emergente de la conducta o comportamiento violento, como los casos de servicio de salud, precio de medicamentos, valor de bienes y demás gastos derivados de la violencia ejercida; imponer al atacante tratamiento psicológico o psiquiátrico o de grupos de autoayuda especializados en violencia intrafamiliar, a través de la asistencia a terapias, utilizando los diversos programas que desarrollan las instituciones de protección a la familia. Además, se pueden decretar, como permanentes, las medidas inicialmente preventivas.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CUBANA

Lic. Liliana Lamorú Ferrán

Jueza suplente no permanente, TMP de Moa

Resumen: El trabajo está estructurado en dos capítulos: el primero, dedicado a la propia imagen como atributo personal, su trascendencia social y jurídica y conceptualizaciones doctrinales; y el segundo, a partir del Derecho comparado, dirigido a conocer su tutela en nuestras leyes actuales, así como su aplicación en la práctica judicial cubana. Contiene fundamentos doctrinales y legales que evidencian la inexistencia total de pronunciamiento alguno al respecto en las legislaciones cubanas hasta la Constitución aprobada el 24 de febrero de 2019. Las consideraciones técnicas, valoraciones y recomendaciones pretenden constituir un aporte al sistema jurídico, adecuándose a las circunstancias políticas, sociales, económicas y tecnológicas imperantes; y propiciar nuevos estudios que, al igual que este, brinden críticas constructivas y posibles soluciones.

Abstract: The work is structured in two chapters: the first, dedicated to the image itself as a personal attribute, its social and legal significance and doctrinal conceptualizations; and the second, based on comparative law, aimed at knowing its protection in our current laws, as well as its application in Cuban judicial practice. It contains doctrinal and legal foundations that show the total absence of any pronouncement on the matter in the Cuban legislation until the Constitution approved on February 24, 2019. The technical considerations, evaluations and recommendations are intended to constitute a contribution to the legal system, adapting to the prevailing political, social, economic and technological circumstances; and promoting new studies that, like this one, provide constructive criticism and possible solutions.

Palabras clave: derecho a la propia imagen, imagen personal, derechos fundamentales, vida privada, dignidad humana.

Keywords: right to self-image, personal image, fundamental rights, private life, human dignity.

Sumario: Introducción. CAPÍTULO I: La propia imagen como atributo personal. Cualidad o atributo personalísimos. Carácter bifronte del derecho a la propia imagen. Derecho a la información. En personalidades públicas, menores, personas con discapacidad... El interés público y el derecho a la propia imagen. CAPÍTULO II: Desde el

Derecho comparado. Desde la doctrina cubana actual. Normativa y práctica judicial cubanas. Conclusiones. Bibliografía.

«Es bien diverso el derecho de autor sobre el retrato, del que surge del retratado sobre su imagen».

Santos Cifuentes

INTRODUCCIÓN

El derecho a la propia imagen (DPI) forma parte de la nueva era de derechos subjetivos que el hombre moderno reclama para sí (personalísimos, existenciales, ambientales, derechos a la intimidad, la dignidad, la información, etc.). Aquel, específicamente, es un derecho personalísimo, dirigido a proteger la dimensión moral que atribuye a su titular el poder determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos que pueden tener difusión pública. Surge del hecho de que el ser humano está en el mundo de forma física; esta realidad de la persona es una de las fuentes de datos e información más importantes sobre los individuos, al ser susceptible de ser captada la figura humana como su cara externa, a través de distintos medios e instrumentos.

Argentina fue uno de los primeros países de habla española —si no el primero— que legisló al respecto. También se destaca España, donde, en 1982, se estableció el derecho al honor, la intimidad personal, la familiar y la propia imagen (PI).

El DPI protege —y, por ende, impide— la captación, reproducción y publicación de la imagen en forma reconocible y visible por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, por terceros, sin el consentimiento expreso del titular. Cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuándo, cómo, por quién y en qué forma quiere que se proceda en tal sentido.

En el ámbito nacional, existe una carencia de trabajos investigativos sobre este derecho, así como su ausencia legal hasta ahora, razón que motivó el presente trabajo, considerándose que se hace necesario una regulación jurídica al respecto, más minuciosa, con normas complementarias que reglamenten la forma de proceder procesalmente, y cuál sería el límite que prevé el Estado a este derecho, pues, por citar un ejemplo, si bien es cierto que el auge de los índices de criminalidad en lugares públicos demanda un control más inmediato, exigente, eficaz y a la vez preventivo, que permita el esclarecimiento oportuno del hecho delictivo, esto puede menoscabar la IP del individuo, mediante su divulgación innecesaria ni previamente autorizada por el órgano competente.

El creciente avance tecnológico en el mundo permite al Estado identificar a las personas involucradas en esos hechos, así como la forma en

que se produjo, siendo un ejemplo característico la instalación de video-cámaras. Esto representa una intromisión en el DPI por parte del Estado, pero de manera legítima, pues es en beneficio e interés públicos; sin embargo, dicha intromisión debe ser regulada en leyes especiales, para evitar dicotomías y garantizar una adecuada aplicación, en correspondencia con este derecho, sin usos excesivos e innecesarios.

Por tanto, cabe preguntarse si el DPI se encuentra tutelado en nuestro ordenamiento jurídico vigente y, consecuentemente, amparado en la práctica judicial cubana. Hacia la búsqueda de la correspondiente respuesta se encamina el presente artículo.

Imagen significa figura o representación visual de algo o alguien. Proviene del latín *imāgo, imaginis*, que significa «retrato». En este sentido, puede tratarse de pintura, dibujo, retrato, fotografía o video. También podemos referirnos al aspecto físico de una persona.¹

Una imagen puede tener una función simbólica, con una determinada carga significativa en su contexto cultural, como las señales de tráfico, las banderas o los signos, relativas a la comunicación visual.

Capítulo I

LA PROPIA IMAGEN COMO ATRIBUTO PERSONAL

Imagen personal: Origen etimológico y conceptualización

La IP es un concepto asociado a la proyección visual y espiritual de la personalidad. Como tal, se compone de un conjunto de rasgos externos (como la apariencia física, la indumentaria o la gestualidad) e internos (la manera de hablar, el grado de cortesía y el nivel educativo). Es muy valorada en el área profesional y, especialmente, en el entorno de las relaciones públicas.

En el Derecho romano, y al lado de la *actio legis Aquiliae*, dirigida a la indemnización de daños extracontractuales de carácter patrimonial, la protección de la personalidad tenía lugar a través de la *actio iniuriarum*.² Desde un punto de vista amplio, la *iniuria* era considerada una conducta contra el Derecho, fundamento de la *actio* correspondiente. Como figura particular de delito, que resulta propia de las XII Tablas, se traducía en un ilícito contra las costumbres romanas que producía una lesión moral o física a una persona, mediante la Talión. Es, precisamente, la dureza de la sanción la que condujo a la aparición de la *actio iniuriarum aestimatoria*,³ obra del Derecho pretorio, cuyo castigo presenta una naturaleza pecuniaria.

¹ www.significados.com/imagen/.

² Castán Tobeñas: *Derecho civil español, común y foral*, t. 1, vol. II, [s. p.].

³ A imagen y semejanza de la *actio* romana, se dispuso que «la indemnización de los daños causados a los hoy bienes de la personalidad, de los daños morales, ha de ser enmienda

Ahora bien, el escenario reproducido no lo estaría completamente si, junto a esta protección al daño moral —cuyo origen está en los ataques a la persona—, no se tiene en cuenta la preocupación que, por el tratamiento de la imagen, se presenta en el denominado *ius imaginis*.⁴ El *ius imaginis ad memoriam posteritatem prodendam* formaba parte de los privilegios de determinados magistrados, a los que, en el *atrium* de sus domicilios —y en determinadas ceremonias (cortejos fúnebres y victorias de la familia)—, se les permitía situar los retratos, bustos y estatuas de los antepasados.⁵

Aun cuando el *ius imaginis* tiene un origen patricio (en la medida en que eran los únicos a los que les estaba permitido el acceso a la magistratura), posteriormente, se extendió tanto a las familias plebeyas que se consideraban de origen patricio como a los descendientes de todos los que habían ocupado magistraturas superiores.⁶

La verdadera preocupación por la existencia de determinados bienes fundados en la persona y, por tanto, la conveniencia de afirmar la independencia y la intangibilidad de sus derechos,⁷ solo se experimentará a partir del Renacimiento, en el que tendrán lugar las primeras discusiones sobre el *ius imaginis*, entendido como derecho individual y autónomo de disposición sobre el propio cuerpo, que fundamenta la facultad de decidir sobre su reflejo, es decir, respecto de la IP, un derecho que corresponde a todo hombre, por ley de la naturaleza o por los preceptos civiles, canónicos o reales, dentro de los límites establecidos.⁸

en pecho de dineros» (Rogel Vide: «Origen y actualidad de los derechos de la personalidad», en *Estudios de Derecho civil*; persona y familia.

⁴ Da Cunha e Cruz: «El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil», en *Araucaria*, no. 22, 2009.

⁵ Antiguamente, la colocación de estatuas de seres vivientes estaba prohibida en lugares públicos y, en las casas, estas solo podían situarse en aquellos sitios que no fueran accesibles a quienes no formaban parte de la familia. Así, más allá de los homenajes públicos, podría entenderse que estaba vedada la utilización de la imagen de los integrantes de la familia por quien no era parte de esta. En lo referente al *ius imaginis*, cabría entender que aquella ostentaba una facultad exclusiva para la reproducción y la exhibición *post mortem* de la imagen de una persona.

⁶ Durante la República romana, el *ius imaginis* era el derecho de los triunviros monetales a decidir cuáles habrían de ser las imágenes reproducidas en las medallas de las familias romanas o consulares, y a hacerlas grabar. Axial: «El museo universal», en www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/.../203889.pdf [consulta: 25-1-10].

⁷ Castán Tobefías: *Op. cit.*

⁸ Ahora, con la denominación *potestas in se ipsum* o *ius in corpus*, Castán Tobefías señala a Baltasar Gómez de Amescúa («Tractatus de potestate in se ipsum», Mediolani, 1609) como autor de tal definición. De manera más extensa, Rogel Vide considera que, en Gómez de Amescúa, la *potestas in se ipsum* presenta una naturaleza política, que «tiene como principal o verdadera finalidad, proclamar el principio liberal: Todo le está permitido al hombre, respecto de sí mismo, excepto lo que le está expresa-

La exaltación de los derechos de la personalidad, y su definición, se llevarán a cabo teniendo en cuenta los dos parámetros imprescindibles para comprender su actual configuración: la secularización del derecho natural y la individualización del derecho estamental.⁹

Es el nacimiento del Estado moderno el punto de partida en la configuración de lo que hoy se entiende por derechos de la personalidad, en la medida en que la existencia de aquel encuentra su causa en un replanteamiento de las bases de la limitación del poder, que es, precisamente, aquello en lo que se sustancia el concepto mismo de derecho individual. Solo la persona, siendo ciudadano, se consolida como titular, no de derechos naturales, sino humanos.

Las grandes declaraciones de derechos del siglo XVIII permitieron una evolución posterior que propició el tránsito hacia los derechos humanos constitucionalizados, una protección que, paulatinamente, excederá los límites del orden penal y de la responsabilidad civil extracontractual, para proceder de forma específica e individualizada.

El problema de si los derechos de autor deben prevalecer o ceder ante el que tiene el individuo sobre su imagen no era desconocido, por completo, en los siglos pasados. Sin embargo, nadie se ocupaba de él porque era preciso, para reproducir los rasgos de la persona, que esta posara naturalmente para ser retratada. Pero con la aparición de la fotografía y la cinematografía, el asunto adquirió extraordinaria importancia, aumentada con el descubrimiento de la instantánea. De lo expuesto, se infiere que no cabe hablar del DPI, tutelado jurídicamente, hasta la segunda mitad del siglo XIX,¹⁰ época en la que empezaron a tener entidad los procedimientos de difusión empleados para reproducir la imagen humana.

El primer fallo que abordó este problema fue del *Reichsgericht*, de 29 de noviembre de 1898, a partir de la fotografía del cuerpo de una joven señora en traje de baño en el mar, para reproducirla en medallones, estampas, cigarreras y otros objetos. El tribunal vio en el hecho una abusiva captación de la imagen, agravada no solo por la divulgación, sino, también, por su expresión comercial.

Después de los años 50 del siglo XX, la jurisprudencia alemana ha sostenido que la mera fijación de la imagen es considerada violatoria del derecho, con lo que se asienta la protección, en la forma más amplia y con claros objetivos de mayor resguardo de la persona.

La concepción doctrinaria más antigua y radical consideró que la imagen es una manifestación del cuerpo: del mismo modo que el individuo tiene

mente prohibido por el Derecho». Rogel Vide: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*.

⁹ Rogel Vide: *Bienes de la personalidad...*

¹⁰ En este sentido, Rogel Vide: «Origen y actualidad...».

derecho a este, debe tenerlo a la PI, la cual es su fiel reproducción, como la sombra. Afiliado a esta teoría, Keyssner sostuvo la ilicitud de la simple apropiación y, por supuesto, la de la publicidad. El fotografiado, en defensa de su cuerpo, puede arrebatar la máquina al fotógrafo y estrellarla para evitar la impresión de la placa, como un modo de ejercer la legítima defensa. En esa línea doctrinal, se incluyen Campogrande, Romanelli, Gareis, Luigi Ferrara y el propio Carnelutti.¹¹ Si bien se han abandonado posturas tan radicales como la de Keyssner, casi la totalidad de la doctrina sostiene la tutela del DPI, y las consecuentes reparaciones de daños y perjuicios en caso de que dichos derechos sean violados.

CUALIDAD O ATRIBUTO PERSONALÍSIMOS

El comienzo del siglo xx (1900 a 1910) trae un cambio de perspectiva en la concepción jurídica del DPI, con la que comienza a tomar cuerpo algo que la jurisprudencia francesa ya había anunciado: la imagen humana va a ser considerada una realidad vinculada a los aspectos más esenciales del hombre, influida por el ámbito europeo —fundamentalmente, Francia e Italia— con la doctrina alemana del derecho general de la personalidad del siglo xviii, y la inicial configuración del *rights of privacy*, en Estados Unidos.

Para los autores alemanes, los llamados bienes de la personalidad conforman una esfera unitaria, que viene a identificarse con el perenne derecho natural. Bienes como el honor, el nombre e, incluso, el propio cuerpo son sus manifestaciones concretas. Según algunos autores, se trata del derecho primordial del individuo a ser reconocido como persona, sobre el que se fundamentan todos los demás. Tal doctrina se mantiene en el siglo xix y, en sus últimos años, alcanzó su configuración más plena.

Gierke y J. Kohler fueron los principales representantes de tal teoría, quienes llevaron a cabo la elaboración de los fundamentos doctrinales del derecho a la personalidad, lo que permitió que, poco a poco, este se desvinculara de los de autor. El derecho general de la personalidad tiene como objeto esencial el libre desarrollo de la propia personalidad.

El DPI, en cierta medida, es una manifestación del correspondiente al honor y la intimidad personal, ya que la PI, la figura física de un individuo es la carta de presentación en su entorno social. Por ello, la perturbación de su imagen puede dañar también su honor. El uso de esta sin la autorización de la persona puede vulnerar su intimidad. En suma, comprende el derecho a controlar la difusión del aspecto más externo del ser humano, que se

¹¹ Castán Tobeñas: «Los derechos de la personalidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2.ª época, t. 24; y Gitrama González: «Imagen», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. xi, p. 301.

configura como una parte esencial del individuo, a la que se le ha atribuido carta de eficacia jurídica con efectos *erga omnes*.

Este es un derecho personalísimo de cada ser humano, tutela la proyección exterior y concreta de su figura física visible, independientemente de la afectación de su honra, su vida privada y el eventual derecho de propiedad. Dota a la persona de la facultad de decidir sobre el uso de su imagen, sin intromisiones ilegítimas, en la medida en que esta expresa cualidades morales y emanaciones de su dignidad de ser humano; configura su ámbito personal y es instrumento básico de su identificación, proyección exterior y reconocimiento.

La facultad de consentir el uso de la PI por terceros ha propiciado una patrimonialización de la imagen y la ha insertado en el tráfico jurídico. Las personas pueden disponer de la PI y autorizar su captación, transmisión y publicación a título oneroso. Esta perspectiva surge en aquellas profesiones o actividades que, por su carácter específico, implican la toma o publicidad de la imagen, como los casos de deportistas destacados, artistas, modelos, locutores de televisión, conductores de programas, actores, entre otros.

En este sentido, se ha desarrollado el derecho patrimonial sobre la PI y su explotación comercial, sometida a la legalidad ordinaria en los aspectos correspondientes a derechos de uso de la imagen y su remuneración, las indemnizaciones y sanciones por su empleo ilegal, entre otros aspectos.

El uso de la imagen puede ser revocado por el titular, atendiendo a las relaciones jurídicas y derechos creados en favor de terceros, lo que se inserta en el ámbito patrimonial y no en el del derecho fundamental a la PI. Es necesario tener presente esta dimensión bifronte en su regulación jurídica, y precisar los aspectos que constituyen parte del derecho fundamental y los que pertenecen al tráfico negocial.

La protección de valores económicos, comerciales o patrimoniales de la imagen afectan bienes de rango legal, protegidos por el ordenamiento jurídico, pero no forman parte del derecho fundamental y no revisten carácter constitucional.

Se puede sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre el DPI, ya que este tiene su fundamento en la primera. Debe rechazarse el ejercicio de cualquier acción que suponga un atentado a ella, y que tal rechazo resulte una barrera o límite inmanente a todo ejercicio del DPI que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla.

La concepción materialista reconduce el derecho a la imagen al ámbito de la integridad física corporal, lo cual no parece ser el encuadre jurídico más adecuado para un objeto de derecho cuyas cualidades o notas más características son de índole inmaterial (imagen como manifestación esencial de la personalidad, que individualiza e identifica a un sujeto concreto en un marco social).

En la actualidad, el respeto por el derecho a la integridad personal se encuentra consagrado, en forma expresa, en el Artículo 5.1 de la Convención americana de derechos humanos (CADH). Demanda su cumplimiento a las personas naturales y jurídicas, y su alcance es más extensivo, al presuponer, también, una obligación con el Estado mismo, como ente público.

CARÁCTER BIFRONTE DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

La imagen es la figura, la fisonomía que tiene la persona, como individuo único e irrepetible. Así, el DPI posee un doble aspecto. Por un lado, positivo: la facultad exclusiva que cada persona tiene de captar, reproducir y publicar sus rasgos fisonómicos y cómo, dónde, cuándo, en qué forma y por quien desee. Como dice Xavier O'Callaghan, este derecho, en su faz positiva, lo ejerce la persona que posa para un pintor o fotógrafo, los actores, las modelos profesionales, las personas públicas o cualquier otra, en general.¹² En su aspecto negativo, la persona puede impedir y prohibir la obtención, adaptación, reproducción y publicación de la imagen en forma reconocible y visible por terceros, por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, sin su consentimiento expreso. Es «la facultad exclusiva del interesado de difundir y publicar su PI y, por ende, el derecho a evitar su reproducción»; también «un derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto».¹³

La vulneración de los derechos a la PI permite la obtención de una indemnización, siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Para valorarla, el órgano judicial tendrá en cuenta el daño moral, la gravedad de la lesión y el beneficio obtenido por el causante de esta.

DERECHO A LA INFORMACIÓN

El DPI tiene dos dimensiones: personal y relacional. La segunda se relaciona con el derecho a la honra, la intimidad o privacidad y la libertad de información.

La colisión entre las libertades informativas y la PI ha sido objeto de amplio debate, toda vez que nos encontramos en un momento en el que el DPI, frecuentemente, es vulnerado debido, en gran parte, a los medios de comunicación. Acciones como la utilización de las grabaciones con cámara oculta en el periodismo de investigación, publicaciones de fotografías o videos para completar o ejemplificar el contenido de un reportaje son

¹² O'Callaghan: *La libertad de expresión, sus límites: honor, intimidad, propia imagen*, pp. 115-117.

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo Español (11-4-1987, 29-5-1988; 9-2-1989 y 13-11-1989).

las más connotadas y frecuentes en nuestros días, que conllevan al quebrantamiento de este derecho. La pregunta en cuestión sería en cuanto a la ponderación de un derecho respecto al otro, ante un posible conflicto.

Entonces, ¿la PI es un derecho subjetivo autónomo o parte del derecho a la privacidad?

El DPI es un derecho autónomo, forma parte de los de la personalidad, protege el patrimonio moral de la persona, custodia un ámbito propio de esta que es necesario para su libre desarrollo y la calidad de vida, evitando la captación, reproducción o publicación incondicionadas de su imagen. Este derecho, en las constituciones en que no se reconoce como fundamental, se le vincula o conecta con los de privacidad, como ocurre en varios países europeos (España, Francia, Italia...), el Artículo 8 del Convenio europeo de derechos del hombre y en diversas normativas latinoamericanas.

Son pocas las constituciones en cuyos catálogos de derechos fundamentales se considera el DPI como independiente y autónomo: Portugal (Artículo 16), España (18.1 y 20.4), Brasil, 1988 (5 V y X), y Perú, 1993 (2.7).

Como señala Marc Carrillo, el DPI posibilita a su titular la potestad de autodeterminación en el flujo de información gráfica sobre sí mismo, con el fin de controlar su reproducción y difusión,¹⁴ lo que salvaguarda un ámbito de decisión libre de la persona en el desarrollo de su personalidad.

No se identifica el DPI con el derecho a la protección de la vida privada, ya que se puede vulnerar aquel independientemente de esta, por lo que la imagen no puede ser utilizada libremente por el hecho de ser captada en espacios públicos, en los que se renuncia a la privacidad, pero no necesariamente al control de la PI y a su reproducción y socialización posterior. El DPI es autónomo, identificable y separable del derecho al honor y a la protección de la vida privada.

EN PERSONALIDADES PÚBLICAS, MENORES, PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

Las personas públicas tienen DPI cuando no están en el ejercicio de sus funciones, aun si se encuentran en lugares públicos. Siempre será legítimo captar la imagen de una persona, reproducirla o publicarla por cualquier medio, cuando ella se encuentre en el ejercicio de un cargo o función pública y la imagen se capte durante el desarrollo de actos o en lugares abiertos, con el objeto de informar a la ciudadanía, salvo aquellas personas que desempeñan funciones que, por su naturaleza, necesitan el anonimato. En esencia, la captación, reproducción y publicación de dichas imágenes solo pueden realizarse con fines informativos,

¹⁴ *El derecho a no ser molestado*; Información y vida privada, p. 18.

y será contrario al ordenamiento jurídico utilizarlas para efectos comerciales, publicitarios o análogos, sin el consentimiento de la persona afectada.

Hay hechos o acontecimientos desarrollados en lugares de acceso al público que carecen de relevancia y, en esos casos, la imagen de los funcionarios no puede ser socializada sin su consentimiento, ya que en nada contribuye a la formación de una opinión libre ni al desempeño de funciones o actividades.

En menores, personas con discapacidad..., es necesario analizar la diferenciación entre capacidad jurídica y de obrar. La primera es la idoneidad de la persona para utilizar y disponer de los poderes que el ordenamiento puede reconocerle; la segunda implica un tránsito desde la potencia a la realidad, que puede suponer algún tipo de consecuencia, *prima facie*, en dos supuestos: los menores de edad y las personas con discapacidad. Respecto a estos, no se discute su aptitud para ser titulares de los derechos de la personalidad (ni siquiera de los restantes derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, a excepción del sufragio), sino su ocasional falta de capacidad para actuarlos.¹⁵ En estos casos, la captación de imágenes y su difusión debe ser con el consentimiento expreso, concreto e inequívoco, de sus representantes legales. Cuando dichas imágenes repercutan en el interés superior del menor, no podrán ser captadas ni difundidas.

La propia imagen del tercero

A la realidad corpórea del ser humano es necesario agregarle la dimensión cultural, ya que los individuos actuamos sobre nuestro propio cuerpo moldeando la imagen que queremos presentar frente a los demás. La existencia y presencia de los otros es un elemento a tener en cuenta para comprender la importancia de la imagen, pues esta proyecta socialmente al individuo.

El DPI admite intromisiones de terceras personas. Aquellas pueden ser ilegítimas o legítimas, consistentes estas últimas en el consentimiento de la persona o en la autorización expresa por parte de la ley, independientemente de la autorización del titular, o no, por lo que presupone, al mismo tiempo, una limitante a su derecho.

Por otra parte, la intromisión ilegítima radica, precisamente, en el uso de la imagen de una persona sin que ella lo haya consentido o sin estar expresamente autorizado por la ley, de manera tal que el legislador y la propia voluntad de la persona delimitan el derecho al respeto de la PI. Esto también ocurre cuando la publicación de la imagen se concreta en un contexto o con una finalidad diferente de la que fue consentida por la persona. La autorización puede estar circunscrita en el tiempo o darse en un momento determinado, transcurrido el cual, la legitimidad se extingue.

¹⁵ De Lamo Merlini: «Consideraciones sobre la configuración del derecho a la propia imagen en el ordenamiento español», p. 20.

El objeto de este derecho es la «representación gráfica de la figura humana», es decir, los rasgos físicos identificativos de un sujeto como ser único. Está claro que su titularidad le corresponde, simplemente, por «ser»,¹⁶ a partir de los requisitos establecidos por el Artículo 30 del Código civil español.¹⁷ Por tanto, el DPI es inherente a las personas naturales, no a las jurídicas, las cuales pueden tener una imagen comercial, pero no un derecho de la personalidad.

EL INTERÉS PÚBLICO Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Este derecho, como la mayoría de los derechos fundamentales, prevé las siguientes limitaciones: la existencia de una información de relevancia pública, las derivadas de las leyes o por la libertad de creación artística. En cuanto a la primera, el derecho a excluir a terceros de la captación de la PI deberá ser ponderado con otros derechos, como la libertad de informar, cuando hay un interés de relevancia pública en ello; y los patrimoniales, si se trata de uso comercial o publicitario de la imagen de las personas, lo que será regulado por las estipulaciones contractuales respectivas, con la libertad empresarial en el ámbito laboral.

En esta materia, el juez tiene un rol muy importante, ya que debe examinar con prudencia la acción o el acontecimiento y su repercusión y relevancia social para resolver el caso en cuestión.

Capítulo II

DESDE EL DERECHO COMPARADO

El Código civil francés se limita a afirmar el derecho que cada uno tiene a la vida privada, es decir, a la intimidad (Artículo 9), lo que, evidentemente, no ha impedido el reconocimiento jurisprudencial del derecho a oponerse a la reproducción de la imagen. Algunos tribunales extienden la tutela de la imagen a la silueta o a un detalle físico de la persona, siempre que ello la haga reconocible.¹⁸

Mención aparte merecen los sistemas anglosajones, especialmente el norteamericano, en el que la PI es objeto de dos derechos de naturaleza diferente: el *right of privacy* y el *right of publicity*. El primero es una respuesta

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ «Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

¹⁸ De la Maza Gazmuri: «La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (*right of publicity*) en el caso estadounidense», en *Veinticinco años de aplicación de la Ley orgánica 1/1982...*

doctrinal al «tratamiento que prodigaba el Derecho estadounidense a las intrusiones de la prensa en la vida privada de las personas».¹⁹ El segundo parte de las limitaciones del anterior, ya que, por su configuración, no era aplicable a la defensa de la imagen de personajes populares o famosos, frente a su utilización con fines comerciales, básicamente, por entender, de un lado, que no cabía hablar de atentado contra la privacidad cuando la persona había buscado positivamente su público conocimiento y, de otro, porque la pertinente indemnización abarcaba solo el daño moral, sin tener en cuenta los beneficios económicos que hubieran podido obtenerse. Así, con él, se protegería a la persona, frente a la posibilidad de que otros utilizaran comercialmente su imagen, sin su consentimiento; este es un derecho caracterizado por la idea de patrimonialidad y que, coherentemente, es susceptible de disposición, *inter vivos* y *mortis causa*.

El Artículo 18.1 de la Constitución española (CE) protege el DPI: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», con lo que se le otorga carácter fundamental; sin embargo, el 18.4 dispone que la ley limitará el uso de la informática para garantizar lo indicado en el 18.1.

En España, la protección civil del DPI aparece regulado en la Ley orgánica 1/1982, con las respectivas modificaciones de 1985, 1995 y 2010. Por su parte, el Código penal recoge lo referido a este asunto bajo la rúbrica «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio».

En general, en Europa, no existe un reconocimiento constitucional del DPI individualmente considerado, con la salvedad de la Constitución portuguesa de 1976 y la de España. Mientras, a nivel internacional, no puede afirmarse la existencia de un tratamiento uniforme: se habla de derecho a la vida privada (intimidad) en la Declaración universal de los derechos del hombre (Artículo 12), el Pacto internacional de derecho civiles y políticos (17), la Convención sobre los derechos del niño (16), el Convenio de Roma (8) o la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (7).

Puede afirmarse *a priori* que el estado de regulación y tutela jurídica al DPI en algunos países está mucho más avanzado que el estado de tutela en la ley cubana, con algunas distinciones en sus tratamientos: en los que se afilian al ordenamiento romano-francés, se hace hincapié en la protección del derecho y al cese de su afectación a la esfera personalísima; mientras, en el Derecho anglosajón, el énfasis está en una motivación más restaurativa y compensatoria, desde el punto de vista patrimonialista.

¹⁹ Benítez Valdés: «Necesidad de una regulación legal más plena en Cuba de los derechos inherentes a la personalidad».

Tanto en unos como en otros, hay un tratamiento multidireccional e integral al DPI, lo mismo desde el plano constitucional que desde el Derecho sustantivo (civil o penal) y el adjetivo, todo muy alejado del tratamiento dado en la ley cubana.

DESDE LA DOCTRINA CUBANA ACTUAL

Caridad del Carmen Valdés Díaz, al hablar de los derechos subjetivos en general y sus tipos, admite que los relativos a la personalidad son

[...] inherentes a la existencia misma del ser humano, fundados en la dignidad de éste, atribuidos por el ordenamiento jurídico a la persona sobre su propia esfera de la personalidad para la defensa y protección de sus cualidades y atributos [y que] dentro de ellos se sitúan el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, al nombre, al honor, a la intimidad, a la imagen [...].²⁰

Por su parte, según María Milagrosa Díaz Magrans,²¹ algunos autores plantean que el DPI es una derivación del derecho a la intimidad, si bien, posteriormente, la autora toma partido, al afirmar que «[...] puede decirse que constituye un derecho inherente a la personalidad, pues la imagen es también un atributo propio del hombre o persona, y nadie puede utilizarla o reproducirla sin su consentimiento [...]».

Díaz Magrans también informa que la PI es un derecho más moderno, por depender de la existencia de distintos medios técnicos, como la fotografía y la informática, con lo cual no zanja la cuestión, por ejemplo, de determinar si la divulgación no autorizada de una pintura de determinada persona, hecha por un retratista, viola su DPI, o no, y si podría alegarse que la imagen no se tomó directamente sobre aquella, sino sobre la percepción del retratista de cuál era su imagen.

Sin embargo, ni Valdés Díaz ni Díaz Magrans —las voces más divulgadas en la doctrina cubana acerca de este asunto— se pronunciaron por ensayar siquiera un concepto local del DPI que, a juicio de la autora, se refiere a las garantías, potestades y facultades que tiene toda persona, en sentido positivo, para poder disponer de la imagen corpórea que le hace reconocible como individuo ante el resto de la sociedad; y, en sentido negativo, para reclamar ante detrimentos no consentidos al derecho de exclusividad sobre la obtención, tenencia, uso y reproducción total o parcial de su imagen por parte de otras personas, salvo por las excepciones que las leyes establezcan.

²⁰ Valdés Díaz *et al.*: *Compendio de Derecho civil*, p. 142.

²¹ Díaz Magrans: «La persona individual», en Colectivo de autores, *Derecho civil, parte general*, pp. 143 y ss.

En sentido general, la doctrina cubana admite la existencia de un DPI, si bien ha sido escueta a la hora de conceptualizarlo o describirlo.

Muchos son los actos lesivos que se producen a diario en nuestro país y que afectan este aspecto personalísimo del ser humano. Especial sensibilidad comportan las lesiones a la imagen y, de paso, al honor de niños y adolescentes, con el uso de medios masivos de comunicación.

NORMATIVA Y PRÁCTICA JUDICIAL CUBANAS

En la Constitución de 24 de febrero de 1976, no se refrendaba el DPI. Este derecho tampoco goza de protección jurídica en el Código civil cubano (CC), aunque pudiera parecerlo, según lo dispuesto en el Artículo 38 (incluido en la sección cuarta: «Derechos inherentes a la personalidad»), pues ha quedado demostrado que la PI es un derecho personalísimo del ser humano.

Al respecto, también es omiso el Código penal vigente, independientemente de que el legislador, en los artículos del 279 al 295, prevea sanciones por los delitos contra los derechos individuales.

La Constitución de la República de Cuba (CRC), proclamada el 10 de abril de 2019, significó un paso de avance considerable en muchos aspectos jurídicos, sociales, políticos y económicos, para el Estado y pueblo cubanos. El caso en cuestión quedó incluido bajo protección constitucional entre los «Derechos, deberes y garantías». El Artículo 48 regula que todas las personas tienen derecho a que se les respeten la intimidad personal y familiar, la PI, la voz, el honor y la identidad personal. Si se viola esto, será causal para acceder ante los órganos judiciales, en búsqueda de tutela jurídica, tal como refrenda el Artículo 92 de la Carta Magna.²² Sin embargo, este derecho todavía no goza de protección en el orden sustantivo ni adjetivo que permita dilucidar al tribunal las causales que pueden dar origen a su examen procesal, tampoco mediante qué proceso se efectuará y cuáles son las alternativas sancionadoras procedentes que pueden aplicársele, aun cuando, de lo inferido en el Artículo 94 h) de la precitada ley suprema, puede condenarse a una reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba el afectado, lo cual se concatena con lo preceptuado en los artículos 82 y 83 del CC, toda vez que el que causa ilícitamente un daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo, entre otras formas, mediante la indemnización del perjuicio y la reparación del daño moral.²³

²² «El Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos [...]».

²³ Artículo 94, CRC: «Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza

Tampoco existe una norma que regule la instalación y operación de cámaras de televisión en lugares públicos por agencias de seguridad y protección, un fenómeno cada vez más extendido, que se aprecia en tiendas en divisas, aeropuertos, discotecas, fábricas, plantas industriales, zonas viales metropolitanas de alta complejidad (túneles de la ciudad de La Habana), hoteles y sectores del casco histórico. Esto crea las premisas objetivas para la lesión incesante de tales derechos.

De igual forma, se divulgan imágenes de accidentes, hechos delictivos, incidentes laborales, en fin, de acontecimientos que, aunque pudieron haber sido fotografiados legítimamente por los órganos estatales correspondientes, su publicidad ante la sociedad, en muchas ocasiones, denota negligencia al respecto por las instituciones encargadas, que permitieron la filtración de la información gráfica a la colectividad, sin una finalidad consagrada en Derecho o por interés específico del Estado, o también pudo haber sido captada directamente por un tercero no autorizado. En ambos casos, se produce una intromisión ilegítima que vulnera el alegado derecho.

Para la utilización de cámaras de televisión pública existen numerosos requerimientos (concebidos en tres etapas: autorización de instalación, uso del medio y tratamiento de los datos); entre ellos:

1.- Parten del establecimiento de un régimen de autorización para la instalación, inspirado en el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad e intervención mínima. La autorización se concede por la autoridad competente para ello, en el lugar de que se trate, sobre la base de un informe preceptivo.

2.- La autorización tendrá, en todos los casos, carácter revocable, y concretará: lugar público que ha de ser objeto de observación; limitaciones o condiciones de uso necesarias, en particular la prohibición de tomar sonidos; cualificación de las personas encargadas de la explotación del sistema de tratamiento de imágenes y sonidos; medidas que deben adoptarse para garantizar el respeto de las disposiciones legales vigentes; ámbito físico susceptible de ser grabado; tipo de cámara con sus especificaciones técnicas; y duración del permiso, que tendrá una vigencia máxima de un año, a cuyo término habrá de solicitarse su renovación.

3.- Se prevé el uso de videocámaras fijas y móviles, con la necesaria autorización del órgano designado al efecto, salvo en situaciones de urgencia. En todos los casos, quien autorice será informado periódicamente del uso que se haga de los dispositivos móviles y tendrá derecho a recabar la correspondiente grabación.

de los siguientes derechos [...] h) obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los daños y perjuicios que reciba». / Artículo 82, CC: «El que causa ilícitamente daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo». / Artículo 83, CC: «El resarcimiento de la responsabilidad civil comprende: a) la restitución del bien; b) la reparación del daño material; c) la indemnización del perjuicio; y ch) la reparación del daño moral».

4.- Las imágenes y sonidos obtenidos serán destruidos en un plazo determinado, desde su captación, salvo que se relacionen con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o un procedimiento judicial abierto.

5.- El público será informado de la existencia de videocámaras fijas y de la autoridad responsable, sin especificar su emplazamiento.

6.- La inmediata puesta a disposición judicial de aquellas grabaciones en las que se haya captado la comisión de hechos que pudieran constituir ilícitos penales.

7.- El tratamiento automatizado de los datos de audio/sonido recogidos será conforme a normas legales sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

8.- La intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, la PI y la intimidad de las personas.

9.- No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, cuando se afecte, de forma directa y grave, la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza privada. Las imágenes y los sonidos obtenidos accidentalmente deberán ser destruidos, de inmediato, por quien tenga la responsabilidad de su custodia.

10.- Cualquier persona que, por razón del ejercicio de sus funciones, tenga acceso a las grabaciones deberá observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con estas.

11.- Se prohíbe la cesión o copia de las imágenes y sonidos obtenidos, de conformidad con el medio en cuestión.

12.- Cada autoridad competente para autorizar la instalación fija de videocámaras por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad deberá crear un registro en el que consten todas las que haya autorizado.

En nuestro país existen dos normas fundamentales en esta materia: el Decreto Ley No. 186, de 17 de junio de 1998, «Sobre el sistema de seguridad y protección físicas», y la Resolución No. 2, de 2001, del ministro del Interior, que pone en vigor el «Reglamento sobre el sistema de seguridad y protección física».

El decreto faculta al Ministerio del Interior para rectorar esta actividad y, entre otros aspectos, define el concepto de medios de seguridad. Aunque es la norma programática, no establece la observancia a los derechos individuales como límite a la ejecución de aquella ni regula nada en específico sobre la instalación y operación de las cámaras de videovigilancia en lugares públicos.

La resolución, por su parte, establece que este accionar está dirigido «[...] a la prevención de hechos delictivos, actividades contrarrevolucionarias y conductas antisociales, que pongan en peligro la seguridad y protección de bienes y personas en organismos, órganos y entidades [...]» y, de manera general, refrenda las libertades individuales: el Artículo 4 establece que «[...] las actividades y servicios de seguridad y protección se prestarán con absoluto respeto y observancia de la Constitución [...]»; el 50 define que «[...] el personal de seguridad y protección tiene las obligaciones siguientes: (b) sustentar su actuación en los principios del respeto a la integridad y dignidad de las personas, racionalidad y profesionalidad en el uso de sus facultades y en el empleo de los medios a su disposición».

No obstante, la resolución no regula la privacidad ni la PI, concepto que solo deja para los detectives, según el Artículo 59: «[...] en el ejercicio de sus funciones el detective no podrá emplear métodos que atenten contra los derechos e integridad de las personas y la privacidad de las comunicaciones [...]».

En cuanto a la instalación y operación de medios técnicos de televisión en espacios públicos, no se establece ningún requerimiento relativo a la legalidad, tampoco entre las funciones del instalador de medios de seguridad (Artículo 69) ni en los requisitos generales establecidos para la autorización de la explotación de los sistemas centralizados de alarmas (119). Por lo tanto, hay un vacío legislativo que persiste y crea las premisas para violaciones a los derechos mencionados.

Con la vigente Carta Magna, el DPI goza de protección jurídica; no obstante, necesita que se tutele de forma más minuciosa su tratamiento y alcance procesal, pues, al no estar debidamente regulado, limita o puede confundir la actividad jurisdiccional de los jueces en la impartición de justicia, ya que esta labor, precisamente, se sustenta en las fundamentaciones jurídicas prestablecidas en ley.

CONCLUSIONES

1. Cuba está atrasada, respecto a otros países, en cuanto al estado de tutela legal a la positivización y protección del DPI.
2. En los estudios jurídicos civiles, penales y constitucionales cubanos, no existe un desarrollo doctrinal profundo y sostenido sobre este derecho.
3. Antes de la actual CRC, no existía en nuestro país protección alguna del DPI.
4. A pesar de que la actual CRC regula el DPI, no se realizan distinciones entre el del ciudadano común, el de aquel que tiene personalidad en la vida pública —como políticos, artistas, deportistas, presentadores de

televisión— y el derecho de autor, la propiedad sobre las marcas, la libertad de imprenta y otros; tampoco existen pronunciamientos aún en cuanto a cómo actuar en el orden procesal, ante la vulneración de este derecho.

5. Los avances tecnológicos permiten mil maneras de reproducir la imagen de una persona sin que esta pueda llegar a advertirlo, razón por la cual la constitucionalización de forma autónoma de este derecho, diferenciándolo del derecho al honor y a la intimidad, es una garantía frente a aquellas intromisiones ilegítimas en la vida de la persona, que consisten en reproducir su imagen física por cualquier medio y hacerla identificable (televisión, video, fotografía o, incluso, caricatura), con absoluta abstracción de su propia voluntad. Al reconocer esto, se trata de proteger un bien jurídico que, como el resto de los derechos fundamentales, se basa en el respeto al valor constitucional de la dignidad de la persona.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Nogueira, Humberto: *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito*; Fundamentación y caracterización, Lovaina (Bélgica), [s. a].
- Axial: «El museo universal», Madrid, 1861, en www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/.../203889.pdf [consulta: 25-1-10].
- Benítez Valdés, Guillermo: «Necesidad de una regulación legal más plena en Cuba de los derechos inherentes a la personalidad» (tesis de la especialidad en Derecho civil, patrimonial y de familia), 2007, [s. m. d.].
- Bonilla Sánchez, Juan José: *Personas y derechos de la personalidad*, Editorial Reus, Madrid, [s. a].
- Carrillo, Marc: *El derecho a no ser molestado*; Información y vida privada, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.
- Castán Tobeñas: *Derecho civil español, común y foral*, t. 1, vol. II, Editorial Reus, Madrid, 1978.
- _____ : «Los derechos de la personalidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2.ª época, t. 24, [s. m. d.].
- Cifuentes, Santos: *Derechos personalísimos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, [s. a].
- Da Cunha e Cruz, Marco Aurelio: «El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil», en *Araucaria*, no. 22, 2.º semestre de 2009, [s. m. d.].
- De la Maza Gazmuri, Íñigo: «La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (*right of publicity*) en el caso estadounidense», en J. R. de Verda Beamonde (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

- De Lamo Merlini, Olga: «Consideraciones sobre la configuración del derecho a la propia imagen en el ordenamiento español», Universidad Complutense de Madrid, [s. a].
- Fernández Segado, Francisco: «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos», en *Revista Jus*, año L, Milán, agosto, 2003.
- Gitrama González: «Imagen», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. xi, [s. m. d.].
- González Pérez, J.: *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986.
- Gorosito Pérez, Alejandro G.: *Exégesis del Derecho a la propia imagen*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005.
- Haberle, Peter: «A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal», en Wolfgang Sarlet (coord.), *Dimensoes da Dignidade*, Editorial Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.
- Díaz Magrans, María Milagrosa: «La persona individual», en Colectivo de autores, *Derecho civil, parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- O' Callaghan, Xavier: *La libertad de expresión, sus límites: honor, intimidad, propia imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.
- Pardo Falcón, Javier: «La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen», en F. Bastida Freijedo (coord.), *Propiedad y Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales [s. m. d.].
- Rogel Vide, Carlos: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.
- _____ : *Origen y actualidad de los derechos de la personalidad*, Editorial Reus, Madrid, 2008.
- Villalba Díaz, F. A.: «Aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales de la propia imagen», en *www.eldial.com.ar*.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976 (actualizada en 2002).
- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 2019.
- Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, 1879.
- Ley No. 59 de 1987, Código civil cubano.
- Ley No. 62, Código penal cubano (actualizado en 1999).
- Ley No. 7 de 1977, De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico.
- Ley No. 5 de 1996, De procedimiento penal, Cuba.
- Ley orgánica 1/1982, De protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, España.
- Ley orgánica 5/1992, De regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, España.

PARTICULARIDADES DE LA TRATA DE PERSONAS EN CUBA

Lic. Yusmielis García Clark

Jueza profesional titular, TMP de Boyeros

Resumen: La trata de personas (TP) constituye un fenómeno que afecta mundialmente. Es un tema sensible para la sociedad por tener, generalmente, como víctimas a niños, adolescentes y mujeres, las que son vulneradas en su derecho a la libertad, especialmente sexual. En los últimos tiempos, se ha convertido en una preocupación de la comunidad internacional, lo que ha propiciado la creación de determinados instrumentos jurídicos para su prevención y sanción. En la legislación penal sustantiva cubana, la TP es regulada en su modalidad de explotación sexual, conjuntamente con el delito de proxenetismo, del cual constituye una figura agravada; su redacción dista de lo establecido al respecto en las normas jurídicas internacionales.

Abstract: Trafficking in persons is a phenomenon that affects the world. It is a sensitive issue for society because it generally has children, adolescents and women as victims who are violated in their right to freedom, especially sexual. In recent times, it has become a concern of the international community, which has led to the creation of certain legal instruments for its prevention and punishment. In Cuban substantive criminal legislation, human trafficking is regulated in its sexual exploitation modality, together with the crime of pimping, of which it constitutes an aggravated figure; its wording is far from what is established in this regard in international legal standards.

Palabras clave: trata de personas, explotación sexual, proxenetismo.

Keywords: human trafficking, sexual exploitation, pimping.

Sumario: Introducción. El delito de trata de personas en la legislación cubana. Bien jurídico protegido en el Código penal cubano. Tratamiento al delito de trata de personas en Cuba. Conclusiones. Recomendaciones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El incremento de los niveles de pobreza y de las migraciones —junto a otros factores, como violencia, inseguridad ciudadana y actuación de las bandas criminales, que penetran todos los sectores de la sociedad— genera un incremento de la TP. Pobreza, desempleo, falta de oportunidades socioeconómicas, violencia basada en el género, discriminación y marginación son algunos de los

factores que contribuyen a hacer a las personas vulnerables a la trata.¹ El surgimiento de diversas modalidades de este delito, y de redes del crimen organizado que utilizan al máximo los recursos tecnológicos, económicos y humanos con que cuentan, ha provocado que, cada día, para las autoridades, sea un reto poder detectarlas, combatir las y darles una atención integral a las víctimas.

Este fenómeno constituye una violación a los derechos humanos, que se manifiesta en la actualidad como un grave problema de carácter internacional. Se desenvuelve en el contexto de los movimientos migratorios, sobre todo los irregulares. Tiene lugar en todas las regiones del mundo y muchas naciones se ven afectadas, como países de origen, tránsito o destino. La TP es considerada el tercer negocio ilícito más lucrativo, tras el tráfico de drogas y de armas.²

La Oficina de la ONU contra la droga y el delito (UNODC, por sus siglas en inglés) advirtió, a mediados de 2016, que solo una de cada 100 víctimas de TP es rescatada en la actualidad, y llamó a reforzar el combate contra ese flagelo y a ayudar a quienes hayan caído en las redes de traficantes. Recordó que ese delito incluye matrimonios arreglados, trabajo forzado, explotación sexual, reclutamiento de menores en grupos armados, trabajo infantil y robo de órganos.³

En el informe presentado en diciembre de 2016, por la UNODC, se señala que casi un tercio del total de las víctimas de TP, a nivel mundial, son niños. Además, establece que las mujeres y niñas comprenden el 71% de las víctimas. Alrededor de 158 países han criminalizado este delito, según las disposiciones del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la TP, lo que representa una mejoría sustancial en comparación con 2003, cuando solo el 18% de los países contaban con tales marcos normativos. Sin embargo, como se señala en el informe, el índice de sentencias condenatorias se mantiene muy bajo y las víctimas no siempre reciben la protección y los servicios que los Estados están obligados a proporcionarles.⁴ Se estima que aproximadamente entre 700 000 y 2 millones de personas son víctimas de este delito cada año.⁵

¹ Asamblea General de la ONU: «Plan de acción mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas» (Resolución 64/293, de 12 de agosto de 2010, p. 1).

² Proyecto Esperanza: «La trata de mujeres, una realidad oculta invisible a nuestros ojos. Definición de trata», en www.proyectoesperanza.org/home/definicion-de-trata.

³ Centro de Noticias de la ONU: «La trata es un crimen del que solo se rescata al 1% de las víctimas, alerta la UNODC». La trata se ha calificado como un crimen parasitario que se alimenta de la vulnerabilidad, crece en tiempos de incertidumbre y se aprovecha de la inacción.

⁴ «Niños y niñas, casi un tercio de víctimas de la trata de personas: informe de la UNODC», p. 1, en www.unodc.org/colombia/es/press/2016/diciembre/informe-global-trata-de-personas.html.

⁵ Beltrand: «Trata de personas: un desafío regional», Informe de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), en <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/2/11302/DBeltrand.pdf>.

Actualmente, la TP se realiza, la mayoría de las veces, con propósitos de prostitución, turismo sexual y trabajo forzado. En el caso de la explotación sexual, sus secuelas, con frecuencia, van acompañadas por enfermedades de transmisión sexual, abortos, consumo de drogas y muertes. Este delito se ha convertido, en los últimos tiempos, en una de las mayores preocupaciones de la comunidad internacional, lo que hace necesario que aumente la acción de los Estados en su prevención y sanción. Como un intento de promover el estudio de este fenómeno, se realizó una investigación, sustentada en el problema científico ¿cuál es el tratamiento jurídico-penal actual al delito de trata de personas (D-TP) con fines de explotación sexual en Cuba?

La hipótesis partió de considerar que este delito tiene un tratamiento normativo deficiente en el Código penal (CP) cubano vigente (Ley No. 62), entendiéndose como forma agravada del delito de proxenetismo.

El objetivo general de la investigación fue sistematizar teóricamente el tratamiento jurídico-penal en Cuba de dicho delito.

Los métodos utilizados fueron: *histórico-lógico*, para analizar la génesis del D-TP y realizar el estudio de su evolución a partir de sus diferentes modalidades y su creciente desarrollo en la actualidad; *jurídico-doctrinal*, en aras de ofrecer un marco teórico-conceptual apropiado y brindar delimitaciones conceptuales sobre el fenómeno, su clasificación, características y diferenciación del delito de tráfico de personas; *exegético-normativo*, para contribuir a la correcta comprensión del alcance de la norma jurídica tanto a nivel nacional como internacional; y el *estudio comparado*, con vista a establecer semejanzas y diferencias entre las distintas posiciones doctrinales que puedan suscitarse al respecto.

A partir de los resultados de la investigación, este artículo pretende aportar, teóricamente, las concepciones más avanzadas en relación con el desarrollo que ha alcanzado el delito en estudio; brindar un material bibliográfico que permita su utilización en los estudios de pre y posgrado por las universidades cubanas, así como por los operadores del sistema de justicia penal; y ofrecer recomendaciones de esta a las instancias correspondientes, para el perfeccionamiento de la regulación y el tratamiento jurídico del D-TP en Cuba.

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN LA LEGISLACIÓN CUBANA

El CP prevé y sanciona el D-TP, aunque con algunos matices diferentes al Protocolo de Palermo y otros instrumentos jurídicos, como quedará sentado *a posteriori*, lo que no significa que no se corresponda con estos. Está regulado en el capítulo «Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales»,

del CP; específicamente, el Artículo 302.3 a) conforma la figura delictiva de proxenetismo y TP.⁶

Partiendo del lugar donde se encuentra ubicado el Artículo 302, lo primero que llama la atención es que el legislador prefirió incluirlo en el capítulo de los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, pareciendo olvidar las diferentes modalidades de este delito, y reduciéndolo al fin de la explotación sexual. Al quedar regulados solo los casos en que la entrada o salida del país de las personas se realiza con fines de explotación sexual, que en este caso se denomina comercio carnal, fueron excluidas, como elementos de tipicidad, varias aristas del propio delito, como: fines de explotación laboral, en todas sus modalidades; esclavitud o prácticas similares; matrimonios forzados; extracción de órganos; explotación para realizar actividades delictivas como carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes; simulación de la mendicidad... Sin embargo, el delito de venta y tráfico de menores ha sido redactado con una mejor técnica legislativa⁷ e incluye otras modalidades de TP entre los elementos del tipo penal.

Fue objetivo del CP regular, en una sola norma jurídica (siguiendo un criterio unitario), la figura delictiva denominada proxenetismo y TP. Pero, desde el punto de vista técnico-jurídico, se está en presencia de dos conductas perfectamente diferenciables, en cuanto a bien jurídico tutelado, conducta típica, sujetos del delito, entre otros elementos. Si bien por la redacción del Artículo 302 se asume que hay una relación de género-especie, en el que el proxenetismo es la figura más abarcadora o general y la TP la más específica o particular,⁸ la autora no comparte este criterio, basado en el hecho de tratarse de delitos que, si bien comparten aspectos en común, son dos figuras delictivas independientes, y como tal deberían encontrarse reguladas, no asumiéndose a la TP como una figura agravada del delito de proxenetismo, como desacertadamente lo reguló el legislador, pues una figura agravada es aquella que contiene elementos que la distinguen del tipo básico, pero sobre la misma línea del hecho descrito en este, y aquí ese principio se rompe.

La concepción de proxenetismo adoptada por el CP vigente incluye a todo aquel que favorezca directa o indirectamente el ejercicio de la prostitución por un tercero, haya lucro, o no, en la mencionada intermediación,

⁶ La sección donde se inserta este precepto fue adicionada por el Artículo 27 del Decreto-Ley No. 175, de 17 de junio de 1997, y posteriormente modificada por el 17 de la Ley No. 87, de 16 de febrero de 1999, a los efectos de agravar significativamente las sanciones e incluirle una nueva figura, agravada con sanciones de hasta 30 años de privación de libertad para los casos de habitualidad o reincidencia en la comisión del delito.

⁷ Medina Cuenca: «Los delitos contra el normal tráfico migratorio y otras figuras afines, desde una perspectiva cubana» (tesis doctoral), pp. 120-121.

⁸ Aguilar Avilés: «El delito de proxenetismo y su regulación», p.12.

posición que resulta confirmada por la doctrina jurídica; no obstante, se observa que el móvil o motivo del proxeneta, por lo general, es el lucro.⁹ A pesar de que no todos los supuestos que recrea el artículo mencionan el ánimo de lucro del proxeneta, este es, indudablemente, el móvil de su comportamiento, entendido, incluso, en el sentido amplio de satisfacción personal. La sanción accesoria de confiscación de bienes que prevé la ley en este caso corrobora el lucro que se supone derivado. De ahí que el proxenetismo¹⁰ y otros delitos afines, como la corrupción, la venta y el tráfico de menores, sean los principales regulados en el CP y constituyan figuras delictivas tipificadas por acciones relativas a la TP.

[...] desafortunadamente, la trata de personas, especialmente mujeres y niños, no se aborda exhaustivamente en el marco jurídico. Los delitos proxenetismo y trata están confundidos en el Código penal; la trata en todas sus formas no está definida ni reconocida; la protección de los niños contra los delitos de motivación sexual solo se proporciona hasta la edad de 16 años.¹¹

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO

Son muchas las opiniones en la doctrina en torno al bien jurídico protegido¹² en el D-TP. Algunos se afilian a la protección del normal desarrollo de las relaciones sexuales;¹³ otros prefieren sostener que es un delito que atenta contra la libertad sexual.¹⁴ La autora considera que se está en presencia de una conducta pluriofensiva, pues atenta contra la moral sexual (entendida como la decencia pública en materia del sexo); el libre desarrollo de las relaciones sexuales, sin obligatoriedad o explotación; y contra la salud colectiva, al darse

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Llamado, indistintamente, lenocinio, rufianismo o alcahuetería, todos referidos al acto u oficio del proxeneta. La semejanza entre todas estas denominaciones está en que ese actuar siempre implica la explotación del comercio sexual ajeno, con fines lucrativos. En el Derecho romano, el proxenetismo era conocido como lenocinio, *lenocinium quaestarium*, y consistía en el lucro que un tercero obtenía de la prostitución, tanto de la mujer libre como de la esclava.

¹¹ Grazia Giammarinaro: Declaración final de la visita a Cuba de la relatora especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

¹² Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. 1, pp. 189-191. El bien jurídico protegido constituye relaciones sociales (o elementos de las relaciones sociales) que, por su particular interés social, son protegidas por medio del Derecho penal, de los ataques y amenazas materializados por comportamientos considerados socialmente peligrosos.

¹³ Revuelta Remedios: «Trata de personas», p. 76.

¹⁴ Rega Ferrán: «Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud», en Colectivo de autores, *Derecho penal especial*, t. 2, p. 145.

la posibilidad de transmisión de enfermedades, tipificada en el delito de propagación de epidemias (CP, Artículo 187):

Artículo 187.1. El que infrinja las medidas o disposiciones dictadas por las autoridades sanitarias competentes para la prevención y control de las enfermedades transmisibles y los programas o campañas para el control o erradicación de enfermedades o epidemias de carácter grave o peligrosas, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

2. En igual sanción incurre el que se niegue a colaborar con las autoridades sanitarias en los lugares del territorio nacional en que cualquier enfermedad transmisible adquiera características epidémicas graves o en los territorios colindantes expuestos a la propagación.

3. El que maliciosamente propague o facilite la propagación de una enfermedad, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años.

El normal desarrollo de las relaciones sexuales, bien jurídico que señala el CP, constituye un término muy amplio y, a la vez, ambiguo y arcaico, pues lo que, para algunos, es normal en una relación sexual, para otros no lo es tanto. Este término incluye conductas reprochables moralmente por algunas personas, pero nunca delictivas, como pueden ser las prácticas sdomasoquistas, homosexuales, etc. Es por ello que la categoría más adecuada como bien jurídico tutelado en el D-TP sería la libertad sexual.

Respecto al contenido del Artículo 302, De la Cruz Ochoa¹⁵ refiere que el legislador, al vincular la figura delictiva con la entrada y salida del país, fue inconsecuente con el bien jurídico que dice proteger. Según el autor, si se pretendía atribuir una especial consideración a esa modalidad transfronteriza, bien pudo haberse redactado como una figura agravada. Dicha norma jurídica, al regular la TP de esta forma, la vincula, consecuentemente, al tráfico ilegal de migrantes, pero, cuando la entrada o salida del país se realiza con el objetivo de que las víctimas sean explotadas sexualmente, se configura el D-TP, en lugar del tráfico de personas, mediante el cual se protege el normal tráfico migratorio. Atendiendo al bien jurídico tutelado, la redacción del artículo debió estar encaminada a sancionar las conductas de aquellos que promovieran, organizaran o incitaran al traslado de personas de un lugar a otro con fines de explotación sexual, previendo en un apartado la entrada o salida del país con estos fines, como figura agravada.

A diferencia del tráfico, en la redacción del articulado que se analiza, no se hace referencia alguna a que la entrada o salida se realice de forma

¹⁵ «Delitos de trata y tráfico de personas», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 30, p. 46.

legal o ilegal, pudiendo darse ambos casos, así como tampoco se exige el requisito del ánimo de lucro, ya que la finalidad que se persigue es combatir la explotación sexual como una de las modalidades de la TP y proteger el normal desarrollo de las relaciones sexuales, no así el del tráfico migratorio, que, junto a la protección de los derechos de las personas que son objeto del tráfico ilícito, al decir de Medina Cuenca,¹⁶ constituye el bien jurídico protegido en el delito de tráfico. Aquí el quebrantamiento de la ley consiste, precisamente, en el fin que se persigue con la acción, que es la explotación de la víctima.

TRATAMIENTO AL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN CUBA

Los cambios acaecidos en los planos económico, social y político han repercutido en las condiciones materiales y espirituales de la sociedad cubana y han propiciado que afloren o aparezcan conductas y comportamientos ajenos al proyecto revolucionario, como resultado de la heterogeneidad en la forma de pensar y actuar de los sujetos, que son una muestra de las diversas percepciones de estos cambios y su reflejo en la conciencia individual, conductas que se manifiestan como consecuencia del deterioro de valores socio-morales y político-ideológicos.¹⁷

La globalización ha facilitado los grandes movimientos mundiales, muchas veces basados en motivos económicos, pero también en la supervivencia de las personas obligadas a desplazarse por razones humanitarias. Causas de toda índole mueven diariamente al cruce de las fronteras, tanto terrestres como marítimas, entre los distintos países, a veces de forma legal, otras lejos de las prescripciones de las leyes; muchos mueren en el intento, otros sobreviven, pero quedan en una peor situación de la que los impulsó al viaje. Esto último es lo que suele sucederles a las víctimas de la TP, de lo que Cuba no ha estado exenta.

El primer informe de Cuba a la ONU sobre la TP fue en 2012. Su contenido fue de utilidad para dar respuesta a diversas solicitudes de la organización en esta materia. También fue distribuido a las misiones diplomáticas acreditadas en La Habana y sus respectivas cancillerías en el exterior. Aunque la isla no está considerada como país de origen, tránsito o destino de la TP, cabe cuestionarse las dos primeras razones: «Cuba también es un país de origen. Los nacionales cubanos que emigran a los Estados Unidos a través de Ecuador, Colombia, Panamá o México, tienen un alto riesgo de ser víctimas de trata en

¹⁶ «Delitos contra el normal tráfico migratorio», en Colectivo de autores, *Derecho penal especial*, t. 2, p. 295.

¹⁷ Aguilar Avilés: *Op. cit.*, p. 10.

la ruta por parte de los traficantes que aprovechan su vulnerabilidad cuando, por ejemplo, se les agotan los recursos financieros».¹⁸

Existen evidencias, además, de que la nación cubana también es país de tránsito para la TP. Migrantes de lugares tan lejanos como África o Asia, en la búsqueda de rutas alternativas, han sido encontrados en el país. Si bien estas personas migraron, inicialmente, de forma voluntaria, muchas de ellas se vieron envueltas en situaciones de TP, cuando, en los territorios de origen o de destino, fueron forzadas a trabajar o a la explotación sexual para pagar sus viajes.¹⁹ Sin embargo, desde hace años, el país lucha contra este fenómeno, lo que demuestra su preocupación por prevenirlo.

Como parte de la cooperación que se desarrolla a través de la Organización Internacional de la Policía Criminal (INTERPOL) y otros servicios policiales extranjeros, el Ministerio del Interior (MININT) cubano brinda seguimiento y control a las personas sospechosas o que son objeto de búsqueda internacional, por vincularse a la TP, la pedofilia, el proxenetismo u otros delitos sexuales, en particular aquellos que afectan a niños y adolescentes, ofrece respuesta inmediata a los casos detectados y establece la cooperación operacional con los servicios homólogos fuera de fronteras, a fin de satisfacer los requerimientos informativos y propiciar el desarrollo de investigaciones cooperadas, dirigidas a la plena identificación de las víctimas y los victimarios.

Cuba no solo se preocupa por prevenir y enfrentar las manifestaciones vinculadas al D-TP desde el orden legal, sino también por ofrecer un tratamiento jurídico criminológico a estas conductas; por ello, en los centros turísticos y hoteleros, en su mayoría receptores de gran cantidad de extranjeros, se trabaja en ese sentido.

La prostitución es la práctica más relacionada con la problemática de la TP, que está presente en nuestro país y en el resto de las naciones, con mayor o menor incidencia, en dependencia de determinados factores. En la isla no existen datos que permitan conformar una caracterización cuantitativa del comportamiento de esta práctica; a pesar de ello, es conocido que factores como el incremento del número de visitantes extranjeros, el desarrollo de nuevas formas de gestión e intereses económicos personales inciden en el desarrollo de la prostitución, la cual no se limita a los sectores más marginados de la población, como fue tendencia en algún momento, y cuyas formas de manifestación varían y se perfeccionan, por lo que, en ocasiones, es un fenómeno difícil de identificar en un primer momento. Muchas veces, las manifestaciones violentas del proxenetismo no son denunciadas por la comunidad, por el simple hecho de tratarse de asuntos

¹⁸ Grazia Giammarinaro: *Op. cit.*

¹⁹ *Idem.*

concernientes a matrimonios, lo que constituye una de las debilidades al momento de enfrentar el delito.

En la mayoría de los países, no existe una legislación específica contra la TP; en otros, aquella está limitada a la prostitución, como sucede en Cuba y, en muchos casos, tales instrumentos jurídicos son inoperantes. Por ello, se hace necesario que la isla cuente con una legislación contra la TP que tipifique el delito en toda su magnitud, teniendo en cuenta sus diferentes fines y modalidades, como explotación sexual, trabajo doméstico, matrimonios serviles, trabajos forzados, servidumbre, prácticas esclavistas y esclavitud. La TP debe tener una penalización acorde con la gravedad y ser de mayor efecto, si su regulación se correspondiese con los convenios y acuerdos internacionales.

En Cuba existen todas las condiciones para asegurar la cooperación en el enfrentamiento a este delito. La asistencia judicial en esta materia está sustentada en las normas de la legislación vigente, los acuerdos bilaterales y multilaterales de los que el país es signatario, y el principio de reciprocidad establecido por el derecho internacional. El Artículo 12 de la Carta Magna garantiza «el respeto a los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en otros tratados internacionales de los que Cuba es parte».

En fin, sin negar la voluntad política y los esfuerzos del Estado y el Gobierno cubanos, junto a las organizaciones de la sociedad civil, por enfrentar la TP y otras formas de abuso sexual, tenemos la obligación de no conformarnos con un enfoque triunfalista o incompleto, y el deber de discutir a fondo las causas de los problemas, para no dormirnos en cómodos laureles.²⁰

Al desarrollar acciones legislativas, preventivas y de asistencia, entre otras, para combatir la TP, el Estado debe contar con personal capacitado y experto que responda adecuadamente en las diferentes áreas, de acuerdo con las necesidades de las víctimas, los alcances y las diferentes modalidades de tal fenómeno. El énfasis de esta capacitación debe estar enmarcado en la prevención del delito, la interceptación y la persecución, así como en su sanción adecuada. Esta capacitación debe ser recibida periódicamente, de tal forma que permita la constante actualización y retroalimentación de las experiencias. A Cuba le queda mucho por hacer en materia de prevención del D-TP; se reconocen los errores y las deficiencias, y sobre esa base se trabaja.

CONCLUSIONES

1. Cuba es país de origen y de tránsito de la TP, por lo que son varios los casos conocidos por las autoridades competentes.

²⁰ Rodríguez Cruz: «Trata de personas y abuso sexual en Cuba», p. 4.

2. La norma jurídica cubana, en lo referente al D-TP, solo regula la modalidad de explotación sexual, no así trabajo forzoso, matrimonio servil, extracción de órganos, servidumbre, etc., varias de ellas reguladas en el CP bajo otras figuras delictivas: corrupción, venta y tráfico de menores, etc.
3. Es necesario tipificar la trata interna, sin dar lugar a lagunas legales, que podrían acarrear una errónea tipificación del delito en determinados casos.

RECOMENDACIONES

Sobre la base del estudio realizado, se ofrecen las recomendaciones siguientes:

– *A la Asamblea Nacional del Poder Popular*: Realizar una modificación a la ley penal en cuanto a la regulación del D-TP —acorde con los instrumentos jurídicos internacionales de los que Cuba es signataria—, de forma tal que se abarquen las modalidades reconocidas por la Convención de Palermo, se regule la figura de forma autónoma y se prevea la posibilidad de la trata interna.

– *A los medios masivos de comunicación* —radio, televisión (telenovelas, productos audiovisuales...), prensa impresa, redes sociales y otros espacios afines—: Continuar la divulgación de las formas de esclavitud modernas y sus consecuencias, fundamentalmente en lo relativo a la TP con fines de explotación sexual, laboral y de tráfico de órganos, para alertar a la población más vulnerable y a sus familiares sobre los métodos que utilizan los tratantes de personas para captar a sus víctimas.

– *A los centros educacionales y de salud*: Desarrollar estrategias y programas diferenciados para los grupos más vulnerables, como las mujeres y los niños; facilitar el acceso a exámenes y tratamientos de prevención de enfermedades de transmisión sexual (incluido el VIH/SIDA) y para traumas físicos y emocionales; e informar de las posibles repercusiones y consecuencias producidas por la TP.

– *A las facultades de Derecho de las distintas universidades del país*: Continuar potenciando la investigación del D-TP.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Avilés, Dager: «El delito de proxenetismo y su regulación», 2014, en <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/el-delito-de-proxenetismo-y-su-regulacion-en-el-codigo-penal-cubano-aciertos-y-desaciertos/>.

De Armas Fonticoba, Tania y María C. De la Guardia Oriol: «La trata de personas. Dilemas criminológicos y jurídico-penales» (ponencia, Seminario internacional del

- Centro de Migraciones Internacionales de la Universidad de La Habana), marzo de 2016.
- De la Cruz Ochoa, Ramón: «Delitos de trata y tráfico de personas», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 30, La Habana, julio-diciembre de 2007.
- Goite Pierre, Mayda y Arnel Medina Cuenca: «Migraciones, globalización y tráfico y trata de seres humanos, analizados desde una perspectiva cubana», Universidad de La Habana, julio-diciembre de 2014, en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cemi-uh/20150911125751/3-52-98-1-M.pdf>.
- Guerra Hernández, G. C., M. I. Toledo De la Goñi y L. Moreno Torres: «El delito de proxenetismo. Tratamiento en la legislación penal cubana. Breve análisis de su comportamiento en el polo turístico de Santa Lucía» (ponencia, V Jornada Científica Anual de la Fiscalía Provincial de Camagüey), 2000.
- Medina Cuenca, Arnel: «Delitos contra el normal tráfico migratorio», en Colectivo de autores, *Derecho penal especial*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- _____ : «Los delitos contra el normal tráfico migratorio y otras figuras afines, desde una perspectiva cubana» (tesis doctoral), diciembre de 2013, en www.eumed.net/tesis-doctorales/2014/amc/amc.zip [consulta: 3-3-17].
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- Rega Ferrán, Elia E.: «Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud», en Colectivo de autores, *Derecho penal especial*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Reuelta Remedios, Ana V.: «Trata de personas», [s. m. d.].
- Rodríguez Cruz, Francisco: «Trata de personas y abuso sexual en Cuba», 2013, [s. m. d.].

Legislación

- Asamblea General de la ONU: «Plan de acción mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas» (Resolución 64/293, de 12 de agosto de 2010), en www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policyandresearch/un/64/a-res-64-293S.pdf [consulta: 21-4-2017].
- Beltrand, Diego: «Trata de personas: un desafío regional», Informe de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), Santiago de Chile, noviembre de 2002, en <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/2/11302/DBeltrand.pdf> [consulta: 9-5-17].
- Centro de Noticias de la ONU: «La trata es un crimen del que solo se rescata al 1% de las víctimas, alerta la UNODC», 29 de julio de 2016, en www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=35538#.WOaPRGf_pLM [consulta: 4-4-17].
- «Cubanos dentro de estadísticas de trata de personas según ONU», en www.cubaenmiami.com/cubanos-dentro-de-estadisticas-de-trata-de-personas-segun-onu/.
- Decreto-Ley No. 175, de 17 de junio de 1997.
- Grazia Giammarinaro, María: Declaración final de la visita a Cuba de la relatora especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 10-

14 de abril de 2017, en www.migracion.iniciativa2025alc.org/download/06CUb_informe_Cuba_enfrentamiento_juridico_Trata.pdf y www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/8_Cartilla_Trata.pdf.

Ley No. 62, *Código penal de la República de Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

Ley No. 87, de 16 de febrero de 1999.

MINREX: «Informe de Cuba sobre el enfrentamiento jurídico-penal a la trata de personas y otras formas de abuso sexual (2013)», La Habana, 18 de noviembre de 2014, en <http://www.minrex.gob.cu/es/informe-de-cuba-sobre-el-enfrentamiento-juridico-penal-la-trata-de-personas-y-otras-formas-de-abuso> [consulta: 3-5-17].

Proyecto Esperanza: «La trata de mujeres, una realidad oculta invisible a nuestros ojos. Definición de trata», en www.proyectoesperanza.org/home/definicion-de-trata [consulta: 13-3-17].

UNODC: «Informe mundial sobre la trata de personas», 2014, en www.unodc.org/documents/data-andanalysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf.

_____ : «Niños y niñas, casi un tercio de víctimas de la trata de personas: informe de la UNODC», Viena, 21 de diciembre de 2016, p. 1, en www.unodc.org/colombia/es/press/2016/diciembre/informe-global-trata-de-personas.html [consulta: 5-4-17].

